

HIRSIZLIĞA TEŞEBBÜS SUÇUNDA İCRA FAALİYETLERİNİN BAŞLAMASI

The Start of The Execution Acts in The Burglary Attempt Crime

Fazıl ALTINORDU *

ÖZET

Ceza Hukukunda suça teşebbüs her ne kadar sadece bir indirim sebebi olarak düzenlenmiş ise de, uygulamada bir suç görünümünde; amacına ulaşmamış suçlunun da cezalandırılmasına olanak veren bir kurumdur. Suçun kanuni niteliğine uygun şekilde teşebbüsün de cezalandırılması ile belirli fiiller açısından cezalandırma ölçütü genişlemiş olmaktadır. Bu çalışmada özellikle hırsızlığa teşebbüsün belirli bir aşaması olan icra hareketinden ne anlaşılması gerektiği somut olay üzerinden tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hırsızlık, Suç, Teşebbüs, Hazırlık Hareketi, İcra Hareketi

ABSTRACT

Although the preparatory act in the criminallaw has been structured as a reason of reduction, it is a crime in practice. The punishment of a preparatory act appropriate to the crime's legitimate attribution, the punishment criteria is widened. In this study it has been argued over a concrete case especially what to understand from the execution act being a particular step to the burglary attempt.

Keywords: Burglary, Crime, Attempt, Preparatory Act, Execution Act

GİRİŞ

5237 sayılı TCK'da yer alan teşebbüs kurumu, 765 sayılı TCK'da yer alan tanıma göre eksik-tam teşebbüs ayrımının kaldırılmış olması nedeniyle farklılık göstermektedir. Bu farklılığın önemi, mahkeme hakiminin önüne gelen olayda, failin hareketlerinin teşebbüs aşamasına gelip gelmediği yönünden önemlidir. Çünkü bir hareketin suça teşebbüs olarak cezalandırılabilmesi için, onun hazırlık safhasından çıkmış ve icra safhasına girmiş olması gerekir. Bu çalışmada; teşebbüsün mümkün olduğu suç tiplerinden hırsızlık suçunun sadece somut bir örneği üzerinde durarak, bu

* Haymana Hâkimi



ayrımın neye göre yapıldığı veya yapılması gerektiğini açıklamaya ve bu konuda ki görüşlere yer vermeye çalıştım.

I. 5237 sy. TCK'DA YER ALAN TEŞEBBÜS KURUMU

Teşebbüs; ceza kanunları içerisinde genel kabul görmüş ve cezalandırılması yönünde eğilimin ağır olduğu, bununla birlikte tek başına bir suç tipi olmayan, ancak başka bir suçla varlığını koruyabilen bir kurumdur. Bir suçun tamamlanmadığı durumlarda, ancak bu suçun kanuni tarifıyla birlikte, bu hükmün yanında ve bununla bağlantılı olarak uygulama kabiliyetine haiz olması nedeniyle; teşebbüs hükümleri, yardımcı norm karakteri taşımaktadır.¹

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın 61 ve 62. maddelerinde öngörülen eksik-tam teşebbüs ayrımından vazgeçilmiştir. Bunun nedeni yargılamayı yapan hakime, somut olayın kendine has özellikleri dikkate alınarak kanunun teşebbüsle alakalı düzenlediği indirim aralığını belirleme konusunda takdir yetkisi verilmiş olmasıdır. Diğer önemi fark ise şudur: Önceki kanun düzenlemesinde, "failin kastının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolunda ki subjektif ölçüt" ün terkedilerek; işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılmasıyla suçun icrasına başlanmış sayan ve ancak bunu cezalandıran "icra hareketine başlama ölçütü" nün kabul edilmiş olmasıdır.²

A. Teşebbüsün Hukuki Niteliği

Genel olarak bakıldığında, teşebbüsün hukuki niteliği ile ilgili olarak, iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, teşebbüsü, tamamlanmış suça oranla bağımsız ve kendi bakımından yeterli bir suç olarak değerlendirmektedir. Diğer yaklaşım ise teşebbüsü, tamamlanmış suçun bir derecesi, teşebbüs hükümlerini de, tamamlanmış suça ait kuralları genişleten hükümler olarak nitelendirmektedir.

1 ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2006, s.459

2 PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, **5237 Sayılı TCK'da Suça Teşebbüs İştirak İçtima Ve Yaptırımlar**, Seçkin, Ankara,2010, s.23



Teşebbüsü daha ayrıntılı inceleyecek olursak; kanuni tanımında yer alan netice gerçekleştiği takdirde tamamlanmış bir suç söz konusu olmaktadır. Buna karşılık fail işlemek istediği suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketleri yaparak, yani suç projesi ve hazırlık hareketleri safhalarını aşarak doğrudan doğruya suçun icrasına başlamış olmasına karşın, yapacağı bütün neticeyi bitirememesi veya yapabileceği bütün hareketleri yapıp bitirdiği halde, elinde olmayan nedenlerle sonucun gerçekleşmemesi durumunda, tamamlanmış suç failine göre bu faile daha az ceza verilmesi kabul edilmiştir.

Teşebbüsün hukuki niteliği bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Carrara gibi bazı yazarlara göre teşebbüs; tamamlanmış suçun hafifletici sebebidir. Bunun dışında bazı yazarlara göre ise; teşebbüs başlı başına bir suç şeklidir. Teşebbüs derecesinde kalan suç ile tamamlanmış suç arasında yalnız nicelik değil; nitelik farkı da vardır. Bu görüşe göre teşebbüsün yeri; kanunların özel kısmıdır.³

Bir olayda fiilin tamamlanması iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Bazen suçu gerçekleştirmeye yönelik hareketleri fail, sonuna kadar götürülemeyebilir; örneğin, hırsızın kapıyı kırıp eve girmeye çalışırken yakalanması durumunda, icra hareketleri tamamlanamamıştır. Bazen de fail, icra faaliyetlerini sonuna kadar götürmesine rağmen, suçun varlığı için gerekli olan sonucu gerçekleştiremez. Örneğin, bir kimseyi öldürmek amacıyla tabancayla ateş etmesine rağmen kurşunun mağdura isabet etmemesi ya da etmesine rağmen mağdurun sadece yaralanması durumunda; fail, icra hareketlerini tamamlamasına rağmen sonuç gerçekleşmemiştir. Her ne kadar 5237 sy. TCK, bu ayrımı kaldırmış olsa da ilk varsayımda teşebbüs eksiktir; ikincisinde ise tamdır. Teşebbüsün iki şeklinin, dış dünyaya yansımaları düşünüldüğünde; tam teşebbüsün eksik teşebbüse göre ikinci bir aşamayı gerçekleştirdiği görülür. Nitekim, ilk aşamada suçun icrası kısmen gerçekleştirilmekte, ikinci aşamada ise icra hareketleri tamamlanmakta ama sonuç gerçekleşmemektedir. Denilebilir ki; suç yolunda belli bir yol katedildikten sonra suçun gerçekleşmesi için gerekli olan hareketlerin tamamlanıp

3 PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, 5237 Sayılı TCK'da Suça Teşebbüs İştirak İctima Ve Yapımlar, s.24



tamamlanmamasına göre, teşebbüsün ağırlığı değişmektedir. ⁴

Teşebbüs bağımsız bir ceza normu değildir. Suça teşebbüs hükümleri ancak tamamlanmış suçun düzenlediği norma bağlı olarak uygulanabilir nitelik gösterir. Dolayısı ile suça teşebbüs hükümleri, suç tipinde gösterilen neticenin gerçekleşmediği olaylarda failin hangi koşullar altında cezalandırılacağını açıklamaktadır.⁵ Failin toplum düzenini bozan davranışlarından dolayı, -amaçlanan suç tamamlanamasa da- failin kusurlu olarak icra hareketlerine girmiş olması veya icra hareketlerini tamamlamış olması sebebiyle failin düzene aykırı kişiliği ortaya çıkmış olmakta ve cezalandırılmasının gerekliliği gündeme gelmektedir.⁶

B. Teşebbüsün Cezalandırılma Nedeni

Suç yolunda önce hazırlık hareketleri, daha sonra da icra hareketleri gerçekleşmektedir. Ceza hukukunun müdahalesi için, kişinin suç işleme bilinç ve iradesiyle herhangi bir biçimde faal hale geçmesi yeterli olmayıp, bu halin belirli bir nitelik ve niceliğe ulaşması gerekir. Mesela; B'yi öldürmeye karar vermiş A, bu amaçla, bir bıçak almış olabilir. Fiil bu aşamada kalmış ise A'nın kasten öldürme suçundan cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Çünkü bir suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketleri, o suçun icrası cümlesinden olarak cezalandırılabilir hareketlerden değildir. Meğer ki bu hareketler bizatihi cezalandırılabilir nitelikte hareketler olsun ve müstakil bir suç oluştursun. Teşebbüsün cezalandırılması için aranan birinci koşul; gerçekleştirilen fiilin icra hareketi niteliğinde olmasıdır. Bir suça teşebbüsten söz edebilmek için, en azından o suçun kanuni tarifindeki icra hareketlerine başlanmış olması gerekir.⁷

Teşebbüsün cezalandırılması için kanunlarda açık bir hükmün bulunması gerekir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince; suçu oluşturan unsurlar oluşmadığı sürece, teşebbüs derecesinde kalan herhangi bir suçu cezalandırmak mümkün değildir. Doktrinde tamamlanmamış bir suçu cezalandırmaya götüren nedenin ne olduğu konusunda fikir birliği sağlanamamıştır.⁸

4 İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin, Ankara,2009,s.29

5 SÖZÜER Adem, *Suçta Teşebbüs*, Kazancı Yayınları, İstanbul,1994, s.46

6 ŞEN Ersan, *Türk Ceza Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2002, .s.214

7 ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*,s.458-459

8 İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy,age, s.36



Teşebbüsün cezalandırılma nedenini; hukuk düzeninin tehlikeye düşürülmesi esasına dayanarak açıklayan görüşü esas olarak Kohler ortaya atmıştır. Ona göre, teşebbüs hareketleri ile tehlikeye düşürülen husus, salt hukuki yarar olmayıp, asıl olarak teşebbüs davranışının kendisinin genel hukuk düzeni için bir tehlike oluşturmasıdır. Çünkü kamusal cezalandırmayla sosyal düzen korunmak istenmekte ve belirli bir hukuki yarara yönelik saldırı, gerçekte toplum bakımından bir tehlike oluşturmaktadır. Bu nedenle teşebbüs ile cezalandırılmayan hareketlerin arasındaki sınırın tespitinde; belirli bir hukuki yararın somut olarak tehlikeye sokulması değil, iradi hareketin genel hukuk düzeni açısından soyut bir tehlike yaratıp yaratmadığı ölçüsü esas alınmalıdır.⁹ Subjektif teoriye göre teşebbüs, failin tehlikeli bir yapıda olduğunun, faildeki anti sosyal iradenin dış dünyaya yansımalarının göstergesi olduğundan teşebbüs aşamasında kalan hareketler de cezalandırılmalıdır. Bu teoriye göre teşebbüs açısından önemli olan; failin kanuna karşı gelme ve toplum düzenini bozma iradesinin olmasıdır. Bu teori, dış dünyaya yansıyan anti sosyal iradeyi, cezalandırmak için yeterli gördüğünden işlenemez suç hallerinin yanı sıra hazırlık hareketlerinin de cezalandırılmasını savunarak cezai sorumluluğu genişletir.¹⁰

Teşebbüsün cezalandırılma nedenini, hareketin menfaat üzerinde yarattığı tehlikeye dayandıran görüş, aynı zamanda "objektif teori" başlığı altında da isimlendirilir. Bu görüşe göre, teşebbüs bizatihi korunan hukuki menfaat için tehlike oluşturmakta ve bu nedenle cezalandırılması gerekmektedir. Tamamlanmış suçta, failin kasıtlı gerçekleştirdiği hareketi sonucunda, kanunla korunan değerler ihlal edilmektedir. Oysa teşebbüs durumunda, söz konusu zarar, ihlal şeklinde değil; tehlike şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu tehlike, işlenmek istenen suçun sonucunda ortaya çıkan ve suçun tamamlanmaması nedeniyle korunan menfaat üzerinde yaratılmış olan zarar tehlikesi niteliğini taşımaktadır. Bu bağlamda korunan menfaat üzerinde yaratılan, somut bir tehlikedir. Hareketi takiben zararlı bir sonuç elde edilmemiş olabilir ancak, korunan menfaat muhtemel bir zarara maruz bırakılmıştır.¹¹

9 SÖZÜER Adem, age, s.115

10 AYDIN Devrim, **Suçta Teşebbüs**, AÜHFD, C.55, S.1, 2006, s.89

11 İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy, age, s.38



Karma teori ise, yukarıda açıklanan teorileri bağdaştırmaya çalışarak hem failin dışa yansıyan iradesine hem de hareketin hukuk düzeni için oluşturduğu tehlikeyi dikkate almaktadır. Buna göre teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni hem faildeki suç işleme iradesinin açığa vurulmuş olması hem de hareketin hukuki konuyu tehlikeye atmış olmasıdır. Kanunda öngörülen tipik fiil henüz tamamlanamamış ve sonuç gerçekleşmemiştir ancak fail hukuku ihlal etme niyetini açığa vurmuş ve bir kısım hareketleri tamamlamıştır. Teşebbüsün cezalandırılmasını gerektiren neden ile tamamlanmış suçun cezalandırılmasını gerektiren neden özünde aynıdır.¹²

C. Teşebbüsün Şartları

TCK'nın 35. maddesinde düzenlenen teşebbüs kurumu ile ilgili, cezalandırılabilirliği açısından şu şartların varlığı aranmıştır. Failin kasten bir suça kalkışması, bu suçu gerçekleştirmeye yönelik bir fiilin olması ancak tüm bunlara rağmen failin kendi isteği ile değil dış bir etki nedeniyle sonuca ulaşamamış olması gerekmektedir. Esas olarak teşebbüs, TCK'da bir yasal indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Ancak teşebbüsün varlığı kabul edilmedikçe, failin asıl suçtan da cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Aşağıda bu şartları açıklamaya çalışacağım..

1. Kastın Bulunması

Suçun faili ile, suçun maddi unsurları arasındaki bağı ifade eden kast, TCK'nın 21/1. maddesindeki tanıma göre, suçun kanuni unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu itibarla taksirli bir suçta, teşebbüs mümkün değildir. Teşebbüste aranan kast, icrasına başlanmış olan suçu teşebbüs derecesinde bırakmak kastı olmayıp, söz konusu suçu tamamlamaya yönelik bir kاستtır. Kast bakımından, tamamlanmış bir suçla, teşebbüs aşamasında kalmış bir suç arasında fark yoktur.¹³ İstenilen sonuç için, teşebbüs kastı söz konusu olamayacağından o suçu işleme kastı aranır. Yapıcı davranışlarına başlanmış suçu, teşebbüs aşamasında bırakmak değil, o suçu tamamlamaya yönelik kast olmalıdır. Teşebbüs aşamasında kalan suç için ayrı kast düşünülemez. Çünkü fail, suçu tamamlamayı düşünmüyorsa eylemi bir başka suç oluşturacaktır. Örneğin engel neden çıkıp

12 AYDIN Devrim, agm,s.90

13 PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1, Ankara,2007, s.386



çıkmayacağı bilinmediğinden hırsızlık suçuna teşebbüs değil, hırsızlık kastı mevcuttur. Doktrinde ki farklı bir görüş ise; olası kastta sanığın neticeden sorumlu tutulacağı, teşebbüste failin kasten hareket etmesinin arandığı, doğrudan veya olası kast ayırımının yapılmadığı, bu nedenle olası kastta teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini ileri sürmüştür.¹⁴ Bu görüşe karşı doktrinde Özgenç'e göre ise; her ne kadar, teşebbüse ilişkin hükümlerde genel olarak kast kavramı kullanılmış ise de; işlenen fiilin muhtemelen sebebiyet vereceği neticenin gerçekleşmemesi halinde, bu netice açısından faili teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutmamak gerekir. Aksi takdirde sorumluluk alanı katlanılmayacak ölçüde genişletilmiş olacaktır.¹⁵

2. Elverişli Hareketin Varlığı

Failin, belli bir suçu oluşturmak için şüpheye yer vermeyecek hareketi tamamlaması yeterli değildir. Aynı zamanda gerçekleştirilen hareketin elverişli olması da gereklidir. Elverişli hareket kavramı geniş bir kavram olup, elverişli aracı da içine almaktadır. Elverişlilik; somut olayla ilişkilendirilmeden değerlendirilebilecek bir kavram değildir. Olayda kullanılan araçla birlikte, diğer tüm şartların gözönünde bulundurulması gerekir. Daha açık bir ifadeyle, hareketin elverişli olması demek, suç fiilini derhal oluşturabilecek nitelikte olması anlamına gelmektedir. Elverişli olan bir araç, kullanım şekline göre elverişsiz olabilir. Bunun tersi de mümkündür. Elverişli hareketler; sonucu doğurma gücünü de ortaya koymaktadır. Bu nedenle bu hareketler, teşebbüsün olaya uygunluğu hakkında da bilgi vermektedirler.¹⁶ Bunun dışında, failin sahip olduğu özel bilgi, elverişliliğin belirlenmesi açısından dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, örneğin hemofili hastası olduğu bilinen bir kişiye karşı basit bir yaralama, ölüm neticesini oluşturmak açısından elverişli harekettir.¹⁷

Elverişli hareketin varlığı ile aslında kastedilen doğrudan "icra hareketlerine" başlanılmış olmasıdır. Bu itibarla icra hareketleri anlamını taşımayan "hazırlık hareketleri" kural olarak suça teşebbüsün ve cezai sorumluluğun kapsamı dışındadır. Hangi

14 BAKICI Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007,s.662

15 ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara,2010,s.412

16 İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy, age, s.71

17 ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi,, s.466



hareketlerin icraya başlama olarak kabul edileceği sorununun çözümlenmesi konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.¹⁸ Elverişliliğin belirlenmesi konusunda, en belirgin görüş olarak objektif ve subjektif görüş ileri sürülmüştür. Objektif görüşe göre; somut olaydan ve failin becerikliliğinden, soyut-objektif değerlendirme yapmak gerekir. Olayda fail, acemi de olsa bu, elverişlilik açısından önemsizdir. Örneğin adam öldürme suçunda araç olarak kullanılan silah dolu ve arızasız ise elverişlidir. Olayda failin silahı doğru şekilde kullanıp kullanamayacağı önemli değildir. Silah objektif olarak yeterli ise, elverişlidir. Subjektif görüşe göre, teşebbüsün varlığı ancak subjektif bir değerlendirme ile tespit edilebilir. Silah elverişli olsa da fail acemi ise, silah kullanmayı bilmiyorsa burada elverişlilik yoktur. Yargıtay yerleşik içtihatlarında genel olarak objektif kriteri benimsemiştir.¹⁹

Burada önemli olan; teşebbüsün varlığı için, kast ve elverişli hareket olarak adlandırılan icra hareketlerinin, kasti davranışın gerçekleşme safhasına göre değerlendirilmesinin gerekliliğidir. Somut olayda, failin iddia edilen suç işlemek kastının bulunduğu şüphesiz tespit edilse dahi, onun o ana kadar olan hareketi, icra hareketi kapsamında kalmıyorsa, fail söz konusu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmamalıdır. Bunun değerlendirme ölçütü ise somut olaydır. Davaya bakan hakimın yapması gereken; olaya ilişkin tüm verileri birlikte değerlendirmesidir. Bunlar arasında, failin kişisel bilgileri, mağdurla arasında ki muhtemel ilişkiler, hareketten önce veya sonra yapılan diğer tali hareketler ve bunların suça etkisi göz önünde tutularak failin tam olarak kastının neye yönelik olduğu tespit edilmelidir. Eğer mevcut deliller, sanığın iddia edilen suç için kastını anlamaya yeterli değilse sanığın beraatine karar vermek gerekebilir. Kastın ne olduğunu tespitten sonra, failin hareketinin icra aşamasına girip girmediği tespit edilmelidir. Bunun nitelemesi belki de işin en zor kısmıdır. Burada dikkat edilecek hareket noktası şudur: failin hareketinin işlemek istediği suçla bir bağlantı içinde olması, yani o suçun bir parçası olması gerekir. İcra hareketini bu noktada hazırlık hareketinden ayırdeden nokta; icra hareketinin suç tipiyle doğrudan bağlantısının gerekliliğidir.²⁰

18 PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.388

19 HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara,2010,s.364

20 SÖZÜER Adem, age, s.207-208



Doktrinde "doğrudan doğruya icraya başlama" olarak nitelendirilen objektif kriter kabul görmüş ve 5237 sy. TCK'nın 35. maddesinde bu çözüm benimsenmiştir. Getirilen bu düzenlemeye göre, failin icra hareketlerinin kastedilen ve amaçlanan suçla ilgili olarak, belirli bir gerçekleşme aşamasına gelmesi gerekir. Bu nedenle önce hangi suçu işlemeye yönelik kastının olduğu tespit edilmeli ayrıca da failin suçu doğrudan doğruya işlemeye başlamış olması gerekir.²¹

Hazırlık hareketinin nerede bittiği, icra hareketlerinin nerede başladığının tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Failin, bir suçu işlemek kastını kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketler icra hareketleridir. Suç tipinde belirtilen icra hareketi, neticeyi meydana getirebilecek hareketlerdir.²²

3. Elde Olmayan Nedenlerin Varlığı

TCK 35. maddesinde failin, "elinde olmayan nedenlerle" suçu tamamlayamaması ibaresine yer verilmiştir. Suçu tamamlayamamaktan söz edilmesinin nedeni, eksik-tam teşebbüs ayrımının bu Kanunda terk edilmiş olmasıdır. Failin iradesi dışında kalan ve icra hareketlerinin tamamlanmasına engel olan nedenler maddi ya da manevi olabileceği gibi üçüncü bir kişinin fiilinden yada bir tabiat olayından dahi kaynaklanabilir.²³

Bu aşamada önemli olan, icra hareketlerinin başladıktan sonra ve suç tipi açısından henüz suç tamamlanmadan ve istenilen sonuç elde edilemeden, icra hareketlerinin devam ettiği sırada, failin elinde olmayan ve engel olamadığı bir sebepten dolayı suçun yarıda kalmış olmasıdır.²⁴ TCK'da yer alan bazı suç tipleri için, icra hareketlerinin belirli bir aşamaya varması, suç tamamlanmış olmasa bile tamamlanmış suç gibi cezalandırmayı gerektirmektedir. Örneğin TCK 310. maddede şu hükme yer verilmiştir: "Cumhurbaşkanına suikaste bulunan kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. Bu fiile teşebbüs edilmesi halinde de suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur."²⁵ Fail yaptığı hareketleri yapılmamış saydırma

21 PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.390

22 BAKICI Sedat, age, s.664

23 İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy, age, s.121

24 EROL Haydar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, C.1, s.534

25 ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi,, s.473



iktidarına sahip ve yaptığı hareketin bütün iz ve eserlerini silebilecek durumda bulunuyorsa, icra hareketleri tamamlanmamıştır. Buna karşılık fail ne yaparsa yapsın, yapılmış olan hareketin sonuçlarını ortadan kaldıramıyor sadece zararlı neticenin gerçekleşmesine engel olabilecek bir durumda bulunuyorsa icra hareketleri bitmiş kabul edilmesi gerekir.²⁶

D. Teşebbüs Halinde Ceza Miktarının Belirlenmesi

TCK'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen suç açısından yapılacak indirim miktarı şu şekilde belirlenmiştir: "Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir." Görüldüğü üzere indirim miktarları aynen ceza tayininde olduğu gibi aralıklar belirlenerek sayılmıştır. Burada belirtilen cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar olan indirim miktarının neye göre belirleneceği de cümle başında açıklanmıştır. Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı indirim oranına gerekçe teşkil edecek unsurdur. Dikkat edilecek olursa; kanun koyucu salt maddi ya da somut zarardan bahsetmemiş, olayın gelişimine göre meydana gelebilecek tehlikeyi de indirim sebebi olarak saymıştır. Bu da her olayda meydana gelebilecek farklı neticelerin somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği ve mutlak surette maddi zarar oluşmasa da bir suça teşebbüsten bahsedilebileceğinin kabülü vurgulanmıştır.

II. 5237 sy. TCK'DA YER ALAN HIRSIZLIK SUÇU

5237 sayılı TCK'da hırsızlık suçu, 765 sayılı Kanuna göre daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yeni Kanunda, hırsızlık suçu; suçun basit hali, nitelikli halleri, gece vakti işlenmesi, daha az cezayı gerektiren halleri, suç konusu malın değerinin az olması hali, kullanma hırsızlığı ve son olarak da zorunluluk hali olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, devam eden maddelerde, suça etki eden akrabalık durumu ve etkin pişmanlık hükümlerine de yer verilmiştir.²⁷

26 PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.390

27 NOYAN Erdal, **Hırsızlık Ve Yağma Suçları**, Bile Yayınevi, Ankara, 2005, s51



A. Hırsızlık Suçunun Unsurları

TCK, 141. maddesinde, hırsızlığı bir kimsenin "zilyedinin rızası olmadan, başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla, bulunduğu yerden alması" olarak tanımlamıştır. Kanun hırsızlık suçunu, "zilyedinin rızası olmadan" temelinde kurgulamıştır. Böyle olunca, "başkasına ait taşınır mala zilyet olan" kişi haricinde herkes -hatta malın gerçek maliki bile- bu suçun faili olabilir. Geçmişte, doktrin hırsızlık suçunda, suçun konusunun "mülkiyet" olduğunu söylerken, bugün ise genel kanaat; hırsızlıkta, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunması gereken hukuki menfaatin, "zilyetlik" olduğu yönündedir.²⁸

Hırsızlık suçunun oluşması için; suç konusu olan zilyetlik altındaki taşınır malın, mutlaka önemli bir maddi değeri bulunması gerekmektedir. Alınan şeyin hiç bir mali ve maddi değeri olmasa; mesela sadece manevi değeri olan kağıt parçaları, mektuplar çalınmış olsa da hırsızlık suçunun gerçekleştiğinin kabülü gerekebilir.²⁹

Kanunun suç tanımında geçen "taşınır malı almak" ifadesi de yine suç tasnifi açısından açıklanmalıdır. Buna göre; 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.³⁰ Buradaki alma, elde etme, ele geçirme, tehdit-cebir-hile haricinde elverişli olmak koşuluyla her türlü davranışla, çeşitli vasıtalar kullanılarak gerçekleştirilebilir. Malın, cebir veya tehditle elde edilmesi, yağma suçunu; hileli yol veya davranışla elde edilmesi dolandırıcılık suçunu oluşturur; hırsızlık suçunu oluşturmaz.³¹

Fail açısından suçun tamamlanmış sayılması için çalınan maldan faydalanmaya da gerek yoktur. Yine failin suç konusu malı, bulunduğu yerden bizzat alması gerekli olmayıp, malı mekanik

28 HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, USA Yayıncılık, Ankara, 2011, s.318

29 NOYAN Erdal, s.61

30 MERAN Necati, **Yeni TCK'da Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları**, Seçkin Yayınevi Ankara,2005,s.37

31 HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem, age, s.321



vasıtalardan veya eğitilmiş hayvanlardan yararlanarak zilyetliğine geçirmiş olması halinde de hırsızlık suçunun maddi unsuru gerçekleşmiş olur.³²

B. Hırsızlık Suçunun Nitelikli Halleri

Suçun nitelikli halleri, ağırlıkları bakımından üç kademeli olarak düzenlenmiştir. Kanununun 142/1. maddesinde öngörülen nitelikli hal olarak sayılan suçların cezası iki yıldan beş yıla kadar hapidir. 142/2. maddesinde öngörülen nitelikli hal olarak sayılan suçların cezası ise üç yıldan yedi yıla kadar hapidir. Burada sayılan nitelikli hallerden, suçun elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenmesi beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı ise; verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. 142/3. madde hükmü, öngördüğü suçun cezası hakkında ikinci fıkra hükmüne gönderme yaparak, söz konusu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, faile verilecek cezayı, onbeş yıla kadar hapis cezası olarak tespit etmiştir. Bunlar dışında yine suçun gece vakti işlenmesi de ağırlaştırıcı neden olarak sayılmıştır. Nitelikli hırsızlık suçları bir esasa dayanmamaktadır. Yani bu suçlar kanunun saydıkları ile sınırlıdır. Kanun, suçların kapsamını ve sınırlarını belirlemede, 765 sayılı Kanun dönemine ait doktrin ve uygulamadan yararlanılması olasılığını neredeyse kaldırmıştır.³³

III. YARGITAY CEZA GENEL KURULUNUN İLGİLİ KARARININ TARTIŞILMASI

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22.05.2012 tarihli bir kararı ile hırsızlık suçuna teşebbüste, icra hareketlerinden ne anlaşılması gerektiği konusunda önemli bir karar vermiştir. Genel Kurul, bu kararı oyçokluğu ile almıştır. Burada oyu, azınlıkta kalan değerli üyelerin görüşleri de, somut olayın değerlendirilmesi açısından önemlidir. Dava konusu olay, Adana'da gerçekleşen bir hırsızlık olayıdır. İşlenen suç nedeniyle hazırlanan iddianameye , yerel mahkemenin ilk ve direnme kararına, yargıtay ilgili daire ve Genel Kurul kararlarına aşağıda ayrıntılı olarak yer vermeye ve bu bağlamda görüşleri değerlendirmeye çalıştım.

32 POLAT Halil, ARSLAN POLAT Aynur, **Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı**, Adalet Yayınevi , Ankara,2010, s.1459

33 HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem, age, s.337



Adana Cumhuriyet Başsavcılığı hazırladığı iddianamesi ile sanık A.'nın suç tarihinde ve gece vakti sayılan 00:30 sıralarında, müştekinin depo olarak kullandığı işyerine kimliği tespit edilemeyen üç arkadaşı ile birlikte gelerek, hırsızlık amacı ile, deponun darabasının iki adet asma kilitini kırdığı esnada, müşteki tarafından görülmesi üzerine yakalandığı iddiası ile sanığın TCK 142/1-b, 35/2, 143, 151/1 maddesi gereğince gece vakti nitelikli hırsızlığa teşebbüs ve mala zarar verme suçlarından cezalandırması amacıyla kamu davası açmıştır.

Duruşmalar sırasında mağdur beyanında; “ gıda malzemelerini sakladığı ve depo olarak kullandığı işyerinin kapısında daraba denilen bir tür kepenk bulunduğunu, bunun da 4-5 yerinden kilitli bulunduğunu, gece vakti sanık tarafından bu kilitlerin kırılmaya ve daraba açılmaya çalışıldığı sırada sanığı gördüklerini ve sanığın kaçmaya çalışmasına rağmen onu yakaladıklarını beyan etmiştir.

Sanık ise savunmasında, gece vakti evine su borusunu götürdüğünü, çalışmaktan geldiği için elbiselerinin kirli olduğunu sokaktan geçerken bir kaç kişinin kendisini gördüğünü ve hırsızlık yaptığını düşündükleri için yakaladıklarını söyleyip suçlamaları inkar etmiştir.

Yerel mahkemede yapılan yargılama sonucunda sanık hakkında; hırsızlığa teşebbüs suçu açısından; suçun unsurları oluşmadığından bahisle beraat, müştekinin şikayetçi olmadığından bahisle de mala zarar verme suçu açısından düşme kararı vermiştir.³⁴

A. Yargıtay Ceza Dairesi Bozma Kararı ve Gerekçeleri

Yargıtay 6. Ceza Dairesi, temyiz incelemesi sonucu; "Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın ve yakalanamadığı için kimlikleri saptanamayan suç ortaklarının gece sayılan zaman dilimi içerisinde, yakınana ait deponun kepenk kilitlerini ellerindeki aletlerle hırsızlık amacıyla iki tanesini kırıp diğerlerini de kırmaya çalışırken yakalandığının anlaşılması karşısında; sanığın sübut bulan hırsızlığa kalkışma suçunun unsurları oluştuğu

³⁴ Adana Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2006/674 esas nolu iddianamesine ve Adana 1. Çocuk Mahkemesinin 2006/137-293 sayılı kararlarına Uypap üzerinden erişim sağlanmıştır.



gözetilmeden, yasal ve yerinde olmayan gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir" şeklinde bir karar vermiştir.³⁵

B. Yerel Mahkemenin Direnme Kararı ve Gerekçeleri

Yerel mahkeme, Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin bozma kararına karşı aşağıda belirtilen gerekçelerle direnme kararı vermiştir. Kararda özetle; sanığın suç yerine işyerinin daraba kilitlerini kırıp girerek hırsızlık yapmak amacı ile geldiğinin anlaşıldığını ancak, 5237 sayılı TCK'nun getirdiği suç teorisi uyarınca; failin kastının, amacının yada saikinin cezalandırılabilmesinin ancak kanunda bu yönde açık bir hükmün varlığına bağlı bulunduğunu, sanığın düşüncelerinin değil; failinin ceza davasının konusunu oluşturduğunu, buna göre de; sanığın hırsızlık suçuna teşebbüs suçundan cezalandırılabilmesi için suçun unsurlarından olan maddi davranışları doğrudan doğruya icraya başlayıp başlamadığının tespiti gerektiğini belirtmiştir. Yerel mahkeme karar gerekçesinde devamlı; 5237 sayılı TCK'nun 35/1 maddesi uyarınca; bir kişinin teşebbüs hükümleri uyarınca sorumlu tutulması için işlemeyi kast ettiği suçu "doğrudan doğruya icraya başlaması"nın gerekli olduğunu, suçun hazırlık hareketleri niteliğindeki fiillerin ise suça teşebbüs kapsamında cezalandırılmayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte yerel mahkeme olayda, failin işlemeyi kast ettiği suçun ne olduğuna değil; failinin ne olduğuna bakılması gerektiğini, TCK'nun 142/1-b maddesinde öngörülen düzenlemede failin, malın bulunduğu yere girmesinin bir öneminin olmadığını, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin uygulamaları da bu yönde olduğunu belirtmiştir. Bu açıklamalara göre; herkesin girip çıkmasına izin verilmemiş bina içerisinde (somut olayda işyerinde) muhafaza altına alınmış bir malı çalmak için işyerinin kapısına gelip kilitlerden ikisini kıran fail mala zarar verme suçunu işlemiş ve tamamlamış, işyerine girmeye çalışarak işyeri dokunulmazlığını ihlal suçuna teşebbüs ettiğini, ancak henüz hırsızlık suçu için doğrudan doğruya icraya başlanılmadığını, bu nedenle failin olaydaki fiilinin hırsızlık suçuna teşebbüs olarak cezalandırılmayacağını; failin niyetinin hırsızlık olmasının sonucu değiştirmeyeceğini zira kanun failin niyetini değil failin cezalandırmakta olduğunu kararında belirtmiştir. Yerel

35 Yargıtay 6.Ceza Dairesi'nin 2006/20689 Es. ve 2007/12956 K. Nolu ilamına Uyap üzerinden erişim sağlanmıştır.



mahkeme, direnme kararının gerekçesinde dava konusu olayda özellikle sanığın "almak " fiilini işlemeye yönelik hiç bir hareketinin olmadığını, buradan hareketle; sanığın kilit kırma ve benzeri eylemleri yaptıktan sonra müştekiye ait işyerine ya da evine girdikten sonra bile evin ya da işyerinin içerisinde herhangi bir eşyaya elini sürüp almaya kalkışmadığı sürece hırsızlık suçuna teşebbüsün oluşmayacağını yine kararında verdiği bir örnekle açıklamıştır: İzmir'de oturan bir fail, Adana'da oturan hasmını öldürmeye karar vermiş ve bu amaçla bir silah satın almıştır. Aldığı bu silahı yanına alarak bir otobüse binmiş ve Adana iline gitmiştir. Adana'da hasmını tanıyan kişilere hasmını nerede oturduğunu sormuş ve bu konuda araştırma yapmıştır. Hasminin evini öğrenen fail, onun eve girip çıkmasını izleyip kaçta gelip kaçta gittiğini öğrenmiş ancak herhangi bir eylem yapmamıştır. Öldürme fiilini planlarken, durumu öğrenen hasmı polise ihbarda bulunmuş ve polis faili Adana'da kaldığı otelde silahı ile birlikte yakalamıştır. Fail ifadesinde; hasmını öldürmek için Adana'ya geldiğini ikrar etmiştir. Bu durumda fail, öldürme suçunu doğrudan doğruya icraya başlamamıştır. Onun yaptığı tüm hareketler (silah alma, Adana'ya gelme, hasmını araştırma ve izleme) hazırlık hareketi niteliğindedir. Bu olayda fail adam öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmayacağı için; dava konusu hırsızlığa ilişkin somut olayda, işyerinin kapısında bulunan darabaya takılı asma kilitlerden iki tanesini kıran, diğer dördünü kıramadan yakalanan fail, hırsızlık suçunu doğrudan doğruya icraya başlamamış olduğundan bu suç nedeniyle beraatine karar vermek gerekmiş ve bozma kararına karşı direnilmiştir.³⁶

C. Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı Gerekçeleri

Yerel mahkemenin direnme kararı üzerine, dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından incelenmiş ve aşağıdaki gerekçeler ve oyçokluğu ile; yerel mahkemenin kararı bozulmuştur. Bununla birlikte azınlıkta kalan üyelerin görüşlerine de burada yer verilmiştir. Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın eyleminin hırsızlık suçuna teşebbüsü oluşturup oluşturmadığının belirlenmesine ilişkindir.

36 Adana 1.Çocuk Mahkemesinin 2008/164-458 sayılı direnme kararına Uyap üzerinden erişim sağlanmıştır.



1. Çoğunluk Üyelerinin Görüşü

Yargıtay Ceza Kurulunca verilen kararda, çoğunluk üyelerinin yerel mahkemenin direnme kararına karşı bozma gerekçeleri ise özetle şu şekildedir: "5237 sayılı TCY'nın 35/1. maddesinde; "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur" şeklinde tanımlanan teşebbüsün varlığından sözedilebilmesi için;

- a. Kasıtlı bir suçu işleme kararı olmalı,
- b. Elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmalı,
- c. Failin elinde olmayan nedenlerle suç tamamlanamamalı ya da sonuç gerçekleşmemelidir.

Sanık hakkında hırsızlık suçuna teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi açısından, elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlama koşulu üzerinde durulmalıdır. 765 sy. TCK'nın 61. maddesinde " Bir kimse işlemeği kasdeylediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmiyan esbabı maniadan dolayı o cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş ise... " şeklinde bir hüküm yer almıştır. 5237 sayılı TCY'nın 35. maddesinin gerekçesinde; 765 sayılı TCY'ndaki eksik-tam teşebbüs ayırımına son verildiği, bunun uygulamada birçok duraksamaya yol açtığı ve bu ayırımın objektif bir ölçütünün bulunmadığı belirtildikten sonra, subjektif ölçüt kabulüne göre; getirilen diğer bir yeniliğin ise; icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin olduğu, "failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı" yolundaki kabüle göre, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılabileceği, çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesinin mümkün olduğu, suçun icrasıyla ilgisiz davranışların dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabileceği, bu nedenlerle, tasarındaki -kastı şüpheye yer bırakmayacak- ölçütünün madde metninden çıkartılarak -doğrudan doğruya icraya başlama- ölçütünün kabul edildiği, böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacağı açıklanmıştır. Ayrıca kullanılan aracın, suçun yasal tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması



gerektiği, ancak elverişliliğin sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunması gerektiği, bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden -uygun hareketler-kavramının dahil edildiği" belirtilmiştir.

Genel Kurul, eski ve yeni ceza kanunlarını gerekçelerini karşılaştırırken; 765 sayılı Türk Ceza Yasasında icra hareketlerinin başlangıcı konusunda açık bir ifadeye yer verilmemesine rağmen, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü kabul edildiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, soyut olan bu kavramın nasıl anlaşılması gerektiği konusu açık olmayıp cezalandırılabilen davranışın ne zaman başladığını belirlemek her zaman kolay olmadığı belirtilmiştir. Kararın devamında şu görüşler yer almıştır: "Genel olarak, suçun dış dünyada oluşmaya başladığı süreç, hazırlık hareketleri ve icra hareketleri olmak üzere birbirinden farklı iki evreye ayrılmaktadır. Suçu işlemek için kullanılacak aletlerin üretilmesi ya da temin edilmesi, eylem yerinin araştırılması veya gözetlenmesi, eylemle ilgili çeşitli bilgiler toplanması, suç işlendikten sonra sorumlu tutulmayı önleyici tedbirler alınması, suçtan elde edilecek şeyler için güvenli bir yer ayarlanması gibi eylemler hazırlık hareketleri olup, suç tipini oluşturan icra hareketlerinden önce gerçekleştirilen ve cezalandırılmayan davranışlardır. Teşebbüs ise, suçun tamamlanmasından önce ve fakat hazırlık hareketleri aşamasından sonra gelen, başlanmış ama bitirilememiş bir eylemli evreyi ifade eder. Bu kapsamda, cezalandırılabilir davranışların yani suça teşebbüsün sınırlarının saptanması, diğer bir anlatımla suç yolunda ilerleyen sanıkla ilgili olarak hangi andan itibaren ceza hukukunun devreye gireceği sorununun çözümlenmesi gerekmektedir. Öğretide, 5237 sayılı TCY'nın 35. maddesinde teşebbüs açısından, doğrudan doğruya icraya başlama ölçütünün kabul edilmesiyle objektif teorinin benimsendiği, suçun yasal tanımında, unsur veya nitelikli hal olarak belirtilmiş hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde icra hareketlerinin başladığının kabul edilmesi gerektiği, örneğin öldürmek için silahını hasmına doğrultarak nişan alınmasının icra hareketleri sayılması gerektiği, ancak öldürmek için silah veya zehir satın alınmasının ise, belirleyici bir niteliğe sahip olmaması nedeniyle hazırlık hareketi sayılacağı belirtilmiştir. Özetle, bir kimsenin suça teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi



için, yapılan hareketlerin objektif olarak suçun yasal tanımında öngörülen sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıyla birlikte, aracın fail tarafından bu sonucu gerçekleştirmeye uygun biçimde kullanılması, ancak failin elinde olmayan nedenlerle, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya tamamlanmasına karşın sonucun gerçekleşmemesi gerekir.

Öte yandan, 5237 sayılı TCY'nın 141. maddesi;

“(1) 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.

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

142. maddesi ise; “(1) Hırsızlık suçunun;

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

b) Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,...işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur...” hükmünü içermektedir.

Buna göre, anılan Yasanın 141. maddesinde hırsızlık suçunun basit şekli düzenlenmiş ve suçun unsurları başkasına ait taşınır malı zilyedinin rızası olmaksızın bulunduğu yerden alma olarak belirtilmiştir. Metinde yer alan “bulduğu yer” ibaresi ile bir malın bulunduğu, konulduğu yer anlatılmak istenmiş olup, malın bulunduğu yerin malik ya da zilyedinin nüfuz ve egemenlik altındaki mekan olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır. Yasanın 142. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin 2. cümlesinde ise “suçun bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında işlenmesi” nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Yasanın benimsediği objektif teori esas alındığında, mağdura ait işyerinin



önüne gelen ve işyeri kepenginin altı adet asma kilidinden iki tanesini kırarak açan, diğerlerini de açmak için uğraşırken yakalanan sanığın, mağdurun taşınır malını koruduğu egemenlik ve tasarruf alanına bizzat müdahale ederek, işlemek istediği hırsızlık suçunu gerçekleştirmeye elverişli hareketleri yaptığı, gece sayılan zaman dilimi içinde işyeri binasına hırsızlık amacıyla girmek için kepenk kilitlerini kırmak suretiyle suçun yasal tanımında, unsur ve nitelikli hal olarak belirtilmiş davranışları gerçekleştirerek elverişli hareketlerle doğrudan icraya başladığı kabul edilmelidir." Yüksek Kurul kararında açıklanan bu nedenlerle olayda hırsızlık suçuna teşebbüsün koşullarının olduğundan bahisle direnme hükmünün bozulmasına karar vermiştir.³⁷

2. Azınlıkta Kalan Üyelerin Görüşü

Genel Kurul Üyeleri S. Bakıcı ile M. Şahin ise çoğunluk görüşüne muhalif kalarak yerel mahkeme kararını yerinde bulmuş ve gerekçelerinde şu görüşlere yer vermişlerdir: "765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 01.06.2005 tarihinde bu yasayı yürürlükten kaldıran 5237 sayılı yasa farklı sistem ve görüşleri benimsemiştir. Her iki yasanın genel hükümleri birbirinden çok farklı olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Yasanın yorumlanması sırasında, önceki yasanın etkisi altında kalınmamalıdır. Konut içerisinde hırsızlık 765 sayılı yasada birleşik suç olarak düzenlenmişken, 5237 sayılı yasada bu görüşten vazgeçilmiş ve mala zarar verme, konut dokunulmazlığını bozma, hırsızlık fiilleri ayrı ayrı cezalandırılmıştır. Yeni sisteme göre, kilit kırılarak mala zarar verilecek, içeri girilerek konut dokunulmazlığı bozulacak ve peşinden taşınır mal alınarak hırsızlık suçu işlenecektir. Konut dahilinde hırsızlık suçuna teşebbüste TCK'nun 35 ve 141. maddeleri birlikte değerlendirilmelidir. Suça teşebbüsten söz edilebilmesi için hazırlık hareketleri bitmeli, icra hareketlerine başlanmalıdır. TCK'nun 35. maddesinde "... bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da..." denilerek teşebbüste yeni bir ölçüt getirilmiştir. Bu ölçüte göre teşebbüsten söz edilebilmesi için, işlenmek istenen suç tipi ile belirli bir yakınlık ve bağlantı bulunan hareketlerin yapılması gerekir. Ancak, bu halde suçun icrasına başlanmış sayılacaktır. O

37 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2011/6-340 Es. ve 2012/209 K. sayılı kararına Uyap üzerinden erişim sağlanmıştır.



halde konuttan hırsızlık suçunun icra hareketine ne zaman başlanmıştır? Bunu belirlemek için de suçun icra hareketinin belirlenmesi gerekir. TCK'nun 141. maddesine göre taşınır malın, zilyetinin rızası olmadan alınması halinde hırsızlık suçu oluşacaktır. -Almak- fiilinden maksadın, suçun konusu mal üzerinde, mağdurun zilliyetliğine son verilip, tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale getirilmesi olduğu madde gerekçesinde açıklanmıştır. Zilyedin tasarruf olanağının kaldırılması ile, suç tamamlanmaktadır. O halde teşebbüs için, tasarruf olanağı ortadan kaldıracak hareketlerde bulunulmalı, (taşınır malın alınmasına yönelik fiile başlanmalı) ancak engel nedenle fiil tamamlanamamalıdır."

Bu görüşü benimseyen değerli üyeler somut olayı da şu şekilde değerlendirmişlerdir: Somut olayda sanık, işyerinin kepengine (darabasına) ait iki asma kilidi kırmış, diğerlerini kıramadan yakalanmıştır. Hırsızlık suçunun icra hareketi -almak- olduğundan ve sanık tarafından henüz taşınır bir malı almaya yönelik bir harekette bulunulmadığından olayda, suça teşebbüs yoktur. Teşebbüs için önce kepenk kırılıp açılacak, (mala zarar verme) peşinden konuta girilecek (konut dokunulmazlığını bozma), bu suçların gerçekleşmesinden sonra almaya yönelik icra hareketinde bulunulacak ve aldığı taşınır malı -engel nedenlerle- hakimiyetine geçiremeyecektir. Sanığın, hırsızlık suçuyla bağlantılı hareketlerde bulunduğu anlaşılamamaktadır. Hırsızlık düşüncesi yeterli olmayıp düşünceden dolayı suça kalkışmadan ceza verilemez. Sanık, hırsızlık fiilinden her an vazgeçebilir. Kilitleri açtıktan, hatta içeri girip etrafa baktıktan sonra hiçbir şey almaksızın dışarı çıkabilir. Bu durumlarda gönüllü vazgeçme söz konusu olup o ana kadar olan eylemlerinin suç oluşturması halinde o suçlardan yani sadece mala zarar verme ve konut dokunulmazlığını bozma suçundan sorumlu tutulacaktır. Olayda sanığın; hırsızlık suçuna ilişkin yakınlık gösteren ve bağlantılı bulunan hareketleri bulunmadığından, birleşik suç olmayıp konutta hırsızlık suçu için işlenmesi zorunlu olan konut dokunulmazlığını bozma suçu henüz işlenmediğinden hırsızlık suçuna teşebbüsten söz edilemez. Hırsızlık suçunun icra hareketi olan eve girerek veya camdan malın alınmasına yönelik bir davranışta bulunulmadığı gözetilmeden, konut dokunulmazlığını bozmaya teşebbüs suçunun olduğu da kabul edilmeden, mala zarar verme fiilinden sonra işlenmesi gereken suç atlanarak ilk suç ile en son gerçekleşecek olan hırsızlık suçuna teşebbüsün



kabulü 5237 sayılı Yasada düzenlenen konut dahilinde hırsızlık suçunun bünyesine, düzenleniş biçimine suçun oluşması için gereken -almak- unsuruna ve teşebbüsün -icra hareketlerine başlama- koşuluna aykırıdır. 765 sayılı Yasa döneminde, suçun birleşik suç olarak düzenlenmesi nedeniyle hırsızlık suçuna teşebbüs olduğu halde, 5237 sayılı Yasadaki düzenleme gözetildiğinde hırsızlık suçuna teşebbüs gerçekleşmemiştir. Bu nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz." ³⁸

3. Gerekçelerin İncelenmesi ve Doktrinde Yer Verilen Görüşler

Yargıtay Genel Kurulu'nun hem çoğunluk hem de azınlıkta kalan görüşlerin gerekçesi incelendiğinde; somut olay açısından çözülmesi gereken noktanın, teşebbüsün ikinci şartı olarak sayılan -elverişli hareketlerle icra hareketlerine başlanılmış olmanın hangi halde gerçekleşmiş sayılacağıdır.

Çoğunluk üyelerinin gerekçesinde, tasarıdaki -kastı şüpheye yer bırakmayacak- ölçütünün madde metninden çıkartılarak -doğrudan doğruya icraya başlama- ölçütünün kabul edildiği, böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacağı belirtilmiştir. Gerçekten de madde gerekçesi incelendiğinde, icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesinin kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgili olduğu; failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı edilirse; kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açacağı açıktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık ve icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtlama sorunu haline getirmektedir.

Hem madde gerekçesinde hem de üyelerin gerekçelerine bir hareketin icra hareketi sayılması için o hareketin, işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde olması gerektiği vurgulanmıştır. Aslında çoğunluk üyeleri kabul gerekçesine, azınlık üyeleri red gerekçesine temel teşkil eden de

³⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2011/6-340 Es. ve 2012/209 K. sayılı kararında yer alan bu görüşlere Uypap üzerinden erişim sağlanmıştır.



bu ifadedir. Ancak farklı olan; "gece vakti bina içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında hırsızlık" suçuna yakınlık arzedeabilecek hareketin ne olması gerektiği ya da ne olabileceği kısmında ortaya çıkmaktadır.

Çoğunluk üyeleri'ne göre; bu suç açısından işyeri kepenginin altı adet asma kilidinden iki tanesini kırarak açmak ve diğerlerini de açmak için uğraşırken yakalanan sanığın bu hareketi ile mağdurun taşınır malını koruduğu egemenlik ve tasarruf alanına tecavüzde bulunmuş olmasıyla artık icra hareketi başlamıştır. Çünkü bu aşamada ki hareketler ile sanığın işlemek istediği suç açısından yeterli yakınlık mevcuttur.

Azınlıkta kalan üyelere göre ise; sanığın; hırsızlık suçuna ilişkin yakınlık gösteren ve bağlantılı bulunan hareketleri bulunmadığından, birleşik suç olmayan konutta hırsızlık suçu için, işlenmesi zorunlu olan konut dokunulmazlığını bozma suçu henüz işlenmediğinden hırsızlık suçuna teşebbüsten söz etmek mümkün olmayacak ve yerel mahkemenin kararında olduğu gibi sanık bu suçtan cezalandırılmayacaktır.

Her iki görüş sahipleri arasında, suç tipiyle yakınlık ve bağlantı içeren en az hareketin ne olduğu konusunda anlaşmazlık mevcuttur. Bu konuda kasten öldürme suçunu azınlık görüşü çerçevesinde değerlendirelim. Azınlık üyelerinin görüşüne göre, "...sanığın, hırsızlık suçuyla bağlantılı hareketlerde bulunduğu anlaşılammaktadır. Hırsızlık düşüncesi yeterli olmayıp düşünceden dolayı suça kalkışmadan ceza verilemez. Sanık, hırsızlık fiilinden her an vazgeçebilir..." Katen öldürmeye teşebbüs suçuna teşebbüs ağır şekilde cezalandırılmaktadır. Örneğin; Sanık Z, ülkenin Başbakanı'nı öldürmek için tüm hazırlıklarını yapmış, ve Başbakanı'nı görebilen bir yerde, hazır vaziyette bulunan silahını ona doğrultmuş ve nişan almış vaziyette beklediği sırada, faili bu halde gören Başbakanlık koruması, onun üstüne atlayarak tehlikeyi sonlandırmıştır. Burada tüm hazırlık ve planlarını yapmış, silahını da hazır vaziyette Başbakan'a doğrultmuş sanık açısından, eliği tetikte iken ancak gerekli şekilde tetiğe basmadan bu suikasttan vazgeçmesi muhtemeldir. Suç tiplerinin özellikleri kendi arasında farklılık arzetsede aynı gerekçe kabul edilecek olursa; bu kişinin de cezalandırılmaması gerekecektir. Halbuki böyle bir olayda failin geldiği bu aşama için mutlak olarak dava açılmakta ve sanık cezalandırılmaktadır.



Burada tartışılması gereken nokta ise; sanığın fiilinden, işlemeyi kastettiği suçun açıkça anlaşılıp anlaşılmadığı ve bu fiilin yakın ve bağlantılı sayılıp sayılamayacağıdır.

Özgenç'e göre; suçun kanuni tarifindeki fiilin icrasına ilişkin hareketler şayet bu tanımda ayrıntılı olarak belirlenmiş ise; bu hareketlerin hepsi icra hareketi olarak nitelendirilmelidir. Buna karşın suçun kanuni tarifinde muayyen bir neticeye kasten sebebiyet verilmesi hususu belirtilerek; bu neticenin oluşumuna sebebiyet verecek hareketlerin tarz ve mahiyetinin belirlenmesi cihetine gidilmemiş ise, o zaman "fiili hakimiyet" ölçütünü kullanmak gerekir. Buna göre, kanunda serbest hareketli suçlar olarak tanımlanmış suçlarda, suçun kanuni tarifinde belirlenmiş olan neticenin gerçekleşmesinde tayin edici olan hareketler icra hareketleri mahiyetindedir.³⁹

Hakeri'ye göre ise; hazırlık hareketleri, sadece suçun gerçekleştirilebilmesi için gerekli ortamı, koşulları sağlayan hazırlayan davranışlardır. Fail, hareketi ile ceza normu tarafından korunan hukuki yararı direkt olarak tehlikeye sokmaya başladığı ve hareketinin kanun tarafından yasaklanan sonuca yaklaştığı anda hazırlık hareketinden icra hareketine geçiş sözkonusu olur. Başka bir ifadeyle, eğer failin davranışı, suçun gerçekleştirilmesi için gerekli olan hareketlerle öyle sıkı bir bağlantı, ilişki içinde olup da, bu davranış herhangi bir engel çıkmaması halinde, olayın gelişiminde uzun bir kesinti olmaksızın direkt olarak suçun gerçekleştirilmesini sağlayacak ise, icra hareketlerinden söz edilir. Konuyu daha da açmak gerekirse; suç tipinde belirtilen bir hareket yapıyorsa, ortada sorun olmaz, icra hareketine başlanmıştır. Bununla beraber, bu hareketlerle bağlantı ve bütünlük içinde bulunan hareketlerin de icra hareketleri olarak kabulü gerekir.⁴⁰

Dönmezer'e göre; eğer fail, malın zilyetliğine geçirmek için, icra hareketlerin başlamış, fakat elinde olmayan nedenlerden dolayı malı zilyetliğine geçirememişse, suç tamamlanmamış ve teşebbüs aşamasında kalmış olur. Örneğin hırsızlık suçunu işlemeye karar vermiş olan failin, elinde kapı açmaya yarayan bir aletle, caddede park halinde duran bir otomobilin etrafından gezerek kontrol etmesi, etrafına bakınması, icra hareketlerine başlamış sayılması

39 ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.414

40 HAKERİ Hakan,age, s.369



için yeterli değildir. Bunun için en azından otomobilin kapısını kurcalaması gerekir.⁴¹

Sözün ise bu şekilde ki tespitleri de yeterli görmemekte; yukarıda da değinildiği üzere; "failin iddia edilen suçta işleme kastının bulunduğu şüphesiz tespit edilse dahi, onun o ana kadar olan hareketi, icra hareketi kapsamında kalmıyorsa, fail söz konusu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmamalıdır" görüşünü savunmakta, çözüm için de somut olaya bakılarak; failin geçmişi, ilişkileri gözlemlenen hareketten önceki ve sonraki hareketlerinin de birlikte değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir.⁴²

Yargıtay'ın hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayırımına ilişkin değişik kararları olmakla beraber, önceki Kanunumuz döneminde kabul ettiği ölçüt çoğunlukla "hareketin günlük hayat tecrübelerine göre işlenmeye karar verilen suça yönelmeyi iltibasa yer bırakmayacak şekilde ortaya koyması" olmuş, ve "failin belirli bir suçu işlemek kastını kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketlerin icra hareketi" olduğunu bir çok kararında açıklamıştır.⁴³

Yargıtay 6. Ceza Dairesi, yeni TCK döneminde verdiği 20.12.2005 tarihli ve 21321-12310 sayılı kararında da somut olaya benzer şekilde bir dosyayı inceleyip karara bağlamıştır. Karara göre, "sanığın tornavida yardımı ile müştekiye ait araç kapısını açmaya çalıştığı, alarmin devreye girmesi üzerine sanığın hiçbir şey çalamadan olay yerinden kaçtığı, kovalama sonucunda görevlilerce yakalandığının anlaşılması karşısında eylemin (eksik) kalkışma aşamasında kaldığı gözetilmeden (tam) kalkışmadan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir" denilmiştir.⁴⁴

SONUÇ

Dava konusu somut olayda, özellikle seçilen zaman dilimi, sanığın elindeki aletin o suçu işlemek için önünde bulunan engeli bertaraf etmeye yeterli olduğu, sanığın da bu engeli o aletle aşma kabiliyetinin bulunduğu, suç tipi itibarıyla korunan taşınırı

41 DÖNMEZER Sulhi, Kişilere ve Mal Karşı Cürümler'den naklen POLAT Halil, ARSLAN POLAT Aynur, age., s.1496

42 SÖZÜER Adem, **Suçta Teşebbüs**, Kazancı Yayınları, İstanbul,1994, s.91

43 HAKERİ Hakan,age, s.372

44 PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.398



ulaşmak için egemenlik alanına karşı yapılan tecavüzün varlığı birlikte değerlendirildiğinde; sanığın artık icra hareketlerine başladığı, bu yönüyle iddia edilen suçla ilgili teşebbüsten sorumluluğu gerekmektedir. Değerli azınlık üyelerinin iddia ettiği, taşınır eşyanın sanık tarafından alındıktan sonra hakimiyet alanının dışına çıkılmamış olması, bize göre tehlikenin veya zararın ağırlığına işaret etmekte ve mahkeme hakimine alt sınırdan uzaklaşması için yeterli gerekçeyi de sunmuş olmaktadır. Dava konusu olayda, eğer failin niyetinin, hırsızlık olduğu belirlenebiliyorsa; failin buraya kadar var olan hareketlerinin, suça teşebbüs aşamasında kalmış icra hareketleri kapsamında kabul edilmesi ve cezalandırılması gerekecektir. Failin yaptığı eylem, yani dükkanın kilitlerinin kırılmaya başlanmış olması; icra hareketidir. Çünkü bu olayda failin hırsızlık suçunu işlemek için yapması gereken zorunlu hareketler vardır. Bunlardan ilki de kepenk kilitlerinin bir şekilde açılmaya başlanmasıdır. Ayrıca dava konusu olayda teşebbüsün kabulü için; almak fiilinin mutlaka gerçekleşmesi veya almak eylemine başlanmış olması gerekmecektir. Fail hırsızlık suçunu, kaldırımında gezerken bir evin bahçesinde bulunan bir ağacın kaldırımına taşmış dalında ki meyveye yönelik olsaydı, burada icra hareketi olarak en azından elini uzatarak elmayı almış olması gerekebilirdi. Ama işlenecek suç için "almak" eyleminin önünde bir engel varsa bu durumda almak fiili için var olan engellerin aşılmaya başlanması ile icra hareketlerinin başladığını kabul etmek gerekecektir. Failin dava konusu somut olayda ki hareketini bağımsız bir hareket olarak değerlendirilmek ve bu yönüyle azınlıkta kalan üyelerin görüşüne katılmak mümkün değildir. Dolayısı ile, bir fiilin icra hareketi sayılabilmesi için; somut olayda failin geçmesi için zorunlu bulunan harekete başlanmış olması yeterli olmalıdır.

KAYNAKÇA

- 1.** İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2006
- 2.** Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU, 5237 Sayılı TCK'da Suça Teşebbüs İştirak İctima Ve Yaptırımlar, Seçkin, Ankara,2010
- 3.** Pervin Aksoy İPEKÇİOĞLU, Türk Ceza Hukukunda Suça



Teşebbüs, Seçkin, Ankara,2009

4. Adem SÖZÜER, Suça Teşebbüs, Kazancı Yayınları, İstanbul,1994

5. Ersan ŞEN, Türk Ceza Hukuku , Der Yayınları, İstanbul, 2002

6. Devrim AYDIN, Suça Teşebbüs, AÜHFD,C.55,S.1,2006

7. Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1, Ankara,2007

8. Sedat BAKICI, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007

9. İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara,2010

10. Hakan HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara,2010

11. Haydar EROL, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, C.1(Yayınevi,Yer Ve Yıl Belirtilmemiş)

12. Erdal NOYAN, Hırsızlık Ve Yağma Suçları, Bile Yayınevi, Ankara, 2005

13. Zeki HAFIZOĞULLARI, Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, Ankara, 2011

14. Necati MERAN, Yeni TCK'da Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları, Seçkin Yayınevi Ankara,2005

15. Halil POLAT, Aynur ARSLAN POLAT, Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı, Adalet Yayınevi , Ankara,2010