

HIRSIZLIK

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI*

Doç. Dr. Muharrem ÖZEN**

ÖZET:

5237 sayılı TCK 765 sayılı YCK dan farklı olarak suç tipini değiştirmiştir. Bu farklı suç tipi nedeniyle malikin fail olup olmayacağı tartışması ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada hırsızlık suçunun maddi konusunun sadece taşınır mal olduğu, hukuki konusunun zilyetlik olduğu ortaya konulmuştur. Fiil unsuru bakımından mal, taşınır mal ve başkasına ait mal kavramları değerlendirilmiştir. Hukuka aykırılık unsuru bakımından rızanın değeri ve suça etkisi tartışılmıştır. Kusurluluk unsurunda özel kastın anlamı ortaya konulmuştur. Bu suça özgü malın değerinin azlığı, kullanma hırsızlığı, zorunluluk hali ve daha az cezayı gerektiren hallerde ise taşınır mala elbirliği veya paydaş malik olmak durumları eleştirel boyutta alınmıştır Ayrıca benzer suçlar olan güveni kötüye kullanma, yağma ve dolandırıcılık suçları ile temel farkları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER

Hırsızlık, zilyetlik, taşınır mal, başkasına ait mal, rıza, yararlanmak maksadı, özel kast, malın değerinin azlığı, kullanma hırsızlığı, paydaş malik, elbirliği ile malik, taklit anahtar, enerji hırsızlığı.

SUMMARY

Dissimilar to 765 numbered Turkish Penal Code, 5237 numbered Turkish Penal Code has changed the type of crime. Because of this different crime type, argument of, whether owner can be a perpetrator or not, has arised. In the scope of this study, it has put forth that, moveable property is the only material subject of theft crime and its legal subject is possession. Terms of property, moveable property, properties belonging to others have been evaluated in terms of element of act. Significance of

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi

** Ankarat Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI / Doç. Dr. Muharrem ÖZEN

consent and its effect on crime have been discussed in terms of contradiction to law element. The meaning of special intent under the element of culpability has been specified. Peculiar to this type of crime, terms of theft of things of slight value, usage theft, case of necessity and cases requiring mitigated penalty have been discussed critically depending on collective or partial ownership cases. In addition, its basic differences with similar types of crimes like breach of confidence, extortion and fraud are tried to be introduced.

KEY WORDS

Theft, Possession, Movable Property, Properties belonging to others, Consent, Aim to benefit from, Special Intent, Slightness of the value of the property, Usage Theft, Partial owner, Collective owner, Wrong Key, Energy Theft

1. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 141. maddede, hırsızlığı, bir kimsenin “zilyedinin rızası olmadan, başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla, bulunduğu yerden alması” olarak tanımlamaktadır. 765 sayılı TCK, hırsızlığı, bir kimsenin “diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden almak” olarak tanımlamıştır. İki kanun arasında fark bulunmaktadır. Farkın nedeni gerekçe-de belirtilmemiştir.

TCK, hırsızlık suçunu, “zilyedin rızasının olmaması” temelinde kurgulamıştır. Böyle olunca, “başkasına ait taşınır mala zilyet olan” kişi hariç herkes, hatta malik suçun faili olabilmektedir.

Zilyetlik mülkiyete karine olmakla birlikte, suçun tanımında, malikinki dururken zilyedin rızasının yokluğuna yer verilmesinin, gerek 765 sayılı TCK, gerekse İCK’ nun suçu tanımına nispetle doğru olmadığını düşünüyoruz.

Gerçekten başka hukuk düzenlerinde hırsızlığın başka tanımları var mıdır bilmiyoruz. Ancak, bildiğimiz, kanunun suç tanımının, bu iki kanunun suç tanımına uymadığıdır. Genel hükümlerinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak rızaya yer vermeyen, özel hükümlerinde yer veren 765 sayılı TCK, “diğerinin taşınır malından” söz etmekle suçun unsuru olarak “zilyedinin rızasının” yokluğunu değil “malikin rızasının” yokluğunu aramaktadır. Genel hükümlerinde hukuka uygunluk nedeni olarak rızaya yer veren İCK., kanun yapma tekniğinin zorunlu sonucu olarak, özel hükümlerinde artık ne malikin ne de zilyedin rızasının yokluğundan söz etmektedir. Zaten, Kanun, genel hüküm olarak malikin rızasını yer verdiğiinden, özel hükümlerinde, işin icabı olarak, ayrıca zilyedinin rızasını aramamıştır¹.

Kanunun öteki iki kanundan farklı olarak genel hükümlerinde mağdurun rızasını hukuka uygunluk nedeni sayarken, özel hükmünde zilyedin rızasını hukuka uygunluk nedeni sayması, suçun failinin başkaları yanında malikin de olabileceği sonucunu doğururken (TCK. m. 144), öte yandan suçun mağdurunun malik yanında zilyedin de olması (TCK. m. 146) sonucunu doğurmaktadır. Ulaşabildiğimiz diğer hukuk düzenlerinde böyle bir düzenlemeye rastlamış değiliz.

¹ Zanardelli Kanununun (765 sayılı mülga TCK Kanunu) ve İCK’ un hırsızlık suçunu düzenlemelerine ilişkin tartışmalar için bkz. Antolisei, Manuale, PS., I, s. 214.

TCK bu düzenlemesinin sonucu olarak, hırsızlığa konu taşınmaz üzerinde “zilyet olmayan malik” ile “malik olmayan zilyedin” rızası çatıştığında, yani malikin rızası olup da zilyedin rızası olmadığında sorunun nasıl ve kime göre çözümleneceği de bilinmemektedir. Gerçekten A B’ ye otomobilini veya başka bir eşyasını emanet olarak bıraksa, daha sonra B’ den habersiz, C’ in o şeyi bulunduğu yerden alıp kullanmasına izin verse, C hırsızlık suçunu işlemiş olacak mıdır sorusu cevapsız kalmaktadır. Bu halde, “zilyedinin” karşısında, taşınmazın malikinin iradesinin, yani “ilgilinin rızasının” belirleyici olduğunu, dolayısıyla fiilin hırsızlık suçunu oluşturmadığını düşünüyoruz.

Hırsızlıkta suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin ne olduğu konusu tartışmalıdır. Eskiler hırsızlıkta suçun hukuki konusunun “mülkiyet” olduğunu söylerken, bugün genellikle bunun zilyetlik olduğu ileri sürülmektedir. Gerçekten, genel kanaat, hırsızlıkta, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin “zilyetlik” olduğudur².

Hırsızlıkta suçun hukuki konusu olarak zilyetliğin kabul edilmesi bir tartışmayı yanında getirmektedir. Hırsız çaldığı şeye zilyettir. Böyle olunca, hırsızdan, çaldığı şeyi çalan veya kendi malını alan kimsenin fiilinin hırsızlık suçunu oluşturup oluşturmadığı sıkça tartışıla gelen bir konu olmaktadır³. Ortada hırsızın zararına olan bir fiilin olmadığı ileri sürülerek aksi de denmekle birlikte, biz, söz konusu fiilin suç olduğunu düşünüyoruz.

Suçun mağduru suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin hamili kişidir. Madem hırsızlıkta suçun hukuki konusu zilyetliğin korunmasıdır, zilyet suçun mağdurdur. Şikâyet hakkı da ona aittir. Ancak, 5237 sayılı Kanun söz konusu olduğunda, ceza hukukunda zilyetlik özel huktan farklı anlaşılacakla birlikte, zilyetlik mülkiyete karine de olsa, Kanun suçu “başkasına ait bir taşınmazı zilyedinin rızası olmadan alınması” esas olmak üzere kurguladığından, hükmün zorunlu sonucu olarak, suçun mağduru zilyet olmayan malik değil, malik olmayan zilyet olmaktadır. Burada şikâyet hakkı artık zilyetliğin mülkiyetine karine olan zilyede değil, malik olmayan, yani başkasına ait taşınmaza zilyet olan zilyede ait olmaktadır. Böyle olunca, ör., A sahibi olduğu bisikleti B’ ye emanet olarak bıraksa, C’ de bisikleti zilyet B’ in rızası olmadan bulunduğu yerden kullanma maksadıyla almış olsa, 146.

² Maggiore, Diritto penale, II, PS., TS., s. 924 ; Antolisei, Manuale, PS., I, s. 210, 211; Nuvolone, Diritto penale, Delitti contro il patrimonio e contro la persona, Lezioni tenute Prof. Pietro Nuvolone, raccolte a cura di Prof. Franco Bricola e Gigliola Guerreri, Università Delgi Studi Di Milano, Facolt’ Di Giurisprudenza, Milano 1984, s.51 vd.

³ Maggiore, Diritto penale, II, PS., TS., s. 926.

maddede öngörülen şikayet hakkını kullanacak kimse, malik A değil, zilyet B olacaktır.

2. Fiil

Fiil, başkasına ait bir malın, bulunduğu yerden alınmasıdır. Kanun bunu “zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın bulunduğu yerden alınması” biçiminde ifade etmiştir.

Burada, “almak”, failin, malı ele geçirmesi, malı elde etmesi, malı sahiplenmesi, malın zilyedinin zilyetliğini gidermesi, sona erdirmesi anlamındadır.

Mal taşınır maldır. Mal kişinin malvarlığına dahil olan şeylerdir.⁴ Taşınmazlar hırsızlığın konusu olmaz. Ancak taşınmazdan ayrılabilen ekonomik değeri olan her şey, taşınır hükmündedir. Bu bağlamda, ör., dalından alınan meyveler, sebzeler; ocağından alınan taş, kum, çakıl; topraktan çıkarılan maddeler, taşınmazlardan ayrılarak bağımsızlaştırılan şeyler, kapı, pencere, dolap, cam, demir vs. taşınır maldır.⁵ Menkul değerler taşınır mal hükmündedir.

Hırsızlık suçu icra hareketi ile işlenir. Ancak, istisna olarak, ör., çobanın başkasının sürüsünden sürüsüne kaçan hayvanı, ev sahibinin ziyarete gelen komşusunun unuttuğu eşyasını vermemesinde olduğu gibi ihmal hareketiyle de işlenebilmektedir.

Elde etme, ele geçirme, “tehdit etme”, “cebir kullanma”, “hileli davranma” hariç, elverişli olmak koşuluyla, her türlü davranışla, çeşitli vasıtalar kullanılarak gerçekleştirilebilir.⁶ Burada önemli olan, kanunun ifadesi olarak “zilyedinin” başkasına ait bir malın alınmasına rıza göstermemiş olmasıdır. Böyle olunca, suç, serbest hareketli bir suç olmaktadır.

Hırsızlık ani suçtur. Ancak, suç, ör., bir şebekeden sıvı, gaz, elektrik, vs., alınarak işlendiğinde, işlenişi bakımından kesintisiz suç olmaktadır.

“Başkasına ait taşınır bir malı bulunduğu yerden almak”, taşınır bir malın, birinin malvarlığından çıkıp bir başkasının mal varlığına girmesidir. Öyleyse, hırsızlık suçu, neticeli suçtur, dolayısıyla bir zarar suçudur.

⁴ Maggiore, Diritto penale, II, PS., TS., s. 934.

⁵ Antolisei, Manuale, PS., I, s.212.

⁶ Antolisei, Manuale, PS., I, s.217.

Rızanın zorla elde edilmesi, yağma suçunu; hileli yollarla elde edilmesi, dolandırıcılık suçunu oluşturur; hırsızlık suçunu oluşturmaz. Ancak, başkasına ait bir malı, zilyedinden, bulunduğu yerden “el çabukluğu” ile almak hileli davranmak değildir. Fiil, dolandırıcılık suçunu değil, hırsızlık suçunu oluşturur.

“Başkasına ait taşınır bir malın” türünün, bulunduğu yerin, bulunduğu yerdeki konumunun, korunaklı olup olmamasının, fiilin işlenmesinde önemi bulunmamaktadır. Bunlar suçun varlığını değil suçun ağırlığını etkileyen nedendir.

Mal ekonomik değeri olan maddi varlıklardır. Kanun ekonomik değeri olan her türlü enerjiyi de mal saymaktadır. Ekonomik değeri olmayan şeyler mal sayılmaz.⁷ Bu tür varlıklar, ör. birkaç üzüm tanesi, birkaç toplu iğne, vs., hırsızlık suçunun konusu olmaz. Ancak, manevi değeri, hatıra değeri olan şeyler, ör. saç, mektup, vs., ekonomik değerleri olmasa bile, ceza hukukunda mal hükmündedir.⁸

Kimsenin tasarrufunda olmayan, herkesin yararlanabildiği salt doğaya ait canlı veya cansız varlıklar, kimsenin malı değildir. Bunların elde edilmesi, başka bir suçta vücut verebilir, hırsızlık suçunu oluşturmaz. Bu bağlamda, denizdeki balıklar, havadaki kuşlar, yerdeki hayvanlar, cansız doğa herkesin yararlanmasına sunulmuş varlıklardır. Bunlar kimsenin mali değildirler. Ancak mülkiyete konu olduklarında, yani bir kimseye ait olduklarında, birinin tasarrufu altında bulduklarında hırsızlık suçunun konusunu oluştururlar.

Atılmış, terk edilmiş şeyler, sahihsiz mal hükmündedir. Malın ille de el altında olması gerekmez. Uzakta da olsa, sahibinin üzerinde tasarruf edebildiği, üzerinde tasarruf imkânını bulunan mal, unutulmuş, kayıp edilmiş eşya, sahihsiz mal değildir.

Bir merkezden havaya yayılan radyo dalgaları, elektrik sinyalleri, mal hükmünde değildir. Kimseye sorulmadan bunların alınması, bunlardan yararlanılması, başka bir suç oluşturabilir, ancak hırsızlık suçu olmaz.

Taşınır mal başkasına ait olmalıdır. Kişinin, kendi malını, hukuki bir ilişkiye dayanan zilyedinden, rızası olmaksızın almasının hırsızlık suçunu oluşturmadığı düşünülmektedir. Bu halin tazminata konu bir özel hukuk ilişkisi

⁷ Maggiore, , Diritto penale, II, PS., TS., s. 935.

⁸ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 211 vd.; Maggiore, , Diritto penale, II, PS., TS., s. 936.

olduğu düşünülmektedir⁹. Bununla birlikte, Kanun, 144. maddede “paydaş veya elbirliği ile malik oluna mal üzerinde” yahut “bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacı ile” işlenen fiili hırsızlık saymaktadır. Böyle olunca, kişi, kendi malını, zilyedinden rızası olmadan aldığı anda, hırsızlık suçunu işlemiş, yani kendi malını çalmış olmaktadır. Herhalde, bu, kabul edilebilir bir düzenleme değildir.

Başkasına ait taşınır bir mal, “zilyedinden, rızası olmadan” alınmış olmalıdır. Burada, zilyetten, başkasının taşınır bir malını, o kimsenin denetimi yahut gözetimi dışında elinde bulunduran; açıkçası, o şeyi, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecek bir biçimde elinde tutan kimse anlaşılmalıdır¹⁰. Böyle olunca, hamal taşıdığı malın; bahçıvan, hizmetçi, işçi, vs. işinde kullandığı işverene ait araç ve gerecin, misafir kullandığı şeylerin, müşteri eline aldığı malın zilyedi değildir. Bunlar, kendilerine verilen, bırakılan, teslim edilen şeyleri aldıklarında hırsızlık suçunu işlemiş olurlar¹¹. Zilyedin almaya rıza göstermemiş olmamasının açık veya örtülü olmasının önemi yoktur. Önemli olan, rızanın, başkasına ait malın bulunduğu yerden alınması sırada olmamasıdır. Başkasına ait mal, bulunduğu yerden alındıktan sonra, zilyedin almaya rıza gösterilmiş olması, fiili suç olmaktan çıkarmaz.

Hırsızlık suçunda, fiilin sonlanması, açıkçası suçun tamamlanması anı tartışmalıdır. Zanardelli Kanunu, 402. maddede, suçun tamamlanması anının “taşınmazın bulunduğu yerden alınması” olarak ifade etmiştir. Mülga 765 sayılı TCK, 491. maddede, “bulduğu yerden alırsa” hükmü ile aynı yolu izlemiştir. İCK., ortaya çıkan tartışmaları gidermek için, 624. maddesi hükmünde, “başkasının taşınır şeyini elinde bulundurandan alarak zilyet olmaktan¹²” söz etmektedir. Ancak, bu düzenleme de, fiilin sonlandığı, açıkçası suçun tamamlandığı anı belirleme konusundaki tartışmaları bitirmemiştir¹³.

TCK, bu durumu, “başkasına ait taşınır bir malı... bulunduğu yerden alırsa” hükmü ile ifade etmiş, tartışmalara bir katkı sağlamamıştır. Üstelik suçun yapısında malikin rızasını değil de zilyedin rızasını esas alarak işi olduğundan çok daha fazla çıkmaza sokmuştur. Ancak, yakınmak çare değildir, bir biçim-

⁹ Maggiore, , Diritto penale, II, PS., TS., s. 927.

¹⁰ Maggiore, , Diritto penale, II, PS., TS., s. 927; Antolisei, Manuale, PS., I, s. 215; Ayrice bkz., Nuvolone, Diritto penale, s. 31.

¹¹ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 215.

¹² “...s’impossessa della cosa mobile altrui, sottrendola a chi la detiene...”

¹³ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 214; Maggiore, Diritto penale, II, PS., TS., s. 931 vd.

de hırsızlıkta fiilin sonlandırıldığı, açıkçası suçun tamamlandığı anı ortaya koymak gerekmektedir. Bu sağlanamadığı takdirde hırsızlık suçuna teşebbüsle tamamlanmış hırsızlık suçu birbirine karışmış olur.

Öyle sanıyoruz ki, başkasına ait taşınmaz bir mal bulunduğu yerden sadece alınmakla yahut yeri değiştirilmekle fiil sonlandırılmış, hırsızlık suçu tamamlanmış olmaz. Bu halde sadece suça teşebbüs edilmiş olur. Hırsızlık suçu failin aldığı şeye zilyet olması ile tamamlanır. Failin aldığı şeye zilyet olması demek, o şey üzerinde, başkasından bağımsız olarak, serbestçe tasarrufta bulunabilmesi demektir. Fail, bulunduğu yerden aldığı şey üzerinde, başka kimşenin gözetimi veya denetimi olmaksızın, serbestçe tasarrufta bulunabilecek durumda olduğunda, şeye zilyettir. Bulduğu yerden aldığı şeye fail zilyet olduğunda, hırsızlık suçu tamamlanmış olmaktadır¹⁴.

Böyle olunca, ör., buğday yüklü bir yük kamyonundan, daha sonra ortanın gelip toplaması için buğday çuvallarını yola atan hırsızın fiili, hırsızlığa teşebbüstür, tamamlanmış hırsızlık değildir. Otobüste yana yaklaştığı yolcunun cüzdanını çalarken fark edildiğini anlayınca yere atan yankesicinin fiili, hırsızlığa teşebbüstür. Ev sahibinin ziynet kutusundan altın bileziği alarak çantasına gizleyen hizmetçinin, çalıştığı mağazadan aldığı eşyayı işten çıkarırken yakalatan tezgâhtarın fiili, tamamlanmış hırsızlık suçu değildir, hırsızlık suçuna teşebbüstür¹⁵.

Fiili tek bir kimse işleyebileceği gibi, birçok kişi birlikte de işleyebilir.

3. Hukuka Aykırılık

Başkasına ait taşınır bir malı zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden alma fiili hukuka aykırı olmalıdır. İşlendiği esnada fiili hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması halinde fiil hukuka aykırıdır.

Hırsızlıkta genelde söz konusu olan hukuka uygunluk nedeni zorunluluk halidir. 765 sayılı mülga TCK., bu kanun zamanında oluşmuş olan doktrin ve uygulama, özellikle hırsızlık suçunu göz önünde tutarak, zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni saymış (765 sayılı TCK. m. 49), ayrıca failin zorlayan bir ihtiyacı gidermek için hırsızlık suçunu işlemesini cezayı azaltan bir neden olarak değerlendirmiş; suçun takibini mağdurun zileâ yetine bağlamıştır (765 sayılı TCK. m. 494/1-3; “zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı

¹⁴ Esinlenen düşünce olarak bkz. Antolisei, Manuale, PS., I, s. 216 vd.

¹⁵ Örnekler Antolisei’ den alınmıştır. Antolisei, Manuale, PS., I, s. 217, 218, 219.

karşılama için bir mal hakkında işlenirse faile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir”). İCK benzer bir düzenleme yapmıştır (m. 626/1-2).

5237 sayılı Kanun genel hüküm olarak zorunluluk halini 25/2. maddesinde düzenlemişken, ayrıca zorunluluk halini “ağır ve acil bir ihtiyacı gidermek” ile bağıntılı olarak 147. maddesinde yerine göre “cezayı azaltan yahut ceza verilmekten vazgeçme” gerektiren bir neden olarak tekrar düzenlemiştir. Bu arada, CMK, 223/ 3, b maddesi hükmünde “zorunluluk halini”, “kusurunun bulunmaması” nedeniyle, “ceza verilmemesi hali” saymıştır. Geçerliliği kendinden menkul bu düzenlemede¹⁶ 147. maddede öngörülen “zorunluluk hali” 25/2. madde hükmünde yer alan zorunluluk halinin ne aynıdır ne de kiminin düşüncesinin aksine¹⁷ genelde özeldir. Burada, fail, içinde bulunduğu koşullarda yapmış olduğu davranıştan başka bir davranışta bulunması insanı olarak kendisinden istenemediğinden (non esigibile), öyleyse davranışının kınanılabilir olmadığı kabul edildiğinden, ya hiç kusurlu sayılmamakta, ya da daha az kusurlu sayılmaktadır. Bu demektir ki, Kanunun 25/2. madde hükmünde öngördüğü zorunluluk hali, CMK’ un 223/3,b maddesi hükmünde Kanun emri (!) olarak, hukuka aykırılığı değil de kusurluluğu kaldıran bir neden de sayılsa, 147. madde hükmünde öngördüğü zorunluluk halinin geneli değildir, aralarında genellik-özellik ilişkisi yoktur. Öyleyse, Kanun emri (!) ile kusurluluğu kaldırması emredilen her iki neden, hırsızlıkta, şartları gerçekleştiğinde, uygulanma kabiliyetlerini korumaktadırlar; 147. madde hükmü, şartları olduğunda 25/2. maddesi hükmünün uygulanmasına engel değildir.

Doğruluğu kuşkulu (!) bu kanuni düzenlemeye rağmen, biz, Tarihi kanun koyucu dışında herkesin ne olduğunu çok iyi bildiği eski ismiyle Zaruret halinin, kusurluluğu kaldıran bir neden olmadığını, hukuka aykırılığı kaldıran bir neden olduğunu düşünüyoruz. Kadim doktrini ve uygulamayı hiçe sayan Kanuni dayatmadan (!) bir gün vazgeçileceğini umut ediyoruz.

Hırsızlık suçunda, hakkın kullanımı, zorunluluk hali dışında, kanun emrinin yerine getirilmesi, yetkili merciden verilen emrin yerine getirilmesi, hatta meşru savunma söz konusu olabilmektedir. Bağ bozumunda dalında bırakılan üzümlü başkalarının toplaması örf ve adettir. Kolluk memuru, kanunun müsaade ettiği hallerde, kimseye sormadan, işinde kullanmak üzere başkasının bir eşyasını alabilir. Kendini savunmakta olan kimsenin saldırganın elinden silahını alması hırsızlık suçunu oluşturmaz.

¹⁶ Hafizoğulları, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 232 vd., 242 vd.

¹⁷ Krş. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009, s.378 vd.

4. Kusurluluk

Suç kastla işlenir. Ancak, gen kast yeterli değildir, ayrıca özel kastın olması gerekmektedir. Özel kast hırsızlığı malvarlığına karşı öteki bazı suçlardan ayırmayı sağlayan zorunlu unsurdur. Kanun, özel kastı, “kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı” hükmüyle ifade etmiştir. 765 sayılı Kanun özel kastı “faydalanmak için” biçiminde ifade etmiştir.

Genel kast, failin, başkasına ait bir taşınırı zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden aldığını bilmesi ve istemesi iradesidir. Ancak failin kusurlu olması için bu yeterli değildir, ayrıca özel kastın da gerçekleşmesi gerekmektedir. Özel kast, failin, o şeyi, “kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı” altında almış olmasıdır. Fail başkasına ait bir taşınırı bu niyetle almış olmazsa, alma fiili, başka bir suç oluşturabilir, ama hırsızlık suçunu oluşturmaz.

Burada başkasına ait bir taşınırın bir yarar sağlamak için alınmış olması yeterlidir. Failin veya başkasının, o şeyden, ayrıca fiilen bir yarar sağlanmış olmasına gerek yoktur; açıkçası bir şey için o şeyin kullanılmış olup olmamasının önemi bulunmamaktadır.

TCK “bir yarardan” söz etmektedir. Böyle olunca, maddi, malvarlığına ilişkin bir yarar olabileceği gibi “başkasına yarar sağlamak” hayır yapmak gibi manevi bir yarar da olabilir.¹⁸ Öte yandan sağlanmak istenen yararın mutlaka hukuka, ahlaka uygun olması gerekmez. Failin, fiilini işlerken, hukuka, ahlaka aykırı bir yarar elde etmek maksadını gütmüş olması suçun oluşması için yeterlidir.

Fiil üzerinde hata, esaslı olduğunda, kastı kaldırır. Şahısta hata, esaslı hata değildir. A’ ın bir taşınırı yerine B’ in bir taşınırını almış olmanın kast üzerine etkisi yoktur. Suçun maddi konusu olan şeyin türü, miktarı, değeri üzerinde hata, esaslı hata değildir¹⁹. Kanun, 145. maddede, malın değerinin azlığını, cezayı azaltan veya “suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde tutularak” tümünden kaldıran bir neden saymıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, Kanun, 147. maddede, “Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi” halini “olayın niteliğine göre”, failin fiilinde kınanılabilirliği temelinde, yerine göre cezayı azaltan yahut kusurluluğu kaldıran bir neden saymaktadır.²⁰

¹⁸ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 220.

¹⁹ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 220

²⁰ Hafizoğulları, Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak İstenemezlik İlke-

Acil ihtiyaç, hemen, derhal, fil' hal giderilmesi gereken ihtiyaçtır. Bu demektir ki, daha sonra giderilmesi mümkün olan ihtiyaç, acil ihtiyaç değildir. İhtiyacın acil olması yetmez aynı zamanda ağır olması gerekmektedir. Ağır ihtiyaç, genel deney kuralları karşısında, içinde bulunulan koşullarda, insani olarak, kişiden katlanılmasının beklenmemesini gerektiren, dolayısıyla katlanılması istenemeyecek olan ihtiyaçtır.²¹

Yukarıda belirttik, Zorunluluk hali (CK.m.25/2), Tarihi kanun koyucunun geçerliliği kendinden menkul "kanun emri" ile CMK' un 223/3, h maddesinin hükmünde, kusurluluğu kaldıran bir neden sayılmıştır. Böyle olunca, ör., açlıktan ölmek üzere olan bir yoksulu, ekmek çalarak kurtarmak isteyen kimse, kusurlu olmayacaktır. Gene limanda kendinin çıkarmadığı bir yangından kaçarak kurtulmak için, kimseye sormadan, komşusunun deniz aracını alarak tehlikeden kaçan balıkçı, fiilinde kusurlu sayılmayacak, dolayısıyla hırsızlık suçunu işlemiş olmayacaktır.

5. Suçların İçtimaı

765 sayılı TCK ve bu kanun esas olmak üzere oluşan doktrin ve uygulamada ağırlatılmış hırsızlık bileşik suçun bir örneği olarak gösteriliyordu. Gerçekten konut dokunulmazlığı ihlal edilerek (m. 492/1) veya mala zarar verme suçu işlenerek (m.493/1) hırsızlık suçu işlendiğinde, bir suç diğer suç içinde eriyordu, dolayısıyla faile sadece nitelikli hırsızlıktan ceza veriliyordu.

5237 sayılı TCK, 142/4. maddede, "Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz" hükmüne yer vermektedir. Hüküm, 142. maddeye 2006/558 sayılı Kanunla (m.6) sonradan eklenmiştir. Böylece, bileşik suç ortadan kaldırılmış, biri ötekenden ayrı, res' en kovuşturulan iki suçun olduğu kabul edilmiştir.

TCK, 142/1,b maddesinde, "bina ve eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında" hırsızlık yapmayı cezayı artıran bir neden saymıştır. Evdeki eşya muhafaza altına alınmış eşyadır. Ev binanın kendisi veya eklentisidir. Her bina veya eklentisi ev değildir. Buna karşılık her ev bina ve eklentidir. Ev, konuttur. Ancak, konut dokunulmazlığını ihlal suçu yönünden, bir binanın kendisi veya eklentileri yanında, bunların dışında kalan yerler, ör., çadır,

si, AÜHFD., Cilt 57, 2008, Sayı 3, Ankara 2009, s. 366 vd.

²¹ Hafizoğulları, İstenemezlik ilkesi, s. 369.

karavan vs., de konuttur²². Öyleyse, burada hukuki sorun, bina veya eklentisi içinde konut dokunulmazlığı ihlal edilerek hırsızlık yapıldığında, failin basit hırsızlıktan mı yoksa ağırlatılmış hırsızlıktan mı sorumlu olacağıdır. Bina veya müstemilatı dışında da, ör., çadırda, karavanda, konut dokunulmazlığı ihlal edilerek hırsızlık suçu işlenebildiğinden, bina veya müstemilatında konut dokunulmazlığı ihlal edilerek hırsızlık suçu işlendiğinde, fail, ağırlatılmış hırsızlık suçundan, elbette ayrıca konut dokunulmazlığını ihlalden sorumlu olacaktır. Hükmün bulunduğu yer de zaten buna işaret etmektedir.

Bunun dışındaki hallerde, ör., çadırda, karavanda hırsızlık suçu işlendiğinde, fail, elbette basit hırsızlıktan; tabii, ayrıca, konut dokunulmazlığını ihlalden sorumlu olacaktır. Buna benzer bir durum mala zarar vererek hırsızlık suçu işlendiğinde de ortaya çıkmaktadır. “Kilitlenmek suretiyle... muhafaza altına alınmış olan eşya” hakkında (m. 142/1,b) ör., kapı, kilit kırılarak, duvar delinerek hırsızlık yapıldığında, fail, hem nitelikli hırsızlıktan, hem de mala zarar verme suçundan sorumlu olacaktır. Tabii, ağırlatıcı neden olmadan mala zarar verilerek hırsızlık suçu işlendiğinde, fail hem basit hırsızlıktan hem de mala zarar verme suçundan sorumlu olacaktır. Mala zarar verme suçu res’ en kovuşturulacaktır.

Su, gaz, elektrik şebekelerine zarar verilerek, ör., boru delinerek, kanal kırılarak, hırsızlık yapıldığında, fail ayrıca mala zarar verme suçundan sorumlu tutulacak mıdır sorusu, yukarıdaki hüküm karşısında, ciddi bir tartışmaya yol açmaktadır. Şebekeye zarar vererek hırsızlık yapmak, suç olan failin kendisidir. Kiminin iddiasının aksine, burada fikri içtima yoktur. Böyle olunca, fail, 142/3. madde hükmüne göre sadece hırsızlık suçundan sorumlu olacaktır.

Hırsızlık suçu zincirleme suç olarak da işlenebilir. Ancak, Kanun, 765 sayılı Kanundan farklı olarak, suçun mağdurunun aynı kimse olmasını aramaktadır. Hırsızlık “zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın alınması” olduğundan, zilyetle malik aynı kimse olmadığında, 43. maddenin “bir kişiye karşı” hükmünden kimin anlaşılacağı belli değildir. Bu bir kişi kimdir; malik midir, zilyet midir; bilen varsa beri gelsin. Gerçekten, ör., A sahibi olduğu sürüsünü üç bölerek bir süre beside kalması için, besiciler B, C ve D’ ye bırakmış; bu kez F, B, C ve D’ nin ağılında bulunan A’ nin olduğunu bildiği hayvanları “bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda” buldukları yerlerden sırasıyla üç, iki, beş baş koyunu besicilerden habersiz almış olsa, F’ nin sorumluluğu besici zilyetlere göre mi, yoksa malike göre

²² Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 255.

mi belirlenecektir. Kanunun “bir kişiye karşı” hükmü karşısında malike göre belirlenirse zincirleme suçtan, malik olmayan zilyede göre belirlenirse üç ayrı suçtan söz edilecektir, çünkü “bir kişiye karşı” hükmünden, ne zilyet, ne de malik anlaşılmaktadır, denebilmektedir. Kanun yapmak ciddi iştir, sloganla iş yürümez. Herhalde, bu denklemi, kiminin dalga geçercesine (!) dediği, “göç yolda giderken” Yargıtay çözecektir.²³

6. Cezalandırılabilme Şartı

a. Malın Değerinin Azlığı

TCK, 145. maddede, malın değerinin az olmasını, yerine göre cezayı azaltan bir neden, yerine göre bir cezalandırılabilme şartı saymıştır. Bir şeyin, değer azlığının aynı zamanda iki şey olması, yani hem cezalandırılabilme şartı, hem cezayı azaltan fiile bağlı bir neden olmasının mantıksal bir çelişki olması bir yana, düzenleme, ne 765 sayılı Kanunun, ne de bildiğimiz İCK'nun düzenlemesine benzemektedir; herhalde kendine özgüdür. Yorumda eski doktrin ve uygulamadan yararlanılamamaktadır. Gerekçe, hazırlık çalışmaları ne farklılığı nedenine işaret etmekte, ne de yoruma yardımcı olmaktadır.

TCK, cezalandırmamada, cezanın azlığında “hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığını” esas almaktadır. Değer malvarlığına karşı suçlarda suçun konusu olan şeyin ekonomik değeridir. Şeyin ekonomik değeri maddi, parasal değeridir. Öyleyse suçun maddi konusunun değerinin azlığı, parasal değerinin azlığıdır.

Azlık çokluğun karşıtıdır. Azlık da çokluk da itibaridir. Kuşkusuz sayı büyüdükçe değer artmaktadır. Ancak, hangi miktarda değer az, hangi miktarda değer çok, bu belirsizdir. Öyleyse, değer azlığı-çokluğunu belirlemede ölçü, hâkimin takdiridir. Bu farklı uygulamalara yol açacağından, takdirde keyfiliğin önlenmesini, genel kabuller bazında Yargıtay içtihatları sağlayacaktır.

Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın maddi değeri değil de sadece suçun mağduru bakımında az veya çok fazla manevi değeri olduğunda, hükmün uygulanabilirliğinin olup olmadığı konusu düşündürücüdür. Sadece mağdur bakımından manevi değeri olan, ancak Pazar, piyasa değeri olmayan, açık artırmaya konulamayan şeyler, ölçülebilir maddi değerleri olamadığın-

²³ Kanunun çıktığı dönemin Adalet Bakanı, eleştirileri ciddiye almamış, basına açıklamasında “göçün yolda düzüleceğini” söylemiştir.

dan hükmün kapsamı dışındadırlar. Bu halde fiil suç oluşturur, ancak cezasının azaltılması veya ceza verilmekten vazgeçilmesi söz konusu olmaz.

Suçta “ceza verilmekten ... vazgeçilebilmesi” “değerin azlığı” yanında “suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de göz önünde bulundurulması” şartının sağlanmasını gerektirmektedir. Suçun işleniş şekli ve özelliklerinden ne kastedildiği açıkça belirtilmiş değildir. Gerçekten bu terimlerle ne kastedildiği belirsizdir. Burada, herhalde 61/1. madde hükmünde getirilen temel cezayı belirlemeye mahsus ölçütler göz önünde tutulmayacak, hırsızlık suçunun kendi özellikleri, yani suçun basit hırsızlık, nitelikli hırsızlık, suçun hafifletilmiş biçimleri ve şikâyete bağlı olup olmaması göz önünde tutularak ceza verilmemesinden vazgeçilip vazgeçilmemesine karar verilecektir. Gerçekten, ör., yankesicilik suretiyle hırsızlık suçun işleniş şeklini ifade ederken, enerji hırsızlığı, suçun takibinin şikâyete bağlı olması, suçun özelliğini ifade etmektedir.

b. Yakın Akrabalık İlişkisi

Genellikle, kanunların, yakın akrabalar, aynı evde oturan kimseler arasında işlenen hırsızlık suçunu cezalandırmaktan kaçındıkları gözlemlenmektedir. Bu hallerde, hırsızlık suçu tüm unsurları ile doğmakta, ancak Devlet, sadece ilgili kimseler bakımından, cezalandırma hakkından vazgeçmektedir.²⁴

Bu bağlamda, TCK, 167. maddesinde, malvarlığına karşı suçlarda, ortak hüküm olarak “şahsi cezasızlık sebebi” madde başlığı altında bir cezalandırılabilme şartına yer vermiştir.

Kanunun 167/1. maddesi hükmü, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyun veya bu derecede kayın hısımlardan birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta birlikte yaşayan kardeşlerden birinin zararına işlenmesi halinde fail hakkında cezaya hükmedilmez diyerek kişiye bağlı bir cezalandırılabilme şartına yer vermiştir.

Kuşkusuz, hırsızlık suçu, belirtilen kategoriler içinde sayılan kimseler aleyhine işlendiğinde, bunlara ceza verilmez, ancak bunlar dışında suça katılan kimseler, iştirak hükümleri gereğince cezalandırılırlar. Burada sayılan sıfatlar Medeni hukuk hükümlerine göredir.

²⁴ Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 1287.

7. Ceza

Hırsızlık suçunun cezası, bir yıldan üç yıla kadar haptir.

Hâkim bir yılın üstünde takdir ettiği cezada, doğal olarak takdirinin gerekçesini göstermek zorundadır. Takdirde keyfilik, hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hükmedilecek ceza, kanuni ve takdiri indirim nedenlerinden ötürü bir yıla veya daha aza düştüğünde, fail hakkında hapis cezasına seçenek yaptırımlar uygulanabilir. Fail iki yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm edildiğinde, ceza ertelenebilir.

8. Şikâyet Üzerine Daha Az Ceza İle Cezalandırılan Hırsızlık Suçları

a. Akrabalar, Hısımlar Arasında Hırsızlık

TCK, 167/2. madde hükmünde, hırsızlık suçu, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin veya aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin yahut aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımların zararına olarak işlenirse, şikâyet üzerini verilecek ceza, yarısı oranında indirilir diyerek hem kişiye bağlı cezayı azaltıcı nedene, hem de hırsızlık suçunun takibinde şikâyete yer vermiş olmaktadır.

765 sayılı Kanunun değişik 524/2. maddesi hükmü de yer vermiş olmakla birlikte, Kanunun hırsızlıkta ve yağma hariç malvarlığına karşı diğer suçlarda, akrabalığı cezayı azaltan kişiye bağlı bir neden saymasının kabul edilebilir olmadığını düşünüyoruz, çünkü akrabalar arasında hırsızlık, diğer kimseler arasında olan hırsızlıktan toplumsal bakımdan daha az vahim değildir.

b. Mal Ortakları Arasında Hırsızlık, Alacaklının Hırsızlığı

TCK, daha az cezayı gerektiren takibi şikâyete bağlı diğer bir hırsızlık suçuna 144. maddesi hükmünde yer vermiştir. Bu hüküm, hırsızlık suçu, paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde veya bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlendiğinde, şikâyet üzerine, faile iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir, demektir.

TCK, görüldüğü üzere, payı belli olsun veya olmasın, mal ortaklığında, ortaklardan birinin, kendi malını, mal zilyesinde olan diğer ortağın rızası olmadan bulunduğu yerden almasını, hırsızlık saymakta, ancak daha az ceza vermekte ve suçun takibini şikâyete bağlamaktadır.

Kanun, “hukuki bir ilişkiye dayanan alacağın tahsili” ile sınırlı olarak, alacaklının, borçlusuna ait bir taşınır malı, zilyedinin rızası olmadan, bulunduğu yerden alacağının karşılığı olarak almasını hırsızlık saymakta, şikâyet üzerine, daha az ceza ile cezalandırmaktadır. Çok tartışılacak bu hüküm, “kendiliğinden hak almayı” cezası hafifletilmiş hırsızlık saymaktadır.

Hukuku bir ilişki, kira, satış, vs., gibi alacak doğuran her hukuki ilişkidir. Hukuki bir ilişkiye dayanan alacak, tahsil edilebilen alacaktır. Talep hakkı vermeyen “eksik borç” tahsil edilebilen bir borç değildir. Kumar alacağını almak için kumar borçlusunun taşınır bir malını almak, hırsızlık suçunu oluşturur.

c. Kullanma Hırsızlığı

Hukuk düzenlerinin genellikle hırsızlık suçundan farklı, daha az ceza gerektiren bir hırsızlık suçuna yer verdiği görülmektedir. Bu kullanma hırsızlığı suçudur. Suçu vurgulayan özellik, failin, başkasının taşınır malını, rızası olmadan, bulunduğu yerden kullanmak maksadıyla alması, kullandıktan sonra geri verilmesidir.

İCK., kullanma hırsızlığını, 626, n.1. maddesinde, cezayı azaltan nedenler arasında, “fail, aldığı şeyi sadece bir süre kullanmak amacı ile hareket eder ve kullandıktan sonra derhal geri verirse”²⁵ daha az ceza ile cezalandırılır biçiminde tanımlamıştır.

Kanun, 146. maddede, “Hırsızlık suçunun malın geçici bir süre kullanılıp zilyede iade edilmek üzere işlenmesi halinde” biçiminde tanımlamıştır.

İki kanun hükmü karşılaştırıldığında, Kanun hükmünün kullanma hırsızlığını ifade etmediği görülür, çünkü “hırsızlık suçunun malın geçici bir süre kullanılıp... iade edilmek üzere işlenmesi” ibaresi 141. maddede yer alan özel kast “yarar sağlamak maksadıyla” ibaresi ile anlam olarak aynıdır, sadece genelde özeli ifade etmektedir, çünkü ibare sadece yararlanmak maksadını ifade etmekte, fiilen geçici kullanma şeklindeki yararlanmayı ifade etmemektedir. Böyle olunca, kullanma hırsızlığı denilen hırsızlığın hırsızlıktan ayırt edilmesi için, söz konusu kanun hükmünün, İCK’nda olduğu gibi, malın bir süre kullanıldıktan sonra derhal iade edilmesi biçiminde anlaşılması gerekmektedir.

Bu durumda, fiil, geçici bir süre kullanılmak üzere bulunduğu yerden alın-

²⁵ “se il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa sottratta, e questa, dopo l’uso momentaneo, è stata immediatamente restituita”

mış olan başkasına ait taşınır malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra zilyedine iade edilmesidir. Kanun “geçici bir süre” kullanmadan söz ettiğinden, kullanma süreklilik arz ettiğinde artık kullanma hırsızlığı değil, ama hırsızlık söz konusudur. Bulunduğu yerden alınan malın genelde kabul edilebilir olmayan uzun bir süre kullanılması, sürekli kullanılmasıdır.

Ne alınmışsa o, ne kadar alınmışsa o kadar iade edilmelidir. Eksik iade etmek, alınan şeyden başka bir şeyi iade etmek halinde, mal iade edilmiş olmaz. Bu halde, fiil, kullanma hırsızlığı suçunu değil, hırsızlık suçunu oluşturur.

Alınan mal aynen ama kullanmadan ötürü eskimiş, değeri düşmüş olarak iade edildiğinde, suç değişmez, yani suç kullanma hırsızlığıdır, ancak tazminat gerekebilir.

Alınan malın kullanıldıktan sonra iade edilmesi, failin serbest iradesinin sonucu olmalıdır. İradesi zorlandığı için malı zilyedine iade etmek zorunda kalan fail, tamamlanmış hırsızlık suçundan sorumludur.

Kullanma meşru olmalıdır. Kanun “malın suç işlemek için kullanılması halinde bu hüküm uygulanmaz” diyerek, suç işlemekle sınırlı gayri meşru kullanmanın, hırsızlık suçunu oluşturduğunu kabul etmektedir. Malın, hukuka, ahlaka aykırı kullanılmasının, gayri meşru kullanılması olduğunu düşünüyoruz.

Başkasına ait taşınır malın zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden kullanılması maksadıyla alınması, malın kullanılmasından sonra iadesini gerektirdiğinden, kullanma hırsızlığı suçu, kullanıldıktan sonra mal iade edildiği anda ve yerde tamamlanmış olur.²⁶ Birçokları arasında Manzini,²⁷ suçun tamamlanması için alınan iade edilmesi zorunlu olduğundan, suça teşebbüsün mümkün olmadığını, failin malı zilyedinden aldığı yakalanmasını, hırsızlığa teşebbüs olarak değerlendirmektedir. Antolisei,²⁸ bu düşüncüyü eleştirmekte: suça teşebbüsün, mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Düşünce tutarlı değildir, çünkü teşebbüste, failin niyetine bakılmaktadır. Hal bu ki bu, tüketilmiş fiil, yani almak bakımından geçerlidir, daha sonraki iade etme fiili bakımından geçerli değildir. Öte yandan, bu düşünce, teşebbüs derecesinde kalan suçun cezasının tamamlanmış suçun cezasından daha fazla olması, ayrıca takibi şikâyete bağlı bir suçun teşebbüsünün res’en takip edilmesi man-

²⁶ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 231

²⁷ Manzini, Trattato, IX, n. 3256, s.346.

²⁸ Antolisei, Manuale, PS, I, s.231

tıksız sonucuna götürmektedir. Bundan ötürü, kullanma hırsızlığı suçunda teşebbüsün kabulü zorunludur.

Suç kastının bir özelliği yoktur. Hırsızlıkla aynıdır. Fail, başkasına ait taşınır malı, zilyedinin rızası olmadan, bulunduğu yerden, kullanıp iade etmek maksadıyla bilerek ve isteyerek almış olmalıdır.

Kanun suçun cezasında hırsızlığa göndermede bulunulmuştur. Hırsızlıkta faile verilecek ceza ne ise, o ceza “yarı oranına kadar indirilerek” verilir. Cezanın yarı oranına kadar indirilerek verilmesi demek, hükmedilecek cezanın yarısının verilmesi demektir.

8. Nitelikli Hırsızlık Suçları

a. Genel Olarak

Nitelikli hırsızlık suçları TCK'nun 142. maddesinde ağırlıkları bakımından üç kademeli olarak düzenlenmiştir. 142/1. madde hükmünde öngörülen suçların cezası iki yıldan beş yıla kadar hapidir. 142/2 madde hükmünde öngörülen suçların cezası üç yıldan yedi yıla kadar hapidir. Suçun elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan bir kimseye karşı işlenmesi halinde bu hükme göre verilecek ceza üçte bir artırılarak verilir. 142/3. madde hükmü, öngördüğü suçun cezası hakkında ikinci fıkra hükmüne gönderme yapmakta, ancak suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde faile verilecek cezayı onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası olarak tespit etmektedir. Burada, hapis cezasının asgari haddi, gönderme yapılan hükmün öngördüğü cezanın azami haddinden daha az olamaz. Adli para cezasına gelince, gönderme yapılan hükümde hapis cezası yanında ayrıca bu ceza öngörülmüş olmadığından, kanunilik ilkesinin gereği olarak bu ceza için cezanın asgari haddi, genel hükümde gösterilendir.

TCK, 143. maddede, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesini, 765 sayılı Kanundan (m. 492) farklı olarak, tüm hırsızlık suçları için ağırlaştırıcı bir neden saymış, faile verilecek cezanın üçte birine kadar artırılmasını öngörmüştür. Gece vakti, Kanunun 6/1,e maddesi hükmü gereğince, güneşin batmasından bir saat sonraya ve güneşin doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresidir.

Nitelikli hırsızlık suçları bir esasa dayanmamaktadır. Bunlar kanunun saydıkları ile sınırlıdır. Kanun, suçların kapsamını ve sınırlarını belirlemede, 765 sayılı Kanun dönemine ait doktrin ve uygulamadan yararlanılması olasılığını nerdeyse tümünden ortadan kaldırmıştı.

b. 142/1. Maddede Öngörülen Nitelikli Hırsızlık Suçları

i. Hırsızlık suçunun kime ait olursa olsun kamu kurum ve kuruluşlarında veya ibadete ayrılmış yerlerde bulunan yahut kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya hakkında işlenmesi (TCK m. 142/1,a)

Kamu kurumu ve kuruluşları, belli kamu hizmetlerini yerine getirmek için kanunla kurulmuş olan kamu tüzel kişileridir. Kanun, “kamu kurum ve kuruluşları” sözü ile, kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerini sürdürdükleri yerleri kastetmektedir. Suç bu yerlerde bulunan “eşya” üzerinde işlenmiş olmalıdır. Kanun “kime ait olursa olsun” dediğinden, eşyanın mutlaka kamu kurum ve kuruluşuna ait olması gerekmez. Eşya orada çalışan veya iş icabı bulunan kişilere de ait olabilir.

Hırsızlık suçu, kime ait olursa olsun, ibadete ayrılmış yerlerde bulunan eşya üzerinde işlenirse ceza artırılmaktadır. “İbadete ayrılmış yerler”, halkın ibadetini yaptığı mekânlardır.

Kanun hırsızlık suçunun kamu yararına veya hizmetine tahsis edilmiş eşya üzerinde işlenmesini cezayı artıran neden saymıştır. Eşyanın bulunduğu yerin önemi yoktur. Burada önemli olan, eşyanın kamu yararına veya hizmetine özgülümlü olmasıdır.

ii. Muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında işlenmesi

TCK, hırsızlık suçunun herkesin girebileceği bir yerde bırakılmış olmakla birlikte, kilit altına alınmış olan yahut bina veya eklentileri içinde muhafaza edilen eşya üzerinde işlenmesini cezayı artıran neden saymıştır (m.142/1,b).

İçinde toplu oturlan binalar, iş yerleri, spor tesisleri ve bezeri yerler herkesin girebileceği yerlerdir. Suç kilit altına alınarak bu yerlere bırakılmış olan eşya üzerinde işlendiğinde ceza artırılabacaktır. Kilitlemek, eşyayı mutlaka ör., sandık, kutu ve saire gibi bir şey içine koyup kilit altına almayı gerektirmez, çok sayıda insanın girip çıktığı bir apartmanın ortak kullanım alanına ör., teke-

rine asma kilitle zincir takılarak bırakılan bisiklet de “kilitlemek suretiyle... muhafaza altına alınmış” olmaktadır.

Bina ve eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında suç işlendiğinde ceza artırılır. Bina, yapı anlamındadır. Yapı, barınak veya başka amaçlar için yapılmış her türlü mimarlık eseridir. Eşyanın bina ve eklentileri içinde muhafaza altına alınması demek, eşyanın muhafaza altına alındığı yerin, belli bir kimsenin veya kimselerin tasarrufunda olan bir yer olması, yani o yere başka kimselerin, açıkçası herkesin girip çıkamaması demektir. Bu anlamda, iş sahipleri ve çalışanlarının girip çıktıkları işyerleri, ofisler, depolar, konutlar, evler, bina ve eklentileridir. Bu yerlerde bulunan eşya, bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşyadır.

iii. Hırsızlık suçunun halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde veya bu araçların belli varış ve kalkış yerlerindeki eşya hakkında işlenmesi (m.142/1, c)

Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım araçları, her çeşit toplu taşıma araçlarıdır. Belli bir hizmete tahsis edilmiş araçla, ör., öğrenci, işçi, memur servisleri, turist otobüsleri vs., halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım araçları sayılmalıdır.

Suç bu araçlar içinde, kalkış ve varış yerlerinde bulunan eşya hakkında işlenmelidir. Eşya yolcu beraberindeki eşyadır. İşletmeye ait eşya hükmün kapsamı dışındadır.

iv. Hırsızlık suçunun bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanan eşya hakkında işlenmesi (142/1,d)

Burada önemli olan, eşyanın, bir afet veya felaketin zararlarını önlemek veya azaltmak amacıyla hazırlanmış eşya olmasıdır.

Olası bir tehlikeyi önlemek üzere hazırlanmış olan, ör. yangın söndürme aletleri, can kurtaran simitleri, ilk yardım malzemeleri, kısacası, zararı önlemeye veya azaltmaya elverişli, önceden hazırlanmış her çeşit araç ve gereç hükmün kapsamındaki eşyadır.

v. Hırsızlık suçunun adet veya tahsis yahut kullanılmaları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında işlenmesi (TCK. m.142/1,e)

Hasat dönemleri tarlarda, bağda, bahçede, harmanlarda bırakılan ürünler, tarım aletleri, sokaklara park edilmiş araçlar, yol işaretleri, parklarda halkın kullanımına sunulmuş araç ve gereçler bu hüküm kapsamındadırlar.

vi. Hırsızlık suçunun elektrik enerjisi hakkında işlenmesi (TCK. m.142/1, f)

Elektrik enerjisinin kamuya veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Elektrik enerjisinin dağıtıma tabi olması veya kişilerin kendi ihtiyaçları için üretmiş olmaları bir önem arz etmez.

Hatta bir kimsenin adına kayıtlı sayaçtan evine giden elektriğin bir yöntemle birileri tarafından alınıp kullanılması da bu hüküm kapsamındadır.

c. 142/2. maddede öngörülen nitelikli hırsızlık suçları

i. Hırsızlık suçunun kişinin malını koruyacak durumda olmamasından veya ölmesinden yararlanılarak işlenmesi (TCK. m. 142/2,a)

Çocuklar, akıl hastaları, kazalarda, afetlerde, felaketlerde ağır yaralananlar mallarını koruyamayacak durumda olan kimselerdir. Bunların bu durumlarından yararlanılarak hırsızlık yapılmasını kanun koyucu vahim görmüştür. Çocukların, akıl hastalarının kandırılarak ellerinden eşyalarının alınması hırsızlık değil dolandırıcılık olur.

Ölmesinden yararlanılarak kişiye ait şeylerin alınması, trafik kazalarında, afetlerde, felaketlerde sıkça rastlanan olaylardır. Kişinin ahlaki düşüklüğünü gösteren bu tür davranışlarda daha ağır ceza ile cezalandırılması uygarlık gereğidir.

ii. Hırsızlık suçunun elde veya üstte taşınan eşyanın çekilip alınması suretiyle yahut özel beceri ile işlenmesi (TCK. m. 142/2, b)

Suçun konusu üstte taşınan eşyadır. Bu, çanta, cüzdan, kolye, bilezik, bilgisayar, kamera, vs. her şey olabilir. Eşyanın “çekilip alınması” suçu oluşturmaktadır. Çekip alma, sonunda zor kullanmadır. Zor kullanma eşya üzerinde kalmalıdır. Böyle olunca, çekip alma, hiçbir zaman kişinin vücut bütünlüğüne zarar vermemelidir. Kişinin vücut bütünlüğüne zarar verecek bir biçimde zor-

lanması, fiilin hırsızlık olmaktan çıkması, yağma olması sonucunu doğurur.²⁹ Özel beceri, el çabukluğu, ustalık anlamındadır. Yankesicilik özel beceridir.

iii. Hırsızlık suçunun doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanılarak işlenmesi (TCK. m. 142/2, c)

Deprem, sel, vs., doğal afetlerdir. Her türlü kitlesel hareketler sosyal olaylardır. Yangın ne doğal afet ne de sosyal olaydır. Genişletici yorumla yangın ve benzeri felaketler de bu hükmün kapsamı içinde düşünülebilir.

Doğal afet, sosyal olay, insanlar arasında korku ve kargaşa yaratmalıdır. Korku ve kargaşa hükmün uygulanabilmesi koşuludur.

Fail fiilini işlerken korku ve kargaşadan yararlanmalıdır. Herkesin yardıma koştuğu bir ortamda birinin çapulculuk yapması korku ve kargaşadan yararlanmaktır.

iv. Hırsızlık suçunun haksız yere elde bulundurulan veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle işlenmesi (TCK. m.142/2,d)

“Haksız yere elde bulundurmak” failin kilidin anahtarını elinde bulundurmaya hakkı olmamasıdır. Açıkçası, anahtarın elde bulundurulması, hukuki sebebe dayanmamalıdır. Buluntu anahtar, hukuken gereği yapılmadığında, haksız yere elde bulundurulan anahtardır.

Kilidi kırmak, kilit açmak değildir. Kilit, taklit anahtar, maymuncuk, yahut başka bir aletle açılmış olmalıdır.

Emanet bırakılan kilitli eşyanın anahtarla açılarak içinden bazı şeylerin alınmasının hırsızlık mı güveni kötüye kullanmak mı olduğu tartışma konusudur. Emanetçinin fiilinin hırsızlık suçunu oluşturduğunu düşünüyoruz.

v. Suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi (m. 142/2, e)

Bilişim sistemlerini kullanarak hırsızlık suçunun işlenmesinin yeterince belli, belirgin olduğu söylenemez. Gerçekten, bununla, şifreli kilitlerin şifrelerinin kırılması, hırsızlığa karşı alınan elektronik tedbirlerin gene bu

²⁹ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 224.

yolla giderilmesi mi kastedilmektedir, yoksa hükümleri karşısında hukuka aykırı olarak eline geçirdiği kredi kartının şifresini kırarak bir kimsenin banka hesabından para çekmek, banka hesaplarına girerek para çekmek, bir hesaptan diğer bir hesaba para aktarmak, vs. mi anlaşılmaktadır, belli değildir. Esasen çok tartışmalı olan bir şeyi, bilinir sayarak hükümleştirmek, o şeyin sınırlarını belirlemede ciddi sıkıntılar yaratabilmektedir. Kanunilik ilkesi, konan hükümlerin, muayyen, tanımlanabilir, anlaşılabilir, kapsam ve sınırları belirlenebilir olmasını emretmektedir. Hukukun “irade” olması, iradenin keyfi olmasını haklı kılmaz. Bu durumda, hükmün kapsamı ve sınırları içtihatla belirlenecektir.

Biz, hükmün, kilit yerine geçen, güvenlik sağlayan elektronik sistemlerin gene bu yolla giderilerek hırsızlık yapılması ile sınırlı olduğunu düşünüyoruz.

vi. Tanınmamak için tedbir alarak veya yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak hırsızlık yapmak (TCK. m. 142/2, f)

Kılık değiştirmek, tebdili kıyafette bulunmak, yüzünü gizlemek, boyamak, vs. tanınmamak için tedbir almaktır.

Yetkili olmadığı halde resmi sıfat takınmak, kendisine kamu görevlisi süsü vermektir. Kamu görevlisini Kanun tanımlamıştır. Kendisine kamu hizmeti gören suçu, elektrikçi, vs., süsü vererek hırsızlık yapmak, Kanun “resmi sıfat” takınmak aradığından, hükmün kapsamı dışındadır.

vii. Hırsızlık suçunun barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan büyükbaş veya küçükbaş hayvanlar hakkında işlenmesi (TCK. m. 142/2, g)

Büyükbaş, küçükbaş kelimeleri bileşik isimdir, bitişik yazılırlar. Kanun bu isimleri imlasına uygun yazmamıştır. Büyükbaş, küçükbaş hayvanın dilde ne anlama geldiği bellidir.

Mandıra, ağıl, ahır, üstü kapalı veya açık, etrafı çevrilerek korunaklı hale getirilen yerler, hayvan barınak yerleridir.

Sürü, büyükbaş veya küçükbaş hayvanlardan oluşturulan hayvan topluluğudur. Sürü, büyükbaş ve küçükbaş hayvanlardan da oluşturulmuş olabilir. Sürü bir kimsenin hayvanlarından meydana getirilmiş olabileceği gibi, birçok kimsenin hayvanlarından da meydana getirilmiş olabilir.

Otlaklar, meralar, hayvanların kırdı, yolda, açıkta buldukları her yer, Kanunun “açık yer” dediği yerlerdir. Büyükbaş, küçükbaş hayvanlar buldukları bu yerlerden alınıp götürüldüğünde ceza artırılır.

d. Hırsızlık suçunun sıvı veya gaz halinde bulunan enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi (TCK. m. 142/3)

765 sayılı TCK, hırsızlık suçunun, sıvı veya gaz yakıtlar hakkında işlenmesini “sıvı veya gaz halinde yakıtları nakleden boru hatlarından veya bunların depolarından işlenirse” biçiminde ifade etmişken, 5237 sayılı kanun bunu, sıvı veya gaz halinde bulunan enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenirse” biçiminde ifade etmiştir.

5237 sayılı Kanun, bu tür hırsızlığı belki daha iyi, daha anlaşılır bir biçimde ifade etmek istemiş, ama bunda başarılı olamamıştır. Bir kere “ve” bağlacı bir suç mu yoksa farklı iki ayrı suç mu ifade etmektedir, bu belli değildir.

Gerçekten, hüküm sadece sıvı veya gaz yakıtın çeşitli yerlerden, yani “bunların nakline, işlenmesine, depolanmasına ait tesislerden alınmasını mı suç saymaktadır; yoksa “sıvı veya gaz halinde bulunan enerji hakkında” işlenmesi yanında, ayrıca bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde bulunan bir şeyin alınmasını mı nitelikli suç saymaktadır; bu, anlaşılabilir değildir. Bu husus gerekçede de açıklanmış değildir. Biz burada yer bakımından seçenekli hareketli, bir tek nitelikli suçun olduğunu düşünüyoruz. Dolayısıyla, hüküm, “Hırsızlık suçunun...sıvı veya gaz halinde bulunan enerjinin nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi halinde...ceza hükmolünür” biçiminde anlaşılmalıdır. Çünkü Kanunun belirttiği bu yerlerden alınmış olmadıkça “sıvı veya gaz halinde bulunan enerji hakkında” hırsızlık suçunun işlenmesi mümkün olmaz.