

HIRSIZLIK SUÇUNDA MALIN DEĞERİNİN AZLIĞININ TESPİTİ VE BUNA BAĞLI OLARAK ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ SORUNLAR

*Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK**

*Dr. Serkan MERAKLI***

Öz

Hırsızlık suçunda daha az ceza verilmesini gerektiren hal niteliği taşıyan malın değerinin azlığının uygulanabilmesi bakımından hangi kriterin kabul edileceği hususu tartışmalı niteliktedir. Bu konuda özellikle Yargıtay'ın yaklaşımı kanunilik ilkesini de ihlal eden çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir. Bu sorunların ortadan kaldırılması bakımından kanunilik ilkesine uygun düşecek şekilde objektif bir yaklaşımı esas alan çözüm yolu geliştirilmelidir.

Anahtar Kelimeler

Hırsızlık suçu, kanunilik ilkesi, ceza hukuku, malvarlığına karşı suçlar, Türk Ceza Kanunu

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı (e-posta: veli.ozbek@deu.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 11.10.2017-11.10.2017/Makale Kabul Tarihleri: 12.10.2017-23.10.2017)

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta: serkan.merakli@deu.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 11.10.2017-11.10.2017/Makale Kabul Tarihleri: 12.10.2017-23.10.2017)

**DETERMINATION OF THE LOW VALUE OF
GOODS IN THE CRIME OF LARCENY AND LEGAL
PROBLEMS ARISING FROM IT**

Abstract

It is quite contradictive that which criteria should be adopted with regard to implementation of scantiness of the low value of goods in the crime of larceny. In this respect, notably the approach of the Court of Cassation brings forth several problems including the one which violates the principle of legality. To resolve these problems, a solution which is based on an objective approach and compatible with the principle of legality should be formulated.

Keywords

larceny, legality, criminal law, crimes against property, The Turkish Criminal Code

GİRİŞ

765 sayılı TCK m. 522’de bir indirim sebebi olarak düzenlenmiş olan malın değerinin azlığı hususu 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte tartışmalı bir hal almıştır. 765 sayılı TCK’nın aksine malın değerinin azlığına malvarlığına karşı işlenen tüm suçlar bakımından yer vermeyen 5237 sayılı TCK, hırsızlık ve yağma suçlarıyla sınırlı bir düzenleme yapmıştır. Ancak, bu konuda kanunkoyucu sadece malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabileceği suç tiplerinin kapsamını daraltmakla kalmamıştır. Gerçekten 5237 sayılı TCK m. 145’te getirilen düzenlemenin içerik bakımından kapsamı da 765 sayılı TCK’ya oranla daralmıştır. Çalışmada işte bu değişikliklerin uygulamada ortaya çıkardığı çeşitli sorunlar irdelenmeye ve bu sorunlara yönelik çeşitli çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

Bu noktada öncelikle malın değerinin azlığı bakımından doktrinde öne sürülen görüşler ele alınacak olup bunun ardından Yargıtay’ın uygulaması değerlendirilecektir. Ardından ise malın değerinin azlığı bakımından özellik gösteren hallere değinilecek ve daha sonra malın değerinin azlığına bağlanabilecek sonuçlar tartışılacaktır. Son olarak ise çalışmada ortaya konulan sorunlar hakkındaki görüşlerimize yer vererek çalışma tamamlanacaktır.

I. CEZA HUKUKUNDA MALIN DEĞERİNİN AZLIĞI KAVRAMININ MEŞRUIYETİ VE DAYANAKLARI

A. Suç Genel Teorisi Bakımından Malın Değerinin Azlığı Kavramının Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Malın değerinin azlığı kavramının anlamı ve tespitine geçmeden önce bu kavramın ceza hukuku dogmatığı ile ne ölçüde örtüştüğü ya da ceza hukuku dogmatığının neresinde yer aldığı incelenmelidir. Bu bakımdan malın değerinin azlığı kavramının filin toplumsal uygunluğu, normun koruma alanı, ceza hukukunun son çare olma ilkesi ve suç politikası gibi kavramlarla karşılaştırılması mümkündür. Aşağıda malın değerinin azlığının dogmatik dayanağı incelenmeye çalışılacaktır.

2. Fiilin Toplumsal Uygunluğu Kavramı İle İlişkisi

a. Fiilin Toplumsal Uygunluğu Kavramı

Fiilin toplumsal uygunluğu kavramı, toplumsal (sosyal) etik bir niteliğe sahip olup toplumsal yaşam kurallarının gelişim süreci içerisinde bazı hareketlerin toplum nazarında haksız olarak nitelenmeyeceği düşüncesidir¹. Bu düşünce esasen bir yorum aracı niteliği de taşımaktadır². Buna göre, suç tipleri genel ve soyut bir forma sahip olduğu için kimi zaman toplum düzeyiyle tamamen uyum içinde olan ve bu yönüyle de “değersiz” ya da “kötü” olarak nitelenemeyecek türden davranışları da kendi formülasyonu içerisinde barındırabilir³.

Fiilin toplumsal uygunluğu kavramını öne süren düşünceye göre, tipik haksızlık ile bununla nedensel nitelik taşıyan hukuki değer ihlali her zaman özdeş bir anlama sahip değildir. Diğer bir deyişle suç tipini ihlal eden her hareket hukuki değeri de her zaman ihlal etmiş olmaz⁴. Örneğin, haksızlık içeriği çok az olan bir netice ortaya çıktığı takdirde tarihî toplumsal etik kuralları uyarınca katlanılabilir olan bu haksızlık fiilin toplumsal uygunluğu niteliği taşıyacaktır. Fiilin toplumsal uygunluğu kavramına göre, bir davranış sosyal uygunluk sınırını aştıktan sonra tipe uygun davranış niteliği kazanabilir⁵. Bu bakımdan bu kavramı savunanlar özellikle savaş hali sırasında

¹ **Jescheck**, Hans-Heinrich/**Weigend**, Thomas: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Berlin 1996, s. 251; **Kindhäuser**, Urs/**Neumann**, Ulfried/**Paeffgen**, Hans-Ullrich-**Benno** Zabel: *Strafgesetzbuch*, Band I, 5. Auflage, Baden Baden 2017, Vor §§32 kn. 30; **Ünver**, Yener: *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998, s. 67; **Hakeri**, Hakan: “*Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler*”, *TBBD*, S. 69, 2007, s. 73.

² **Jescheck/Weigend**, s. 253; **Stratenwerth**, Günter/**Kuhlen**, Lothar: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München 2011, § 8 kn. 30; **Hakeri**, Hareketler, s. 76.

³ **Welzel**, Hans: “*Studien zum System des Strafrechts*”, in: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin New York 1975, s. 152-153; **Stratenwerth/Kuhlen**, § 8 kn. 30; **Ünver**, s. 68. Ayrıca bkz. **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Benno**, Vor §§32 kn. 30.

⁴ **Welzel**, s. 152; ayrıca bkz. **Jescheck/Weigend**, s. 252; **Ünver**, s. 67.

⁵ **Welzel**, s. 151; **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Benno**, Vor §§32 kn. 30. Bu hususta yaralamaya elverişli spor türlerinde meydana gelen eylemlerin fiilin toplumsal uygunluğu kapsamında kaldığı örnek olarak verilmektedir. Bkz. **Jescheck/Weigend**, s. 252.

işlenen bazı eylemlerle barış döneminde işlenen eylemlerin farklı bir değerlendirilmeye tâbi tutulacağını örnek olarak göstermektedirler⁶.

Öte yandan bu görüşü öne süren *Welzel*'e göre, öldürmek, yaralamak, zarar vermek gibi tanımlayıcı nitelik taşıyan unsurlarda olduğu gibi ceza hukukundaki tipikliğe ait unsurlar nedensel bir hukukî değer ihlaline dair salt nedensel kavramlar olmayıp toplumsal bir bağ ve anlam taşıyan kavramlardır. Dolayısıyla bu kavramların asıl anlamları toplumsal bütünlük içerisindeki kendi işlevlerinden çıkartılabilir⁷.

Özellikle sosyal hareket teorisi ile de bağlantılı olarak toplumsal açıdan önem arz eden hareketin ceza hukuku anlamında bir anlam taşıyan hareket olacağı düşüncesi de fiilin toplumsal uygunluğu kavramını beraberinde getirmektedir⁸.

b. Malın Değerinin Azlığı Kavramının Fiilin Toplumsal Uygunluğu Bakımından Değerlendirilmesi

Fiilin toplumsal uygunluğu kavramı malın değerinin azlığı hükümleri bakımından da tartışılmaya değerdir. Öncelikle fiilin toplumsal uygunluğu kavramının muğlak ve sınırları belirsiz bir nitelik taşıdığı söylenmelidir. Bunun yanında, öne sürüldüğü günden bu yana hem somut kriterlerle açıklanma sorunu ortaya çıkmış; hem de konumlandırılmasında çeşitli sorunlarla karşılaşmıştır⁹.

⁶ **Welzel**, s. 151.

⁷ **Welzel**, s. 151. Ayrıca karşı. **Jescheck/Weigend**, s. 253.

⁸ **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Benno**, Vor §§32 kn. 22; **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2017, s. 249; **Hakeri**, Hareketler, s. 73. Bu hususta ayrıca bkz. ve karşı. **Jescheck/Weigend**, s. 223 vd.; Akbulut, Berrin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 223.

⁹ Örneğin fiilin toplumsal uygunluğu kavramını ilk öne süren *Welzel* dahi bu kavramı suç teorisinde önceleri tipiklik sahasında etki doğuran bir kavram olarak değerlendirirken; daha sonraları hukuka uygunluk alanında konuyu ele almıştır. Bunu izleyen süreçte tekrar tipiklikle bağlantılı bir şekilde değerlendirmiştir. (Kavramın konumlandırılmasıdaki bu sorunlar ve değişim hakkında bkz. **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Benno**, Vor §§32 kn. 30; **Ünver**, s. 69-70)

Bu nedenlerle bu kavrama suç genel teorisinde bir işlev yüklenmesi sakıncalıdır. Bir hukuk devletinde suçun unsurları kanunda belirtilen unsurlar üzerinden tespit edilmeli; bu unsurların dışına çıkılmamalıdır. Zira, kanunkoyucu bir suç tipindeki eylemin haksızlık sergilemesi bakımından toplumsal açıdan katlanılabilirlik unsuru getirmemiştir. Kanunkoyucunun öngörmediği ve cevaz vermediği bir uygulamaya bir yorum metodu aracılığıyla ulaşılması mümkün olmamalıdır.

Öte yandan, fiilin toplumsal uygunluğu ile ilgili bu eleştirinin haklı yönü, TCK m. 145'te düzenlenen hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı hükmü ile de ortaya çıkmaktadır. Çünkü, kanunkoyucu hangi hallerde eylemin tipe uygun olmasına rağmen toplum nazarında düşük bir haksızlık sergileyeceğini ya da hiç haksızlık sergilemeyeceğini kendisi tespit etmektedir. Dolayısıyla kanunkoyucunun bu tespite yer vermediği suç tipleri bakımından fiilin toplumsal uygunluğu kriteri üzerinden faile bir ayrıcalık yaratılması hukuk devleti ilkesine aykırılık taşıyacaktır¹⁰. Özellikle keyfilik yasağı bakımından önemli sorunların oluşması söz konusu olabilecektir.

Bu açıklamalar neticesinde her ne kadar TCK m. 145'te olduğu gibi malın değerinin azlığı hükümlerine yer veren düzenlemeler fiilin toplumsal anlamda göz ardı edilebilir olduğu düşüncesinden kaynaklanıyor olsa da fiilin toplumsal uygunluğu kavramı ceza hukukunda genel bir ilke olarak vücut bulmamıştır. Bu yönüyle de suç genel teorisi bakımından genel bir etki doğuracak bir işleve sahip değildir.

3. Normun Koruma Alanı İle İlişkisi

a. Normun Koruma Alanı Kavramı

Neticenin normun koruma alanı dışında gerçekleşmiş olması, neticenin faile objektif açıdan isnat edilmesinde başvurulan kriterlerden bir tanesidir. Buna göre, failin gerçekleştirdiği eylem, bu eylemle ihlal ettiği normun koruma alanı dışında kalan bir neticenin oluşmasına yol açmışsa bu durumda objektif isnadiyet söz konusu olamaz¹¹. Diğer bir deyişle, objektif isnadi-

¹⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 250.

¹¹ Jescheck/Weigend, s. 288; Stratenwerth/Kuhlen, § 8 kn. 38; Ünver, s. 290; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel

yetin gerçekleşebilmesi için, meydana gelen netice ile failin işlemeyi kast ettiği suç tipinin korumak istediği amaç arasında doğrudan bir bağlantının ya da diğer bir ifadeyle risk bağlantısının bulunması gerekir¹². Çoğu zaman normun koruma amacı dışında kalan neticeler atipik nedensel süreç sonunda ortaya çıkan neticeler olmaktadır. Örneğin, failin yaraladığı mağdurun ambulansla hastaneye götürülürken ambulansın kaza yaparak mağdurun ölmesinde durum böyledir.

Ceza hukukunun emir ve yasakları atipik tehlikelere veya gerçekleşmesi olası kaza ve tesadüfler gibi genel yaşam risklerine karşı koyma anlamı taşıyamaz¹³. Aksi takdirde failin iradesi değil iradesinin dışında kalan bir netice cezalandırılmış olacağından cezanın meşruiyeti sağlanamayacaktır.

Öte yandan objektif isnadiyet kapsamında ele alınan normun koruma amacı kavramı fiilin toplumsal uygunluğu kavramından daha farklı bir anlama sahiptir. Fiilin toplumsal açıdan uygunluğunun söz konusu olduğu durumlarda eylem, alışlagelmiş toplumsal davranış normları kapsamında tehlikesiz de olsa bazı somut olaylarda olayın özelliğinden ötürü, ortaya çıkan netice karşısında riskli ya da yasak olarak nitelenebilir¹⁴. Dolayısıyla fiilin toplumsal uygunluğu kavramı muğlak bir yapıya sahiptir. Örneğin, A, B'yi bir dağ gezisi esnasında bir göle girme konusunda yönlendirse ve B de bu gölde yüzerken bir girdaba girip kalp krizi geçirerek ölse, normal şartlar altında toplumsal uygunluk kapsamında kalacak yüzmeye teşvik eylemi somut olayda A'nın bu girdaptan haberdar olması ve bunu bilerek B'yi yüzmeye yönlendirmesi durumunda toplumsal uygunluk özelliğini yitirecektir¹⁵.

Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 233; **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 212; **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 138, 218; **Akbulut**, s. 310; **Doğan**, Koray: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 140.

¹² **Stratenwerth/Kuhlen**, § 8 kn. 38; **Ünver**, s. 290; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 218.

¹³ **Stratenwerth/Kuhlen**, § 8 kn. 40; ayrıca bkz. **Jescheck/Weigend**, s. 288.

¹⁴ **Kindhäuser**, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Baden Baden 2013, § 11 kn. 20.

¹⁵ **Kindhäuser**, AT, § 11 kn. 11.

Oysaki, normun koruma amacı dışında kalan bir eylem en başından itibaren normatif açıdan neticenin gerçekleşmesine yönelik herhangi bir tehlike arz etmez. Normun koruma alanı dışında kalan eylemler, doğaları gereği suç tipi ile korunan hukuki değere zarar vermeye müsait değildir. Bu yönüyle fiilin toplumsal uygunluğu ile normun koruma alanı kavramları birbirlerinden küçük bir farkla ayrılmaktadır¹⁶.

b. Malın Değerinin Azlığı Kavramının “Normun Koruma Alanı” Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı üzere normun koruma alanı kavramı neticenin faile objektif açıdan isnadiyeti aşamasında etki doğurmaktadır. Malın değerinin azlığı kavramı ise daha ziyade suç ve ceza politikasına dayalı olarak failin lehine etki doğurur. Çünkü, malın değerinin azlığının söz konusu hallerde tipik netice ortaya çıkmakta ve bu netice bir haksızlık yaratmaktadır. Malın değerinin azlığı bu haksız neticenin faile isnat edilmesini engellememekte; sadece bu haksızlığın niceliğinin düşük olmasına yol açmaktadır. Çalınan malın değerinin az olması ortaya daha düşük oranda bir haksızlık çıkardığından kanunkoyucu bu suç tipi bakımından bu haksızlığı daha düşük cezalandırma ya da hiç cezalandırmama yoluna cevaz vermektedir. Bu durumda dahi eylem faile isnat edilmiş olacaktır. Bu bakımdan malın değerinin azlığı kavramı sadece yaptırım kısmında etki doğuran ve isnadiyet hükümlerinden bağımsız bir yönü bulunan bir kavramdır. Öyleki, kanunkoyucunun malın değerinin azlığına sadece belirli bazı suçlar ile sınırlı sonuç bağlamış olması bu tespiti haklı çıkarmaktadır. Çünkü, malın değerinin azlığı isnadiyet hükümleriyle bağlantılı olsaydı bu bağlantının özel hükümlerde herhangi bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın her suç tipi bakımından etki doğurması gerekirdi.

Öte yandan, hırsızlık suçunda malın değerinin azlığının söz konusu olduğu hallerde fail hırsızlık suç tipinde yasaklanan neticeyi gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla değeri az olan bir malı bulunduğu yerden alan fail de hırsızlık suçuna ait yasak normunun koruma alanı içerisinde bulunan bir neticeyi gerçekleştirmektedir. Çünkü, malın değerinin az olduğu durumlarda indirimli ceza verilmesi ya da cezadan tamamen vazgeçilmesi arasında bir

¹⁶ Kindhäuser, AT, § 11 kn. 20.

tercih yetkisinin hakime sunulmuş olması, neticenin normun koruma alanında kaldığını göstermektedir. Aksi takdirde malın değerinin azlığı halinde hakimin ceza vermeyeceğine ilişkin bir zorunluluk içeren hükme yer verilmesi gerekirdi. Ancak, bu durumda dahi yapılmış düzenleme suç politikası kaynaklı bir düzenleme olurdu. Çünkü, neticenin normun koruma alanı dışında kaldığı haller kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmeyen; objektif isnadiyetin kendi genel kuralları çerçevesinde etki doğuran bir husustur. Bu bakımdan malın değerinin azlığı kavramının normun koruma alanı kavramının dışında bir anlama sahip olduğu söylenmelidir.

B. Ceza Hukukunun Son Çare Olma Özelliği ve Suç Politikası Bakımından Malın Değerinin Azlığı Kavramının Değerlendirilmesi

Haksızlık kavramı ceza hukuku ile sınırlı bir anlam taşımamaktadır. Buna göre, her haksızlığın bir suç olarak nitelenmesi mümkün değildir. İşlenen bir haksızlık pekâla borçlar hukukunun kapsamını aşamayabilir. Burada ceza hukukunun ikincil niteliği devreye girmektedir. Buna göre borçlar hukuku, kabahatler hukuku gibi hukuk dallarının yaptırımları bir haksızlıkla mücadele anlamında yeterli olacak ise artık ceza hukuku anlamında bir haksızlıktan söz edilemez. Ceza hukuku anlamında bir haksızlığın söz konusu olabilmesi için cezalandırılmaya değer bir haksızlığın bulunuyor olması gerekmektedir¹⁷. Bir haksızlığın cezalandırılmaya değer bir nitelik taşıması ise bir yandan onun ihlâl ettiği hukukî değer niteliği ile ilgiliyken; diğer yandan da haksızlığın işlenme şekli ve haksızlığın içerdiği yoğunluk ile ilgilidir. Bu işlenme şekli ve yoğunluk ise hukukî değer ihlali üzerinden tespit edilebileceği gibi ihlal edilen normun toplum nazarındaki geçerliliğinin düştüğü tehlike üzerinden de tespit edilebilir. Kısacası, korunan hukukî değer ihlalinin şekli ve yoğunluğu haksızlığın yoğunluğunu belirleyecek; onun cezalandırılmaya değer bir niteliğinin bulunup bulunmadığını gösterecektir¹⁸.

¹⁷ **Kühl**, Kristian: “*Das Unrecht als Kern der Straftat*”, in: FS für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2013, s. 18; **Meraklı**, Serkan: Ceza Hukukunda Kusur, Ankara 2017, s. 40.

¹⁸ **Kühl**, s. 18; **Meraklı**, s. 41; ayrıca bkz. ve krşl. **Kindhäuser**, AT, § 2 kn. 6.

Cezalandırmaya değer bir haksızlığa yönelik verilecek cezada suç politikası mülahazalarına dayalı olarak indirim yapılabilir ya da tamamen ceza verilmesinden vazgeçilebilir. Zira, bu tür durumlarda her ne kadar ortada haksızlık ve kusurluluk bulunuyor olsa da kanunkoyucu bu eyleme ilişkin daha hafif ceza verme ya da cezadan tamamen vazgeçme yolunun seçilmesi ile de ceza hukukunun amaçlarının gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir.

Malın değerinin azlığına dayalı olarak failin cezasında indirim yapılması ya da faile ceza vermektan tamamen vazgeçilmesine dair bir düzenleme de işte bu düşünceye dayanmaktadır. Bu yönüyle malın değerinin azlığına dayalı hükümler suç teorisinden ziyade suç politikasının bir ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.

II. MALIN DEĞERİNİN AZLIĞI KAVRAMININ ANLAMI

A. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu m. 145'te "*Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermektan de vazgeçilebilir*" düzenlemesine yer vermiştir. 29.6.2005 gün ve 5377 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile "*suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak*" ibaresi madde metnine eklenmiştir.

Böylelikle madde metnine eklenen bu ibare dolayısıyla malın değerinin azlığı belirlenirken malın objektif değerinin yanı sıra suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de göz önünde tutulması gerektiği izlenimi oluşmaktadır. Aşağıda bu sorunun çözümüne yönelik öne çıkan objektif ve sübjektif görüşler ele alınacaktır.

B. Malın Değerinin Azlığının Objektif Olarak Belirlenmesi Yönündeki Görüşler

Malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi bakımından öncelikle 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde ve ayrıca Alman Hukuku'nda ileri sürülen görüşlere yer verilecek ve ardından da bu görüşlerle mukayese yapılabilmesine imkan sağlamaya yönelik olarak

765 sayılı TCK dönemindeki görüşlere ve uygulamaya ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

Malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi yönündeki görüşlere göre, bir malın değerinin azlığı onun piyasa değerine göre tespit edilmelidir¹⁹. Diğer bir ifadeyle bir malın değerinin az olup olmadığı onun ekonomik yönden sahip olduğu değer esas alınarak belirlenir²⁰. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de bu yönde kararlar vermektedir²¹. Bu bakımdan yapılacak değerlendirme ise malın suçun işlendiği anda sahip olduğu değer üzerinden olmalıdır²². Dolayısıyla failin suçu işlediği sırada ya da suçu işleminin ardından malın değerinin azalmasına yol açan davranışları göz önünde tutulmamalıdır²³. Bunun yanında suça konu olan malın değeri az

¹⁹ **Schönke**, Adolf/**Schröder**, Horst-**Eser**, Albin/**Bosch**, Nikolaus: Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010, § 248a kn. 7; **Lackner**, Karl/**Kühl**, Kristian: StGB Kommentar, 27. Auflage, München 2011, § 248a kn. 3; **Miebach**, Klaus/Sander **Günther M.-Schmitz**, Roland: StGB Münchener Kommentar, Band 3 §§ 185-262, 1. Auflage, München 2003, § 243 kn. 64; **von Heintschel-Heinegg**, Bernd/**Wittig**, Petra: Beck'scher Online Kommentar zum StGB, 21. Edition, 2012, § 243 kn. 28; **Schmidt**, Rolf/**Priebe**, Klaus: Strafrecht Besonderer Teil II, 9. Auflage, Grasberg bei Bremen, kn. 167; **Rudolphi**, Hans-Joachim/**Horn**, Eckhard/**Samson**, Erich: Systematischer Kommentar zum StGB, Band II, Besonderer Teil §§ 80-358, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel 1991, § 248a kn. 13.

²⁰ **Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010, s. 322; **Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: "Hırsızlık", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S: 1-2, s. 785; **Yazıcıoğlu**, R. Yılmaz: "TCK m. 145. "Malın Değerinin Az Olması" - "Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin" Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması", Ceza Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 15, Nisan 2011, s. 33.

²¹ **BGH**, Beschluss vom 29.10.1980-4 StR 534/80 (NStZ 1981, s. 62).

²² **Schönke/Schröder-Eser/Bosch**, § 248a kn. 7; **Lackner/Kühl**, § 248a kn. 3; **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 64; **Schmidt/Priebe**, kn. 167; **BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig**, § 243 kn. 28; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017, s. 625; **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 570; **Eker**, Hüseyin: "Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 Sayılı TCK'nun 145/1.Maddesi)", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. I, Y. 2, S. 5, Nisan 2011, s. 542.

²³ **Lackner/Kühl**, § 248a kn. 3; **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 64; **Kindhäuser** Urs, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 6.

olmasına karşın suçun işlenmesinin ardından değerinin artmış olmasının ya da bu mal aracılığıyla yüksek kazançlar elde edilmesinin de bir önemi bulunmaz. Örneğin sadece 5 Türk Lirası değerindeki bir şirket mührünün çalınmasının ardından belgede sahtecilik suretiyle bankadan kredi çekerek milyonlarca liralık bir kazanç elde edilmesi mührün çalınması eylemi bakımından malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanmasına engel olmamalıdır²⁴.

Öte yandan malın değerinin azlığı kavramı kapsamında olan malın kazanılması ya da kaybedilmesi ekonomik açıdan önemsiz olan mal²⁵ şeklinde tanımlanması da mümkündür.

Para ile ölçülebilen bir ekonomik değere sahip olmayan malın çalınması durumunda bu malın piyasada dolaşım kabiliyeti bulunmadığından ekonomik kullanım amacından başka amaçlarla çalınmış olacağından malın değerinin azlığı kapsamına alınamazlar ve buna örnek olarak adli makamlar karşısında suçlayıcı nitelik taşıyan belgelerin çalınması verilebilir²⁶.

Bu açıklamaların ardından malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi gerektiğini kabul eden görüşlere göre,

- *Suçta konu olan mal, piyasadaki genel dolaşım değeri esas alınarak kazanılması ya da kaybedilmesi önemsiz bir mal olarak görülmekte ise ve*

Auflage, Baden Baden 2011, § 3 kn. 43; **BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig**, § 243 kn. 28; **Kudlich**, Hans/**Noltensmeier**, Silke/**Schuhr**, Jan: “Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht”, JA 2010, s. 343.

²⁴ Bkz. **BGH**, Beschluss vom 29.10.1980-4 StR 534/80 (NStZ 1981, s. 62); **Maurach**, Reinhart/**Schröder**, Friedrich Christian/**Maiwald**, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 10. Auflage, Heidelberg 2009, § 33 kn. 101; **Schmidt/Priebe**, kn. 167; **BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig**, § 243 kn. 28.

²⁵ **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 33 kn. 101; **Küper**, Wilfried: Strafrecht Besonderer Teil Definitionen mit Erläuterungen, 7. Auflage, Heidelberg 2008, s. 164; **Schmidt/Priebe**, kn. 167.

²⁶ **Arzt**, Gunther/**Weber**, Ulrich/**Heinrich**, Bernd/**Hilgendorf**, Eric: Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Bielefeld 2009, § 14 kn. 30; **Lackner/Kühl**, § 248a kn. 3; **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 33 kn. 101; **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 66; **Schmidt/Priebe**, kn. 167; **Küper**, s. 164; **BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig**, § 243 kn. 28.

- *Mağdurun suça konu mal ile arasındaki kişisel ve iktisadi bağlantısı göz önünde tutulmaksızın fiilin işlendiği esnada malın sahip olduğu objektif piyasa dolaşım değeri önemli ölçüde düşük ise malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği söylenmelidir²⁷.*

Öte yandan malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi gerektiği görüşünün iki farklı uygulama yönteminin bulunduğu söylenmelidir. Buna göre:

- Somut olayın özelliğine göre hakim malın değerinin az olduğuna karar verir veya
- Belirli bir maddî tutar kanunkoyucu tarafından malın değerinin azlığı bakımından sınır olarak belirlenir. Bu durumda her somut olayda hırsızlık suçuna konu malın kanunda belirtilen bu sınırın altında kalıyor olması malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanmasını mümkün kılar. Ayrıca kanunkoyucu tarafından belirli bir maddî tutar malın değerinin azlığı bakımından sınır olarak belirtilmemiş olsa da karşılaştırmalı hukukta kimi Yüksek mahkemeler tarafından belirli bir sınırın malın değerinin azlığının tespiti bakımından esas alındığı da görülmektedir²⁸. Fakat, kanunkoyucu tarafından malın değerinin azlığı bakımından esas alınacak bir sınıra açıkça yer verilmemişken Yargıtay'ın bu hususta çeşitli maddî tutarları malın değerinin azlığının tespitinde zorunlu sınır olarak kabul

²⁷ Bkz. **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 33 kn. 101; **Küper**, s. 164; **Schmidt/Priebe**, kn. 167.

²⁸ Bu yöntem Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve Alman Yüksek Eyalet Mahkemeleri tarafından benimsenmektedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, 25 Euro'nun altında bir değere sahip olan malların değerini az olarak kabul etmektedir. Bkz. **BGH BeckRS** 2004, s. 7428; **BGH**, 2 StR 176/04 (in: **Fischer**, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze 58. Auflage, München 2011, § 243 kn. 25). Alman Yüksek Eyalet Mahkemeleri tarafından ise çeşitli tutarlar bu hususta sınır olarak benimsenmektedir. Örneğin **Zweibrücken Yüksek Eyalet Mahkemesi** 50 Euro'luk bir tutarı bu hususta sınır olarak benimsemektedir. Bkz. **OLG Zweibrücken**, Beschluß vom 18.1.2000-1 Ss 266/99 (NSTZ 2000, s. 536). Euro para birimine geçilmeden önceki dönemde 50 Alman Markı'nın altında kalan malların değeri az olarak kabul edilmekteydi. Bkz. **OLG Duesseldorf**, Beschluß vom 16.3.1987-5 Ss 44/87-48/87-I (NJW 1987, s. 1958); **LG Kempten**, Beschluß vom 31.10.1980, 2 Qs 403/80 (NJW 1981, s. 933).

etmesi kanunilik ilkesine ve yasama yetkisinin yetkisiz şekilde kullanılması anlamını taşıyacağı söylenmelidir²⁹.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte bulunduğu dönem göz önüne alındığında TCK m. 522 hükmüne ilişkin uygulama malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanması bakımından malın değerinin objektif olarak az olduğunun mahkeme tarafından tespit edilmesi şeklindeydi³⁰. Öyle ki, önceki yıllarda Yargıtay çeşitli meblağları o yıl içerisinde geçerli olmak üzere malın değerinin azlığı bakımından bir sınır olarak belirlemekte ve bu sınırın altındaki değere sahip malların değerinin az olduğuna karar vermektedir³¹. Nitekim

²⁹ Bkz. ve krşl. **Önder**, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 491; **Gürühan**, Caner/**Topaç**, Tahir Hami/**Kanat**, Ahmet Serhat Ergin: "Yargıtay'ın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 8, Aralık 2016, s. 227.

³⁰ Örneğin bkz. "Sanıkların jandarmadaki ifadelerinde her seferinde yaklaşık 2-3 ton kadar olmak üzere 3-5 kez şeker pancarını fabrikaya götürmeden yolda sanık Bülent'e ait petrol ofisi idare binası yanına boşalttıklarını beyan etmeleri karşısında, nakliye işinde kullanılan kamyonların tonajları, boşaltma sayısı, bir seferinde jandarma tarafından tespit edilen miktarın fazlalığı ve dosya kapsamı nazara alındığında suçta konu pancar değerinin pek fahiş kabul ve takdirinde bir isabetsizlik görülmediğinden ve TCK.nun 522. maddesinin uygulanmasında 5 yıl 6 ay yerine hesap hatası sonucu 5 yıl 10 ay hapis cezasına hükmolunması TCK.nun 59. maddesinin uygulanması sonunda hükmolunan cezanın doğru olması nedeniyle tebliğnamedeki bozma düşüncelerine iştirak olunmamıştır...aynı yasanın 522. madde uygulamasının yerinde olmadığına yönelen ve yerinde görülmeyle sair temyiz itirazlarının reddine..." Yarg. 11. CD, T.29.01.2004, E. 2002/10345, K. 2004/302 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 16.03.2013).

³¹ "TCK.nun ikinci Kitabının 10. bab, 6 ve 7. fasıllarında yer alan maddelere aykırı davranış suçlarından cürmün konusu olan suçun ve cürümden hasil olan zararın suç işlendiği sırada ve zamandaki objektif değerinin CMUK.nun 66. maddesi uyarınca gerektiğinde bilirkişi düşüncesi alınıp ve yurttaki genel ekonomik koşullar paranın satın alma gücü, suçun işleniş özelliği de gözönünde tutularak TCK.nun 522. maddesinin uygulanması gerekli ise de; denetim ve uygulamada birliğin sağlanması bakımından Dairemizce 1991 yılı için; 1.000.000 liraya kadar değerler pek hafif, 1.000.000 liradan 3.000.000 liraya kadar hafif, 3.000.000 liradan 5.000.000 liraya kadar normal, 5.000.000 liradan yukarı için pek fahiş, 1992 yılı için de; 2.000.000 liraya kadar değerler pek hafif, 2.000.000 liradan 4.000.000 liraya kadar hafif, 4.000.000 liradan 7.000.000 liraya kadar normal ve 7.000.000 liradan yukarı değerler de pek fahiş olarak benimsendiği, bu nedenle suçta konu yerin değerinin 1991 yılının ekonomik koşulları ve paranın satın alma gücüne göre pek hafif kabulü gerektiği gözetilmeden hafif olarak

doktrinde de malın objektif olarak değerinin tespit edilmesi suretiyle değerinin az olup olmadığının belirlenmesi görüşü ağırlıklı şekilde savunulmaktaydı³².

Gerçekten 765 sayılı TCK m. 522'ye göre, “Onuncu babda beyan olunan cürümlerin işlenmesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mahsus olan cezayı yarısına kadar artırır ve eğer hafif ise yarısına ve eğer pek hafif ise üçte birine kadar eksiltir.

Kıymet tayini için cürmün mevzuu olan şeyin yahut vaki zararın cürüm işlendiği zamandaki kıymeti nazarı dikkate alınır. Yoksa failin istihsal eylediği menfaat hesap edilmez”. Bu hüküm karşısında söylenmelidir ki; 765 sayılı TCK m. 522/2'de yer alan “*Kıymet tayini için cürmün mevzuu olan şeyin yahut vaki zararın cürüm işlendiği zamandaki kıymeti nazarı dikkate alınır*” ifadesi ile esasen malın değerinin objektif olarak belirlenmesi gerektiği kanunkoyucu tarafından açıkça belirtilmiş olmaktadır.

C. Malın Objektif Değerinin Yanında Mağdurun Özellikleri veya Suçun İşleniş Özelliklerinin de Esas Alınması Yönündeki Görüşler

Malın değerinin az olup olmadığının belirlenmesinde objektif ölçütü kabul etmeyen görüşler malın değerinin azlığının belirlenmesinde çeşitli subjektif ölçütlere başvurmaktadır. Bunlar arasında suçun işleniş özellikleri, mağdurun konumu ve maddî durumu, failin maddî durumu, failin kişilik özellikleri, mağdurun mala verdiği değerden ötürü suçun mağdur üzerinde bıraktığı etki gibi ölçütler sayılabilir³³.

kabul edilerek sanığa fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiş o yer C. Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş bulunduğundan hükmün bu nedenle istem gibi (BOZULMASINA), 14.4.1992 gününde oybirliğiyle karar verildi”. Yarg. 8. CD, T. 14.4.1992, E. 1992/3495, K. 1992/4878 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 16.03.2013).

³² **Dönmezer**, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998, s. 500; **Önder**, s. 490; **Erem**, Faruk/**Toroslu**, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara 1983, s. 649.

³³ Krşl. **Schönke/Schröder-Eser/Bosch**, § 248a kn. 7; **Lackner/Kühl**, § 248a kn. 3; **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 33 kn. 101; **Kindhäuser**, BT, § 3 kn. 44; **Schmidt/Priebe**, kn. 167; **Önder**, s. 491; **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Kişilere

Ancak, Türk doktrininde sübjektif ölçütü kabul eden görüşler azınlıkta olup³⁴ ağırlıklı şekilde objektif ölçüt kabul edilmektedir³⁵. Nitekim Alman doktrininde de baskın bir şekilde objektif ölçüt kabul edilmekte olup³⁶ malın ele geçirme usulünün önemli olmadığı savunulmaktadır³⁷. Yargıtay'ın ise kimi kararlarında sübjektif ölçütü kabul ettiği görülmektedir³⁸. Özellikle son dönemde Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu kararlar sübjektif ölçütün uygulamamızda ön plana çıktığını göstermektedir³⁹.

Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 370; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 624; **Yazıcıoğlu**, Değer, s. 39.

³⁴ Sübjektif ölçütü kabul eden görüş için bkz. **Şen**, Ersan: "Hırsızlık Suçları", Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, s. 349.

³⁵ **Önder**, s. 491; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 624-625; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017, s. 690; **Yazıcıoğlu**, Değer, s. 33; **Köprülü**, Timuçin: "Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı", TBBD, S. 71, 2011, s. 260; **Eker**, s. 542.

³⁶ **Schönke/Schröder-Eser/Bosch**, § 248a kn. 7; **Fischer**, § 243 kn. 25; **Kindhäuser**, BT, § 3 kn. 44; **Lackner/Kühl**, § 248a kn. 3; **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 33 kn. 101; **Schmidt/Priebe**, kn. 167; **BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig**, § 243 kn. 28, 29. Malın değerinin objektif bir şekilde tespitinin ardından eğer değeri az ise bu durumda ikinci aşama olarak malın mağdur bakımından önem taşıyıp taşımadığı hususunun da araştırılması gerektiği ve ancak bu yöndeki bir değerlendirmenin sonucunda malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanmasının gerektiği yönündeki sübjektif görüş için bkz. **Otto Harro**, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, Berlin 1991, s. 155.

³⁷ **Jungwirth**, Anton: "Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert", NJW 1984, s. 956.

³⁸ Bkz. "5237 Sayılı T.C.K. 'nun 150. maddesinin 2. fıkrasındaki "malın değerinin azlığı" kavramının, 765 Sayılı T.C.K. 'nun 522. maddesindeki "hafif" veya "pek hafif" ölçütleriyle her iki maddenin de cezadan indirim olanağı sağlaması dışında benzerliği bulunmadığı, "değerin azlığının" 5237 Sayılı Yasaya özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu, Yasa koyucunun amacı ile suçun işleniş biçimi, sanığın özgülünen kastı, yakınanın etkilenimi ve olayın vahameti de gözetilmek suretiyle, değer olarak da gerçekten az olan şeylerin alınması durumunda, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği gözetilmeden, somut olayda koşulları bulunmadığı halde, 150. maddenin 2. fıkrasına sevk amacının dışında yorumlar getirilerek cezadan indirim yapılması... bozmayı gerektirmiş" Yarg. 6.CD, T. 20.7.2011, E. 2007/9988, K. 2011/35692 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2013).

³⁹ Bkz. "Sanık ve yargılaması ayrı yürütülen iki arkadaşının olay günü semt pazarından sebze aldıktan sonra gittikleri süpermarkette, kasada ödeme yapmadan gizleyerek alabi-

Öte yandan belirtmek gerekir ki, TCK m. 145'in metnine, 29.6.2005 gün ve 5377 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile "suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak" ibaresi eklenmiştir. Dolayısıyla artık Türk Ceza Hukuku uygulamasında en azından faile ceza verilmemesi durumu bakımından sübjektif ölçütün esas alınması gerekip gerekmediği tartışmalı hale gelmiştir⁴⁰.

D. Yargıtay'ın Kabul Ettiği Görüş

Burada 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonraki dönem ele alınacaktır. Yukarıda da ifade edildiği üzere 765 sayılı TCK zamanında 765 s. TCK m.522'den hareketle Yargıtay'ın objektif görüş yönünde bir uygulaması söz konusuydu⁴¹.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 ve sonrası bakımından ise Yargıtay 2'nci⁴² ve 6'ncı Ceza Dairesi'nin kabul ettiği görüş⁴³ ve halen Yargıtay 13'üncü Ceza Dairesi'nin kabul etmekte olduğu görüşe göre hırsızlık suçu bakımından TCK m. 145'te düzenlenen malın

lecekleri başka mallar da olmasına karşın, evde pişirip yeme amacıyla sadece toplam değeri 27,28 Lira olan et ve kıyma almaları şeklinde gerçekleşen olayda, anne ve babası ayrı olup üvey babası ile yaşayan, herhangi bir geliri olmayan, eğitim hayatı yarım kalmış ve sabıkasız olan sanığın büyük bir süpermarket işleticisi olan şikayetçi aleyhine birer kilogram kıyma ve et almak suretiyle gerçekleştirdiği hırsızlık eyleminde, kişiliği, suçun işleniş şekli, mağdurun konumu ve suça konu eşyanın değeri göz önüne alındığında, hakkında 5237 sayılı TCK'nun 145. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun tartışılması gerektiğinden bahisle hükmün bozulması isabetlidir" YCGK, T. 16.09.2014, E. 1014/13-73, K. 2014/384 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi:28.07.2015)

⁴⁰ Bu konuda bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 624.

⁴¹ Bkz. Yarg. 11. CD, T.29.01.2004, E. 2002/10345, K. 2004/302 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.03.2013).

⁴² Bkz. Yarg. 2. CD, T. 08.06.2017, E. 2017/2105, K. 2017/6722 (www.emsal.yargitay.com.tr, erişim tarihi: 10.09.2017).

⁴³ Bkz. Yarg. 6. CD, T. 14.03.2017, E. 2017/1102, K. 2017/594 (www.emsal.yargitay.com.tr, erişim tarihi: 10.09.2017); Yarg. 6.CD, T. 12.7.2011, E. 2007/23764, K. 2011/22607 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2013); Yarg. 6. CD, T. 19.7.2011, E. 2007/12538, K. 2011/35533 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2013); Yarg. 6. CD, T. 28.9.2011, E. 2007/13818, K. 2011/40209 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2013).

değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi için failin “*daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyi alması*” halinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Yargıtay 13’üncü Ceza Dairesi’nin istikrar kazanmış bu görüşüne göre bu halin gerçekleşmediği hiçbir olayda malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanması ve buna dayalı olarak da cezada indirim yapılması veya cezadan tamamen vazgeçilmesi mümkün olamayacaktır⁴⁴.

Ancak, Yargıtay’ın kararlarının ne yönde olduğu incelenirken tüm kararların aynı istikamette olmadığı göze çarpmaktadır. Örneğin yukarıda ifade edildiği üzere Yargıtay 6’ncı ve 13’üncü Ceza Daireleri’nin kabul ettiği görüşün yanı sıra Yargıtay 13’üncü Ceza Dairesi’nin salt objektif olarak malın değerini esas aldığı yeni tarihli kararlarına rastlamak da mümkündür⁴⁵.

Öte yandan yukarıda sübjektif görüş ile ilgili açıklamaların altında ele alındığı üzere Yargıtay’ın bazı kararlarında failin kişiliği, suçun işleniş şekli, mağdurun konumu ve suça konu eşyanın değeri gibi hususların göz önüne alınarak malın değerinin az olup olmadığını karara bağlamak gerektiğine hükmettiği de hatırlanmalıdır⁴⁶.

⁴⁴ Bkz. “TCK’nın 145. maddesinin, *daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması halinde uygulanabileceği gözetilmeden, koşulları oluşmamasına ve uygulama olanağı bulunmamasına rağmen sanık hakkında TCK’nın 145. maddesinin uygulanması suretiyle yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi... Bozmayı gerektirmiş, Üst Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan, hükmün açıklanan nedenle tebliğnameye uygun olarak BOZULMASINA...*” Yarg. 13.CD, T. 19.03.2012, E. 2011/5697, K. 2012/6302 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2013).

⁴⁵ Bkz. “*Toplam değeri 8.00 TL olan eşyayı çalmaya teşebbüs eden suça sürüklenen çocuk hakkında, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması gözetilmez. Suça sürüklenen çocuğun neticeye götürülen kastının da fiili gibi 4 adet izole bant ile 1 adet ekmek bıçağına yönelik bulunması nedeniyle malın değerinin az olmasına ilişkin hükümler uygulanmalıdır*” Yarg. 13. CD, T. 13.10.2014, E. 2014/8432, K. 2014/27865 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 26.07.2015).

⁴⁶ YCGK, T. 16.09.2014, E. 1014/13-73, K. 2014/384 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 28.07.2015).

III. MALIN DEĞERİNİN AZLIĞI BAKIMINDAN ÖZELLİK GÖSTEREN HALLER

A. Hata Halleri

Hırsızlık suçunda fail suça konu olan malın değeri konusunda hataya düşebilir. Bu iki değişik şekilde oluşabilir. Fail çalmak istediği malın değeri az olmamasına karşın kendi tasavvuruna göre bu malın değerinin az olduğunu düşünebilir. Bu durumda failin TCK m. 30/2’de yer alan *bir suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin gerçekleştiği hususunda hataya düşmesi* söz konusu olur. TCK m. 30/2 uyarınca bu durumda fail kaçınılabılır olup olmadığı araştırılmaksızın bu hatasından yararlanacak⁴⁷ ve çaldığı malın değerinin azlığı hükümleri hakimnin takdiri doğrultusunda uygulanabilecektir⁴⁸.

Diğer bir ihtimale göre ise fail çalmak istediği malın değeri az olmasına karşın kendi tasavvuruna göre bu malın değerinin az olmadığı kanaatini taşımaktadır. Bu ihtimalde de failin TCK m. 30/2’de yer alan *bir suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin gerçekleştiği hususunda hataya düştüğünün* söz konusu olduğu söylenmelidir. Çünkü, bu durumda failin işlemeyi kastettiği suçta bir indirim sebebi olmamasına karşın fiiliyatta lehine

⁴⁷ **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 33 kn. 102; **Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf**, § 14 kn. 31; **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 74; **İçel**, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2014, s. 429; **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2015, s. 293; **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2011, s. 399; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 691; **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, İstanbul 2017, s. 438; **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2017, s. 460; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 409; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 570; **Hakeri**, Genel, 472; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 260-261; **Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı İstanbul 2016, s. 275; **Şen**, s. 348; **Yazıcıoğlu**, Değer, s. 45; **Köprülü**, s. 262; **Değirmenci**, Olgun: “*Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014 (110), s. 160.

⁴⁸ **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 570.

gerçekleşmiş neticeden faydalanması gerekir⁴⁹. Diğer bir deyişle failin işlediği hırsızlık fiilinin konusu malın değeri az olmasına karşın onun değerinin az olmadığı kanısını taşıması halinde her ne kadar hareketin ifade ettiği haksızlık içeriği yüksek olsa da neticenin haksızlık içeriğinin düşük olması failin cezasında indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesini haklı kılar⁵⁰.

B. Failin Kastının Malın Değerinin Azlığını Kapsamasının Gerekip Gerekmediği Sorunu

Öte yandan Alman Ceza Hukuku Doktrini'nde malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından malın objektif olarak değerinin az olmasının yanında sübjektif şart olarak da failin kastının, malın değerinin azlığını da kapsamı aranmaktadır⁵¹. Bunun gerekçesi olarak ise cezanın belirlenmesine yönelik düzenlemelerin uygulanması bakımından tek başına neticenin haksızlık içeriğinin azalmasının yeterli olamayacağı; bilakis, bu hususta failin kusuru ve dolayısıyla hareketin haksızlık içeriğinin de göz önünde tutulması gerektiği gösterilmekte olup bu nedenle malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi bakımından hem malın objektif olarak değerinin az olması gerektiği (neticenin haksızlığının az olması) hem de failin sübjektif planlamasının da malın değerinin azlığına yönelmesi gerektiği (hareketin haksızlığının az olması) savunulmaktadır⁵². Fakat,

⁴⁹ Münchener Kommentar-Schmitz, § 243 kn. 76; İçel, s. 430; Öztürk/Erdem, s. 293; Demirbaş, s. 399; Tezcan/Erdem/Önok, s. 691; Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 438; Özgenç, s. 460-461; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 409; Hakeri, Genel, s. 473; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 261; Akbulut, s. 379-380; Şen, s. 348; Yazıcıoğlu, Değer, s. 45; Köprülü, s. 262; Değirmenci, s. 160.

⁵⁰ Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 243 kn. 53; ayrıca karşı. Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 14 kn. 31.

⁵¹ Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 243 kn. 52; Systematischer Kommentar-Rudolphi/Horn/Samson, § 248a kn. 21; Maurach/Schröder/Maiwald, § 33 kn. 103; Fischer, § 243 kn. 27; Lackner/Kühl, § 243 kn. 4; Kindhäuser, BT, § 3 kn. 45, 47; Kudlich/Noltensmeier/Schuh, s. 344; Münchener Kommentar-Schmitz, § 243 kn. 71; Küper s. 162; BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig, § 243 kn. 29; Schmidt/Priebe, kn. 166.

⁵² Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 243 kn. 52; Systematischer Kommentar-Rudolphi/Horn/Samson, § 248a kn. 23.

kanımızca malın değerinin azlığına cezada indirim yapılması ya da ceza verilmesinden tamamen vazgeçilmesi sonucunu bağlayan bir düzenleme her ne kadar fiilin haksızlık içeriğinin azalmasından ötürü faile tanınmış bir imkan olsa da burada bu düzenlemenin hukukî niteliği gözden kaçırılmamalıdır. Malın değerinin azlığına cezada indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesi sonucu bağlayan TCK m. 145 düzenlemesi suçun maddî unsuru ile ilişkili değildir. Bu sebeple de malın değerinin azlığının fail tarafından biliniyor ve isteniyor olması önem taşımaz. Zira, TCK m. 21/1'e göre "*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*" olduğundan, failin kastının sadece tipikliğin objektif nitelikteki unsurlarını kapsayıp kapsamadığı araştırılmakta olup bunun dışında kalan ve cezada indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesini sağlayan sebeplerin uygulanması bakımından failin kastının araştırılması gerekmemektedir. Bu açıklamalara dayalı olarak TCK m. 145'te yer verilen malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından Alman Doktrini'ndeki görüşün aksine failin kastının malın değerinin azlığına yönelmiş olup olmadığının ayrıca araştırılmaması gerektiği kanısını taşımaktayız.

C. Suçların İçtimaı Halleri

Hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı hükümleri zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı haller bakımından özellik gösterir. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı birden fazla hırsızlık suçu işlenmesi halinde bu suçlara konu malların değerlerinin az olup olmadığı malların toplam değeri göz önünde tutularak değil; her bir suç açısından ayrı ayrı belirlenmelidir⁵³. Zira, zincirleme suçun söz konusu olduğu hallerde her bir suçun birbirinden bağımsız olduğu kabul edilir⁵⁴.

Öte yandan tek bir fiille birden fazla kişiye karşı hırsızlık suçunun işlenmesi şeklinde gerçekleşen zincirleme suç durumunda da suç konu

⁵³ **Önder**, s. 490; **Centel/Zafer/Çakmut**, Özel Hükümler, s. 370; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 625; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 691; **Yazıcıoğlu**, Değer, s. 44; **Eker**, s. 542.

⁵⁴ **Önder**, s. 490; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 691; **Yazıcıoğlu**, Değer, s. 44.

malların toplam değeri esas alınmak suretiyle bu toplam değer az olup olmadığı belirlenmelidir⁵⁵.

D. İştirak Halleri

Hırsızlık suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmiş olduğu hallerde malın değerinin az olup olmadığı belirlenirken suça konu malın toplam değerinin şerik sayısına bölünmesi sonucu ortaya çıkan değer ya da her bir şerikin çaldığı malın değeri teker teker esas alınmamalı; aksine ele geçirilen bütün malların toplam değerinin az olup olmadığı hesaplanmalıdır⁵⁶. Zira, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenen hırsızlık suçunun söz konusu olduğu hallerde ortaya çıkan zarar bir bütün olarak mağduru olumsuz etkilemiş olacağından fiilin haksızlık içeriği de bu toplam zarar üzerinden ve dolayısıyla da hırsızlık suçuna konu malın toplam değerinin tutarı üzerinden değerlendirilmelidir⁵⁷.

IV. MALIN DEĞERİNİN AZLIĞINA BAĞLANABİLECEK SONUÇLAR

A. Suçun Takibini Şikayete Tâbi Kılmak

Hırsızlık suçunda çalınan malın değerinin azlığına bağlanabilecek sonuçlardan bir tanesi suçun takibini şikayete tâbi kılmaktır⁵⁸. Böylece re'sen takip edilen bir suç olan hırsızlık suçunun değeri az olan mal üzerinde işlenmesi halinde takibi bakımından şikayet şartı getirilerek fiil hakkında takibat yapmak zorlaştırılmaktadır. Bu yol aracılığı ile suçtan zarar gören

⁵⁵ **OLG Düsseldorf**, Urteil vom 16.03.1987-5Ss 44/87-48/87 I (NJW 1987, s.1958); **Kindhäuser**, BT, § 3 kn. 44; **Fischer**, § 243 kn. 25; **Lackner/Kühl**, § 243 kn. 7; **Otto**, s. 156; **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 68; **BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig**, § 243 kn. 28.

⁵⁶ **BGH**, Urteil vom 18.10.1963-4StR 243/63 (NJW 1964, s. 117); **Schönke/Schröder-Eser/Bosch**, § 248a kn. 15; **Fischer**, § 243 kn. 25, 29; **Lackner/Kühl**, § 243 kn. 7; **Otto**, s. 156; **Kindhäuser**, BT, § 3 kn. 44; **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 68; **Önder**, s. 487; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 691; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 626.

⁵⁷ Bkz. ve karşı. **Otto**, s. 156.

⁵⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 688; **Yazıcıoğlu**, Değer, s. 32; **Köprülü**, s. 258.

kişinin fiil hakkında takibat yapılmasını istediği haller ile sınırlı olarak soruşturmaya başlanması söz konusu olacak ve bu yolla da fiilin haksızlık içeriğinin az olduğu hallerde failin ceza alması da kimi zaman engellenmiş olacaktır.

Bu uygulama kimi hukuk sistemlerinde tercih edilmektedir. Örneğin Alman Ceza Kanunu § 248a'ya göre, Alman Ceza Kanunu § 242'de düzenlenen hırsızlık ve § 246'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçları bakımından malın değerinin azlığının söz konusu olduğu hallerde bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması savcılık makamının suçların soruşturulmasında özel kamusal yarar görmesi hali dışında şikayete bağlıdır. Yine İsviçre Ceza Kanunu m. 172'ye göre, malvarlığına karşı işlenen suçlarda eğer fiil sadece küçük bir malvarlığı değerine veya küçük bir zarara yönelik ise fail şikayet üzerine cezalandırılır. Ancak, bu düzenleme m. 172/2 uyarınca, hırsızlık suçunun ağırlaştırıcı hallerinin gerçekleştiği veya yağma ya da şantaj suçlarının işlendiği hallerde uygulanmaz.

B. Fiilin Ağırlaştırıcı Sebeplerin Uygulanmasından Muaf Tutulması

Hırsızlık suçunda çalınan malın değerinin azlığına bağlanabilecek sonuçlardan bir tanesi de fiilin, ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanmasından muaf tutulmasıdır. Bu yolla hırsızlık suçunun, değeri az olan bir mal üzerinde işlenmesi halinde cezada indirim doğrudan yapılmamış olmaktadır. Fakat, fiil ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanmasından muaf tutulduğu için ceza ağırlaştırılmamış olacağından esasen dolaylı şekilde yine verilecek cezadan indirim yapılması sonucu ortaya çıkmaktadır.

Hırsızlık suçunda malın değerinin azlığına bu türden bir sonuç Alman Ceza Kanunu § 243/II'de bağlanmıştır. Buna göre aynı maddenin birinci fıkrasının ilk altı sırasında yer alan ağırlaştırıcı hallere dair ağırlaştırılmış cezalar malın değerinin az olması halinde uygulanmayacaktır⁵⁹.

⁵⁹ Alman hukukunda malın değerinin azlığına böyle bir sonucun bağlanması, malın değerinin azlığının ağırlaştırıcı halin uygulanmamasını her durumda gerektirmeyeceği düşüncesiyle eleştirilmektedir (Bkz. **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 60; ayrıca

TCK m. 61/4'te ise “*Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.*” düzenlemesi yer aldığından Türk Hukuku’nda malın değerinin azlığına “ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanmaması” sonucu bağlanmamıştır. Dolayısıyla örneğin değeri az olan bir malı çalan hırsız bu eylemini gece vakti gerçekleştirmiş ise⁶⁰ bu durumda cezası önce TCK m. 143 gereği yarı oranında artırılacak; daha sonra ise TCK m. 145 gereği indirilebilecek ya da suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak ceza verilmekten tamamen vazgeçilecektir.

C. Cezada İndirim ya da Ceza Verilmesinden Vazgeçme

Hırsızlık suçunda çalınan malın değerinin azlığına bağlanabilecek sonuçlardan bir diğeri de faile verilecek cezada indirim yapılması ya da faile ceza verilmesinden vazgeçilmesidir. Bu yolla Türk Ceza Kanunu komisyon tutanaklarında⁶¹ da belirtildiği üzere hükmün getiriliş amacı olan fiilin haksızlık içeriğinin azlığını aşacak nitelikte bir cezanın faile verilmesinin önüne geçilecektir⁶².

Malın değerinin azlığına Alman Ceza Kanunu’nun § 248’de fiilin kovuşturulmasının şikayet şartına tabi tutulması sonucunu bağlaması ve § 243’te ise fiilin ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanmasından muaf tutulması sonucunu bağlaması karşısında Türk Ceza Kanunu m. 145’te malın değerinin azlığına cezada indirim yapılması ya da cezadan tamamen vazgeçilmesi sonucunu bağlamıştır.

krşl. Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 243 kn. 48; Kindhäuser, BT, § 3 kn. 43; Schmidt/Priebe, kn. 165).

⁶⁰ Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi ile ilgili olarak bkz. Başbüyük, İsa/Özbek, Veli Özer: “*Ceza Hukukunda Bir Amaçsal Yorum Yöntemi: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi*”, TBB, 2014 (111), s. 108 vd.

⁶¹ Bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 571.

⁶² Krşl. Önder, s. 491.

V. GÖRÜŞÜMÜZ

A. Yargıtay'ın Malın Değerinin Azlığının Tespitinde Kullandığı Kriter Bakımından

Yargıtay'ın konuyla ilgili vermiş olduğu kararlar incelendiğinde bu konuda müstekâr bir uygulamasının bulunmadığı göze çarpmaktadır. Bu durum Yargıtay'ın yukarıda anılan kararlarından da açıkça anlaşılmaktadır. Bu noktada uygulamada sorun yaratan hususun 29.6.2005 gün ve 5377 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile “suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak” ibaresinin madde metnine eklenmesi olduğu söylenebilir. Çünkü, bu ibarenin madde metnine sadece faile ceza verilmemesini gerektiren haller ile sınırlı olarak eklenmiş olduğu Yargıtay tarafından kimi kararlarında gözden kaçırılmıştır. Buna bağlı olarak failin cezasında indirim yapılması bakımından her ne kadar TCK m. 145'te suçun işleniş şekli ve özelliklerinin değerlendirilmeye katılmasına yönelik bir düzenleme bulunmuyorsa da Yargıtay kimi karar ve değerlendirmelerinde bu hususu göz ardı ederek failin cezasında indirim yapılmasını gerektiren haller ile failin tamamen cezasız bırakılmasını gerektiren haller arasında herhangi bir ayırım yapmayarak suçun işleniş şekli ve özelliklerinden hareket etmiştir. Aşağıda malın değerinin azlığı konusuyla ilgili olarak bu sorunu ortaya çıkartan Yargıtay içtihatlarından bir tanesi irdelenecektir.

Yargıtay'ın malın değerinin azlığının tespitinde kullandığı “*daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması...*” kriterinin TCK m. 145'in getirdiği düzenleme göz önüne alındığında yerinde olmadığı söylenmelidir. Zira, madde metninde çalınan malın miktar olarak azlığından ya da miktarından söz edilmemiştir. Bu sebeple miktarın failin iradesine bağlı olarak az olduğu her hal bu indirim sebebinin uygulanmasını mümkün kılmamalıdır. Burada önemli olan husus malın miktarının değil malın değerinin az olmasıdır. Öte yandan eğer failin hırsızlık amacıyla girdiği bir evdeki para kasasını açtığı anda kasada sadece 5 TL bulunduğunu görmesi ve daha fazlasını amaçlamış olmasına karşın kasada sadece bu miktarı bulduğu için 5 TL'yi kasadan alarak olay yerinden uzaklaşması halinde Yargıtay'ın benimsediği kriter kabul edilecek olursa faile ceza verilmemesine imkan tanıyan malın değerinin azlığı hükümleri uygulanamayacaktır. Zira, olayda kasada sadece 5 TL

bulunduğu için failin daha çoğunu alabilme imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla failin daha çoğunu alabilme olanağı bulunmadığı için Yargıtay'ın aramış olduğu *daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması* iradesini fail olayda göstermemiştir. Bu nedenle Yargıtay'ın benimsediği kriterin kabul edilmesi halinde sadece 5 TL çalmış olan failin işlediği hırsızlık suçunun konusu olan malın değerinin az olmadığı kabulü gerekecektir ki; bu isabetli bir sonuç değildir. Gerçekten, verilen örnek üzerinden gidilirse bu kriterin benimsenmesi halinde fail, malın değerinin azlığı hükümlerinden faydalanabilmek için fiili işlemeye başlarken açtığı kasanın içinin dolu olmasını dileyecektir. Bu da Yargıtay'ın benimsediği *“daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması”* kriterinin isabetli olmadığını göstermektedir.

Öte yandan Yargıtay'ın benimsemiş olduğu bu kritere kanunkoyucu tarafından TCK m. 145 metninde yer verilmemiştir. Dolayısıyla Yargıtay'ın madde metninde bulunmayan bir koşulu malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanması bakımından gerçekleşmesi zorunlu bir koşul olarak araması kanunkoyucunun yerine geçme anlamını taşımakta olup kanunilik ilkesine aykırı düşmektedir. Yargıtay'ın benimsemiş olduğu bu kriter TCK m. 145'te yer alan düzenleme ile örtüşmemektedir. Gerçekten, madde metnindeki düzenleme *“daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması”* kriterinden daha geniş bir kapsama ve anlama sahiptir. Yargıtay ise benimsediği bu kriter ile hükmün kapsamını kanunkoyucunun iradesi hilafına daraltmış olmaktadır. Bu bakımdan Yargıtay'ın madde metninde bulunmayan bir kriteri TCK m. 145'in uygulanabilmesi bakımından zorunlu bir koşul olarak kabul etmesi tüm bu sebeplerle yerinde değildir.⁶³

B. Malın Değerinin Azlığında Benimsenecek Kriter Bakımından

Malın değerinin azlığı belirlenirken objektif kriterin mi yoksa sübjektif kriterin mi benimseneceği her ne kadar kanunkoyucunun takdirinde de olsa malın değerinin azlığı hususuna failin lehine sonuçlar doğuran bir düzenle-

⁶³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 624; ayrıca bkz. Şen, s. 349-350; Köprülü, s. 263.

menin getiriliş amacı burada önem taşımaktadır. Bu tür bir düzenlemenin getiriliş amacı, malın bir obje olarak piyasa değerinin önem arz etmeyecek değerde olduğu durumlarda fiilin haksızlık içeriğini göz önünde tutmak suretiyle bir karar verilmesi sağlanarak somut olay adaletini sağlamaktır. Aksi takdirde malın bir obje olarak piyasa değerinin önem arz etmediği durumlar dışında da bu hükümler uygulanarak failin cezasında indirim yapılır ise malın değerinin azlığı ile TCK m. 61'deki cezanın bireyselleştirilmesi hususlarının birbirine karıştırılma tehlikesi ortaya çıkabilir.

Her ne kadar TCK m. 145'te suçun işleniş şekli ve özelliklerinin sadece faile ceza verilmemesi bakımından göz önünde tutulacağı belirtilmiş olsa da Yargıtay bu ayrımı göz ardı etmek suretiyle herhangi bir ayırım yapmaksızın malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanması ile ilgili genel bir değerlendirme yapmaktadır⁶⁴.

TCK m. 145'in metnine, 29.6.2005 gün ve 5377 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile "suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak" ibaresi eklenmesi ile de artık Türk Ceza Hukuku uygulamasında subjektif ölçütün esas alınıp alınmayacağı tartışmalı hale gelmiştir. Madde metnine eklenen bu ibareler malın değerinin azlığı belirlenirken malın değerinin objektif olarak az olmasının tek başına yeterli olup olmayacağı sorunu beraberinde getirmektedir. Şayet suçun işlenme şekli ve özelliklerinin cezada indirim yapılması bakımından da göz önüne alınması söz konusu olursa, malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi için malın değerinin objektif olarak az olmasının yanında ayrıca suçun işleniş şekli ve özelliklerle-

⁶⁴ Örneğin bkz. "Sanık ve yargılaması ayrı yürütülen iki arkadaşının olay günü semt pazarından sebze aldıktan sonra gittikleri süpermarkette, kasada ödeme yapmadan gizleyerek alabilecekleri başka mallar da olmasına karşın, evde pişirip yeme amacıyla sadece toplam değeri 27,28 Lira olan et ve kıyma almaları şeklinde gerçekleşen olayda, anne ve babası ayrı olup üvey babası ile yaşayan, herhangi bir geliri olmayan, eğitim hayatı yarım kalmış ve sabıkasız olan sanığın büyük bir süpermarket işleticisi olan şikayetçi aleyhine birer kilogram kıyma ve et almak suretiyle gerçekleştirdiği hırsızlık eyleminde, kişiliği, suçun işleniş şekli, mağdurun konumu ve suça konu eşyanın değeri göz önüne alındığında, hakkında 5237 sayılı TCK'nun 145. maddesinin uygulanıp uygulanmıyacağı hususunun tartışılması gerektiğinden bahisle hükmün bozulması isabetlidir" YCGK, T. 16.09.2014, E. 1014/13-73, K. 2014/384 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 28.07.2015)

rinin de araştırılacak olması TCK m. 61’de yer verilen cezanın belirlenmesi kuralları ile çelişecektir. Zira, suçun işleniş şekli ve özellikleri TCK m. 61 uyarınca temel cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde tutulması gereken koşullardır. Eğer TCK m. 145 metnine eklenen bu koşullar malın değerinin azlığına dayanarak cezadan indirim yapma bakımından da göz önünde tutulacak olursa bu durumda suçun işleniş şekli ve özellikleri ilk olarak TCK m. 61 bakımından temel cezanın belirlenmesi aşamasında hesaba katılacaktır. Böylece temel ceza belirlendikten sonra hakim hırsızlık suçunda malın değerinin azlığına dayanarak cezada indirim yapılmasına karar verdiğinde suçun işleniş şekli ve özelliklerini bir kez daha göz önünde tutarak faile vereceği cezada indirim yapacaktır. Görüldüğü üzere TCK m. 145 metninde yer alan *suçun işleniş şekli ve özellikleri* bir fiil hakkında verilecek cezada iki kez etki doğuracaktır. Bu sonuç ise açıkça çifte değerlendirme yasağına aykırılık teşkil eder. Çünkü, bu durumda fail aynı sebebe bağlı olarak iki defa indirimden faydalanma imkanına sahip olacaktır. Bu yönüyle malın değerinin azlığı bakımından failin cezasından indirim yapılmasının tutarlılığı bu yönüyle bulunmamaktadır. Zira, suçun işleniş şekli ve özellikleri zaten cezanın belirlenmesi aşamasında hesaba katılan ve değerlendirilen hususlardır. Bu bakımdan suçun işleniş şekli ve özelliklerine muhakkak TCK m. 145 metninin lafzına uygun olarak yalnızca faile ceza vermekten vazgeçilmesi bakımından başvurulmalıdır.

Tüm bunların yanı sıra fail hakkında çifte değerlendirme yasağına aykırı olarak suçun işleniş şekli ve özelliklerinin ayrıca bir indirim hali olarak öngörülmesi failin aleyhine sonuçlar da doğurabilir. Örneğin her ne kadar hırsızlık suçuna konu malın değeri objektif olarak az olsa da suçun işleniş şekli ve özelliklerine dayanarak hakim temel cezayı belirlerken failin cezasını üst sınıra daha yakın belirleyebilir ve ardından malın değerinin azlığı hükümlerini uygulamayarak failin cezasında indirim yapmayabilir. Bu durumda çifte değerlendirme yasağı da ihlal edilmiş olur. Bu sebeplerden ötürü *“suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulurak”* ibaresin failin cezasında indirim yapılmasını gerektiren haller bakımından da göz önünde tutulması yerinde olmaz. Bu durumda TCK m. 61’de yer alan

cezanın belirlenmesi hükümleri ile indirim sebepleri birbirine karıştırılmış olacaktır⁶⁵.

Öte yandan malın değerinin azlığı konusunda yeknesak bir uygulama sağlamak bakımından Alman uygulamasında olduğu gibi belirli bir tutarın sınır olarak kabul edilerek bu sınırın altındaki bir değere sahip olan mallar bakımından TCK m. 145 hükmünün uygulanması yöntemi de TCK'da böyle bir sınır belirlenmemiş olduğu için hukuka aykırı olacaktır. Zira, bu durumda belirli bir tutarı hükmün uygulanması bakımından sınır olarak belirleyecek olan Yargıtay, kanunkoyucunun yetkisine giren bir hususu bir nevî kanunlaştırmış olacaktır. Öte yandan böyle bir uygulama belirlenen tutarın altındaki değere sahip mallar açısından hırsızlık fiillerinin cezalandırılmaz niteliğe sahip olduğu algısını toplumda yaratabilecek ve bu da cezanın önleme amaçlarını sekteye uğratabilecektir.

Diğer taraftan malın değerinin azlığının tespiti bakımından 5237 sayılı TCK m. 145 ile 765 sayılı TCK m. 522 karşılaştırıldığında 765 sayılı TCK getirilen düzenlemeden kanunkoyucunun niçin vazgeçtiği belirsizdir. Zira, 765 sayılı TCK m. 522/2'de "*Kıymet tayini için cürmün mevzuu olan şeyin yahut vaki zararın cürüm işlendiği zamandaki kıymeti nazarı dikkate alınır*" ifadesi ile esasen malın değerinin objektif olarak belirlenmesi gerektiği kanunkoyucu tarafından açıkça belirtilmekteydi. Fakat, kanunkoyucu 5237 sayılı TCK ile artık bu düzenlemeden vazgeçmiş olup malın değerinin azlığı belirlenirken nasıl bir yol izleneceği konusunda muğlak bir hüküm getirerek Yargıtay'ın da bu konuda mevcut hukuka aykırı içtihadını geliştirmesine bir nevî yol açmıştır. Öte yandan geçmiş dönemde ve halen günümüzde doktrin tarafından savunulmakta olan bir husus niteliğindeki failin hırsızlık konusu mal üzerinden sağladığı kârın göz önünde tutulmayacağı hususu dahi 765 sayılı TCK m. 522/2'de "*Yoksa failin istihsal eylediği menfaat hesap edilmez*" denilerek açıkça düzenlenmekteydi. Bu açıklamalardan hareketle kanunkoyucunun 765 sayılı TCK'da oldukça kapsamlı ve somut bir yöntemle yer verdiği hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı düzenlemesinin 5237 sayılı TCK ile birlikte daha soyut ve muğlak bir içeriğe sahip olduğu görülmektedir. Bu konudaki değişikliğin gerekçesi ile ilgili olarak ne 5237

⁶⁵ Aksi görüş için bkz. **Hafizoğulları/Özen**, Hırsızlık, s. 786.

sayılı TCK'nın Komisyon Tutanakları'nda⁶⁶ ne de madde gerekçesinde bir açıklamaya rastlanılmaktadır. Kanunkoyucunun yaptığı kanunlar soyut veya birden fazla anlam içerecek türden olmamalıdır. Zira, kanunkoyucunun koyduğu kuralların ve hele ki ceza kanunu gibi sosyal yaşama derinden müdahale eden bir kanunun içeriğinin anlaşılır ve somut olması bu kanunların muhatabı olan vatandaşların bu normları algılayıp davranışlarını da bu doğrultuda yönlendirmeleri bakımından elzemdir. Dolayısıyla kanunkoyucu herhangi bir kanun yaparken kendi içinden geçen bir uygulamayı dileyerek soyut bir kural koymamalı ve koyduğu kuralların nasıl olsa hukuku bilen hakimler tarafından uygulanacak olması düşüncesine kapılmamalıdır. Aksi takdirde 765 sayılı TCK'daki düzenlemeden ayrılan ve sorunsuz bir alanı sorunlu hale getiren 5237 sayılı TCK m. 145 düzenlemesi hem hukuka aykırı içtihatların gelişmesine yol açabilecektir hem de kanunların muhatabı konumundaki vatandaşların soyut nitelikteki normları anlamaları ve içselleştirmelerinin önü tıkanarak kanunlar işlevsiz hale bürünecektir.

Kanımızca malın değerinin azlığı belirlenirken sadece malın objektif olarak sahip olduğu değer esas alınmalıdır. Bunun dışında herhangi bir kriterin varlığını aramak malın değerinin azlığı hükümlerinin anlamını yitirmesine ve adil olmayan çeşitli uygulamalara yol açacaktır. Bu sebeple malın değerinin somut olayda az olup olmadığına her mahkeme kendisi her somut olayın özelliğine göre, ekonomik koşullar- paranın satın alma gücü⁶⁷ gibi hususları göz önünde tutarak kendi yargısına göre karar vermelidir. Burada her bir mahkeme nezdinde farklı uygulamaların oluşacağı endişesi ise kanımızca Yargıtay'ın mevcut uygulamasının ortaya çıkardığı adil olmayan uygulamaların yarattığı olumsuzlukların gerisinde kalacaktır.

Öte yandan TCK m. 145'in lafzı uyarınca "suçun işleniş şekli ve özelliklerinin göz önüne alınması" malın değerinin azlığına dayalı olarak faile ceza vermekten vazgeçilmesi ile sınırlı olarak uygulansa dahi malın değerinin azlığının tespitinde bu türden sübjektif kriterlere yer verilmesi eleştirilmelidir. Çünkü, malın değerinin azlığı kavramı olarak da doğrudan malın temsil ettiği değerle ilgili bir husustur. Bunun dayanağını, malın değerinin

⁶⁶ Bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 568 vd.

⁶⁷ Bu kriter için bkz. Yarg. 8. CD, T. 7.3.2005, E.2003/10585, K. 2005/1015 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.03.2013).

azlığı durumunda faile hiç ceza verilmemesinin sebebinde aramak gerekmektedir. Bir faile işlediği hırsızlık suçunun konusunun değeri az olduğu için hiç ceza verilmiyor ise bunun sebebi hırsızlık suçu bakımından verilmesi gereken cezanın çalınan malın piyasa değeri karşısında oldukça orantısız şekilde ağır basmasıdır. Ancak, bu orantısızlık failin eylemini ne şekilde icra ettiğinden bağımsız şekilde dış dünyaya yansıyan bir gerçekliktir. Bu gerçekliğe ilave sübjektif unsurlar öngörmek meseleyi malın değerinin azlığı ekseninden çıkartıp genel olarak cezanın amacının bulunup bulunmadığının araştırılacağı bir eksene oturtacaktır. Bu durumda ise mesele artık münhasıran malın değerinin azlığı olmayıp onu da içine alan; fakat, daha geniş bir kavram olan “cezalandırma ihtiyacının bulunmaması” olarak nitelendirilmelidir. Bu kurum malın değerinin azlığı olarak nitelendirilmek isteniyor ise suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önüne alınmamalıdır.

C. Hırsızlık Suçuna Konu Olan Malın Herhangi Bir Ekonomik Değere Sahip Olmadığı Haller Bakımından

Para ile ölçülebilen bir ekonomik değere sahip olmayan malın çalınması durumunda TCK m. 145 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı bakımından ise CMK m. 223/4-d hükmünden hareket edilmelidir. CMK m. 223/4-d’ye göre “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. İşte TCK m. 145’te malın değerinin azlığından dolayı hakim faile ceza verilmemesine hükmederse ceza verilmesine yer olmadığı hükmünü verecektir⁶⁸. Buradan hareketle hırsızlığa konu malın değerinin azlığından dolayı faile ceza verilmeyecek olan hallerde veya cezasında indirim yapılacak olan hallerde işlenen fiilin haksızlık içeriğinin az olması gerekmektedir. Bu bakımdan her ne kadar bir mal para ile ölçülebilen bir ekonomik değere sahip olmasa dahi bu malın çalınması her zaman fiilin haksızlık içeriğinin de az olduğunu göstermez. Örneğin kendisine suç isnad eden delil niteliğindeki bir belgenin çalınması olayında her ne kadar bu belge para ile ölçülebilen bir değere sahip olmasa dahi bu belgenin çalınması fiilin haksızlık içeriğini azaltmayacağından fail hakkında çaldığı malın değerinin azlığından dolayı

⁶⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 570-571.

cezada indirim ya da cezadan vazgeçme hükümlerinin uygulanmaması gerekir.

Bu bakımdan her ne kadar malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi gerektiği görüşünü kabul ediyorsak da bu aşamada CMK m. 223/4-b düzenlemesi dolayısıyla fiilin haksızlık içeriğinin azalmış olup olmadığının göz önünde tutularak malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

D. Malın Değerinin Azlığına Bağlanabilecek Sonuçlar Bakımından

Malın değerinin az olması haline suçun takibinin şikayete tâbi kılınması sonucu bağlandığı takdirde artık malın değerinin az olup olmadığı konusunda savcılık makamı karar verecektir. Her ne kadar savcılık makamı malın değerinin az olmadığını düşündüğünden iddianame düzenlemiş ise de mahkeme kovuşturma aşamasında malın değerinin az olduğunu düşünebilir. Bu noktada mahkemenin dava şartı niteliğinde olan şikayetin gerçekleşmediği gerekçesiyle durma ya da düşme kararı vermesi söz konusu olabilir. Böyle bir olasılıkta ise suçtan zarar görenin mağduriyeti ortaya çıkacaktır. Bu türden olumsuz sonuçlara yol açma tehlikesinin varlığından ötürü malın değerinin azlığına suçun takibinin şikayete tâbi kılınması sonucunun bağlanmasının yerinde olmadığı kanaatini taşımaktayız.

Malın değerinin az olması durumunda sadece ağırlaştırıcı hallere ilişkin ağır cezalardan fiilin muaf tutulması kanımızca yerinde değildir. Zira, malın değerinin azlığına çeşitli sonuçlar bağlanmasının sebebi bu tür hallerde işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azalmış olmasına dayanmaktadır. Bu bakımdan hırsızlık suçunda malın değerinin az olduğu hallerde faile verilecek cezada suçun basit haline ilişkin temel ceza bakımından herhangi bir indirim yapmaksızın yalnızca ağırlaştırıcı nitelikteki nitelikli hallerin uygulanmaması yolunun seçilmesi fiilin haksızlık içeriğinin azlığı ile örtüşmeyecektir. Dolayısıyla hırsızlık suçunda malın değerinin azlığına bir hukukî sonuç bağlanacak ise bu suçun temel şekline ilişkin cezada etkisini gösteriyor olmalıdır. Öte yandan ağırlaştırıcı bir sebebin gerçekleştiği bir fiil bakımından sadece malın değerinin azlığından ötürü ağırlaştırıcı sebebe ilişkin cezadan failin muaf tutuluyor olması böyle bir durumda kanunkoyucunun böyle bir fiili hafif suçluluk kapsamında kabul ettiği düşüncesini de beraberinde getirebilir.

Bu yönüyle de malın değerinin az olduğu hallerde buna ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanmasından muaf tutulma sonucu bağlanması yerinde olmayacaktır⁶⁹.

Kanımızca malın değerinin az olması haline kanunkoyucu fail lehine bir sonuç bağlamak istiyor ise bu hususta en elverişli araç cezadan indirim yapma veya cezadan tamamen vazgeçme şeklinde hakime takdir yetkisi tanınmasıdır. Gerçekten yukarıda değinilen her iki yöntemden farklı olarak bu konuda hakime cezadan indirim yapma veya cezadan tamamen vazgeçme yetkisi tanınması halinde hakim, fiilin haksızlık içeriğinin hangi ölçüde azaldığını göz önünde tutmak suretiyle fiilin haksızlık içeriğinin azalması ile orantılı olacak şekilde her somut olaya göre faile vereceği cezaı belirleyebilecektir. Alman Ceza Kanunu'nun benimsediği iki yöntemin yukarıda değinilen olumsuz yönleri göz önüne alındığında, malın değerinin azlığına kanunkoyucunun fail lehine kimi sonuçlar bağlama isteği ile en örtüşür yöntemin kanunkoyucunun halihazırda Türk Ceza Kanunu'nun 145'inci maddesinde benimsediği cezada indirim yapılması veya cezadan vazgeçilmesi yöntemi olduğu söylenmelidir.

E. Kanun Metninde İndirim Oranının Belirtilmemiş Olması Sorunu Bakımından

TCK m. 145'te değer azlığının cezaı indiren bir hal olarak uygulanması durumuna ilişkin olarak cezanın ne kadar indirilebileceğine dair herhangi bir oran belirtilmiş değildir. Bunun sebebi ise Türk Ceza Kanunu'nun komisyon tutanaklarında, hakime cezadan tümüyle vazgeçebilme yetkisi veren bir hükümde cezada yapılacak indirim oranını belirlemenin yerinde olmayacağı biçiminde açıklanmaktadır⁷⁰. Böyle bir durumda hakim cezaı tayin edecek ise hapis cezası bakımından alt sınır olan 1 aydan aşağıya inememlidir⁷¹. Fakat, her ne kadar TCK m. 49/1 uyarınca verilebilecek en hafif süreli hapis cezası 1 ay olduğu için madde metninde ayrıca indirim

⁶⁹ Bkz. ve karşı. Schmidt/Priebe, kn. 165.

⁷⁰ Bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 572.

⁷¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 626; Yazıcıoğlu, R. Yılmaz: "Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu", Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 5, Aralık 2007, s. 358; Yazıcıoğlu, Değer, s. 43-44.

oranına yer verilmesine gerek olmadığı düşüncesi ileri sürülebilirse de TCK m. 145'te indirim oranına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almaması kanunilik ilkesine aykırı nitelik taşımaktadır⁷². Zira, hüküm bu haliyle açık ve belirgin değildir ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir⁷³. TCK'da yer alan çeşitli indirim sebeplerinde ve özellikle de yağma suçunda malın değerinin azlığını düzenleyen TCK m. 150/2'de ve zimmet suçunda malın değerinin azlığını düzenleyen TCK m. 249'da cezanın üçte birden yarıya kadar indirilebileceği şeklinde indirim oranlarına yer verilmişken TCK m. 145'te yer alan indirim sebebine ilişkin herhangi bir orana madde metninde yer verilmeyip TCK'nın yaptırım sistemine dayanarak hapis cezasının 1 aya kadar indirilebileceğini savunmak yerinde olmayacaktır. Öte yandan TCK m. 61/10'a göre "*Kanunda **açıkça yazılmış olmadıkça** cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir*". Bu bakımdan TCK m. 61/10'daki "*açıkça yazılmış olmadıkça*" ibaresi sadece cezada indirim yapılabilmesinin değil aynı zamanda bu indirimin hangi oranda yapılabilmesinin de kanun metninde açıkça yazılması gerekliliğini kapsar.

F. Malın Değerinin Azlığı Hükümlerinin Kapsamı Alanına Giren Suç Tipleri Bakımından

Kanunkoyucu suça konu malın değerinin az olduğu hallere sadece TCK m. 145'te hırsızlık suçu bakımından, TCK m. 150/2'de yağma suçu bakımından ve TCK m. 249'da zimmet suçu bakımından bir sonuç bağlamıştır. Malvarlığına karşı işlenen suçlar göz önüne alındığında haksızlık içeriği yağma suçuna oranla daha az olan güveni kötüye kullanma, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf, karşılıksız yararlanma, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi gibi suç tipleri bakımından kanunkoyucunun herhangi bir düzenleme getirmemesi tutarlı olmamıştır. Eğer yağma gibi haksızlık içeriği oldukça fazla olan bir suç tipinin gerçekleştiği hallerde malın değerinin az olması faile daha az ceza verilebilmesine yönelik indirim sebebi olarak düzenleniyor ise malvarlığına karşı işlenen ve haksızlık içeriği daha az olan suç tipleri bakımından da faile verilecek

⁷² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 626; Centel/Zafer/Çakmut, Özel Hükümler, s. 369.

⁷³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 626; Köprülü, s. 263.

cezanın fiilin sahip olduğu haksızlık içeriği ile orantılı olmasını sağlamaya yarayacak bir indirim sebebine yer verilmelidir. Bu sebeple TCK m. 167 ve 168’de olduğu gibi malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından ortak hüküm oluşturacak nitelikte malın değerinin az olduğu hallere yönelik bir düzenlemenin TCK’ya eklenmesi yerinde olacaktır. Nitekim son olarak 765 sayılı TCK m. 522’de düzenlenmiş olan malın değerinin azlığı hükmünün malvarlığı aleyhine işlenen suçlar babının tamamı bakımından geçerliydi. Bunun daha yerinde bir düzenleme olduğu söylenmelidir.

SONUÇ

1. Malın değerinin azlığı hükmünün uygulanması bakımından belirtilmesi gereken ilk husus halihazırda Yargıtay’ın malın değerinin azlığının tespitinde kullandığı “*daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması...*” kriterinin TCK m. 145’in getirdiği düzenleme de göz önüne alındığında yerinde olmadığıdır. Gerçekten, Yargıtay’ın benimsemiş olduğu bu kriter kanunkoyucu tarafından TCK m. 145 metninde yer verilmemiştir. Dolayısıyla Yargıtay’ın madde metninde bulunmayan bir koşulu malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanması bakımından gerçekleşmesi zorunlu bir koşul olarak araması kanunkoyucunun yerine geçme anlamını taşımakta olup kanunilik ilkesine aykırı düşmektedir. Yargıtay benimsediği bu kriter ile TCK m. 145 hükmünün kapsamını daraltmış olmaktadır. Bu noktada Yargıtay’ın yeknesak bir uygulamayı sağlamak bakımından ve hükmü somutlaştırmak bakımından böyle bir yola gittiği bir an için düşünülebilirse de Yargıtay’ın benimsediği “*daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması*” kriterinin TCK m. 61’de yer alan cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde tutulması gereken bir husus olduğu söylenmelidir.

2. Malın değerinin azlığı konusunda Yargıtay’ın uygulamasının yerinde olmadığını belirttikten sonra ortaya çıkan diğer bir sorun malın değerinin azlığının ne şekilde belirleneceğidir. TCK m. 145’in metnine, 29.6.2005 gün ve 5377 sayılı Kanun’un 16’ncı maddesi ile “*suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak*” ibaresi eklenmesi ile de artık Türk Ceza Hukuku uygulamasında sübjektif ölçütün mü esas alınacağı tartışmalı hale gelmiştir. Madde metnine eklenen bu ibareler malın değerinin azlığı belirle-

nirken malın değerinin objektif olarak az olmasının tek başına yeterli olup olmayacağı sorununu beraberinde getirmektedir. Bu noktada malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi için malın değerinin objektif olarak az olmasının yanında ayrıca suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de araştırılacak olması TCK m. 61’de yer verilen cezanın belirlenmesi kurallarını anlamsız kılacak niteliktedir. Zira, suçun işleniş şekli ve özellikleri TCK m. 61 uyarınca temel cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde tutulması gereken koşullardır. Eğer TCK m. 145 metnine eklenen bu koşullar malın değerinin azlığına dayanarak cezadan indirim yapma veya ceza vermektен vazgeçme bakımından da göz önünde tutulacak olursa bu durumda suçun işleniş şekli ve özellikleri ilk olarak TCK m. 61 bakımından temel cezanın belirlenmesi aşamasında hesaba katılacaktır. Böylece temel ceza belirlendikten sonra hakim hırsızlık suçunda malın değerinin azlığına dayanarak cezada indirim yapılmasına karar verdiğinde suçun işleniş şekli ve özelliklerini bir kez daha göz önünde tutarak faile vereceği cezada indirim yapacaktır. Görüldüğü üzere TCK m. 145 metninde yer alan *suçun işleniş şekli ve özellikleri* bir fiil hakkında verilecek cezada iki kez etki doğuracaktır. Bu sonuç ise failin aleyhine sonuçlar doğurabilir. Örneğin her ne kadar hırsızlık suçuna konu malın değeri objektif olarak az olsa da suçun işleniş şekli ve özelliklerine dayanarak hakim temel cezayı belirlerken failin cezasını üst sınıra daha yakın belirleyebilir ve ardından malın değerinin azlığı hükümlerini uygulamayarak failin cezasında indirim yapmayabilir. Bu durumda çifte değerlendirme yasağı da ihlal edilmiş olur. Bu sebeplerden ötürü madde metnine “*suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulurak*” ibaresinin eklenmesi yerinde olmamıştır. TCK m. 61’de yer alan cezanın belirlenmesi hükümleri ile indirim sebepleri birbirine karıştırılmıştır.

3. Kanımızca malın değerinin azlığı belirlenirken sadece malın objektif olarak sahip olduğu değer esas alınmalıdır. Bunun dışında herhangi bir kriterin varlığını aramak malın değerinin azlığı hükümlerinin anlamını yitirmesine ve adil olmayan çeşitli uygulamalara yol açacaktır. Bu sebeple malın değerinin somut olayda az olup olmadığına her mahkeme kendisi her somut olayın özelliğine göre kendi yargısına göre karar vermelidir. Burada her bir mahkeme nezdinde farklı uygulamaların oluşacağı endişesi ise kanımızca Yargıtay’ın mevcut uygulamasının ortaya çıkardığı adil olmayan uygulamaların yarattığı olumsuzlukların gerisinde kalacaktır.

4. Para ile ölçülebilen bir ekonomik değere sahip olmayan malın çalınması durumunda ise malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı bakımından ise CMK m. 223/4-d hükmünden hareket edilmesi gerekir. Buna bağlı olarak her ne kadar bir mal para ile ölçülebilen bir ekonomik değere sahip olmasa dahi bu malın çalınması her zaman fiilin haksızlık içeriğinin de az olduğunu göstermez. Hırsızlığa konu malın değerinin azlığından dolayı faile ceza verilmeyecek olan hallerde veya cezasında indirim yapılacak olan hallerde işlenen fiilin haksızlık içeriğinin az olması gerekmektedir. Bu bakımdan her ne kadar malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi gerekiyor olsa da bu aşamada CMK m. 223/4-b düzenlemesi dolayısıyla fiilin haksızlık içeriğinin azalmış olup olmadığı göz önünde tutularak malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

5. Öte yandan TCK m. 145'te değer azlığının cezayı indiren bir hal olarak uygulanması durumuna ilişkin olarak cezanın ne kadar indirilebileceğine dair herhangi bir oran belirtilmiş değildir. TCK m. 61/10'a göre "Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir". Bu bakımdan TCK m. 61/10'daki "açıkça yazılmış olmadıkça" ibaresi sadece cezada indirim yapılabileceğinin değil aynı zamanda bu indirimin hangi oranda yapılabileceğinin de kanun metninde açıkça yazılması gerekliliğini kapsar.

6. Malın değerinin azlığı konusunda ortaya çıkan diğer bir tartışmalı husus ise failin kastının malın değerinin az olmasını kapsamasının gerekip gerekmediğidir. Alman Ceza Hukuku Doktrini'nde malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından malın objektif olarak değerinin az olmasının yanında sübjektif şart olarak da failin kastının, malın değerinin azlığını da kapsamaması aranmaktadır⁷⁴. Fakat, malın değerinin azlığına cezada indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesi sonucu bağlayan

⁷⁴ Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 243 kn. 52; Systematischer Kommentar-Rudolphi/Horn/Samson, § 248a kn. 21; Maurach/Schröder/Maiwald, § 33 kn. 103; Fischer, § 243 kn. 27; Lackner/Kühl, § 243 kn. 4; Kindhäuser, BT, § 3 kn. 45, 47; Kudlich/Noltensmeier/Schuh, s. 344; Münchener Kommentar-Schmitz, § 243 kn. 71; Küper, s. 162; BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig, § 243 kn. 29; Schmidt/Priebe, kn. 166.

TCK m. 145 düzenlemesi suçun maddî unsuru ile ilişkili değildir. Bu sebeple de malın değerinin azlığının fail tarafından biliniyor ve isteniyor olması önem taşımaz. Zira, TCK m. 21/1'e göre "*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*" olduğundan, failin kastının sadece tipikliğin objektif nitelikteki unsurlarını kapsayıp kapsamadığı araştırılmakta olup bunun dışında kalan ve cezada indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesini sağlayan sebeplerin uygulanması bakımından failin kastının araştırılması gerekmemektedir.

7. TCK'da yağma gibi haksızlık içeriği oldukça fazla olan bir suç tipinin gerçekleştiği hallerde malın değerinin az olmasının faile daha az ceza verilebilmesine yönelik indirim sebebi olarak düzenlenmiş olması karşısında malvarlığına karşı işlenen ve haksızlık içeriği daha az olan suç tipleri bakımından da faile verilecek cezanın fiilin sahip olduğu haksızlık içeriği ile orantılı olmasını sağlamaya yarayacak bir indirim sebebine TCK'da yer verilmesi gerektiği söylenmelidir. Bu sebeple TCK m. 167 ve 168'de olduğu gibi malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından ortak hüküm oluşturacak nitelikte malın değerinin az olduğu hallere yönelik bir düzenlemenin TCK'ya eklenmesi yerinde olacaktır. Bu noktada malvarlığına karşı işlenen suçların tamamına yönelik bu yönde bir düzenleme getirilmesinin yerinde olmayacağı düşüncesi ise kanunkoyucunun malvarlığına karşı suçlar içerisinde haksızlık içeriği en ağır olan suç tipi bakımından böyle bir olanak tanımış olması karşısında dayanaksız kalacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2017.
- Arzt**, Gunther/**Weber**, Ulrich/**Heinrich**, Bernd/**Hilgendorf**, Eric: Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Bielefeld 2009.
- Başbüyük**, İsa/**Özbek**, Veli Özer: “*Ceza Hukukunda Bir Amaçsal Yorum Yöntemi: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi*”, TBBD, 2014 (111), s. 107-116.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 4. Baskı, İstanbul 2017. (**Centel/Zafer/Çakmut**, Özel Hükümler)
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, İstanbul 2017. (**Centel/Zafer/Çakmut**, Genel Hükümler)
- Değirmenci**, Olgun: “*Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014 (110), s. 129-188.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2011.
- Doğan**, Koray: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Dönmezer**, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998.
- Eker**, Hüseyin: “*Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 Sayılı TCK'nun 145/1.Maddesi)*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. I, Y. 2, S. 5, Nisan 2011, s. 539-566.
- Erem**, Faruk/**Toroslu**, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara 1983.
- Fischer**, Thomas: Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze 58. Auflage, München 2011.
- Gürühan** Caner/**Topaç** Tahir Hami/**Kanat**, Ahmet Serhat Ergin: “*Yargıtay'ın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına*

- Yönelik Yaklaşımı*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 8, Aralık 2016, s. 219-237.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen**, Muharrem: “*Hırsızlık*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S: 1-2, s. 773-796.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.
- Hakeri, Hakan**: “*Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler*”, TBBD, S. 69, 2007, s. 55-96. (**Hakeri**, Hareketler)
- Hakeri, Hakan**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017. (**Hakeri**, Genel)
- İçel, Kayıhan**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2014.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas**: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1996.
- Jungwirth, Anton**: “*Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert*”, NJW 1984, s. 954-957.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich**: Strafgesetzbuch, Band I, 5. Auflage, Baden Baden 2017.
- Kindhäuser, Urs**: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Baden Baden 2013. (**Kindhäuser**, AT)
- Kindhäuser, Urs**: Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 6. Auflage, Baden Baden 2011. (**Kindhäuser**, BT)
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan**: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2017. (**Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler)
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan**: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017. (**Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler)
- Köprülü, Timuçin**: “*Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı*”, TBBD, S. 71, 2011, s. 254-263.
- Kudlich, Hans/Noltensmeier, Silke/Schuhr, Jan**: “*Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht*”, JA 2010, s. 342-346.

- Kühl**, Kristian: “Das Unrecht als Kern der Straftat”, in: FS für Hans- Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2013, s. 15-29.
- Küper**, Wilfried: Strafrecht Besonderer Teil Definitionen mir Erläuterungen, 7. Auflage, Heidelberg 2008.
- Lackner**, Karl/**Kühl**, Kristian: StGB Kommentar, 27. Auflage, München 2011.
- Maurach**, Reinhart/**Schröder**, Friedrich Christian/**Maiwald**, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 10. Auflage, Heidelberg 2009.
- Meraklı**, Serkan: Ceza Hukukunda Kusur, Ankara 2017.
- Miebach**, Klaus/Sander **Günther**, M.-**Schmitz**, Roland: StGB Münchener Kommentar, Band 3 §§ 185-262, 1. Auflage, München 2003.
- Otto**, Harro: Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, Berlin 1991.
- Önder**, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2017. (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler)
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017. (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler)
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2017.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2015.
- Rudolphi**, Hans-Joachim/**Horn**, Eckhard/**Samson**, Erich: Systematischer Kommentar zum StGB, Band II, Besonderer Teil §§ 80-358, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel 1991.
- Schmidt**, Rolf/**Priebe**, Klaus: Strafrecht Besonderer Teil II, 9. Auflage, Grasberg bei Bremen.

- Schönke, Adolf/Schröder, Horst:** Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010.
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2011.
- Şen, Ersan:** “*Hırsızlık Suçları*”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, s. 319-357.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rıfat Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017.
- Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu,** Ankara 2005.
- Ünver, Yener:** Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.
- von Heintschel-Heinegg, Bernd/Wittig, Petra:** Beck’scher Online Kommentar zum StGB, 21. Edition, 2012.
- Welzel, Hans:** “Studien zum System des Strafrechts”, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin New York 1975, s. 120-184.
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz:** “*TCK m. 145. “Malın Değerinin Az Olması”- “Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin” Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması*”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 15, Nisan 2011, s. 29-45. (Yazıcıoğlu, Değer)
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz:** “*Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu*”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 5, Aralık 2007. (Yazıcıoğlu, Hırsızlık)
- Zafer, Hamide:** Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı İstanbul 2016.