

**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
Ankara Hacı Bayram Veli University  
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

**HIRSIZLIK SUÇUNUN BİNA VEYA EKLENTİLERİ İÇİNDE  
MUHAFAZA ALTINA ALINMIŞ OLAN EŞYA HAKKINDA  
İŞLENMESİ (TCK m. 142/2-h)**

COMMITTING THE OFFENSE OF THEFT IN RELATION TO THE  
PROPERTY THAT HAS BEEN PROTECTED WITHIN THE BUILDING  
OR ITS ANNEXES

Neslihan GÖKTÜRK\*  

**ÖZET**

[-10.34246/ahbvuhfd.1416946](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1416946) 

TCK'nın 142/2-h hükmünde hırsızlık suçunun “bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında” işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Fakat Yargıtay içtihatları tetkik edildiğinde, söz konusu yasal düzenlemenin ve uygulamasının sorunlu olduğu görülmektedir. Çalışmada, tespit edilen iki sorun incelenmiştir. Bunlardan ilki, eşyanın bina içinde muhafaza altına alınmasından ne anlaşılması gerektiği; ikincisi ise, binanın konut veya işyeri vasfını taşıması halinde suçun icrasının ne zaman başladığı ve 142/4 hükmüyle de bağlantılı olarak suçlar arasındaki içtima ilişkisidir.

**Anahtar Kelimeler:** Hırsızlık, Doğrudan doğruya icraya başlama, Konut dokunulmazlığını ihlal, Mala zarar verme, Suçların içtiması

**ABSTRACT**

Article 142/2-h of the Turkish Penal Code regulates the offense of theft committed “in relation to the property that has been protected within the building or its annexes” as a qualified element. However, when the Court of Cassation cases are examined, it

\* **Doç. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** neslihangokturk@gmail.com, **ORCID:** 0000-0003-4937-4452, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1416946

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Göktürk N, “Hırsızlık Suçunun Bina veya Eklentileri İçinde Muhafaza Altına Alınmış Olan Eşya Hakkında İşlenmesi (TCK m. 142/2-h)”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.323-348
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



*is seen that the said legal regulation and its implementation are problematic. In the study, two identified problems has been examined. The first of these is what should be understood by taking the property thats protected in the building; the second is when the commencing to execution starts if the building qualifies as a residence or workplace, and the relationship of concurrence between the crimes committed in connection with Article 142/4.*

**Key Words:** *Theft, Directly commencing to execution, Violation of the immunity of residence, Damage to property, Concurrence of crimes.*

### **EXTENDED ABSTRACT**

*Article 141 of the TPC No. 5237 defines the basic form of the offense of theft and Articles 142 and 143 regulate the qualified elements that require an increase in the penalty. When the decisions of the Court of Cassation are examined, it can be said that the basic form of the theft (141) has almost no application area due to the inclusion of many qualified elements with the casuistic method; in addition, due to the intersection of some of the qualified elements, it can be said that more than one qualified element (142/1-a, c; 142/2-d, g, h) finds application area together at the same time, among which especially Article 142/2-h stands out. Article 142/2-h of the TPC regulates the commission of the offense of theft “in relation to the property that has been protected within the building or its annexes” as a qualified element. However, there are problems regarding this legal regulation and its implementation. In terms of the integrity of the study, limited examination will be made with the two problems identified.*

*The first problem is what should be understood by the property thats protected in the building. The Court of Cassation has a precedent that if the goods are found inside the building -even if it is a building that everyone can enter-, the provision 142/2-h should be applied without making any evaluation as to whether the goods are kept separately or not. However, this practice is not in line with the purpose of the regulation of the qualified element in question; the issue of whether the goods are protected or not needs to be evaluated separately. One of the main problems to be addressed in this study is what should be the criterion that constitutes the basis for this evaluation.*

*The second problem is when the commencing to execution starts if the building qualifies as a residence or workplace, and the relationship of concurrence between the crimes committed in connection with Article 142/4. Under the abrogated Article 491/3-b.4 of the TPC No. 765, theft committed “by entering a building or its outbuildings enclosed by a wall during the daytime” and under Article 492/1-b.1, theft committed “in a building or in a residence or its outbuildings at night” were regulated as qualified forms of the crime. In the doctrine, it was accepted that this was a compound offense arrangement; the perpetrator would only be held responsible for the qualified form of theft and would not be held criminally responsible for the offense of violation of the immunity of residence. The practice of the Court of Cassation was also in the direction of holding the perpetrator responsible only for the qualified form of theft if the building*

*entered has the characteristics of a residence or workplace. However, in the TPC No. 5237, unlike the abrogated TPC No. 765 (491/3-b.4; 492/1-b.1; 493/1-b.1), the use of the phrase “by entering” was specifically avoided; in the wording of the provision 142/2-h (abrogated 142/1-b), not the entry into the building, but only the place where the goods were found was taken into consideration in terms of the qualified case; In addition, the crime of damage to property was excluded as a qualified case. With the entry into force of the TPC No. 5237, with the influence of the doctrine and practice during the abrogated TPC No. 765, opinions were put forward that the provision 142/2-h (abrogated 142/1-b) was a compound offense arrangement and there were discussions on the application of the rule of real cumulation. As a result of these discussions in the doctrine and practice, Article 6 of Law No. 5560 dated 06.12.2006 added a fourth paragraph to Article 142. However, the current regulation of the law is problematic. The problem becomes more evident especially in the example of the perpetrator being caught while breaking the lock of the door; this example brings the discussion of the moment at which the execution of the theft begins, as well as the injustice that arises in the determination of the penalty due to the application of the rule of real cumulation makes it necessary to discuss the issue in the context of the prohibition of double assessment, the principle of fault and the principle of exhaustion of the injustice. This discussion is the other subject of this study.*

## GİRİŞ

5237 sayılı TCK'nın 141. maddesinde hırsızlık suçunun temel şekli tanımlanmış 142. ve 143. maddelerinde ise cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli unsurlar düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Yargıtay kararları tetkik edildiğinde, kazuistik yöntemle çok sayıda nitelikli unsura yer verilmesine bağlı olarak hırsızlık suçunun temel şeklinin (141) uygulama alanının neredeyse hiç bulunmadığı; ayrıca nitelikli unsurların bir kısmının kesişmesi sebebiyle birden fazla nitelikli unsurun (142/1-a, c; 142/2-d, g, h) aynı anda birlikte uygulama alanı bulduğu, bunlar arasından özellikle 142/2-h hükmünün öne çıktığı söylenebilir. TCK'nın 142/2-h hükmünde hırsızlık suçunun “bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında” işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Fakat söz konusu yasal düzenleme ve uygulamasına ilişkin sorunlar bulunmaktadır. Çalışmanın bütünlüğü bakımından tespit edilen iki sorunla sınırlı inceleme yapılacaktır.

*Birinci sorun, eşyanın bina içinde muhafaza altına alınmasından ne anlaşılması gerektiğidir. Yargıtay, eşyanın bina içinde bulunması halinde,*

<sup>1</sup> Nitelikli unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yağız Yavuz, *Suçun Nitelikli Unsurları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

-herkesin girebileceği bir bina olsa dahi- ayrıca muhafaza altına alınıp alınmadığı hususunda herhangi bir değerlendirme yapmaksızın 142/2-h hükmünün uygulanması gerektiği yönünde içtihadta bulunmaktadır. Örneğin, dinlenme tesisinin tuvaletinde kapının arkasında unutulmuş eşyanın çalındığı olayda, ilk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun temel şekli (141/1) mahkumiyet kararı vermiş; Yargıtay 6. Ceza Dairesi ise, 142/2-h hükmünün uygulanması gerektiğinden bahisle kararı bozmuştur<sup>2</sup>. Bu uygulama, söz konusu nitelikli unsurun düzenleniş gayesi ile uyumlu olmayıp; eşyanın muhafaza altına alınıp alınmadığı hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. İşte bu değerlendirmeye dayanak teşkil eden kriterin ne olması gerektiği çalışmada ele alınacak temel sorunlardan biridir.

*İkinci sorun* ise, binanın konut veya işyeri vasfını taşıması halinde suçun icrasının ne zaman başladığı ve 142/4 hükmüyle de bağlantılı olarak suçlar arasındaki içtima ilişkisidir. Mülga 765 sayılı TCK'nın 491/3-b.4 hükmünde hırsızlığın "*gündüzün bir bina içinde veya duvarla çevrilen müştemilatına girilerek*" işlenmesi; 492/1-b.1 hükmünde "*geceleyin bir bina içinde yahut süknaya mahsus bir yerde veya müştemilatında*" işlenmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş idi. Doktrinde, bunun *bileşik suç* düzenlemesi olduğu; failin sadece hırsızlık suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulacağı, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı ceza sorumluluğu cihetine gidilmeyeceği kabul edilmekte idi. Yargıtay uygulaması da girilen binanın konut veya işyeri vasfını taşıması halinde failin sadece hırsızlık suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulması yönünde idi. Fakat 5237 sayılı TCK'da, mülga 765 sayılı TCK'dan (491/3-b.4; 492/1-b.1; 493/1-b.1) farklı olarak özellikle "*girmek suretiyle*" ibaresinin kullanılmasından kaçınılmış; 142/2-h (mülga 142/1-b) hükmünün lafzında binaya girilmesi değil münhasıran eşyanın bulunduğu yer nitelikli hal açısından dikkate alınmış; ayrıca mala zarar verme suçu nitelikli hal olmaktan çıkarılmıştır. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, mülga 765 sayılı TCK dönemindeki doktrin ve uygulamanın da etkisiyle 142/2-h (mülga 142/1-b)<sup>3</sup> hükmünün bileşik suç

<sup>2</sup> Yargıtay 6. CD, 07.06.2022, E. 2021/12048, K. 2022/8604.

<sup>3</sup> 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 62. maddesiyle TCK'nın 142. maddesinin birinci fıkrasının b bendi yürürlükten kaldırılmış ve ikinci fıkraya h bendi olarak *aynen* eklenmiş; ikinci fıkradaki *üç yıldan yedi yıla* kadar olan hapis cezası miktarı *beş yıldan on yıla* kadar hapis cezası olarak değiştirilmiştir (RG: 28.06.2014 / 29044). TCK'nın 142. maddesinin birinci fıkrasının mülga b bendi şu şekilde idi: "*Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlemek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında*" Görüldüğü üzere, söz konusu nitelikli unsurun içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmamış, sadece madde metnindeki yeri değişmiş ve buna bağlı olarak

düzenlemesi olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüş; gerçek içtima kuralının uygulanması noktasında tartışmalar yaşanmıştır. İşte doktrin ve uygulamada yaşanan bu tartışmalar neticesinde, 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle, 142. maddeye dördüncü fıkra eklenmiştir. Bununla birlikte, kanunun mevcut düzenlemesi sorunludur. Sorun, özellikle failin kapı kilidini kırarken yakalanması örneğinde daha belirgin hale gelmekte; bu örnek hırsızlık suçunun icrasının hangi anda başladığı tartışmasını beraberinde getirdiği gibi, gerçek içtima kuralının uygulanmasına bağlı olarak cezanın belirlenmesinde oryaya çıkan adaletsizlik konunun *mükerrer değerlendirme yasağı*, *kusur ilkesi* ve *haksızlık muhtevasının tüketilmesi ilkesi* bağlamında tartışılmasını gerekli kılmaktadır. İşte bu tartışma, çalışmanın diğer konusudur.

## I. EŞYANIN BİNA İÇİNDE MUHAFAZA ALTINA ALINMASI

### 1. Genel Açıklama

TCK'nın 142/2-h hükmünde hırsızlık suçunun "*bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında*" işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Yapının bina vasfını taşıması için<sup>4</sup>, *izinle* girilmesi zorunlu bir unsur değildir<sup>5</sup>. Market, restoran, sinema, alışveriş

karşılığında öngörülen hapis cezasının miktarı da artmıştır. Yapılan değişikliğin, söz konusu nitelikli unsur karşılığında öngörülen ceza miktarının artırılmasını sağlama amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

<sup>4</sup> Bina kavramı, TCK'da düzenlenen başka suç tanımlarında da kullanılmaktadır. Örneğin TCK'nın 184/1 hükmüne göre, *yapı ruhsatıyesini alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapma ve yaptırma*, imar kirliliğine neden olma suçunu oluşturmaktadır. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun "*Tanımlar*" başlıklı 5. maddesinde "bina" ve "yapı" kavramları ayrı ayrı tanımlanmıştır. *Yapı* "*karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yer altı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.*" *Bina* ise "*kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılarıdır.*" Tanıma göre, inşa edilen her yapı bina vasfında değildir. Örneğin bina yapımına yönelik olsa da henüz inşaat halinde olan yerler bina vasfını taşımaz. Dolayısıyla, inşaata girilerek hırsızlık yapılması halinde 142/2-h hükmü uygulanmaz.

Yargıtay CGK, 05.03.2020, E. 2017/485, K. 2020/156 "sanığın yapımı henüz tamamlanmamış, kapı ve pencereleri takılmamış, başkaları tarafından buraya girilmesine izin verilmediğini gösterecek şekilde tel, çit, duvar gibi engellerle de dış dünyadan ayrılmamış, bu nedenle bina vasfında bulunmayan inşaat alanına girerek kullanımları gereği duvara döşenmiş hâldeki elektrik kablolarını çalması şeklinde gerçekleşen eyleminin TCK'nın 142/1-e maddesinde yazılı bulunan suçu oluşturduğu kabul edilmelidir."; Aynı yönde bkz. Yargıtay 6. CD, 20.06.2022, E. 2021/13161, K. 2022/9400.

<sup>5</sup> Aksi görüş için bkz. Hasan Tahsin Gökcan / Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt 4, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 5179.

merkezi, havalimanı, otopark gibi herkesin girebileceği yerler 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesine göre *bina* vasfını taşımaktadır. Yargıtay uygulaması da, söz konusu yerlerin bina vasfını taşıdığı yönündedir<sup>6</sup>. Fakat Yargıtay uygulaması bakımından tartışılması gereken asıl mesele, bina içinde bulunmasına rağmen eşyanın muhafaza altına alınıp alınmadığıdır. Yargıtay, eşyanın bina içinde bulunması halinde, ayrıca muhafaza altına alınıp alınmadığı hususunda herhangi bir değerlendirme yapmaksızın 142/2-h hükmünün uygulanması gerektiği yönünde içtihatla bulunmaktadır. Başka bir deyişle, eşyanın münhasıran bina içinde bulunması, 142/2-h hükmünün uygulanması için yeterli olup; eşyanın binada ayrıca belirli bir yere gizlenmek veya kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınması gerekli değildir<sup>7</sup>.

Kanaatimizce 142/2-h hükmünün uygulanabilmesi için, eşyanın bina içinde bulunduğunun tespit edilmesi tek başına yeterli değildir; muhafaza altına alınıp alınmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

## 2. Kriter Tespiti

TCK'nın 142/2-h hükmünün uygulanması bakımından eşyanın bina içinde muhafaza altına alınıp alınmadığı hususunda belirleyici kriter, kanaatimizce failin *binaya girme yetkisi veya izninin* bulunup bulunmadığıdır. Esasen eşyanın muhafaza altına alınıp alınmadığı, failin binaya girme yetkisi veya izninin bulunup bulunmadığına bağlanan bir sonuçtur. Madde metninde geçen "*muhafaza altına alınmış olma*" ibaresiyle, bina veya eklentisine girme yetkisi veya izni bulunmayan kimsenin fail olabileceğine vurgu yapıldığı düşüncesindeyiz. Bu nedenle, tespit edilmesi gereken husus, failin binaya girme yetkisi veya izninin bulunup bulunmadığıdır.

Binaya girme yetkisi veya izni bulunmayan kimse bakımından, eşyanın bina içinde bulunması aynı zamanda muhafaza altına alındığı anlamına gelir. Çünkü, eşyanın maliki ya da zilyedi onu bina içine koymakla binaya girme yetkisi veya izni bulunmayan üçüncü kişilere karşı muhafaza altına almaktadır. Eşya bina içinde muhafaza altına alınmış olduğu için, ayrıca binada belirli bir yere gizlenmesi veya kilitlenmesi gerekli değildir. Eşyanın bina içinde

<sup>6</sup> Yargıtay 6. CD, 07.06.2022, E. 2021/12048, K. 2022/8604; Yargıtay 2. CD, 30.01.2022, E. 2020/26403, K. 2022/878; Yargıtay 6. CD, 22.03.2021, E. 2020/7458, K. 2021/5615.

<sup>7</sup> Yargıtay 6. CD, 13.06.2022, E. 2021/12540, K. 2022/8957; Yargıtay 6. CD, 07.06.2022, E. 2021/12048, K. 2022/8604; Yargıtay 2. CD, 30.01.2022, E. 2020/26403, K. 2022/878; Yargıtay 6. CD, 22.03.2021, E. 2020/7458, K. 2021/5615; Yargıtay 17. CD, 26.02.2020, E. 2020/53, K. 2020/2864; Yargıtay 17. CD, 26.02.2020, E. 2020/1670, K. 2020/2861.



bulunması yeterli olup, açıkta görünür vaziyette bırakılması halinde de 142/2-h hükmü uygulanmalıdır<sup>8</sup>. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesinde "bina" kavramının tanımında yer alan "eşyaların korunmasına yarayan yapı" ifadesi de bunu teyit edici mahiyettedir. Fakat kişinin genel olarak binaya girme yetkisi veya izninin bulunması, ona her zaman sınırsız bir yetki vermez. Dolayısıyla binaya girme yetkisi veya izninin sınırlarının araştırılması gerekir. Bu hususta kesin bir kriter belirlemek mümkün olmayıp; binanın kullanılma amacı, eşyanın niteliği, eşyanın bulunduğu yer ve bu yerin bina içindeki konumu ve özelliği, fail ile mağdur arasındaki ilişki vs. göz önüne alınmak suretiyle her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalı; failin kendisine verilen yetki veya iznin sınırlarını aşarak gerçekleştirdiği davranışla mağdurun alanına etkide bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Market, restoran, sinema, alışveriş merkezi, havalimanı, otopark gibi herkesin girebileceği yerler 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesine göre bina vasfını taşımasına rağmen; bu yerlerde bulunan eşya bakımından 142/2-h hükmü uygulanmaz. Örneğin yemek için gidilen restoranda failin masa üzerinde duran çantayı ya da sandalyede olan paltoyu alması halinde; suç konusu eşya her ne kadar bina içinde bulunsun da, binanın herkesin girebileceği bir yer olması sebebiyle muhafaza altına alındığından söz edilemez. Benzer şekilde, market reyonunda bulunan ürünlerin alınması halinde, market herkesin girebileceği bir bina olduğu için açıkta bulunan ürünlerin muhafaza altına alındığı söylenemez. Herkesin girebileceği binada bulunan eşya bakımından 142/2-h hükmünün uygulanabilmesi için, kişinin eşyanın bulunduğu bölüme girme yetkisi veya izni bulunmadığı yönündeki iradenin ortaya konmuş olması gerekir. Başka bir ifadeyle, binaya herkes girebilmekle beraber bina içinde herkesin girmesine veya yararlanmasına özgülenmeyen alanlar varsa bu yöndeki iradenin üçüncü kişilere karşı anlaşılabilir şekilde ortaya konması koşuluyla 142/2-h hükmü uygulanabilir. Örneğin, eşyanın bulunduğu bölümün kilitlenmesi veya "personel harici giremez" şeklinde bir yazının asılması suretiyle isteyen herkesin bu alana giremeyeceği yönündeki irade ortaya konmuş ise, bu alana girme yetkisi veya izni bulunmayan kişilere karşı

<sup>8</sup> Aksi görüş için bkz. Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 671, Yazarlara göre bina veya eklenti içinde olan eşyanın mutlaka kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınması zorunlu olmasa da; özel bir korumadan yararlanıyor olması gerekir. Bina veya eklenti içinde olmakla birlikte açıkta veya ortalıkta bırakılan bir eşyanın alınması halinde, 142/2-h hükmü uygulanmaz; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023, s. 708.

eşya muhafaza altına alınmıştır. Yine, herkesin girebileceği bina bakımından, sayet binaya giriş-çıkış saatleri belirli ise, belirlenen saatler haricinde binaya girme yetkisi veya izni bulunmayan kişilere karşı bu yerde bulunan eşyanın muhafaza altına alındığı kabul edilmelidir.

Herkesin girebileceği binalarda -örneğin alışveriş merkezi gibi- kişilerin eşyalarını geçici olarak bırakabilecekleri kilitli dolaplar varsa, eşyanın kilitli olan dolaptan alınması halinde, bina içinde muhafaza altına alınmış eşya değil; herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınmış eşya söz konusu olduğu için 142/2-h hükmü ancak bu yolla uygulanabilir. Bu örnekte, bina içinde muhafaza altına alınmış eşyadan söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü, eşyası alınan mağdur, herkesin girebileceği bina olması sebebiyle kilitli dolabın bulunduğu alan bakımından izin verme, bu alana girebilecek kişileri belirleme hakkına sahip değildir. Dolayısıyla, bu eşyanın örneğin sokakta kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınan araçtan bir farkı yoktur.

### **3. Kriterin Örnek Olaylara Uygulanması**

Yukarıda belirlenen kriter çerçevesinde, Yargıtay kararlarına konu olan aşağıdaki olaylar değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşılmaktadır.

Olay 1: Fail, cami penceresinden elini uzatarak mağdurun namaz kılarken pencere kenarına bıraktığı çantayı almıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun kime ait olursa olsun ibadete ayrılmış yerde bulunan eşya hakkında işlendiği gerekçesiyle 142/1-a hükmünü uygulayarak mahkumiyet kararı vermiştir. Yargıtay 17. Ceza Dairesi ise, caminin aynı zamanda bina vasfını taşıdığı, somut olayda 142/1-a ve 142/2-h'de düzenlenen nitelikli unsurların birlikte gerçekleştiği ve failin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olan 142/2-h hükmü uygulanarak cezalandırılması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir<sup>9</sup>. Bu olayda 142/2-h hükmünün uygulanma olanağı yoktur. Çünkü eşya bina içinde fakat herkesin girebileceği bir alanda bulunmaktadır, muhafaza altına alınmış değildir.

Olay 2: Fail, camideki müezzin odasının penceresinin kenarındaki pimleri tornavidayla sökerek pencereyi yerinden çıkarmış ve içeri girmiş, odada bulunan parayı çalmıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun 142/1-a hükmünde düzenlenen nitelikli halinden mahkumiyet kararı vermiştir.

<sup>9</sup> Yargıtay 17. CD, 26.02.2020, E. 2020/53, K. 2020/2864; Yargıtay 17. CD, 26.02.2020, E. 2020/1670, K. 2020/2861.



Yargıtay 2. Ceza Dairesi ise, caminin aynı zamanda bina vasfını taşıdığı, somut olayda 142/1-a ve 142/2-h’de düzenlenen nitelikli unsurların birlikte gerçekleştiği ve failin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olan 142/2-h hükmü uygulanarak cezalandırılması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir<sup>10</sup>. Cami, herkesin girebileceği bir bina olmakla beraber müezzin odası herkesin yararlanmasına sunulmuş bir alan değildir. Somut olayın gerçekleşme şekli de bunu ortaya koymaktadır. Müezzin odasında bulunan eşya, faile karşı muhafaza altına alınmıştır; eşyanın ayrıca belirli bir yere gizlenmesi ya da kilitlenmesi gerekli değildir. Somut olayda, 142/2-h hükmü uygulanabilir.

Olay 3: Fail, camiye girmiş ve müezzin odasında bulunan mikrofonu almıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun 142/1-a hükmünde düzenlenen nitelikli halinden mahkumiyet kararı vermiştir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi ise, caminin aynı zamanda bina vasfını taşıdığı, somut olayda 142/1-a ve 142/2-h’de düzenlenen nitelikli unsurların birlikte gerçekleştiği ve failin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olan 142/2-h hükmü uygulanarak cezalandırılması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir<sup>11</sup>. Cami, herkesin girebileceği bir bina olmakla beraber müezzin odası herkesin yararlanmasına sunulmuş bir alan değildir. Mikrofonun bulunduğu odanın camiye giren herkesin yararlanmasına açık bir alan olmadığı yönündeki irade, “müezzin odası” veya “personel harici giremez” şeklindeki bir yazıyla ya da kilitlenmek suretiyle ortaya konulmuş ise 142/2-h hükmü uygulanabilir. Eşyanın, müezzin odasında ayrıca belirli bir yere gizlenmesi ya da kilitlenmesi gerekli değildir. Olay 2’den farklı olarak eşyanın bulunduğu kısım bakımından bu alana girilmemesi yönündeki iradenin aranmasının sebebi, caminin herkesin girebileceği bir bina olması ve failin somut olayda önceden binaya serbestçe girmesidir. Olay 2’de ise, fail, camiye girmeden müezzin odasının penceresinin kenarındaki pimleri tornavidayla sökerek pencereyi yerinden çıkarmak suretiyle içeri girmiştir<sup>12</sup>. Karardan açıkça anlaşılacakla birlikte, suç konusu eşyanın bulunduğu kısma giriş şeklinden bu kısmın herkesin yararlanmasına sunulan bir alan olmadığını ve failin bunu bildiği sonucuna varılmaktadır. Konu, esasen *suçun manevi unsuru (tipikliğin sübjektif unsuru)* ile bağlantılıdır;

<sup>10</sup> Yargıtay 2. CD, 12.01.2023, E. 2021/7619, K. 2023/108.

<sup>11</sup> Yargıtay 2. CD, 19.01.2023, E. 2022/7355, K. 2023/211.

<sup>12</sup> Olay 3’te camiye girilmesi, caminin herkesin girebileceği bir bina olması sebebiyle icra hareketi olmayıp hazırlık hareketidir. Failin, hırsızlık amacıyla müezzin odasına girmesiyle suçun icrasının başladığı kabul edilmelidir. Olay 2’de ise, pencere kenarındaki pimlerin sökülmesiyle suçun icrası başlamıştır.

suçun nitelikli unsurları da kast kapsamındadır. Fail, suç konusu eşyanın bina içinde muhafaza altına alındığını; başka bir deyişle üçüncü kişilere karşı koruma altına alındığını bilmelidir. Dolayısıyla, *herkesin girebileceği binalar bakımından*, bina içinde herkesin girmesine veya yararlanmasına özgülenmeyen alanlar varsa bu yöndeki iradenin üçüncü kişilere karşı anlaşılabilir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Şayet eşyanın bulunduğu alanın, herkesin girmesine veya yararlanmasına açık olmadığı yönündeki irade üçüncü kişilere karşı ayırt edilebilecek şekilde açıklanmamışsa, artık eşyanın bina içinde muhafaza altına alındığından söz edilemez. Bu belirleme, somut olayın koşullarında objektif bakış açısıyla yapılmalıdır. Objektif bakış açısıyla yapılan belirlemede, eşyanın bulunduğu alanın, herkesin girmesine veya yararlanmasına açık olmadığı yönündeki iradenin üçüncü kişilere karşı ayırt edilebilecek şekilde açıklanmadığı sonucuna varılıyorsa, eşya üçüncü kişilere karşı bina içinde muhafaza altında değildir. Bu husus ise, tipikliğin (nitelikli unsur bakımından) objektif unsuru kapsamında değerlendirilmelidir. Nitelikli hal açısından tipikliğin objektif unsuru gerçekleşmeden, tipikliğin sübjektif unsuru olan *kast* bakımından değerlendirme yapılamaz.

Olayın gerçekleştiği zaman dilimi anlaşılacakla beraber, gece yarısı caminin kapısının kilitlenmiş olma ihtimalinde, artık binaya girme izni bulunmadığı için eşyanın bina içindeki konumun bir önemi bulunmamaktadır; 142/2-h doğrudan uygulanır.

Olay 4: Fail, camiye girmiş ve ses sisteminin kilitli bulunduğu bölümün kapı kilidini kırarak ses sistemini almıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun 142/1-a hükmünde düzenlenen nitelikli halinden ve mala zarar verme suçundan (152/1-a) mahkûmiyet kararı vermiştir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi ise, caminin aynı zamanda bina vasfını taşıdığı, somut olayda 142/1-a ve 142/2-h’de düzenlenen nitelikli unsurların birlikte gerçekleştiği ve failin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olan 142/2-h hükmü uygulanarak cezalandırılması gerektiği; ayrıca ses sisteminin camide bulunduğu bölümün kapı kilidinin kırılmasının mala zarar verme suçunun nitelikli halini değil (152/1-a), 153. maddede düzenlenen ibadethanelere zarar verme suçunu oluşturduğu gerekçesiyle bozma kararı vermiştir<sup>13</sup>. Cami, herkesin girebileceği bir bina olmakla beraber ses sisteminin kilitli olduğu kısım herkesin yararlanmasına sunulmuş bir alan değildir. Nitekim ses sisteminin bulunduğu kısmın kapısı kilitlenmek suretiyle, herkesin yararlanmasına açık olmadığı yönündeki irade ortaya konmuştur. Bu alanda bulunan eşya, faile karşı muhafaza altına

<sup>13</sup> Yargıtay 2. CD, 12.11.2020, E. 2020/2474, K. 2020/12799; Aynı yönde bkz. Yargıtay 6. CD, 20.10.2021, E. 2021/1662, K. 2021/15942.

alınmıştır ve 142/2-h hükmü uygulanabilir.

**Olay 5:** Fail, camiye girerek mağdurun üzerindeki ceketin cebinden cüzdanı çekip almıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun temel şeklinden (141/1) mahkûmiyet kararı vermiş; Yargıtay 6. Ceza Dairesi ise, somut olayda hem 142/2-b hem de 142/2-h'deki nitelikli unsurların gerçekleştiğinden bahisle bozma kararı vermiştir<sup>14</sup>. Cami herkesin girebileceği bir binadır ve somut olayda eşya mağdurun üzerinde olup bina içinde muhafaza altına alındığından söz edilemeyeceği için 142/2-h hükmü uygulanamaz.

**Olay 6:** Fail, mağdurun dinlenme tesisinin tuvaletinde kapının arkasına astığı, fakat çıkarken unuttuğu eşyayı almıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun temel şeklinden (141/1) mahkûmiyet kararı vermiş; Yargıtay 6. Ceza Dairesi ise, 142/2-h hükmünün uygulanması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir<sup>15</sup>. Dinlenme tesisi, herkesin girebileceği bir binadır; eşyanın, unutulduğu yerde muhafaza altına alındığından söz edilemeyeceği için 142/2-h hükmün uygulanamaz. Olayda, hırsızlık suçunun temel şekli oluşmuştur (141/1).

**Olay 7:** Fail, Antalya Havalimanı B Kapısında X-ray cihazlarının olduğu yerde bulunan plastik kutudan mağdurun kol saatini almıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun 142/1-c hükmünde düzenlenen nitelikli halinden mahkûmiyet kararı vermiştir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi ise, havalimanının aynı zamanda bina vasfını taşıdığı ve 142/2-h hükmünün uygulanması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir<sup>16</sup>. Havalimanı, herkesin girebileceği bir binadır; X-ray cihazının bulunduğu alanda plastik kutu içindeki kol saatinin muhafaza altına alındığından söz edilemeyeceği için 142/2-h hükmün uygulanamaz. Olayda, sadece 142/1-c hükmü uygulanabilir.

## II. BİNANIN, KONUT YADA İŞYERİ VEYA EKLENTİSİ VASFİNİ TAŞIMASI

### 1. Genel Açıklama

TCK'nın 142/2-h hükmünde düzenlenen nitelikli halin uygulanabilmesi için, bina veya eklentisine girilmesi gerekli değildir. Örneğin binaya dışarıdan

<sup>14</sup> Yargıtay 6. CD, 05.10.2021, E. 2021/1379, K. 2021/14858.

<sup>15</sup> Yargıtay 6. CD, 07.06.2022, E. 2021/12048, K. 2022/8604.

<sup>16</sup> Yargıtay 2. CD, 30.01.2022, E. 2020/26403, K. 2022/878; Aynı yönde bkz. Yargıtay 6. CD, 22.03.2021, E. 2020/7458, K. 2021/5615, Şehirlerarası otobüs terminalinde işlenen hırsızlık olayında yerel mahkeme 142/1-c hükmünden dolayı mahkûmiyet kararı verirken; Yargıtay 6. Ceza Dairesi otobüs terminalinin aynı zamanda bina niteliğini taşıdığı ve 142/2-h hükmünün uygulanması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir.

el uzatmak veya bir alet kullanmak suretiyle eşyanın çekip alınması halinde, bu nitelikli halin uygulanması mümkündür<sup>17</sup>. Binaya girilmesi ve binanın aynı zamanda konut ya da işyeri veya eklentisi vasfını taşıması halinde, ayrıca konut veya işyeri dokunulmazlığını ihlal suçu da oluşacaktır (*gerçek içtima*)<sup>18</sup>. Eşyanın bulunduğu yer konut ya da işyeri veya eklentisi vasfını taşımakla beraber; 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesine göre *bina* vasfını taşııyorsa, örneğin çadıra girilerek bir eşya alınmışsa 142/2-h hükmü uygulanmaz. Bu durumda, fail hırsızlık suçunun temel şekliinden ve konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı sorumlu tutulmalıdır.

TCK'nın 142/4 hükmünde yer alan “*Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz.*” şeklindeki düzenleme, hırsızlık amacıyla işlenen konut dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar verme suçları bakımından şikâyet koşulunu bertaraf eden bir düzenleme olsa da<sup>19</sup>; esas itibarıyla 142/2-h (mülga 142/1-b) hükmünün bileşik suç düzenlemesi olup olmadığı hususunda doktrin ve uygulamada yaşanan tartışmaya son vermek amacıyla getirilmiştir. Amaç, 142/2-h hükmünün bir bileşik suç düzenlemesi olmadığını ve hırsızlık suçunun konut dokunulmazlığı ihlal edilmek suretiyle işlenmesi halinde failin, gerçek içtima kuralı uygulanarak ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı da cezalandırılacağına açıklığı kavuşturulmasıdır<sup>20</sup>. Çünkü

<sup>17</sup> Yargıtay 13. CD, 11.12.2012, E. 2011/23387, K. 2012/26712 “Sanığın, müştekinin ikametinin açık penceresinden uzanarak pencere önündeki dikiş makinasının üzerinde bulunan pantolonunu alması şeklindeki olayda sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 142/1-b maddesine uyduğu gözetilmeden aynı Yasanın 141/1 maddesinden uygulama yapılması karşı temyiz bulunmadığından, bozma nedeni yapılmamıştır.”

<sup>18</sup> Girilen bina, konut ya da işyeri veya eklentisi vasfını taşııyorsa, konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşmaz. Yargıtay 13. CD, 22.02.2018, E. 2016/13476, K. 2018/2612 “suçun işlendiği binanın konut olarak kullanılmadığı depo olarak kullanıldığı; konut dokunulmazlığının ihlali suçunun hürriyete karşı işlenen suçlar bölümünde yer alması, deponun bina niteliğinde olmasına karşın, dosya kapsamına göre, konut ya da işyeri anlamındaki bir binanın eklentisi ya da müştemilatında yer almadığının anlaşıldığı, sadece depo olarak kullanılan bina niteliğindeki yerlere rıza hilafına girilse dahi konut veya işyeri dokunulmazlığının ihlali suçunun oluşmayacağı gözetilmeden”

<sup>19</sup> Mala zarar verme ve konut dokunulmazlığını ihlal suçları bakımından şikâyetin bulunmadığı gerekçesiyle soruşturma evresinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi ya da kovuşturma evresinde düşme kararı verilmesi söz konusu değildir (Yargıtay 6. CD, 30.06.2022, E. 2021/14382, K. 2022/10334; Yargıtay 6. CD, 30.06.2022, E. 2021/14539, K. 2022/10376).

<sup>20</sup> Yargıtay CGK, 14.03.2017, E. 2016/260, K. 2017/135 “İlk bakışta bu düzenlemenin “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır” kuralının istisnası olduğu, yani

mülga 765 sayılı TCK'nın 491/3-b.4 hükmünde hırsızlığın “*gündüzün bir bina içinde veya duvarla çevrilen müştemilatına girilerek*” işlenmesi; 492/1-b.1 hükmünde “*geceleyin bir bina içinde yahut süknaya mahsus bir yerde veya müştemilatında*” işlenmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş idi. Doktrinde, bunun *bileşik suç* düzenlemesi olduğu; failin sadece hırsızlık suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulacağı, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı ceza sorumluluğu cihetine gidilmeyeceği kabul edilmekte idi<sup>21</sup>. Yargıtay uygulaması da, girilen binanın konut veya işyeri vasfını taşıması halinde failin sadece hırsızlık suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulması yönünde idi<sup>22</sup>. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, mülga 765 sayılı TCK dönemindeki doktrin ve uygulamanın da etkisiyle 142/2-h (mülga 142/1-b) hükmünün bileşik suç düzenlemesi olduğu yönünde görüşler

bileşik suç tanımına uyduğu söylenebilir ise de, kanun koyucu bu madde ile hırsızlık suçunun “bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya” hakkında işlenmiş olmasını nitelikli hal olarak düzenlemiş, bina veya eklentiye girmeyi suçun oluşumu açısından unsur olarak aramamıştır. Buna göre, hırsızlık suçunun bu nitelikli halinin, “bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış eşya” hakkında, bina ya da eklentilerine girilerek işlenmesi mümkün bulunduğu gibi, bina veyahut eklentiye girilmeden de işlenebilmesi mümkün olup, her iki durumda da anılan maddenin uygulanması gerekecektir. Bir başka ifadeyle, maddedeki düzenleme ile bina veya eklentilerine girilip girilmemesi değil, çalınan eşyanın bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış olması nitelikli hal açısından önemsenmiştir. Kanun koyucu bu suç tipini *bileşik suç* olarak hüküm altına almak isteseydi, maddeyi 765 sayılı Kanunda olduğu gibi “bina veya eklentilerine girilmek suretiyle işlenirse” şeklinde düzenlerdi. Bu nedenle hırsızlık suçunun bu nitelikli halinin işlenmesi sırasında bina veya işyerine ya da eklentilerine girilmesi halinde hırsızlık suçunun yanında ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçu da oluşmakta, buna bağlı olarak failin bu suçtan da cezalandırılması gerekmektedir. // Diğer taraftan kanun koyucu hırsızlık suçunun bina veya eklentilerine ya da işyerine girilerek işlenmesi halinde hırsızlık suçunun yanında ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçunun da oluşacağına dair iradesini pekiştirecek şekilde 5560 sayılı Kanunun 6. maddesiyle TCK'nun 142. maddesine; “hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz” biçimindeki dördüncü fıkrayı ilave etmiştir. Eklenen fıkranın gerekçesinde de “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza kuralı gereği, hırsızlık suçunu işlemek için başkasının konutuna girilmesi veya malvarlığına zarar verilmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmetmek gerekir” denilmek suretiyle, kanun koyucunun amacının, hırsızlık suçunun işlenmesi sırasında gerçekleştirilen diğer suçların da ayrıca cezalandırılması olduğu açıkça ortaya konulmuştur.”

<sup>21</sup> Bkz. Zeki Hafizoğulları / Muharrem Özen, “Hırsızlık”, *Gazi ÜHFD*, 12(1-2), 2008, s. 783; M. Emin Artuk / Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 580; Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 668; Koca / Üzülmöz, s. 709.

<sup>22</sup> Yargıtay 6. CD, 03.11.2003, E. 2002/19169, K. 2003/8020; Yargıtay 6. CD, 3.11.2003, E. 2002/17273, K. 2003/7962.

ileri sürülmüş<sup>23</sup>; gerçek içtima kuralının uygulanması noktasında tartışmalar yaşanmıştır. İşte doktrin ve uygulamada yaşanan bu tartışmalar neticesinde, 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle, 142. maddeye dördüncü fıkra eklenmiştir<sup>24\*25</sup>. Bu düzenleme, görünürde muhakeme hukuku alanında şikayet ve uzlaşmaya ilişkin sorunların çözümüne yönelik olsa da; esasen suçların içtimaı alanında yaşanan söz konusu tartışmaya son vermek amacıyla yapılmıştır<sup>26</sup>.

Belirtilmesi gerekir ki, 142/4 hükmü, gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği hususunu sadece teyit eden bir düzenlemedir. Söz konusu düzenlemeye Kanun'da yer verilmeseydi dahi, yine gerçek içtima kuralının uygulanması gerekecek idi<sup>27</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun

<sup>23</sup> Doktrinde bir görüş mülga 142/1-b hükmünün uygulandığı hallerde *bileşik suç* söz konusu olduğu için ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı failin ceza sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde idi. Bu yöndeki görüş için bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 689; Metin Feyzioglu / Devrim Güngör, "Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md. 142-4", *AÜHFD*, 56(1), 2007, s. 140.

<sup>24</sup> Gereke şu şekildedir: "Kaç tane fül varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza" kuralı gereğince, hırsızlık suçunu işlemek için başkasının konutuna girilmesi veya mal varlığına zarar verilmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmetmek gerekir. Ancak, her iki suçun temel şekli, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç olduğu için; örneğin konut dokunulmazlığını işlemek suretiyle hırsızlık suçunun işlenmesi halinde, konut dokunulmazlığının temel şekli uzlaşma kapsamına girmekte ve fakat, hırsızlık suçu uzlaşma kapsamı dışında kalmakta ve bu durumlarda, uygulamada, hırsızlık suçundan dolayı soruşturmanın bekletilmesi veya ayrı yürütülmesi gibi sorunlarla karşılaşmaktadır. Belirtilen sakıncanın ortadan kaldırılması amacıyla 5237 sayılı Kanununun 142 nci maddesine fıkra eklenmesini öngören önerge kabul edilmiş ve Teklife, 6 ncı madde olarak eklenmiş ve diğer madde numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir." (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1255, s. 18-19)

<sup>25</sup> TCK'nın 142/4 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açılmış ise de, Anayasa Mahkemesi hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır (AYM, 24.03.2010, E. 2008/14, K. 2010/51 – RG: 22.06.2010 / 27619)

<sup>26</sup> TCK'nın 142/4 hükmüne rağmen 142/2-h'deki düzenlemenin *bileşik suç* olduğu yönündeki görüş için bkz. Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 670, Yazarlara göre madde metninde bulunan "bina veya eklentileri" ifadesi sebebiyle söz konusu düzenleme *bileşik suç* niteliğini taşımaktadır. Bina, konut vasfını taşıyorsa açıkça konut ibaresine yer verilmiş olmasa da hüküm *bileşik suç* olarak nitelendirilebilir. Çünkü bileşik suçtan söz edilebilmesi için, nitelikli unsur olan suçun hükümde açıkça gösterilmesi gerekli değildir; suç tipinin ne olduğunun anlaşılması yeterli olup, "bina veya eklentileri içinde" ibaresi konut dokunulmazlığını ihlal suçu olarak anlaşılabilir mahiyettedir.; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 585.

<sup>27</sup> Aksi yönde bkz. Feyzioglu / Güngör, s. 142; Tezcan / Erdem / Önok, s. 689, Yazarlar 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 142. maddeye eklenen dördüncü fıkradan önce gerçek içtima kuralının uygulanması yönündeki Yargıtay içtihadının yanlış olduğunu, Yargıtay'ın yanlış olan içtihadının kanun hükmü haline getirilmesinin yerinde



14.03.2017 tarihli ve E. 2016/260, K. 2017/135 sayılı kararındaki şu açıklama bunu izah etmektedir: “İlk bakışta bu düzenlemenin “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır” kuralının istisnası olduğu, yani **bileşik suç** tanımına uyduğu söylenebilir ise de, kanun koyucu bu madde ile hırsızlık suçunun “bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya” hakkında işlenmiş olmasını nitelikli hal olarak düzenlemiş, bina veya eklentiye girmeyi suçun oluşumu açısından unsur olarak aramamıştır. Buna göre, hırsızlık suçunun bu nitelikli halinin, “bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış eşya” hakkında, bina ya da eklentilerine girilerek işlenmesi mümkün bulunduğu gibi, bina veyahut eklentiye girilmeden de işlenebilmesi mümkün olup, her iki durumda da anılan maddenin uygulanması gerekecektir. Bir başka ifadeyle, **maddedeki düzenleme ile bina veya eklentilerine girilip girilmemesi değil, çalınan eşyanın bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış olması nitelikli hal açısından önemsenmiştir. Kanun koyucu bu suç tipini bileşik suç olarak hüküm altına almak isteseydi, maddeyi 765 sayılı Kanunda olduğu gibi “bina veya eklentilerine girilmek suretiyle işlenirse” şeklinde düzenlerdi. Bu nedenle hırsızlık suçunun bu nitelikli halinin işlenmesi sırasında bina veya işyerine ya da eklentilerine girilmesi halinde hırsızlık suçunun yanında ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçu da oluşmakta, buna bağlı olarak failin bu suçtan da cezalandırılması gerekmektedir. // Diğer taraftan kanun koyucu hırsızlık suçunun bina veya eklentilerine ya da işyerine girilerek işlenmesi halinde hırsızlık suçunun yanında ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçunun da oluşacağına dair **iradesini pekiştirecek şekilde** 5560 sayılı Kanununun 6. maddesiyle TCK’nun 142. maddesine; “hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz” biçimindeki dördüncü fıkrayı ilave etmiştir.”**

Konut dokunulmazlığını ihlal suçu ve mala zarar verme suçu ile korunmak istenen hukuki menfaat, ayrıca mülga 765 sayılı TCK’dan (491/3-b.4; 492/1-b.1; 493/1-b.1) farklı olarak özellikle “girmek suretiyle” ibaresinin kullanılmasından kaçınılması ve mala zarar verme suçunun artık açıkça unsur olarak düzenlenmemesi<sup>28</sup> göstermektedir ki; kanun koyucunun iradesi konut

olmadığını ifade etmektedirler.

<sup>28</sup> Mülga 765 sayılı TCK m. 493/1-b. 1 “Hırsızlığı işlemek veya çalınmış malı başka yere kaldırmak için duvar, kapı, pencere, demir parmaklık, kasa ve sandık gibi şahısları veya malları muhafaza için sağlam maddelerle ve muhkem surette yapılmış şeyleri yıkmak, devirmek, kırmak, delmek veya mahvetmek veyahut suni vasıtalarla veya şahsi çeviklik



dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar verme suçlarından dolayı faile ayrıca ceza verilmesi (gerçek içtima kuralının uygulanması) gerektiği yönündedir. Çünkü, 142/2-h (mülga 142/1-b) hükmü *lafzi olarak* yorumlandığında münhasıran *eşyanın bulunduğu yer* nitelikli hal açısından dikkate alınmıştır. Şayet girilen bina ayrıca konut veya işyeri ya da eklentisi vasfını taşıyorsa, ilaveten kişinin huzur ve güvenlik içinde yaşama hakkının ihlal edildiği kabul edilmiştir. Yine, binaya girilmesi ya da eşyanın alınması sırasında başka eşyalara zarar verilmesi halinde mülkiyet veya zilyetlik hakkının da ihlal edildiği yönünde bir kabul söz konusudur. Yukarıda belirtildiği üzere, sonradan eklenen 142/4 hükmü, suçların içtimasına ilişkin tartışmaya son vermek ve “*kanun koyucunun iradesini pekiştirmek*” amacıyla getirilen bir düzenlemedir. Bu itibarla, 5560 sayılı Kanunla 142. maddeye eklenen dördüncü fıkradan önceki dönemde Yargıtay uygulaması yanlış değildir<sup>29</sup>. Yargıtay, baştan itibaren kanun koyucunun iradesi doğrultusunda içtihatla bulunmuştur. Bu noktada eleştirilmesi gereken Yargıtay uygulaması değil, 5237 sayılı TCK’nın düzenlemesidir. Kanunun düzenlemesi yanlış olduğu için, Yargıtay kararları da eleştiriye açık hale gelmektedir. Halbuki Yargıtay, kanunun yanlış olan düzenlemesi doğrultusunda karar vermektedir.

Sorun özellikle, failin kapı kilidini kırarken yakalanması örneğinde daha belirgin hale gelmekte; bu örnek aynı zamanda hırsızlık suçunun

---

*sayesinde bertaraf edilebilen maniaları kaldırarak veya aşarak hane ve sair yerlere girmek suretiyle işlenirse”*

<sup>29</sup> Yargıtay 6. CD, 19.12.2006, E. 2005/3824, K. 2006/14301; Yargıtay 6. CD, 19.12.2006, E. 2006/7782, K. 2006/14332; Yargıtay 6. CD, 13.12.2006, E. 2005/2882, K. 2006/13826; Yargıtay 6. CD, 13.12.2006, E. 2005/3859, K. 2006/13828; Yargıtay 6. CD, 12.12.2006, E. 2006/5504, K. 2006/13520; Yargıtay 6. CD, 07.12.2006, E. 2006/742, K. 2006/13039; Yargıtay 6. CD, 07.12.2006, E. 2006/6704, K. 2006/13220; Yargıtay 6. CD, 30.11.2006, E. 2006/3594, K. 2006/12513; Yargıtay 6. CD, 27.11.2006, E. 2004/4791, K. 2006/12140; Yargıtay 6. CD, 09.11.2006, E. 2006/1933, K.2006/11063 “5237 sayılı TCY’nın 141 ve 142. maddelerinde tanımlanan hırsızlık suçu ile 765 sayılı TCY’nın 493/1. maddesinde yer alan suçun öğelerinin farklı olduğu, somut olayda hükümlünün eyleminin, 142/1-b maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun yanında aynı Yasanın 116/1-4. maddesine uyan geceleyin konut dokunulmazlığını bozma ve 151/1. maddesine uyan mala zarar verme suçlarını da oluşturduğu halde, bu suçlarla ilgili bir uygulama yapılmaması,”

icrasının hangi anda başladığı tartışmasını<sup>30</sup> da beraberinde getirmektedir<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Yargıtay CGK'nın 22.05.2012 tarihli ve E. 2011/340, K. 2012/209 sayılı kararında iki üyenin kullandığı karşı oy gerekçesi söz konusu tartışmayı yansıtmaktadır: “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 suçta 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 aldığı hakimiyetine geçiremeyecektir. // Sanığın, hırsızlık suçuyla bağlantılı hareketlerde bulunduğu anlaşılacaktır. Hırsızlık düşüncesi yeterli olmayıp düşünceden dolayı suçta 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 oluşturmada 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 oluştuğu 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 oluştuğu halde, 5237 sayılı Yasadaki düzenleme gözetildiğinde hırsızlık suçuna teşebbüs gerçekleşmemiştir. Bu nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.”

Doktrinde Yargıtay CGK'nın 22.05.2012 tarihli ve E. 2011/340, K. 2012/209 sayılı kararı eleştirilmiş ve hırsızlık suçunun icrasının henüz başlamadığı yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Bu yöndeki görüş için bkz. Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 564, dn. 965, Özgenç'e göre, olaydaki tüm hareketler hırsızlık amacıyla icra edilmiş iseler de hırsızlık suçu bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olup, hırsızlık suçunun icrasına başlanmamıştır. Hırsızlık suçunun icrasına başlandığı kabul edilse bile, farklı nev'iden fikri içtima hükmü (44) uygulanarak fail sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı sorumlu tutulmalıdır.; Mahmut Koca, “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, *CHKD*, 3 (2), 2015, s. 103-118, s. 107,108 “*karara konu olayda failin hırsızlık kastının varlığı belirlenmiş olsa bile, işlediği fiili hırsızlık suçunun kanuni tanımına göre doğrudan icraya başlama olarak kabul etmek güç gözükmemektedir. Zira sanığın kepengin kilitlerini kesmesi, dükkan içindeki taşınır malın alınması bakımından henüz belirleyici değildir ve almaya uzak hareketlerdir. Olayda tamamlanmış mala zarar verme ve teşebbüs aşamasında kalmış konut dokunulmazlığını ihlal suçu olmak üzere iki suç vardır. Bu suçlar ve kabul edildiği şekilde hırsızlığa teşebbüs suçları tek fiille işlendiği için, farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre (TCK m. 44) failerin sorumluluğunun belirlenmesi isabetli olurdu.*”

<sup>31</sup> 5237 sayılı TCK'nın 142/2-h ve 142/4 hükümleri, iştirak kurallarının uygulanması bakımından da sorun yaratmaktadır. Yargıtay, hırsızlık fiilinin icrası sırasında dışarda gözçülük yapan suç ortağının, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı ceza sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde içtihatla bulunmuştur.

Teşebbüse ilişkin tartışmanın sebebi ise, kanunun yanlış olan düzenlemesinin cezalandırma bakımından ortaya çıkardığı adaletsizliği bertaraf etme çabasıdır. Verilen örnek bağlamında öncelikle hırsızlık suçunun icrasının hangi anda başladığı meselesinin açıklığa kavuşturulması, ardından suçlar arasındaki içtima ilişkisinin ele alınması gerekmektedir.

## 2. Hırsızlık Suçunun İcrasının Hangi Anda Başladığı Sorunu

Suçun konusu, norm tarafından *mekan* itibarıyla özel olarak koruma altına alınmışsa, bu alana girmeye yönelik davranış, suçla korunan hukuki menfaati doğrudan ihlal edici mahiyettedir ve icraya başlama olarak kabul edilmelidir. Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan taşınır eşya bina içindeyse, mekan itibarıyla koruma altında olup; eşyanın alınması amacıyla kapı kilidinin veya camın kırılması gibi binaya girmeye yönelik hareket, suçla korunan hukuki menfaati ihlal ettiği için “alma” şeklindeki tipik fiilin icrası başlamıştır<sup>32</sup>.

Yargıtay 6. CD, 17.04.2008, E. 2008/1604, K. 2008/9010 “Sanık M.’nin işyeri dışında sokakta park halindeki araç içerisinde yakalandığı, tüm aşamalarda da işyeri içerisine girmediyini savunması ve işyerinin içerisine girdiğine ilişkin de kanıt bulunmaması karşısında; // 5237 sayılı TCY’nın 142/1-b maddesinde belirtilen, kilitlenmek suretiyle bina ve eklentilerinde muhafaza altına alınan eşyanın çalınması için, işyeri veya konuta girilmesi eyleminin hırsızlık suçundan ayrı ve bağımsız bir suç oluşturduğu, anılan maddedeki suçun işlenmesi için bina veya eklentisine girilmesinin zorunlu olmadığı, bu nedenle hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla bina veya eklentisine girilmesi eyleminin hırsızlık suçunun içinde eriyen unsur olarak kabul edilemeyeceği, hırsızlık suçlarında her bir sanığın işlemiş olduğu eylemden sorumlu olacağı gözetilmeden, sanığın işyerine girmeyip dışarıda gözcü olarak beklediği kabul edildiği halde, ayrıca işyeri dokunulmazlığını bozmak suçundan da cezalandırılması, // ...Bozmayı gerektirmiş”

Kanaatimizce bu karar hatalıdır. Dışarda gözcülük yapmak suretiyle hırsızlık suçunun icrası üzerinde müşterek hakimiyet tesis eden suç ortağı, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı da müşterek fail sıfatıyla (37/1) sorumlu tutulmalıdır.

<sup>32</sup> 5237 sayılı TCK’da objektif teori esas alınarak “doğrudan doğruya icraya başlama” kriteri öngörülmüş; bu kriter madde gerekçesinde “işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır” şeklinde izah edilmiştir. Doğrudan icraya başlama kriteri, tipik hareketin yapılması ile sınırlı olmayıp, tipik hareket öncesinde gerçekleştirilen bazı davranışlar da icra başlangıcı olarak değerlendirilebilir. Fail, gerçekleştirdiği davranışla mağdurun alanına etkide bulunmuş ve bu davranışla tipik hareket arasında zaman ve mekan bakımından yakın bir ilişki varsa fiilin icrasının başladığı kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, failin hareketi, normu ihlal eden tipik hareket ile doğal bir bütünlük içinde olmalı, *tipik hareketle zaman ve mekan bakımından dar bir bağlantı içinde olmalı (enge räumliche und zeitliche Beziehung)* ve *mağdurun alanına veya tipikliğin alanına etki (Einwirkung auf die Opfer- bzw. Tatbestandssphäre)* niteliğini taşımalıdır (Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, 1991, Abs. 25, kn. 66-69; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. II, Verlag C. H. Beck, 2003, § 29, kn. 139-144).

Alman Ceza Kanunu’nda teşebbüse ilişkin olarak benimsenen “doğrudan doğruya icraya

Belirtilmesi gerekir ki, binaya girmeye yönelik hareketin, hırsızlık suçu bakımından icra hareketi olup olmadığı, suçun manevi unsurundan (tipikliğin subjektif unsuru) bağımsız olarak belirlenemez. Bu nedenle, ilk olarak tespit edilmesi gereken husus, failin hırsızlık kastıyla hareket edip etmediğidir<sup>33</sup>. Binaya girmeye yönelik hareket, tek başına değerlendirildiğinde hırsızlık suçu bakımından tipik fiil olmasa da; hırsızlık amacıyla binaya girilmesine yönelik hareket, *teşebbüs haksızlığı* çerçevesinde değerlendirilmelidir<sup>34</sup>.

Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda, tekstil mağazasını soymak isteyen fail, bir alet yardımıyla kepengi açtığı sırada bekçinin gelmesi üzerine kaçmıştır. Federal Mahkeme, kepengin açılmasının *tipik fiilin zorunlu bir parçası olduğunu ve suçla korunan hukuki menfaati doğrudan tehlikeye soktuğunu* kabul etmiştir<sup>35</sup>. Yargıtay da, failin,

*başlama*” ölçütünün (StGB § 22) somut olaya uygulanması bakımından Alman doktrininde geliştirilen *parça hareket teorisi* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Çataklı, “Cezaya Değer Haksızlığın Formel Tespitinde Parça Hareket Teorisi (Teil-/Zwischenaktstheorie) ve Hukukumuz Bakımından Uygulanabilirliği”, *TAAD*, 55, 2023, s. 23-72.

<sup>33</sup> Yargıtay CGK, 29.03.2016, E. 2014/729, K. 2016/151 “suça teşebbüsle ilgili bir değerlendirme yapılabilmesi, failin hangi suçu işlemeyi kastettiğinin belirlenmesini gerektirir ki buna subjektif unsur denir. Failin davranışı ile bir suçu işlemeye teşebbüs edip etmediğini, eğer etmişse hangi suça teşebbüs ettiğini tespit edebilmek için öncelikle kastın varlığının belirlenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, tıpkı tamamlanmış suçta olduğu gibi, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da, işlenmek istenen suç tipindeki tüm unsurlar fail tarafından bilinmelidir.”

<sup>34</sup> Zafer İçer, *Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri İle İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayırılması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 125.

<sup>35</sup> BGHSt 22, 380 (bkz. Roxin, AT/II, § 29, kn. 124).

Alman Ceza Kanunu'nda hırsızlık suçunun *konuta girilerek* (StGB § 244 Abs. 1, Abs. 4) işlenmesi cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Yine, *bina ve bu kapsamda işyerine girilerek* (StGB § 243 Abs. 1) işlenmesi, suçun temel şekline ilişkin *cezanın belirlenmesinde* göz önünde bulundurulacak haller arasında sayılmıştır. StGB § 22'de ise, “*doğrudan doğruya icraya başlama*” ölçütünün yanı sıra teşebbüsün subjektif unsuru olarak “*failin fiile ilişkin tasavvuruna göre (nach seiner Vorstellung von der Tat)*” ibaresine yer verilmiştir.

5237 sayılı TCK'da, hırsızlık suçunun binaya girilerek işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmediği gibi; teşebbüse ilişkin 35. maddede münhasıran objektif ölçüt benimsenmiştir. İşte bu düzenleme farklılığından yola çıkılarak, kapı kilidinin veya kepengin kırılmasının “alma”ya uzak hareket olduğu, alma hareketiyle araya giren ve yapılması gereken başkaca hareketler bulunduğu, suç konusu eşyaya yönelik “*alma*” hareketi olmadıkça fiilin icrasının başlamadığı söylenemez. Çünkü 3194 sayılı İmar Kanunu'na göre binanın özgülediği amaçlardan biri de *eşyanın muhafazasıdır* ve TCK'nın 142/2-h hükmünde hırsızlık suçunun “*bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında*” işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Söz konusu nitelikli unsurun uygulanması için binaya girilmesinin şart olmaması, binaya girmeye yönelik hareketin icra başlangıcı olmadığı şeklinde yorumlanamaz. Suçun konusunu oluşturan eşya mekan itibarıyla “*bina içinde*”

hırsızlık amacıyla kapı kilidi veya camı kırarak içeriye girmeye çalıştığı sırada kaçtığı veya yakalandığı olaylarda, hırsızlık suçunun icrasının başladığı yönünde karar vermektedir<sup>36,37</sup>.

muhafaza altına alınmışsa, binaya girmeye yönelik hareket suçla korunan hukuki menfaati doğrudan ihlal edici mahiyettedir ve icraya başlama olarak kabul edilmelidir. Bunun için, binaya girilmesinin nitelikli unsur olarak düzenlenmesi zorunlu değildir.

Diğer taraftan, failin, demir parmaklığın olduğu açık pencereden eliyle içeriye doğru bir çubuk uzatması icra başlangıcı olarak kabul edilirken, kapı kilidini veya kepengi kırmasının icra hareketi olarak kabul edilmemesi çelişkilidir. TCK'nın 142/2-h hükmünde mekan itibarıyla eşyanın bulunduğu yerin özelliği dikkate alınmış ise de; eşyanın bulunduğu alana bir müdahale söz konusu olmaksızın "alma" şeklindeki tipik fiilin gerçekleşmesi mümkün olmadığı için binaya girmeye yönelik hareket tipik fiilin zorunlu bir parçasıdır ve icra başlangıcı olarak kabul edilmelidir. Failin hareketi, "alma" şeklindeki tipik hareketle zaman ve mekan bakımından dar bir bağlantı içindedir (*enge räumliche und zeitliche Beziehung*) ve mağdurun alanına veya tipikliğin alanına etki (*Einwirkung auf die Opfer- bzw. Tatbestandssphäre*) niteliğini taşımaktadır.

İçinde muhafaza edilen parayı almaya yönelik olarak kasa kilidinin kırılmasıyla, içinde muhafaza edilen eşyayı almaya yönelik olarak binanın kapı kilidinin kırılması arasında "icra hareketi" olması noktasında bir fark yoktur. Arada konut dokunulmazlığını ihlal şeklinde bağımsız suç tipinin bulunması, kapı kilidini kırmayı "alma"ya uzak hareket haline getirmez. Kapı kilidinin kırılması, "alma" şeklindeki tipik fiile uzak bir hareket değildir; tipik fiille zaman ve mekan bakımından dar bir bağlantı içinde olup mağdurun alanına etkiye bulunulmuştur. Böylece, suçun konusu bakımından tehlike artık uzak olmayıp gerçekleşmiştir.

<sup>36</sup> Yargıtay CGK, 29.03.2016, E. 2014/729, K. 2016/151 "Olay tarihinde sanığın mağdurun lokantasının mutfak camını kırarak içeriye girmeye çalıştığı sırada, sesleri duyarak gelen polisleri fark ederek kaçtığı, olay yerinden alınan parmak izlerinden kendisine ulaşıldığı sabit bulunan olayda, kanunun benimsediği objektif teori esas alındığında, mağdura ait lokantanın mutfak kapı camını kıran, ancak polislerin olay yerine gelmeleri üzerine içeriye girmeden kaçan sanığın, mağdurun taşınır malını koruduğu egemenlik ve tasarruf alanına müdahale ederek, hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarının kanuni tanımında belirtilen elverişli hareketlere başladığı, ancak polislerin gelmesi üzerine içeriye girmeden ve hırsızlık suçunu tamamlamadan kaçtığı, bu durumda polisleri görüp kaçtığı ana kadarki eylemin, kişi hürriyetini koruyan işyeri dokunulmazlığının ihlali ile mülkiyet ve zilyetlik hakkını koruma altına alan nitelikli hırsızlık suçunun kanuni tanımında öngörülen neticeyi meydana getirmeye elverişli olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, eyleminin; mala zarar verme suçunun yanında, nitelikli hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarına teşebbüsü de oluşturacağı kabulünde zorunluluk bulunmaktadır."; Aynı yönde bkz. Yargıtay CGK, 02.07.2014, E. 2013/507, K. 2014/340; Yargıtay CGK, 22.05.2012, E. 2011/340, K. 2012/209.

<sup>37</sup> Buna karşılık, kapı ya da pencerenin açılmaya çalışıldığına ilişkin bir tespit yoksa, örneğin fail kapalı olan pencereden içeri bakıyorsa, hırsızlık suçunun icrası henüz başlamış değildir (Yargıtay 22. CD, 2.2.2016, E. 2015/9558, K. 2016/1263). Yine, bina içindeki eşyanın alınması amacıyla binanın eklentisine girilmesi (örneğin bahçe, balkon vs.) eşya özel olarak bu yerde muhafaza altına alınmadığı için icra başlangıcı olarak kabul edilmemelidir. Burada, mağdurun himaye alanına bir müdahale söz konusu ise de; henüz eşyanın muhafaza altına alındığı binaya girmeye yönelik bir hareket bulunmadığı için, tipik hareketle mekan bakımından yakınlık içinde olduğu söylenemez (Yargıtay 2. CD, 12.1.2016, E. 2014/2964,

### 3. Suçlar Arasındaki İçtima İlişkisi

Failin kapı kilidini kırarken yakalanması halinde, gerçekleştirilen hareket mala zarar verme suçunun tamamlanan şeklini oluşturduğu gibi; aynı zamanda konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlık suçunun icra hareketidir. Yargıtay, bu durumda gerçek içtima kuralı uygulanmak suretiyle failin mala zarar verme suçu, konut dokunulmazlığını ihlal suçu ve hırsızlık suçunun nitelikli halinden ayrı ayrı sorumlu tutulması gerektiği yönünde içtihatla bulunmaktadır<sup>38</sup>.

Failin, gerçek içtima kuralı uygulanmak suretiyle mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlık suçlarından dolayı ayrı ayrı cezalandırılması aynı failin mükerrer değerlendirilmesi anlamını taşımaktadır. Bu nedenle, bu üç hukuki menfaatin aynı normla koruma altına alınması; konut dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar verme suçunun hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Çünkü eşyanın muhafaza altına alındığı bina konut vasfında ise -bireyin huzur ve güvenlik içinde yaşaması bağlamında konut dokunulmazlığının ihlalinin suç olarak tanımlandığı göz önüne alındığında- konuta girilmesi haksızlığın yoğunluğunu artırıcı etkiyi haizdir. Aynı şekilde, failin icrası sırasında binaya ya da binada bulunan başka eşyaya zarar verilmesi de<sup>39</sup>, haksızlığın yoğunluğunu arttırmaktadır.

Binanın özgülendiği amaçlardan birinin de eşyanın muhafazası olduğu dikkate alındığında, eşyanın alınmasına yönelik olarak binaya girilmesi; binanın aynı zamanda konut veya işyeri vasfını taşıması; binaya girilmesi veya eşyanın alınması sırasında binaya ya da binadaki diğer eşyalara zarar verilmesi muhtemeldir ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Dolayısıyla, 142. maddede hırsızlık suçunun konut veya işyerine girilerek

K. 2016/254). Binada bulunma, her zaman icra hareketinin başladığı anlamına gelmeyebilir. Örneğin, bir sitenin içinde bulunan apartmana girilmesi, fakat henüz bir konutun kapısını açma hareketi söz konusu olmaksızın failin apartman içinde yakalanması halinde, apartmana girilmesi hırsızlık suçu bakımından icra hareketi olarak değerlendirilemez (Yargıtay 6. CD, 14.06.2022, E. 2021/13322, K. 2022/9162). Çünkü apartman bina vasfını taşısa da, eşyanın muhafaza altına alındığı konuta girmeye yönelik bir hareket bulunmadıkça icraya başlandıktan söz edilemez; apartmana girilmesi tipik hareketle mekan bakımından yakınlık içinde değildir.

<sup>38</sup> Yargıtay CGK, 29.03.2016, E. 2014/729, K. 2016/151; Yargıtay CGK, 02.07.2014, E. 2013/507, K. 2014/340; Yargıtay CGK, 22.05.2012, E. 2011/340, K. 2012/209.

<sup>39</sup> Hırsızlığa konu olan eşyanın alınması sırasında veya suçun tamamlanmasından sonra bu eşyaya zarar verilmesi halinde, ayrıca mala zarar verme suçundan dolayı failin ceza sorumluluğuna gidilmez (Yargıtay 2. CD, 15.02.2023, E. 2022/15829, K. 2023/577).



işlenmesinin<sup>40</sup> ve fiilin icrası sırasında mala zarar verilmesinin nitelikli unsur olarak düzenlenmemesi eksikliklerdir ve mülga 765 sayılı TCK düzenlemesi ve uygulaması ile mukayese edildiğinde eleştiriyeye açıktır.

Failin, hırsızlık amacıyla kapı kilidini veya camı kırarak içeri girmeye çalıştığı sırada yakalanması halinde; fiilin tek ve aynı olduğu gerekçesiyle farklı nev’iden fikri içtima ilişkili hüküm (44) uygulanamaz<sup>41</sup>. Çünkü her üç suç tipi fiil unsuru bakımından birbiriyle mukayese edildiğinde, fiil aynı değildir. Farklı nev’iden fikri içtima ilişkili hükmün uygulanabilmesi için, suçların icra hareketlerinin (fiil unsurunun) tamamen örtüşmesi; tam ayniyet göstermesi gerekmektedir. Suç tiplerinin icra hareketlerinin kısmen kesişmesi (kısmi ayniyet) fikri içtima için yeterli değildir. Ayniyetin belirlenmesinde ölçü, suçun yasal tanımında yer alan fiil unsurudur. Fikri içtima için, sadece somut olayda icra edilen hareketin değil; aynı zamanda suçların fiil unsurunun da tamamen örtüşmesi aranmalıdır. Verilen örnekte, kapı kilidinin veya camın kırılması mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlık suçlarının icra hareketini oluştursa dahi; sadece bunun tespit edilmesi tek başına yeterli olmayıp, bu üç suç bakımından fiil unsurunun tamamen örtüşmesi aranmalıdır. Kapı kilidinin veya camın kırılması, söz konusu suçların fiil unsuru bağlamında değerlendirmeye tabi tutulduğunda ancak kısmi ayniyetten bahsedilebilir. Başka bir deyişle, somut olayda kapı kilidinin veya camın kırılması her üç suç bakımından icra hareketi niteliğini taşımakta ve örtüşmekte ise de; bu örtüşme tek başına fiilin ayniyeti için yeterli olmayıp, bunun tespitinden başka ayrıca suçun yasal tanımındaki fiilin de tamamen örtüşmesi gerekmektedir.

<sup>40</sup> Nitekim İngiliz Ceza hukukunda, Hırsızlık Suçu Kanunu’nda (The Theft Act 1968) konutta hırsızlık (burglary) bağımsız bir suç tipidir. Yine, ABD Model Ceza Kanunu’nda konutta hırsızlık bağımsız suç tipi olarak düzenlenmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Emrah Bozbağcı, “İngiliz Ceza Hukukunda Hırsızlık ve Yağma Suçları”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan Takdim Töreni Vesilesiyle Düzenlenen Türk Ceza Hukuku Reformunun 17. Yılında Mukayeseli Hukuk Bağlamında Hırsızlık ve Yağma Suçları Uygulamasının Değerlendirilmesi Paneli*, Editör: Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Adalet Yayınevi, 2023, s. 215.

Alman Ceza Kanunu’nda hırsızlık suçunun *konuta girilerek* (StGB § 244 Abs. 1, Abs. 4) işlenmesi cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Hırsızlık suçunun *bina ve bu kapsamda işyerine girilerek* (StGB § 243 Abs. 1) işlenmesi ise, suçun temel şekline ilişkin *cezanın belirlenmesinde* göz önünde bulundurulacak haller arasında sayılmıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Selman Dursun, “Alman Hukukunda Hırsızlık Suçuna Genel Bir Bakış”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan Takdim Töreni Vesilesiyle Düzenlenen Türk Ceza Hukuku Reformunun 17. Yılında Mukayeseli Hukuk Bağlamında Hırsızlık ve Yağma Suçları Uygulamasının Değerlendirilmesi Paneli*, Editör: Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Adalet Yayınevi, 2023, s. 105-107.

<sup>41</sup> Aksi görüş için bkz. Özgenç, s. 564, dn. 965; Koca, s. 107-108.



Failin, hırsızlık amacıyla kapı kilidini veya camı kırarak içeri girmeye çalıştığı sırada yakalanması halinde hırsızlık suçu bakımından fiilin icrası başlamakta ve fakat henüz “alma” hareketi gerçekleşmediği için fiilin icrası yarıda kalmaktadır. Yine, konut dokunulmazlığını ihlal suçu bakımından fail henüz içeri girmediği için fiilin icrası yarıda kalmaktadır. Suça teşebbüs bağlamında fiilin icrasının yarıda kaldığı durumda, o ana kadar gerçekleşen hareketler tamamen örtüşse de; suçların fiil unsuru bakımından tamamen bir örtüşme (tam ayniyet) söz konusu olmadığı için farklı nev’iden fikri içtima ilişkisi hüküm (44) uygulanmamalıdır. Belirtilen tüm suçların tamamlanması halinde gerçek içtima kuralı uygulanırken, bir kısmının teşebbüs aşamasında kalması halinde farklı nev’iden fikri içtima hükmünün (44) uygulanması çelişki arz eder<sup>42</sup>. TCK’nın 142/4 hükmünün varlığı da dikkate alındığında, içtima ilişkisinin değerlendirilmesinde artık suçun tamamlanması ya da teşebbüs aşamasında kalması arasında bir fark gözetmek de mümkün değildir. Dolayısıyla, 142/4 hükmünün ancak tüm suçların tamamlanmış olması durumunda uygulanabileceği şeklinde bir sonuca varılamaz.

Açıklanan nedenle, TCK’nın 142/4 hükmündeki düzenlemeye kanunda yer verilmemiş olsaydı dahi fikri içtima değil, yine gerçek içtima kuralının uygulanması gerekir idi. Fakat böyle bir durumda, failin teşebbüs aşamasında kalan nitelikli hırsızlık suçundan, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan ve mala zarar verme suçundan dolayı gerçek içtima kuralı uygulanmak suretiyle ayrı ayrı sorumlu tutulması, somut olayda gerçekleştirilen aynı hareketin üç kez cezalandırmada değerlendirilmesi; yani *mükerrer değerlendirme yasağının (Doppelverwertungsverbot)* ihlali anlamını taşımaktadır.

Cezanın belirlenmesinde geçerli temel ilkelerden biri olan mükerrer değerlendirme yasağı, aynı hususun cezanın belirlenmesinde ikinci bir defa dikkate alınmaması esasına dayanır. Mükerrer değerlendirme yasağının özündeki düşünce, aynı hususun cezanın belirlenmesinde birden fazla

<sup>42</sup> Farklı nev’iden fikri içtima ilişkisi hükmünün uygulanması (44) bakımından fiilin tam ayniyetini değil, kısmi ayniyetini savunan görüş benimse dahi; söz konusu çelişki varlığını muhafaza eder. İster fiilin tam ayniyeti ister kısmi ayniyeti görüşü benimsensin, TCK’nın 142/4 hükmünün varlığı karşısında gerçek içtima kuralı uygulanmak zorundadır. Kısmi ayniyeti savunan görüş bakımından, TCK’nın 142/4 hükmü mevcut olduğu sürece içtima ilişkisinin değerlendirilmesinde suçun tamamlanması ya da teşebbüs aşamasında kalması arasında bir fark gözetmek mümkün değildir. Dolayısıyla, içtima ilişkisine giren suçların (konut dokunulmazlığını ihlal-mala zarar verme-hırsızlık) tamamlanması halinde 142/4 hükmü uyarınca gerçek içtima kuralının uygulanması; suçların bir kısmının teşebbüs aşamasında kalması halinde farklı nev’iden fikri içtima ilişkisi hükmünün uygulanması yoluna gidilemez.

defa dikkate alınmasını önlemek suretiyle failin kusurunu aşan şekilde cezalandırılmasını önlemektir. Mükerrer değerlendirme yasağının ihlaline bağlı olarak, *kusur ilkesi* ihlal edildiği gibi; *haksızlık muhtevasının tüketilmesi* (*Ausschöpfungsgebot*) *ilkesi* de ihlal edilmektedir. Çünkü failin, kapı kilidinin veya camın kırılması biçimindeki hareketinin sebebiyet verdiği bütün suç tiplerinden ayrı ayrı cezalandırılması, belirlenen toplam cezanın, fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevasını aşması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Fail, kusurunu ve fiilin ifade ettiği haksızlığı aşan ölçüde cezalandırılmaz (*Übermaßverbot = Überschreitungsverbot*)<sup>43</sup>.

Konut dokunulmazlığının ihlali ve mala zarar verme suçunun, hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmesi esasen *mükerrer değerlendirme yasağı*, *kusur ilkesi* ve *haksızlık muhtevasının tüketilmesi ilkesinin* bir gereğidir. Hırsızlık suçu bakımından kazuistik bir yöntemle pek çok nitelikli hale yer verilmişken; belirtilen ilkelerin ihlaline yol açar şekilde bileşik suç düzenlemesi yapılmaması bir tarafa, gerçek içtima kuralının uygulanacağının öngörülmesi hatalı bir yaklaşımdır.

Ceza muhakemesi açısından ise, failin hırsızlık amacıyla kapı kilidini veya camı kırarak içeri girmeye çalıştığı sırada yakalanması halinde *fiil* *tektir*. Ceza muhakemesi hukuku anlamındaki tek fiilin, aynı anda üç ayrı davaya konu olması “*ne bis in idem*” ilkesinin de ihlalidir<sup>44</sup>. Bu itibarla, ceza muhakemesi anlamındaki olayın bütünlüğü içindeki suç tiplerinin birbiriyle ilişkisi gözetilmek suretiyle *bileşik suç* düzenlemesi yapılması gerekmektedir.

<sup>43</sup> Michael Hettinger, *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbedingten Umständen*, Duncker&Humblot., 1982, s. 71 vd.

<sup>44</sup> Ersan Şen, “Hırsızlık Suçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 2012, s. 343 “Bir taraftan kapalı mahalde hırsızlık fiilinin işlenmesini nitelikli hal sayan kanun koyucu, diğer taraftan konut ve işyeri dokunulmazlıklarının ihlalini dikkate almak suretiyle “*non bis in idem*” ilkesini ihlal edecek kurala yer vermiştir.”

**KAYNAKÇA**

- Artuk M E / Gökçen A / Alşahin M E / Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Bozbayındır A E , “İngiliz Ceza Hukukunda Hırsızlık ve Yağma Suçları”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan Takdim Töreni Vesilesiyle Düzenlenen Türk Ceza Hukuku Reformunun 17. Yılında Mukayeseli Hukuk Bağlamında Hırsızlık ve Yağma Suçları Uygulamasının Değerlendirilmesi Paneli*, Editör: Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Adalet Yayınevi, 2023, s. 201-219.
- Çataklı H, “Cezaya Değer Haksızlığın Formel Tespitinde Parça Hareket Teorisi (Teil /Zwischenaktstheorie) ve Hukukumuz Bakımından Uygulanabilirliği”, *TAAD*, 55(14), 2023, s. 23-72.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Dursun S, “Alman Hukukunda Hırsızlık Suçuna Genel Bir Bakış”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan Takdim Töreni Vesilesiyle Düzenlenen Türk Ceza Hukuku Reformunun 17. Yılında Mukayeseli Hukuk Bağlamında Hırsızlık ve Yağma Suçları Uygulamasının Değerlendirilmesi Paneli*, Editör: Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Adalet Yayınevi, 2023, s. 97-108.
- Feyzioğlu M / Güngör D, “Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md. 142-4”, *AÜHFD*, 56(1), 2007, s. 139-143.
- Gökcan H T / Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 4, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Hafizoğulları Z / Özen M, “Hırsızlık”, *Gazi ÜHFD*, 12(1-2), 2008, s. 773-796.
- Hettinger M, *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbidenden Umständen*, Duncker&Humblot, 1982.
- İçer Z, *Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri İle İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Jakobs G, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, 1991.
- Koca M / Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.

Koca M, “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, *CHKD*, 3(2), 2015, s. 103-118.

Özbek V Ö / Doğan K / Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II*, Verlag C. H. Beck, 2003.

Şen E, “Hırsızlık Suçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 2012, s. 319-357.

Tezcan D / Erdem M R / Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Yavuz Y, *Suçun Nitelikli Unsurları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.