

ALMAN HUKUKUNDA YAĞMA BENZERİ HIRSIZLIK SUÇU IŞIĞINDA TÜRK HUKUKUNDA HIRSIZLIK VE YAĞMA SUÇLARININ TAMAMLANMA VE SONA ERME ZAMANLARININ TESPİTİ

Ercan YAŞAR*

ÖZ

Bu çalışma ile öncelikle Alman Ceza Kanunu'nun 252. maddesinde düzenlenmiş olan yağma benzeri hırsızlık suçu ele alınacaktır. Akabinde 765 sayılı TCK'nın 495. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen ancak 5237 s. TCK'ya alınmamış olan yağma benzeri hırsızlık düzenlemesine kısaca yer verilip, ACK m. 252 ile 765. s. TCK m. 495/2 düzenlemelerinin barındırdığı kıstaslar çerçevesinde Türk hukukunda hırsızlık ve yağma suçlarının tamamlanma ve sona erme anları tespit edilecek ve yağma benzeri hırsızlık suçuna dönüşen fiillerin Türk hukukunda nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusunda görüş bildirilecektir. Suçun tamamlanması ve sona ermesi zamanlarının gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık bağlamında etkileri söz konusu olduğundan benzer olaylar üzerinden bu hususlara açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hırsızlıktan yağmaya dönüşen fiil, Hırsızlık, Yağma, Yağma benzeri hırsızlık, Dolaylı yağma

DETERMINATION OF THE COMPLETION AND TERMINATION OF THEFT AND ROBBERY UNDER TURKISH LAW IN THE LIGHT OF ROBBERY-LIKE THEFT UNDER GERMAN LAW

ABSTRACT

With this study, the crime of robbery-like theft, regulated in section 252 of the German Penal Code, will be discussed, and then, within the framework of the obtained criteria, the time of completion of the theft and robbery crimes in Turkish law will be determined. Hereinafter we will try to explain how the cases that are similar to the acts that are transformed from theft to robbery-like theft will be determined in current Turkish law. Since the completion and termination of the crime have effects in the context of voluntary abandonment and active remorse, these issues will be clarified through similar cases.

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / Erzincan **e-posta:** ercanyasar279@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9076-6795>
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018791

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 06/04/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 23/09/2021

Keywords: *Theft using force or threats to retain possession of stolen property, Theft, Robbery, Robbery-like theft, Theft-like robbery*

GİRİŞ

Çalışma konumuz iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde Alman hukukunda yer verilen yağma benzeri hırsızlık suçu bütün unsurlarıyla ele alınacaktır. İkinci bölümde ise bu bilgiler ışığında mülga 765. s. TCK'da yer alan yağma benzeri hırsızlık suçu ile karşılaştırmalı olarak Türk hukukundaki hırsızlık ve yağma suçlarının başlama, tamamlanma ve sona erme zamanları tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu çerçevede uygulama ve öğretideki görüşlerin tutarlılığına da yer verilmeye çalışılacaktır. Bilhassa hırsızlık ve yağma suçlarının temadi gösterdiği kabul edildiğinde gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık ayırımlarına yer verilecektir.

I. ALMAN HUKUKUNDA YAĞMA BENZERİ HIRSAZLIK SUÇU

A. Genel Olarak

Alman Ceza Kanunu'nun 252. maddesinde yer verilen ve düzenlendiği 15/05/1871 tarihinden bu yana hiç değiştirilmeyen¹ “räuberischer Diebstahl” suçunun Türkçeye çevrildiğinde “hırsızlıktan yağmaya dönüşen fiil”² olarak nitelendirildiği görülmektedir. Hırsızlıktan yağmaya dönüşen bir fiil söz konusu olursa yağma suçunun tipikliğinden bahsedileceğinden kanun koyucunun ayrı bir düzenleme yapmasına gerek kalmaz. Ancak Alman düzenlemesinde durumun bu şekilde algılanmadığı ve kanun koyucunun bu sebeple ayrı bir düzenlemeye yer verdiği görülmektedir. Madde başlığını bu şekilde çeviren müelliflerin madde metnini şu şekilde çevirdiği görülmektedir:

“Her kim, hırsızlık suçunu işlerken suçüstü rastlandığı sırada, çaldığı malı elinde bulundurmaya devam etmek için, insana karşı cebir kullanır veya onu vücut veya hayat için halihazırdaki bir tehlike ile tehdit ederse, yağma

¹ Sander Günther, § 252 StGB, in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2017, § 252 Kn. 3.

² Bkz. Feridun Yenisey/ Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu, 2. B., Beta, 2015, Madde 252 çevirisi, s. 364.; Bu suçun “Yağma sayılan hırsızlık / Dolaylı hırsızlık” olarak çevrildiği de görülmektedir. Bkz. Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I., 4.B., Beta, 2017, s. 311.

*suçunun faili gibi cezalandırılır*³.

Madde çevirisine bakıldığında başlığın çevirisinden farklı olarak failin yağma suçunun faili gibi cezalandırılacağı belirtilmiştir. O halde hırsızlıktan tam olarak yağmaya dönüşen bir fiil söz konusu değildir, ki yağma olarak değil de yağma gibi (ona benzetilerek onun yaptırımıyla) cezalandırılır, denmiştir. Madde başlığının Almancasından da (räuberischer Diebstahl) anlaşılacağı üzere bu maddede yağma benzeri hırsızlık suçu söz konusudur. Yağma benzeridir, çünkü yağma suçuna benzemekle birlikte tipik bir yağma suçu değildir.⁴ O sebeple kanun koyucu bu suçun failinin, fiilin içerdiği haksızlık eşdeğer olduğundan yağma suçunun faili gibi cezalandırılacağını belirtmiştir.⁵ Burada tipik fiilin bir kanun maddesinde, ilgili yaptırımın ise başka bir kanun maddesinde düzenlenmesi söz konusudur. Yaptırım konusunda atif yapmak suretiyle yağma suçuna ilişkin nitelikli hallerin de yeri geldiğinde bu suça uygulanacağı belirtilmek istenmiştir. Böylece bu suçu yaptırım ve nitelikli halleriyle yeniden düzenleme zahmetinden kaçınılmıştır.

Bağımsız bir suç olan yağma benzeri hırsızlık suçu⁶ oluştuğunda faile yağma suçunda yer verilen yaptırım aralığına göre bir ceza verilmektedir. Nitelikli hal söz konusu olduğunda da ceza buna göre artmaktadır. Anılan bu gerekçe ile ACK m. 252’de düzenlenen suçu “*Yağma Benzeri Hırsızlık Suçu*” olarak nitelendirmeyi tercih ettik.⁷ Alman öğretisinde de bu suçun “*Yağmaya Benzeyen Suçlar / Raubähnliche Delikte*” üst başlığı altında ve yağma ve hırsızlık suçlarından bağımsız şekilde ele alındığı görülmektedir.⁸

³ Bkz. Yenisey/Plagemann, Madde 252 çevirisi, s. 364.

⁴ Öğretide “raubähnliches Sonderdelikt/yağma benzeri özel suç” olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. Volker Krey/ Uwe Hellmann/ Manfred Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, Band II, 17. Auflage, Kohlhammer, 2015, s. 125.; Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 22. Auflage, Grundrisse des Rechts, C.H. Beck, 2020, § 10, Kn. 1, s. 182.

⁵ MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 1.; Jörg Eisele, Strafrecht Besonderer Teil II, Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte, 5. Auflage, Studienreihe Rechtswissenschaften, Kohlhammer, 2019, § 13, Kn. 397, s. 137.

⁶ “Yağma benzeri hırsızlık suçu ACK m. 242’de yer verilen hırsızlık suçunun nitelikli bir hali olmayıp bağımsız bir suç tipidir.” Aynı yönde Eisele, § 13, Kn. 397, s. 137.; MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 1.; Nikolaus Bosch, in Schönke/Schröder/Bosch Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck, 2019, § 252 Kn. 1.

⁷ “Yağma benzeri hırsızlık suçu hırsızlık suçunun ganimetinin yağma suçunun araçları ile müdafaa edilmesinden ibarettir.” Bosch, § 252 Kn. 1.

⁸ Eisele, § 13, s. 136.; Böyle bir üst başlık vermemekle birlikte bağımsız bir suç olarak ele alan eser için bkz. Urs Kindhäuser / Martin Böse, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 10. Auflage, Nomos, 2019, § 16, Kn. 1, s. 163.

Bu suçun hırsızlıktan yağmaya dönüşen fiil olmadığı şu şekilde de açıklanabilir: Türk hukukunda da bilindiği üzere cebir veya tehdit suçları yağma suçunda araç suçlar olarak nitelendirilmektedirler. Bu araç suçlar amaç suçun gerçekleştirilmesine öncülük etmektedirler. Yani, suç yolu öncelikle araç suçlardan birinin gerçekleştirilmesini akabinde de amaç suçun gerçekleştirilmesini şart koşmaktadır. O halde önce amaç suçun sonra araç suçun gerçekleşmesi bileşik suç olarak algıladığımız yağma suçuna vücut vermeyecektir.⁹ Her ne kadar durumu formüle ettiğimizde cebir (C) veya tehdit (T) suçlarından biri artı hırsızlık suçu birleşiminden (toplamından) yağma (Y) suçu oluşur denilse de ve formül $C+H=Y$ yahut $T+H=Y$ olsa da burada yer değiştirmeye gidildiğinde Y sonucunu vermeyen bir formül söz konusudur. Yani, $C+H$ eşit değildir $H+C$ 'ye aynı şekilde $T+H$ eşit değildir $H+T$ 'ye ve o da Y'ye.

$$C+H = Y$$

$$T+H=Y$$

$$H+C \text{ eşit değildir } Y$$

$$H+T \text{ eşit değildir } Y$$

Hırsızlık ve cebir veya tehdidin birleşmesi şu yönden de yağma suçuna eşdeğer düşmemektedir. Yağma suçunda kullanılan cebir veya tehdit malı teslimine veya malın teslim alınmasına karşı konulmasını engellemeye (direncini kırmaya) yönelik iken, yağma benzeri hırsızlık suçunda kullanılan cebir veya tehdit elde edilmiş malın (zilyetliğinin / tam anlamıyla güvenceye alınmamış fiili hakimiyetinin) muhafazasına yöneliktir.¹⁰

Alman hukukunda yağma benzeri suçun tipikliğinin iki türlü oluşabileceği belirtilmektedir.¹¹ Buna göre yağma benzeri hırsızlık suçunun yukarıda belirtilen şeklin (tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık + elde edilmiş malın zilyetliğinin muhafazasına yönelik olarak üçüncü kişiye yöneltilen cebir veya tehdit) yanı sıra tamamlanmış ama sona ermemiş yağma + elde edilmiş malın zilyetliğinin muhafazasına yönelik olarak üçüncü kişiye yöneltilen cebir veya tehdit şeklinde de işlenmesi mümkündür.¹² Yağma

⁹ Kindhäuser/Böse yağma benzeri hırsızlık suçunu şu şekilde tanımlamaktadır: “Yağma benzeri hırsızlık suçu yağma suçunun elementlerinden oluşmakla birlikte bu elementlerin dizilişi yağma benzeri hırsızlık suçunda farklı bir sıralama içindedir”. Bkz. Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 1, s. 163.

¹⁰ Aynı yönde Eisele, § 13, Kn. 397, s. 137.; MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 1.

¹¹ Eisele, § 13, Kn. 401, s. 138.

¹² İlk suçun yağma olması halinde de bu suçun oluşabileceği görüşü için bkz. Eisele, § 13, Kn. 401, s. 138.; Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 2, s. 163.; Aynı yönde

benzeri hırsızlık suçunun tipikliğinin yağma suçunun tipikliğinden farklı olduğu ve bağımsız bir suç teşkil ettiği tipikliğin bu ikinci gerçekleşme şeklinden de anlaşılmalıdır. Çünkü uygulama ve öğretide genel kabul gören bu görüşe göre tamamlanmış yağma artı, yağmalanan malın muhafazası adına uygulanan cebir veya tehdit de yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliğine vücut vermektedir.¹³ Kanuni tipte hırsızlık suçu vurgulandığı ve yağma suçuna yer verilmediği gerekçesiyle ikinci halde yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşmadığını düşünmekteyiz.¹⁴ Ancak biz yine de uygulama ve öğretide genel kabul gördüğü için ve Türk hukuku boyutunda benzer durumlarda çözümün ne olduğunu tartışmak için çalışma konumuzu hırsızlık artı cebir veya tehdit kombinasyonlarıyla sınırlı tutmayacağız, yeri gelince kısaca yağma artı cebir veya tehdit kombinasyonlarına da örnekler bazında yer vereceğiz.

B. Korunan Hukuksal Değer/Yarar

Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre hırsızlık suçu ile korunan hukuksal değer/yararın yalnızca mülkiyet olduğu, bununla zilyetliğin korunmadığı belirtilmektedir.¹⁵ Bu görüş çerçevesinde suçun şikâyete tabi olması durumunda şikâyet hakkının yalnızca malikte olacağı ve hukuka

MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 5.; Bosch, § 252 Kn. 3.; Eric Hilgendorf/ Brian Valerius, Strafrecht Besonderer Teil II, C.H. Beck, 2017, s. 181.; Aynı yazarlar diğer malvarlığına karşı suçların tamamlanma ve sona erme sahalari arasında yağma benzeri hırsızlık suçunun mümkün olmayacağını savunmaktalar.

¹³ Uygulama ve öğretide genel kabul gören bu görüşün kanunilik ilkesi ve adil/orantılı cezalandırma ile örtüşmediği görüşündeyiz. Zira kanun metninde hırsızlık suçunu işlerken suçüstü fark edilen (rastlanan) kimsenin, hırsızlık konusu malı vermemek veya muhafaza etmek için cebir veya tehdide başvurusu yağmaya eşdeğer kabul edilip yağma gibi cezalandırılmak istenmektedir. Yağma suçunu işlerken suçüstü fark edilen failin yağma konusu malı elde tutmak yahut muhafaza etmek için cebir veya tehdide başvurusu ayrı bir tipiklik arz eder ve gerçek içtima (kesintisiz suç ve ani suç arasında gerçek içtima) kabul edilip son fiilin ayrıca cezalandırılması gerekir. Aksi durumda hırsızlık artı cebir veya tehdit fiilini gerçekleştiren fail ile haksızlık içeriği daha yoğun olan yağma artı cebir veya tehdit suçunu gerçekleştiren kişinin aynı cezayı alması söz konusu olacaktır ki bu da cezalandırmada (kusurla) orantılılık ilkesi ile örtüşmeyecektir.

¹⁴ Aksi görüşü savunanların önemsiz sayılmayacak bir argümanı ise şudur: Kanun koyucu, tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık suçunu yağma benzeri hırsızlık suçu için şart koşturmaktadır. Yağma suçunu açtığımızda içinde cebir veya tehdit suçu artı tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık suçu bulunabilir, o halde hala tamamlanmış ama sona ermemiş bir hırsızlık mevcut, bu da bizi yağma suçunda da yağma benzeri hırsızlık suçunun ortaya çıkabileceği sonucuna götürmektedir. Yaptığımız kıyas değil, o halde kanunilik ilkesi ile de çelişmemektedir. Rengier, § 10, Kn. 4, s. 183.; BGH NJW 2002, 2043, 2044; BHGSt 21, 377, 379 vd.

¹⁵ Eisele, § 2, Kn. 8, s. 5.

uygunluk sebebi taşıyan rızanın da yalnızca malik tarafından verilebileceği belirtilmektedir.¹⁶ Daha geniş taraftarı olan bir diğer görüşe göre ise hırsızlık suçunda mülkiyetin yanı sıra fiili hakimiyet (Gewahrsam) de korunmaktadır; bu sebeple malikten bağımsız olarak fiili hakimiyet sahibi kimse de şikâyet dilekçesi verebilir.¹⁷

Yağma suçunda ise mülkiyet (ve fiili hakimiyet) hakkının yanı sıra özgürce irade oluşturma ve bu irade çerçevesinde hareket edebilme hürriyetinin korunduğu belirtilmektedir.¹⁸

Bu iki suçun birtakım özelliklerini taşıyan yağma benzeri hırsızlık suçunda ise mülkiyetin ve özgürce irade oluşturma korunduğu belirtilmektedir.¹⁹ Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin (BGH) de belirttiği üzere, hırsızlık suçu korunan hukuksal değerleri teşebbüs sahasından suçun tamamlanması (bize göre sona erme) sahasına kadar korur iken yağma benzeri hırsızlık suçu koruduğu değerleri ön suçun/fiilin (Vortat) tamamlanma sahasından yine ön suçun sona erme sahasına kadar korumaktadır.²⁰

Korunan hukuksal değer üzerinden giderek yağma suçunun tamamlanmasından sonra fakat sona ermesinden önce malı muhafazaya (iade etmemeye) yönelik uygulanan cebir veya tehdit suçlarının yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut vermemesi gerektiğini gerekçelendirebiliriz. Bu gerekçe ile öğreti ve uygulamadaki baskın görüşün tutarlı olmadığını gerekçelendirmiş oluruz. Şöyle ki, hırsızlık suçuyla korunan hukuksal değerlerin suçun devamında eklenen ve korunması gereken (özgürce irade

¹⁶ Zilyetliği elinde bulunduran kimsenin (Besitzer) daha doğrusu konu üzerinde hakimiyeti elinde bulunduran kimsenin (Gewahrsaminhaber) göstermiş olduğu rıza hukuka uygunluk sebebi sayılmasa da fiilin hırsızlık suçu bağlamında tipik olmasını engellemektedir. Böylece kiracının elindeki malı birine vermesi durumunda hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Eisele, § 2, Kn. 8, s. 5.

¹⁷ “Gewahrsam hâkim olma arzusu doğrultusunda bir mala fiili hâkim olmaktır. Kişinin elinde veya üzerinde taşıdığı şeyler bu kapsamda olduğu gibi kişinin evinde, arabasında, gemisinde bulundurdukları da bu kapsamdadır. Bu sebeple fiili hakimiyet, özel hukuktaki zilyetlikle de eşanlamı değildir. Bu yüzden zilyet olmayan zilyet yardımcısı da fiili hakimiyeti elinde bulundurabilir. Buna karşılık dolaylı zilyet ise fiili hakimiyeti olan kişi olmaz.” Yazarlar bu açıklamalarla, zilyet yardımcısının hırsızlık mağduru olabileceğini, dolaylı zilyedin ise olamayacağını vurgulamıştır. Bkz. Krey/Hellmann/Heinrich, s. 6 ve 7.; Aynı yönde Wolfgang Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil II, 3. Auflage, Springer, 2015, s. 4.

¹⁸ Eisele, § 10, Kn. 299, s. 103.

¹⁹ Eisele, § 13, Kn. 397, s. 137.

²⁰ Bkz. BGH 18/04/2002 – 3 StR 52/02.

oluşturma ve bu doğrultuda hareket etme) hukuksal değerini korumadığı gerekçesiyle yağma benzeri hırsızlık suçuna yer verme ihtiyacı duyan kanun koyucu, bileşik suça yer vermek suretiyle o ana kadar ihlal edilmemiş özgürce irade oluşturma ve oluşturulan irade doğrultusunda hareket etme değerini ihlallerden korumayı amaçlamıştır. Yağma suçunun varlığı halinde bu iki değeri zaten koruma altına almış olduğu gibi yağma suçu tamamlanana kadar zaten ihlal edilmiş bulunmaktadır (bu ihlal ilgili suç sona erene kadar devam etmektedir). Zaten ihlal edilmiş olan bir değeri ihlalden korumak için kanun koyucunun yağma benzeri hırsızlık suçuna yer verdiğini iddia etmek tutarlı olmayacaktır.²¹ Kaldı ki yağma suçunun tamamlanmasından sonra meydana gelen cebir ve tehdidi hırsızlık suçunun tamamlanması sonrasında gelen cebir ve tehditle eşdeğer haksızlıkta görmek mümkün değildir. Haksızlık içerikleri farklı olan suçlara bileşik suç demek suretiyle, ilgili fiilleri aynı yaptırıma tabi tutmak da orantılı/ölçülü olmayacaktır. Bu sebeple takip eden davranışın ayrı bir suç olarak nitelendirilmesi ve temadi gösteren suç ile ani gelişen suçlarda olduğu gibi gerçek içtima uygulamasına tabi tutulması daha yerinde olacaktır.

C. Suçun Maddi Unsurları

1. Fiil

Yağma benzeri hırsızlık suçu salt hareket suçudur, bunun için ayrıca bir neticenin veya zararın meydana gelmesine gerek yoktur.²²

Alman kanununda hırsızlık ve yağma suçlarının ne zaman tamamlandığı (Vollendung) ve ne zaman sona erdiği (Beendigung) yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliği için önem arz etmektedir. Zira yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliğinden söz edebilmek için ilgili cebir veya tehdidin yalnızca bu suçların tamamlanma ve sona erme sahalarında gerçekleşmesi gerekmektedir. Alman hukukunda genel kabule göre bulunduğu yerden alma fiilinin tamamlanması (Ergreifen/tutma, Festhalten/sıkıca tutma, Einstecken in die Kleidung oder in eine mitgebrachte Tasche/cebe veya birlikte getirilen çantanın içine koyma) hırsızlık suçunun tamamlanması için yeterli olup ayrıca malın hakimiyet sahasına konulmasına gerek bulunmamaktadır.²³ Hakimiyet

²¹ Aynı yönde BGH 18/04/2002 – 3 StR 52/02.

²² Krey/Hellmann/Heinrich, s. 124.

²³ “Die Vollendung des Diebstahls setzt keinen gesicherten Gewahrsam/Herrschaft über die Sache voraus.” Bkz. BGH 27/02/1975 – 4 StR 310/74.; Aynı yönde Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 2, Kn. 119 vd, s. 64.; Rengier, § 2, Kn. 195, s. 54.

sahasına koyma suçun sona ermesi için şarttır.²⁴

Bu suçta tipik fiilden söz edebilmek için malın bulunduğu yerden alınmış olması ön şartının gerçekleşmiş olması gerekir. Daha doğrusu genel kabule göre tamamlanmış ama sona ermemiş bir hırsızlık (veya yağma) suçunun vücut bulmuş olması gerekir. Buna “geeignete Vortat / uygun ön suç/fiil” denilmektedir.²⁵ Bu ön fiil oluşmadan yağma benzeri hırsızlık suçunun tipik fiilinin gerçekleşmesinden söz edilemez. Dolayısıyla öncelikle tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık (veya yağma) suçunun tipik hareketi gerçekleşmelidir. Fail, malı (bulduğu yerden) almış olmakla (Wegnahme) birlikte, suç halen sona ermemiş olmalıdır. Daha doğrusu suçüstü hali devam ediyor olmalıdır. Bu suçüstü hali, muhakeme hukukundaki yahut meşru savunmadaki anlamından farklı olup, alma fiilinin (Wegnahmehandlung) yapılması/tamamlanması ile başlayıp failin suç konusu malı egemenlik alanına tamamen sokmasına kadar geçen zaman dilimini kapsamaktadır.²⁶ Başka bir deyişle yağma benzeri hırsızlık suçunda suçüstü hali hırsızlık (yahut yağma) suçunun tamamlanmasıyla başlayıp sona ermesine kadar devam eden zaman dilimini kapsamaktadır. Bu sebeple Vortat olarak nitelendirilen hırsızlık (yahut yağma) suçu ile zamansal ve mekânsal bağlantının devam ediyor olması şarttır.²⁷

Bu bakışla baktığımızda daha ön fiil olarak nitelendirilen tamamlanmış bir hırsızlık suçu söz konusu değilse yahut ön fiil olarak nitelendirilen tamamlanmış bir yağma suçu söz konusu değilse ve fail bir kimseye cebir veya tehdit uygularsa yağma benzeri hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Keza anılan bu suçlar sona ermişlerse ve fail bir kimseye cebir veya tehdit uygularsa yağma benzeri hırsızlık suçu yine oluşmayacaktır.²⁸

İlk halde baskın Alman uygulaması ve öğretisine göre teşebbüs aşamasındaki hırsızlık önce başlamış olsa da buna eklenen bir cebir veya

²⁴ Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 2, Kn. 120, s. 64.; Rengier, § 2, Kn. 195, s. 54.

²⁵ Eisele, § 13, Kn. 401, s. 138.

²⁶ “Burada kullanılan suçüstü hali kavramı ceza muhakemesinde kullanılan suçüstü hali kavramından ayrı bir anlama gelmektedir.” Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 10, s. 164.

²⁷ BGH 04/08/2015 – 3 StR 112/15; BGHSt 9, 255 (257).; Eisele, § 13, Kn. 402, s. 138.

²⁸ “Sıcak takibe alınan ancak bir süreliğine kaybedilen failin akabinde tesadüfen görülmesi halinde bu suç bağlamında suçüstü halinden söz edilemez, zira takip kesintiye uğramış ve hırsızlık suçu kesinti ile birlikte sona ermiştir.” Aynı yönde MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 12.

tehdit söz konusu ise oluşan suç yağma suçu olacaktır; bize göre ise teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık ve takiben gerçekleşen tehdit veya cebir suçunun söz konusu olduğu kabul edilmelidir.²⁹ Kullanılan cebir veya tehdit sonrası malın bulunduğu yerden alımı da gerçekleşmişse tamamlanmış hırsızlık ve takiben gerçekleşen tehdit yahut cebir suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.³⁰ Örnek vermek gerekirse, fail çalmak için bir arabanın içine girer ve düz kontak yapmak suretiyle arabayı çalıştırır, vitesi sürüş moduna getirir ve tam harekete geçme aşamasında iken araç sahibine yakalanır (araç sahibi ile karşı karşıya gelir), bunun üzerine fiiline devam eden fail araç sahibine önümden çekilmezsen seni ezerim der, bu tehditten korkan araç sahibi kenara çekilir ve fail aracı sürerek oradan uzaklaşır. Bu örnek üzerinden gidersek, fiilin yağma suçunu oluşturmadığını söylememiz gerekir.³¹ Zira araç sahibine yönelen tehdit bir malın alımına müsaade edilmesine yönelik değil, baskın Alman uygulama ve öğretisine göre teşebbüs aşamasına geçmiş hırsızlık suçunun tamamlanmasına yöneliktir. Oysa yağma suçunda önce cebir veya tehdit uygulanır daha sonra mağdurun malı teslim etmesi veya malın alımına girişilmesine karşı koymaması sağlanır ve akabinde mal mağdurdan teslim alınır yahut fail tarafından bulunduğu yerden alınır. Suç yolu cebir veya tehditle başlayıp hırsızlığa teşebbüs ve hırsızlığın tamamlanması şeklinde ilerler ve nihayetinde yağma suçu gerçekleşir. Bu olayımızda ise fail hırsızlık suçuna teşebbüs etmiş akabinde tehdit/cebir fiiline başvurmuştur. Tehdit/cebir somut olayımızda hırsızlık suçuna başlanması için değil teşebbüs aşamasındaki hırsızlık suçunun tamamlanabilmesi için yönelmektedir. Bu sonuca ulaşmak mağdurun tespiti yönünden de doğru olacaktır. Yukarıdaki kurguda araç sahibi değil de olayı gören herhangi biri failin karşısına çıksaydı ve fail ilgili tehdit

²⁹ “Yağma suçunda başvuru olan cebir suçunun işlevi malı almak olduğuna göre, cebir ile malı almak arasında zorunlu bir zamansal sıralama vardır. Cebir alma fiilinden önce veya onunla eş zamanlı olmalıdır. Alma fiilini takip eden bir cebir yağma suçunun tipikliğini oluşturmayacaktır.” Mitsch, s. 510 ve 512.

³⁰ Baskın görüşe göre hırsızlık suçu, zorlama aracının (cebir veya tehdidin) devreye girdiği esnada daha tamamlanmamışsa yağma suçunun oluşacağını, tamamlanmışsa yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşacağını belirtmektedir. Burada bize göre elementlerin sırası yine değişmiş olduğundan yağma suçunun oluştuğunu söylemek güçtür. Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 1, s. 163.; Rengier, § 10, Kn. 5, s. 183.; Hans Kudlich/ Derya Aksoy, “Eins, zwei oder drei? Zum Verhältnis von Raub, räuberischem Diebstahl und räuberischer Erpressung in der Fallbearbeitung”, 2014, JA, s. (81), 85.

³¹ Genel kabul gören aksi görüşe göre Alman hukukundaki yağma suçunda cebir aracılığıyla (durch Nötigungsmittel) kavramı değil cebrin uygulanmasıyla kavramı kullanılmıştır bu da cebir ile alma arasında öncelik ve sonralık ilişkisini önemsiz kılmaktadır. Bkz. Kudlich/Aksoy, s. 83.

fiilini bu üçüncü kişiye yöneltseydi, mağdurlar farklılaşacağı için muhtemelen birçok kimse burada bağımsız hırsızlık ve tehdit suçlarının varlığını kabul ederdi.³² Zira malı etkilenenin iradesine bir baskı yokken, iradesine baskı verilenin malına yönelik bir saldırı yoktur.

İkinci halde bize göre sona ermiş bir hırsızlık yahut yağmanın yanı sıra, bu suçun mağduruna yönelmiş yeni bir tehdit veya cebir söz konusudur. Misal yukarıdaki örnekte fail aracı düz kontak yapıp götürmüş ve kendi hakimiyet alanına sokmuş, aradan zaman geçtikten sonra araç sahibi failin yanına gelmiş ve aracını geri istemiştir. Ancak fail aracı araç sahibine vermemek için araç sahibine cebir veya tehdit kullanmıştır. Burada suçüstü hali söz konusu olmadığından ve ilk suç sona erdiğinden yağma benzeri hırsızlık suçundan söz edilemez. Burada da bize göre fail tamamlanmış hırsızlık (veya yağma) suçundan ve daha sonra gerçekleştirdiği tehdit yahut cebir suçundan sorumlu olmalıdır. Nitekim Alman uygulama ve öğretisinde de bu konuda fikir birliği mevcuttur.

Kanuni tipte yer verilen “suçüstü halinde fark edilme / auf frischer Tat betroffen” kavramının nasıl anlaşılması gerektiği tartışma konusu olmuştur. Kavram şu iki sorunun farklı cevaplandırılması çerçevesinde tartışmalı kabul edilmektedir: faile rastlama, faili herhangi bir duyu ile fark etmek midir yoksa kişi faili fark etmese bile failin kişiyi fark etmesi yeterli midir? Fark edenin faili fark etmesi yeterli midir yoksa onun ön suçu işlediğini de fark etmesi gerekli midir?

Yargı kararına konu olan bir olayda hırsızlık için bir eve girmiş olan fail (ç)almak istediği tüm eşyaları sırt çantasına koyup evden çıkmak üzere kapıya yönelmişken kapının açılmaya çalışıldığını görür hemen kapının arkasına saklanır, içeri giren ev sahibi daha faili ve evde bir hırsızlık olduğunu fark etmeden fail sırtı dönük ev sahibinin kafasına sert bir cisim ile vurur ve kadını etkisiz hale getirip (bayıltıp) olay yerinden uzaklaşır.³³ Öğretide ve uygulamada uzun bir süre baskın olan ancak şu anda baskın olmamasına rağmen öğretide çok sayıda yazarca savunulan görüşe göre failin birini fark etmesi ve etkisiz hale getirmesi yetmez, aksine failin bir başkası tarafından fark edilmesi (rastlanması) gerekir.³⁴ Aksi durumda yağma benzeri hırsızlık

³² Bu yönde yargı kararı için bkz. Bkz. s. 12 BGH 18/04/2002 – 3 StR 52/02.

³³ BGH 27/02/1975 – 4 StR 310/74.

³⁴ BGH 27/02/1975 – 4 StR 310/74; BGHSt 9, 255 (257); Öğretide bu görüşte olan yazarlar için bkz. Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 5 vd, s. 164.; MüKoStGB/Sander, §

suçundan söz etmek mümkün değildir. Konuyu ele alan 4. Ceza Dairesi ise —öğreti ve uygulamada baskın olan görüş doğrultusunda— failin fark edilmeden hemen önce bir insanı etkisiz hale getirmesi (cebir veya tehdit uygulaması) ile fark edilmesinden hemen sonra birini etkisiz hale getirmesi arasında hiçbir fark bulunmamaktadır; önemli olan fail ile faili fark edecek kişinin zamansal ve mekânsal anlamda birbirine yakın olmasıdır. Bu sebeple kanun koyucunun bu iki kurguda da aynı cezaya hükmetmemesi için sebep yoktur. Bu da her iki halde de yağma benzeri hırsızlık suçunun oluştuğunu kabul etmeyi gerektirir.³⁵ Bize göre haksızlık içerikleri eşdeğer olabilir. Ancak ceza dairesinin ilgili değerlendirmesi kanun koyucunun amacına ve orantılı ceza belirleme ilkesine uygun olsa da kanunilik ilkesine ve lafza göre yorum ilkesine ters düşmektedir.³⁶ Bu halde failin hırsızlık suçundan ve ayrıca akabinde meydana gelen suçtan cezalandırılması gerekmektedir.³⁷

Suçüstü halinde fark edilme (karşılaşma/rastlama) durumundan söz edebilmek için kişinin, failin suç işlediğini anlamasına gerek yoktur. Fail ile karşılaşmaları/rastlaşmaları yeterlidir.³⁸ Bize göre bu rastlaşma kanun metninde de belirtildiği üzere üçüncü kişinin faili fark etmesiyle tipik olacaktır. Failin kişiyi fark etmesi ve cebir uygulayıp kişiyi etkisizleştirmesi ve olay yerinden uzaklaşması, savunduğumuz ve azınlıkta da olsa çok sayıda kişi tarafından savunulan görüşe göre yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut vermeyecektir.³⁹

Bir başka karara konu olayda hırsızlık yapmak için sabaha doğru bankaya giren kişiler polis tarafından fark ediliyor (hırsızlık teşebbüs aşamasında) ve

252 Kn. 11.; Aynı yönde “bu okuma kanunun konuluş amacına/ratio legis’e uygun olsa da lafzına uygun değildir.” Krey/Hellmann/Heinrich, s. 126.; Michael Heghmanns, *Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil*, Springer, 2009, s. 329.

³⁵ Yargı kararlarında istikrar gösteren örnekler için bkz. BGH 27/02/1975 – 4 StR 310/74.; BGHSt 26, 95 (96); 28, 224 (117 vd.); BGH NStZ 2015, 700 (701).; Öğretide bu yönde görüşler için bkz. Petra Wittig, *Beck Online Kommentar StGB*, 49. Auflage, C.H. Beck, 2021, StGB § 252 Kn. 8a.

³⁶ Bu yorumun Alman Anayasası’nın 103. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini belirtmekle birlikte bu halde suçun kapsamının aşırı genişleyeceği ve bu sebeple bu yorumun tasvip edilmemesi gerektiği görüşü için bkz. MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 10 vd.; İhlal ettiğini savunan görüş için bkz. Rengier, § 10, Kn. 8 vd., s. 185.

³⁷ Aynı yönde Heghmanns, s. 329.

³⁸ Bu konuda fikir birliği bulunmaktadır. Bkz. Kindhäuser/Böse, *Strafrecht BT II*, § 16, Kn. 8, s. 164.

³⁹ MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 11. Görüşler için ayrıca yukarıdaki açıklamalarımıza bakınız.

etrafları sarılıyor ancak bunlar bir miktar parayı alıp araçlarıyla olay yerinden uzaklaşmaya başlıyorlar, polis güçleri de bu kimseleri takibe geçiyor ve en nihayetinde önlerini kesip durmalarını sağlıyor (olay yerinden 35 km uzakta), polis memurları inip araca yaklaşmaya başladıklarında failer aracı polislerden birinin üzerine sürüp onu yaralayıp olay yerinden uzaklaşıyorlar. Aradan birkaç saat geçtikten sonra yakalanıyorlar.⁴⁰ Yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliğinden söz edebilmek için hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra ama sona ermesinden önce failin fark edilmesi gerekmekte ve fark edilen failin bu aşamadan sonra cebir veya tehdide elde ettiği malı güvence altına almak (iade etmemek/mutlak hakimiyetine geçirmek) için başvurması gerekmektedir. Somut olayımızda “fark edilme” hırsızlık suçu teşebbüs aşamasındayken başlamış ancak müdahale ve failin cebire veya tehdide başvurması ise hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra yapılmıştır. Bu durum ise suçüstü haline kavramsal olarak uysa da suçun gerçekleşme zaman çizelgesine görünüşte uymamaktadır. İlgili ceza dairesi bu durumda da yağma benzeri hırsızlık suçunun oluştuğuna hükmetmiştir.⁴¹ Süreci faille göre belirlememiz gerektiğinden ve failin cebir veya tehdide başvurması bu suça vücut vereceğinden, hırsızlık suçunun cebre yahut tehdide başvuru esnasında tamamlanıp tamamlanmadığı esas alınmalıdır.⁴² Yukarıdaki olayda cebre başvuru esnasında hırsızlık suçu tamamlanmış olduğundan yağma benzeri hırsızlıktan söz etmek gerekir.⁴³ Zira failin fark edilmesi tek başına yağma benzeri suçun teşebbüs sahasından söz etmek için yeterli olmayacaktır. Fark edilme bir kıstas ancak, esas olan failin cebir veya tehdit fiiline başvurduğu zamandır. Bu cebre veya tehdide başvurma zamanında ön suçun tamamlanmış olup olmadığı yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşumunda belirleyici olmaktadır.

Yağma benzeri hırsızlıktan söz edebilmek için hırsızlık suçunun tamamlanması ancak sona ermemiş olması gerekir. Fail tamamlanmış olduğu hırsızlık suçuna konu malın mutlak fiili hakimiyetine sahip olmak için cebir veya tehdide başvurmalıdır. Misal ayakkabı dükkanına girip yırtık ayakkabılarını çıkaran fail, ayağına güzel bir çift ayakkabı giydikten sonra

⁴⁰ BGH 04/08/2015 – 3 StR 112/15.

⁴¹ BGH 04/08/2015 – 3 StR 112/15; Aynı yönde Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, 10. A., § 16, Kn. 1, s. 163.

⁴² Aynı yönde Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 9, s. 164.; MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 6.

⁴³ Aynı yönde Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 1, s. 163.

ödeme yapmadan çıkmak için kapıya yönelir ancak onu durdurmak isteyen dükkân sahibi ile karşı karşıya kalır, ayakkabıları iade etmemek için dükkân sahibini hızlıca kenara iterek olay yerinden ayrılırsa,⁴⁴ Alman uygulama ve öğretisine göre hırsızlık suçu ayakkabıyı giymekle tamamlandığından ve halen sona ermemiş olduğundan failin kendisini durduran hak sahibine cebir uygulaması yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut verecektir. Bize göre de bu görüş yerindedir.

Hırsızlık suçu sona erdikten sonra kişinin fark edilmesi yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşumunu sağlamaz. Bu durumda suçüstü halinde fark edilme kısmı gerçekleşmemiş olduğundan,⁴⁵ yağma benzeri hırsızlık suçundan söz edilemez.

2. Konusu

Yağma benzeri hırsızlık suçunun konusunun ne olduğu Alman uygulamasında hırsızlık suçuna göre belirlenir. Buna göre tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık suçunun konusunu teşkil eden mal yağma benzeri hırsızlık suçunun da konusunu oluşturmaktadır. Uygulama ve öğretinin hemfikir olduğu bu kısma biz de katılmaktayız. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere Alman öğretisinde baskın görüş ve uygulamada genel kabul gören görüşe göre bu suçun konusunu tamamlanmış ama sona ermemiş yağma suçunun konusunu oluşturan mal da oluşturabilmektedir. Yukarıda gerekçesi açıklandığı üzere bu görüş ve uygulamaya katılmamaktayız. Bize göre bu ikinci halde faile yağma suçundan ve akabinde gerçekleştirdiği cebir veya tehdit suçundan ayrı ayrı ceza verilmelidir. Ancak bu halde de yağma benzeri hırsızlık suçunun olduğu kabul edilirse, ilgili suçun konusu değişmeyecektir. Zira yağma suçunun konusu ile hırsızlık suçunun konuları aynıdır. Yağma suçunda bu konuya iradesi baskıya maruz kalan kimse de eklenmiş bulunmaktadır. Zira bu kimse hem mağdur hem de üzerinde suç işlenen kimse yani suçun konusunu oluşturan süjüdür.

⁴⁴ Örnek için bkz. BGH NStZ 1984, 454 ve Heghmanns, s. 330.

⁴⁵ Karara konu bir olayda tren içinde yolculuk yapan fail, girdiği vagonun üç beş kişinin eşyalarını çalıyor. Diğer vagona geçiyor. Oradan da bir sonraki yataklı vagon bölmesine geçince bilet kontrol görevlisi daha önce hırsızlık yaptığını bildiği bu kişinin biletini kontrol etmek için yanına yaklaşıyor. Fail de bunun üzerine acil fren düğmesine basıyor ve bilet görevlisine bıçak doğrultup oradan kapıyı açıp kaçıyor. İlgili ceza dairesi bu halde suçüstü hali söz konusu olmadığından yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşmadığına karar vermiştir. Bkz. BGH 22/11/2012 – 1 StR 378/12.

3. Fail

Bu suçta faillik durumu özellik arz etmez. Herkes bu suçun faili olabilir. Ancak konu aşağıda yer verilen sorulara verilen cevaplar açısından tartışmalıdır. Bu tartışmalar daha çok suçun birden çok kişi tarafından işlendiği hallerde ortaya çıkmaktadır. Müşterek failliğin söz konusu olduğu hallerde, iş bölümü gereği malı (suçun konusunu) elinde bulunduran failin, eldeki malı iade etmemek / muhafaza etmek için (zur Beutesicherung) cebir veya tehdit suçlarına başvurması halinde bu suçun oluşacağı tartışmasız kabul edilmektedir. Tartışmalı olan, malı elinde bulundurmeyen müşterek failin cebir veya tehdide yine malın muhafazası (iadesini önlemek) için üçüncü kişiye karşı başvurması halinde bu suçun oluşup oluşmayacağıdır. Aynı şekilde ilk suçta şerik olanın takiben işlenen yağma benzeri suçun faili olup olamayacağı kısmı da tartışmalıdır. Bu bağlamda akla gelebilecek bir diğer husus da ilk suça (Vortat) hiç katılmamış kimsenin, akabinde başlayan yağma benzeri suçun faili olup olamayacağıdır.⁴⁶ Müşterek failliğin söz konusu olduğu hallerde suçun oluşacağı baskın olarak kabul edilen görüştür.⁴⁷ Vortat olarak nitelendirilen ilk suça şerik olarak katılan kimsenin bu suçun faili olup olmayacağı tartışmalı olmakla birlikte, bu kişilerin yağma benzeri hırsızlık suçunun faili olamayacağı görüşü baskındır.⁴⁸ Bize göre de bu görüşler yerindedir.

Keza ilk fiile hiç katılmamış birinin yağma benzeri hırsızlık suçunun faili olmayacağı genel kabul görmektedir.⁴⁹ Ancak temadi gösteren ve tamamlanmış ama sona ermemiş suça iştirak mümkün olduğundan, tamamlanma sonrası suça katılan kimsenin akabinde elde edilmiş malı muhafaza için ilk faille birlikte hareket etmesi ve cebir veya tehdide başvurması halinde yağma benzeri hırsızlık suçunun failine dönüşmesi mümkün gözükmektedir.⁵⁰

⁴⁶ Dehne-Niemann, Jan, "Räuberischer Diebstahl eines nicht beutebesitzenden Vortatmittäters?", 2015, NStZ, s. 254 vd.

⁴⁷ Aynı yönde MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 17.; Rengier, § 10, Kn. 19, s. 188.

⁴⁸ Bosch, § 252 Kn. 9 vd.; Tartışma için bkz. Dehne-Niemann, s. 254 vd.

⁴⁹ Bosch, § 252 Kn. 11.

⁵⁰ Belirtmek gerekir ki Alman hukukunda hırsızlık suçunun tamamlanması ve sona etmesi arasında geniş bir zaman aralığının mümkün olması genel kabul görmesine rağmen bu hırsızlık suçunun temadi gösteren bir suç olduğu hiç vurgulanmamıştır. "Tamamlanma ve sona erme sahaları arasında fark bulunmaktadır: eşya üzerinde hakimiyet el değiştirdiği anda bulunduğu yerden alma gerçekleşmiş ve bununla suç tamamlanmıştır. Ancak eşya üzerindeki hakimiyeti elinden alınan kişi (mağdur) doğrudan müdahale suretiyle malını geri alma hakkına halen sahiptir (BGB m. 859/2). Mağdurun doğrudan müdahale edip malını

4. Mağdur

Hırsızlık suçunun mağdurunun malik veya mal üzerinde fiili hakimiyeti olan kimsenin olabileceğini (olması gerektiğini) korunan hukuksal değere/yarar ilişkin bölümde belirtmiştik. Faili tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık esnasında fark eden (onunla karşılaşan) ve bu sebeple fail tarafından cebir veya tehdit edilen kimse yağma benzeri hırsızlık suçunun da mağduru olacaktır. Bu durumda malik yalnızca bu yeni bileşik suçun mağduru olarak kabul edilir. Ancak mülkiyete karşı suçlar içinde değerlendirilmesine rağmen suçüstü fark edilmenin yalnızca malik yahut o esnada zilyet olan kişice mi yapılması gerektiği yoksa başkalarının da bu fark etmeyi yapabileceği ve fail tarafından tehdit veya cebre maruz kalabileceği açık değildir. Aslında açıktır. Madde metni malik dışında üçüncü kişilerin de fark etmeyi gerçekleştirebileceğini ve bu çerçevede cebre yahut tehdide maruz kaldıklarında failin yağma benzeri hırsızlıktan cezalandırılacağını yorumlamaya müsaittir.⁵¹ Ancak buna rağmen durum tartışmalıdır.

Somut olayda mal varlığı (mülkiyet üzerindeki hakkı ihlal edilen) zarar gören kimse malik iken, tamamlanan ancak sona ermeyen bu hırsızlık suçunda faili gören ve bu sebeple fail tarafından cebir yahut tehdit fiiline maruz kalanın üçüncü kişi olması durumunda sorunun nasıl çözümleneceği tartışmalıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarında bu hallerde iki ayrı fiilden söz etmek gerektiği ve yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşmadığı belirtilmektedir.⁵² Zira ilk fiilde mülkiyet hakkı zedelenen kişi ile ikinci fiilde özgürce irade oluşturma ve iradesi çerçevesinde davranma hukuksal değerleri ihlal edilen kişi farklı kişilerdir. İlkinin irade oluşturma ve bu çerçevede hareket etme hürriyeti engellenmediği gibi ikincisinin de mülkiyet hakkına yönelik bir saldırı söz konusu değildir. Hatta ikincisi (ilk kişinin) mülkiyet hakkına yönelmiş saldırı tamamlanıp suç tamamlandıktan sonra olaya dahil olmaktadır. O halde her biri kendine yönelmiş suçun mağdurunu oluşturmaktadırlar.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarında⁵³ ve öğretide

geri alma imkânı olduğu sürece, failin malı güvenceye (mutlak fiili hakimiyete) aldığı söylenemez. Mal, mağdur tarafından alınmaya çalışılmayacak duruma geldiğinde (...) (BGB m. 858/1), alma sona erer." Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 2, Kn. 120, s. 64

⁵¹ "Faili fark eden herhangi bir üçüncü kişi olabilir" Aynı yönde MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 9.

⁵² Bkz. s. 12 BGH 18/04/2002 – 3 StR 52/02.

⁵³ "Bir banka soygunu gerçekleştirilmekte, polis tarafından takip edilen failer, elde ettikleri hırsızlık malını muhafaza etmek için polise karşı cebir ve tehdit kullanıp olay yerinden

savunulan diğer bir görüşe göre karşılaşan/rastlayan kişi ile ön fiilin mağduru farklı kişiler olsa da yağma benzeri hırsızlık suçu oluşacaktır.⁵⁴ Madde metninin lafzı bu şekilde okumaya müsaittir. Ancak burada yeni bir suça (bileşik suça) dönüşen yağma benzeri hırsızlık suçunun mağdurunun kim olacağı konusu açık değildir. Bazı Alman mahkeme kararlarında bu kişinin görgü tanığı gibi nitelendirildiği görülmektedir.⁵⁵ Öğretide savunulan bir görüşe göre, ilk suçun mağduru ile kullanılan cebir veya tehdidin mağduru farklı kişilerden oluşuyorsa, fail hem malik olana karşı işlemiş olduğu yağma benzeri hırsızlık suçundan ceza alır hem de üçüncü kişiye karşı işlemiş olduğu cebir veya tehdit suçundan ceza alır; bu durumda cebir veya tehdide maruz kalan üçüncü kişi işlenen cebir veya tehdit suçunun mağduru olur.⁵⁶ Bize göre bu durum kişinin bir fiilden bir kez cezalandırılabileceğini belirten *ne bis in idem* ilkesi ile örtüşmemektedir ve bu sebeple kabul edilmemelidir. Bu halde tehdit yahut cebir fiili hem yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut vermekte hem de üçüncü kişiye karşı bağımsız cebir yahut tehdit suçuna vücut vermektedir. Bize göre bu durumda bir içtima değerlendirilmesi yapılması ve en nihayetinde faile yalnızca ağır olan suçtan ceza verilmesi gerekmektedir. Bir başka görüşe göre üçüncü kişiler de bu suçun mağduru olurlar.⁵⁷

Bize göre üçüncü kişiye uygulanan cebir veya tehditle meydana gelen yağma benzeri hırsızlık suçunun mağduru yalnızca suç konusu malın maliki (yahut fiili hâkimi) olan kimsedir. Zira kanun koyucu suç tipinde failin yağma benzeri hırsızlıktan cezalandırılabilmesi için, hırsızlık suçunu tamamladıktan sona ama sona ermeden önce, ilgili malı muhafaza etmek için herhangi bir kimseye cebir veya tehdit uygulamasını yeterli bulmuştur. Bu durum suçun tipikliğinin tespitinde ve failin alacağı cezanın tespitinde belirleyici olsa da mağdurun tespitinde belirleyici değildir. Zira suç malvarlığına karşı işlenen

uzaklaşmaktalar. Mahkeme yağma benzeri hırsızlık suçunun oluştuğuna kanaat getirmiştir.” BGH 04/08/2015 – 3 StR 112/15.; “Girdiği dükkândan bir şeyler alıp çıktığı esnada olayı fark eden biri tarafından durdurulmaya çalışılan fail, eldeki mallarını vermemek için cebir kullanmak suretiyle kendini bu adamdan kurtarmış ve olay yerinden uzaklaşmıştır. Mahkeme bu halde yağma benzeri hırsızlık suçunun oluştuğuna hükmetmiştir.” BGH 28/02/1967 – 5 StR 17/67.

⁵⁴ “Rastlayan kişi mal üzerinde hakimiyeti olan kimse olabileceği gibi herhangi bir üçüncü kişi de olabilir.” Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 9, s. 164.; Aynı yönde MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 9.

⁵⁵ Bkz. BGH 04/08/2015 – 3 StR 112/15.;

⁵⁶ MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 20.

⁵⁷ “Yağma benzeri hırsızlık suçunun mağdurları, malı çalınanın kendisi, dükkan muhafızları, güvenlik personelleri yahut yardıma hazır üçüncü kişilerdir.” Hilgendorf/Valerius, s. 180.

suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Burada öncelikli koruma malvarlığına yöneliktir. Özgürce irade oluşturma ikincil olarak, bu malla bağlantılı olarak korunmaktadır. Faili fark eden ve bu sebeple failden malı bırakmasını isteyen ve bu gerekçe ile failin cebirine veya tehdidine maruz kalan üçüncü kişi ise yağma benzeri hırsızlık suçunda suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir. Ancak bu durum kendisine karşı işlenen cebir yahut tehdit suçunun varlığını inkâr etmemizi gerektirmez. Bu halde hem malın malikinin mağdur olduğu (üçüncü kişinin ise suçtan zarar gören olduğu) bir yağma benzeri hırsızlık suçu ortaya çıkmış⁵⁸ hem de üçüncü kişiye karşı işlenmiş olan münferit bir cebir veya tehdit suçu ortaya çıkmıştır ve bu suçlar içtima çerçevesinde yarışan suçlar olarak kabul edilmeli ve faile yalnızca ağır olan suçtan ceza verilmelidir (böylece ne bis in idem ilkesine aykırılık da giderilmiş olur). Zira cebir yahut tehdit fiili bir yandan yağma benzeri hırsızlığa vücut vermişken diğer yandan münferit cebir yahut tehdit suçuna vücut vermiştir. Bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumu söz konusu ise farklı neviden fikri içtima yoluyla çözümlenmesi gerekmektedir.⁵⁹ Mevcut Alman yağma benzeri hırsızlık düzenlemesi çerçevesinde yapmış olduğumuz bu yorum, olması gereken hukuk anlamında doğru bir yorum değildir. Kanaatimizce suç tipinin üçüncü kişilere karşı başvurulmuş cebir veya tehdit halini kapsamaması sorunludur. Zira malvarlığına yönelik saldırıya maruz kalan ile iradesi baskıya maruz kalan ayrı kişilerse, suçun mağdurunun tespiti sorunlu hale gelmektedir. Kanun koyucunun bu düzenlemesini, üçüncü kişileri kapsamayacak şekilde sınırlandırması kanaatimizde daha yerinde olacaktır.⁶⁰

Yağma benzeri suçun mağduru olmak için, malik olmak (veya fiili hakimiyet sahibi olmak) gerektiğini belirtmekle birlikte, üçüncü kişilere karşı yönelen eldeki suç konusunu korumaya yönelik cebir veya tehdidin uygulanması halinde de yağma benzeri hırsızlık suçunun (mağdur yine de malik yahut fiili hakimiyeti olan kimsedir) oluşabileceğini kabul etmiştik. Ancak bu kişilerin mağdur değil suçtan zarar gören olabileceklerini belirtmiştik. Üçüncü kişiye yönelmiş cebir veya tehdit olmasına rağmen, yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşmayacağı kabul edildiği haller de mevcuttur. Bu durum daha çok

⁵⁸ Yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliği bu yoruma müsaittir.

⁵⁹ A'ya ait cam vitrininin arkasındaki düşmanı B'ye ateş edip onu öldüren F olay kurgusunda A nasıl B'ye karşı işlenen öldürme suçunun mağduru addedilmiyorsa, yukarıda anılan hallerde de bu suçların mağduru kabul edilmemelidir.

⁶⁰ Aksi durumda bu suç tipinin topluma karşı suçlar kapsamına taşınması ve mağdurunun da toplumu oluşturan tüm bireyler olarak belirlenmesi daha yerinde olur. Nihai kanaatimiz düzenlemenin bulunduğu yerde kalması ancak kapsamının daraltılması şeklindedir.

faildeki manevi unsur çerçevesinde değerlendirilmekte ve buna göre yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşup oluşmadığı netleşmektedir. Örneğin M'ye ait eşyayı kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan F (genel kabule göre suç tamamlandı), malı daha kendi hakimiyet sahasına koymamışken onu gören T, F'den çaldığı malı kendisine vermesini isterse (T'nin niyeti malı alıp malike iade etmek değil, bundan kendisine veya başkasına yarar sağlamak) ve F bu kişiye karşı (T'ye karşı) cebir veya tehdit araçlarına başvurursa, F'nin suçu hırsızlıktan yağma benzeri hırsızlık suçuna dönüşmeyecektir. Zira F'nin kastı malın hak sahibine bırakılmasını talep eden birinin direncini kırıp malı teslim etmemeye yönelik değildir. Aksine malı kendisi için isteyen yeni faile (Nebentäter) karşı elde ettiği malı korumak istemektedir. Aynı durum malı elinde bulunduran failin maldan pay almak isteyen müşterek faille karşı elindeki malın zilyetliğini/hakimiyetini korumak için cebir veya tehdide başvurması halinde de geçerlidir.⁶¹ Oysa bu halde de maddi unsurlar açısından ve manevi unsurlar açısından tipik bir davranış söz konusudur. Karşı taraftaki kişinin iradesine (malı F'den hangi maksatla istediğine) bir değer bağlamak fail odaklı oluşturulan suç teorisi mantığına aykırıdır. Bu suçta manevi unsur aşağıda da yer verdiğimiz üzere fail odaklı belirlenir ve fail bilerek ve isteyerek malı muhafaza için karşısındakine cebir veya tehdit uygular.

5. Nitelikli Haller

Kanun koyucu yağma benzeri hırsızlık suçunun işlenmesi halinde failin yağma suçunun faili gibi cezalandırılmasını düzenleme altına almış olduğundan yağma benzeri hırsızlık suçunda yağma suçunun nitelikli hallerinin gerçekleşmesi halinde (ACK m. 250, 251) faile bu nitelikli haller de uygulanacaktır.⁶² Misal tamamlanmış fakat daha sona ermemiş hırsızlık esnasında tehdit fiili gerçekleştirilirken failin yahut şeriklerden birinin silah taşınması söz konusu ise ACK m. 250/1, 1-a bendine göre hükmedilecek cezanın alt sınırı 3 yıldan aşağı olamayacaktır.⁶³

⁶¹ Örnekler ve aynı yönde sonuç için bkz. Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 14, s. 166.

⁶² Eisele, § 13, Kn. 397, s. 137.

⁶³ Aynı şekilde hırsızlık suçunun nitelikli hallerinin tamamlanmasından sonra da sona erme aşamasına kadar zorlama araçlarının kullanımı halinde yağma benzeri hırsızlık suçu oluşacağından, anılan bu hususların da cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması mümkündür. Bkz. Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 2, s. 163.

D. Suçun Manevi Unsurları

Suç kasten işlenebilmektedir. Ön olay/fiil (Vortat) olarak nitelendirilen hırsızlık ve yağma suçları manevi unsur açısından da yağma benzeri hırsızlık suçundan ayrılmaktadırlar. Hırsızlık suçundan fail bir malı kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alırken, yağma benzeri hırsızlık suçunda fail tamamlanmış hırsızlık sayesinde elde etmiş olduğu malı/ganimeti (Gute/Beute) muhafaza etmeyi amaçlamakta ve bu amaçla cebir veya tehdit fiiline yön vermektedir. Yağma suçunda fail daha bir mal elde etmemişken cebir veya tehdit fiiline başvurmakta ve bunu mağduru bir şeyi teslimine zorlamak yahut bir şeyi almasına engel olmasını önlemek için uygulamaktadır. Yağma benzeri hırsızlıkta maksat ön fiil esnasında (hırsızlık yahut yağma sonucu) elde edilmiş malı iade etmemek, kendinde tutmak için hareketine (cebir veya tehdit fiillerine) yön vermektedir.⁶⁴

Failin hırsızlık suçunu tamamladığı ama suçun daha sona ermediği aşamada fark edilmesi ve failin cebir veya tehdide başvurması gereklidir ancak yeterli değildir. Zira fail bu fark edilme halinde elde ettiği (böylece fiili hakimiyetine koyduğu ama üzerinde tam hakimiyet kurmadığı) malı bıraktıktan sonra kaçışına izin verilsin diye cebir veya tehdit fiiline başvurursa, yağma benzeri hırsızlık suçu oluşmayacaktır.⁶⁵

E. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Suç, hukuka aykırılık bakımından özellik arz etmemektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin ortaya çıkması mümkündür.

F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme, Etkin Pişmanlık ve İştirak İlişkisi

Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak kasten işlenen tüm suçların teşebbüs sahasında kalan kısımları cezaya layık kabul edilmediğinden, öncelikle yağma benzeri hırsızlık suçunun hangi kategoride değerlendirildiğini ve dolayısıyla bu suça teşebbüsün cezalandırılıp cezalandırılmadığını tespit etmemiz gerekmektedir. Yağma benzeri hırsızlık suçunun haksızlık içeriği ağır kabul edildiğinden bu suç Alman hukukunda yapılan Vergehen (cünha veya hafif suç) – Verbrechen (cürüm veya ağır suç) ayırımında

⁶⁴ Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 14, s. 166.

⁶⁵ Aynı yönde Rengier, § 10, Kn. 14, s. 187.; 765 s. TCK m. 495/2 düzenlemesi bu yönüyle Alman düzenlemesinden ayrılmaktaydı.

kanun koyucu tarafından Verbrechen olarak nitelendirilmiştir.⁶⁶ Alman hukukunda Vergehen olarak nitelendirilen hafif suçlara teşebbüs ancak ayrıca belirtilmişse cezalandırılmaktayken, Verbrechen olarak nitelendirilen ağır suçlara teşebbüs ise her zaman cezalandırılmaktadır.⁶⁷ Yağma benzeri hırsızlık suçu Vergehen olarak nitelendirilmiş olsaydı ve kanun metninde “bu suçta teşebbüs cezalandırılır / der Versuch ist strafbar” ibaresinde yer verilmemiş olsaydı, suçun özel görünüşleri başlığı altında teşebbüs incelemesine ihtiyaç kalmayacaktı.⁶⁸ Kanun koyucu bu suçu Verbrechen olarak nitelendirdiği için suç incelemesinde bu başlığa da ayrıca yer verilip teşebbüs hususunun açığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yağma benzeri hırsızlık suçu, failin önceki suça (Vortat) konu malı güvence altına almak için cebire veya tehdide başvurması ile tamamlanır.⁶⁹ Sona ermesi ise bu güvenceye almanın gerçekleşmesi veya olay yerinde yakalanmasıyla gerçekleşir.⁷⁰ Cebre veya tehdide yeltenme aşaması kısıtlı olduğundan teşebbüs sahası çok sınırlıdır. Ancak kesintisiz suçlarda tamamlanma ile sona erme arasında suça iştirak mümkün olduğundan, suça katılım uygulamada zor olsa da teorik olarak bu safhada da mümkündür.

Alman Ceza Kanunu'nda yer verilen gönüllü vazgeçme kurumu da (ACK m. 24), suçun tamamlanması aşamasına kadar bir cezasızlık sebebi öngördüğünden ve yağma benzeri hırsızlık suçunda ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi gerekmediğinden, gönüllü vazgeçme hususunun bu suç tipinde gerçekleşmesi güçtür.⁷¹ Ancak yine de belirtmek gerekir ki, yağma benzeri hırsızlık suçuna teşebbüs eden fail, gönüllü vazgeçme koşulları çerçevesinde fiilini devam ettirmekten vazgeçerse, bu suçta teşebbüsten ceza almayacaktır. Ancak Vortat olarak nitelendirilen ön suç (duruma göre hırsızlık veya yağma) varlığını ve cezalandırılabilirliğini korumaya devam edecektir. Böylece yağma benzeri hırsızlık suçundaki maksatla tehdit yahut cebir suçlarına başvurmak

⁶⁶ Hilgendorf/Valerius, s. 180.

⁶⁷ Bkz. ACK m. 23 ve m. 12; Rolf Schmidt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Auflage, RS Verlag, 2015, s. 253.; Urs Kindhäuser/ Till Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Nomos, 2020, § 30 Kn. 1, s. 260.; Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, De Gruyter, 1991, s. 716.

⁶⁸ Schmidt, s. 253.

⁶⁹ MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 18.; Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 16, s. 166.

⁷⁰ “Fail, üçüncü kişiye karşı cebir kullanmış olmasına rağmen, malın elinden alınmasına engel olamamışsa da suç tamamlanmış olur.” Bosch, § 252 Kn. 8.

⁷¹ Rengier, § 2, Kn. 196, s. 54.

isteyen failin, başvurmuş olduğu bu cebir suçuna teşebbüs etmişken yahut tehdit suçuna teşebbüs etmişken anılan bu suçları tamamlamaz ve fiilini devam ettirmekten gönüllü olarak vazgeçerse gönüllü vazgeçme gereği yağma benzeri hırsızlık suçuna teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Ancak o ana kadar tamamlanmış bulunan hırsızlık suçundan cezalandırılabilir. Tabii hırsızlığa konu malı da iade etmişse bu durumda kanuni düzenlemenin olması halinde etkin pişmanlıktan söz edilebilecektir.

Yağma suçunun tamamlanmasından sonra ama sona ermesinden önce başvuru baskın veya tehdidi (baskın görüş çerçevesinde) yağma benzeri hırsızlık olarak kabul ettiğimizde gönüllü vazgeçme durumu anlamsızlaşmaktadır. Zira yağma suçu tamamlandıktan ancak sona ermeden önce fail mağdura karşı malı iade etmemek için cebir uygulamaya karar verir bu cebir veya tehdit (hareketin bölünebilirliği çerçevesinde) teşebbüs aşamasındayken gönüllü vazgeçerse, faile yağma benzeri hırsızlık suçundan ceza verilmeyecektir. Ancak o ana kadar tamamlanmış olan yağma suçundan ceza verilecektir. Oysa fail gönüllü vazgeçmemiş olsaydı da baskın görüşüne göre yine yağma suçundan cezalandırılacaktır. Kişiye gönüllü vazgeçme kapısının açık bırakılmasının hiçbir faydası yoksa, kişinin suç yolundan kendini alıkoymasına için de sebep yoktur. Anılan bu sebeple yağma sonrası başvuru baskın veya tehdidin yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut vermemesi gerektiğini savunmaktayız.

2. İçtima

Alman uygulama ve öğretisinde baskın görüş olmamakla birlikte birçok kişi tarafından savunulan alternatif görüşü savunduğumuz için, mağdur faili fark etmediği hallerde gerçekleşen cebir kullanımı durumunda (tehdit failin fark edilmesini gerektireceğinden bu durum yalnızca cebirin kullanıldığı ve mağdur faili fark etmesine imkân verilmediği hallerde mümkündür) gerçek içtima durumunun söz konusu olacağını savunmaktayız.⁷² Fail, tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık fiilinin suçüstü halinde iken gördüğü ama kendisini fark etmeyen üçüncü kişiyi başına sert bir cisimle vurup etkisiz hale getirmişse ve oradan etkisiz hale getirdiği kişi kendine gelmeden ayrılmışsa, tamamlanmış hırsızlık suçundan ve daha sonra meydana gelen suçtan (yerine göre cebir veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan) sorumlu tutulmalı ve cezalandırılmalıdır.⁷³

⁷² Aynı yönde MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 11.

⁷³ Aynı yönde MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 11.

Alman hukukunda yağma benzeri hırsızlık suçunun hırsızlık artı cebir veya tehdit kombinasyonunun haricinde yağma artı cebir veya tehdit kombinasyonu ile işlenebileceğinin genel kabul gördüğünü belirtmiştik. Failin yağma suçunu mu işlediği yahut yağma artı yağma benzeri hırsızlık suçunu mu işlediği şüpheden arı olarak tespit edilemiyorsa, Alman uygulamasında genel kabul gören seçimlik fiil cezalandırması (Wahlfeststellung⁷⁴) yoluna gidileceği ve failin buna göre ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacağı kabul edilmektedir.⁷⁵

Yağma benzeri hırsızlık suçu anılan suçları barındıran bağımsız, bileşik bir suç olduğundan, fail ayrıca hırsızlık ve cebir veya tehdit suçlarından cezalandırılmaz.⁷⁶ Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, ön suçun/fiilin (Vortat) mağduru ile bu ön suçtan elde edilmiş malın muhafazası için uygulana cebir yahut tehdit suçunun mağduru farklı kişilerden oluşuyorsa, farklı neviden fikri içtima düzenlemesine başvurup failin yalnızca ağır suçtan cezalandırılması gerektiğini kabul etmek gerekir.⁷⁷

II. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

A. GENEL OLARAK

Bu kısa çalışmada Türk hukukunda hırsızlık ve yağma suçlarına kapsamlı bir şekilde yer vermek mümkün olmadığı gibi çalışma ile amaçlanan da bu değildir. Çalışmamızda Alman hukukunda yer verilen yağma benzeri hırsızlık suçunun veya bu düzenlemeye büyük oranda paralellik arz eden 765. s. TCK'nin 495. maddesinin 2. fıkrası gibi bir düzenlemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'muzda düzenlenmemiş⁷⁸ olmasının doğurabileceği sakıncalara

⁷⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ercan Yaşar, "Alman Hukukunda Seçimlik Fiil/Suç Cezalandırması", in Mahmut Koca (ed.), Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, Seçkin, 2020, s. 1265 vd.

⁷⁵ MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 22.; Bosch, § 252 Kn. 13.

⁷⁶ Bosch, § 252 Kn. 13.

⁷⁷ Bu durum birleşik suç anlayışı ile örtüşmemektedir. Zira bileşik suçlarda içtima değerlendirmesine ihtiyaç duyulmadan faile yalnızca bileşik suçtan ceza verilmektedir. Ancak yine de şu iddia edilebilir. Bu hallerde gizli bir farklı neviden fikri içtima yapılmış ve ağır olana hükmedilmiştir. Tabii bu gizli suçların yarışması (Konkurrenz) değerlendirmesi kanun koyucu tarafından yapılmış ve bileşik suçun her halükârda daha ağır olacağı soyut bir şekilde kabul edilmiştir. Bu sebeple somut olaylarda bu değerlendirme yapılmaz. Bileşen suçların mağdurlarının farklı olması halinde suç tipi bu suçun oluştuğuna müsait ise farklı neviden fikri içtima okuması yapıp sorunu bu şekilde çözümlenmek mümkündür.

⁷⁸ 5237 s. Kanunun yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliğin kapsayan bir yağma düzenlemesine yer verdiği görüşü için bkz. Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız,

ve mevcut kanun düzenlemeleriyle bulunan çözümlerin doğurduğu teorik problemlere yer vermekle yetineceğiz. Bu çerçevede ilgili suçların yalnızca karşılaştırma ihtiyacı bulunan hususlarına ve ilgili konuda görüşlerimize yer vereceğiz.

Karşılaştırma kısmına başlamadan önce her iki hukuk sisteminde ilgili suçlara ilişkin kanun düzenlemeleri arasında tamamıyla bir paralellik olmadığını belirtmek isteriz.⁷⁹ Zira Alman hukukundaki hırsızlık suçunda zilyetlik ve rıza kavramlarına yer verilmediği halde bizde bu iki kavrama yer verilmiştir. Keza Alman hukukunda bu iki suçun tamamlanması ile sona ermesi sahaları arasında cebir yahut tehdit kullanımına ayrı bileşik bir suç denilmişken bizde 5237 s. TCK'ya geçişten bu yana böyle bir düzenleme söz konusu değildir. Bu sebeple karşılaştırma ve değerlendirmelerimiz bu normatif düzenlemeleri de dikkate alacak şekilde yapılacaktır.

Türk hukukuna ilişkin konuyu ele alırken hırsızlık ve yağma suçlarının unsurlarına kısaca yer verip, öğreti ve uygulamanın bu unsurları nasıl anlamlandırdığına yer vereceğiz. Suçların tamamlanma ve sona erme zamanları ağırlıklı olarak fiil unsuru ile ilgili olduğundan yoğunluğu bu unsura ve buna bağlı olarak suçun özel görünüş şekillerine vereceğiz. Akabinde verilen bu anlamların doğurduğu tartışmalara yer verip, eski Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmiş ancak yeni Türk Ceza Kanunu'na alınmamış *yağma benzeri hırsızlık*⁸⁰ suçunun bir kanun boşluğu oluşturup oluşturmadığı ve yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı hususlarını ele alacağız.

Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14.B., Seçkin, 2019, s. 659.

⁷⁹ Çeviri için bkz. Yenisey/Plagemann, Alman Ceza Kanunu, 242. ve 249. madde çevirileri şu şekildedir: Hırsızlık (242/1) “Her kim, başkasına ait taşınır bir malı, hukuka aykırı bir şekilde kendisine mal edinmek veya üçüncü kişiye mal edindirmek maksadıyla (...) bulunduğu yerden alırsa, (...) cezalandırılır.” Yağma (249/1) “Her kim, diğer bir kişiye karşı cebir kullanarak veya vücut veya hayat için halihazırdaki bir tehlike ile tehdit ederek, başka birinin taşınır malını kendisine veya üçüncü bir kişiye hukuka aykırı bir şekilde edindirmek maksadıyla, (...) bulunduğu yerden alırsa, (...) cezalandırılır.

⁸⁰ Öğretide bu suçun “yağmaya dönüşen hırsızlık/ hırsızlığın yağmaya dönüşmesi / dolaylı yağma / yağma sayılan hırsızlık” olarak nitelendirildiği görülmektedir. Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16.B., Beta 2001, s. 433.; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. B., Adalet, 2019, s. 642.; Köksal Bayraktar ve diğerleri, Özel Ceza Hukuku, Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, Onikilevha, 2018, s. 79.; İsmail Malkoç, “Hırsızlık Suçunun Yağma Suçuna Dönüşmesi”, 1990, TBB Dergisi, 1990/2, s. 219 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 311.; M. Ruhan Erdem/ Candide Şentürk, “Hırsızlığın Yağmaya Dönüşmesi (Dolaylı Yağma)”, 2017, İKÜHFD, C. 16, S. 2, Y. 2017, s. 651.

B. TÜRK HUKUKUNDA HIRSIZLIK VE YAĞMA SUÇLARININ TAMAMLANMASI VE SONA ERMESİ ZAMANI

1. Genel Olarak

Hırsızlık ile yağma suçlarının değerlendirilmeleri paralellik arz eden bir tutarlılıkla yürütülmelidir. Çünkü genel olarak kabul edildiği üzere yağma suçu araç suçlar olan cebir veya tehdit suçları ve amaç suç olan hırsızlık suçunu içeren çok hareketli bir suçtur.⁸¹ Öğretide de vurgulandığı üzere araç suçlar ile amaç suç arasında öncelik ve sonralık ilişkisi bulunmaktadır.⁸²

Malvarlığına karşı işlenen suçlarda yer verilen zilyetlik kavramından ne anlaşılması gerektiği, ilgili eylemin hangi suç altında değerlendirileceğini belirlediğinden kısaca bu kavrama açıklık getirmek gerekmektedir. Zilyetliğin özel hukuktaki kavram ile aynı anlamı taşıdığı görüşünü savunanlar, bu kavramın çerçevesini özel hukukun zilyetliğe vermiş olduğu anlam ile şekillendirmekte ve ilgili suçları da buna göre açıklamaktalar. Biz de bu görüşü benimsemekteyiz. Aksi görüşe göre ise zilyetlik özel hukuktan farklı bir anlam taşımakta, özel hukuktaki anlamından farklı olarak tüm fiili durumları kapsamakta ve fiilen malı elinde bulduranın malı otonom kullanım yetkisini de barındırmaktadır; bu sebeple özel hukukta zilyet sayılmayanlar da ceza hukukunda zilyet kabul edilebilmektedirler.⁸³ Ancak belirtmek gerekir ki bu ayırım yalnızca mağdurun, buna bağlı olarak rıza gösterebilecek kişinin ve işlenen suç tipinin (hırsızlık, güveni kötüye kullanma, yağma vs.) tespiti için yol gösterici olabilir. Malın bulunduğu yerden alınması kavramını açıklamak için ise bize göre zilyetlik kavramına başvurmaya gerek yoktur. Zira kanun koyucu bu durumda zilyetliği anlamadan malın bulunduğu yerden alınmasına

⁸¹ Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 630.

⁸² Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 630.; Bayraktar ve diğerleri, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 89.; Erdem/Şentürk, s. 672.; Kimi yazarlar bu öncelik sonralık ilişkisini kabul etmekle birlikte teşebbüs aşamasına girmiş hırsızlık suçunda suç daha tamamlanmadan başvuru olan cebir ve tehdit hallerinde de yağma suçunun oluştuğu kabul etmek suretiyle kendi içlerinde bir çelişki yaşamaktadırlar. Öncelik sonralık ilişkisi varsa önce araç suçlar sonrasında da hırsızlık suçu gerçekleşmelidir. Bu yazarlara göre hırsızlığın tamamlanması (alma fiili; malın el değiştirmesi) cebir veya tehdit kullanımından sonra olduğu sürece öncelik sonralık ilişkisi bozulmuş sayılmaz. Bize göre bu görüş eski TCK düzenlemesi ışığında değerlendirildiğinde yanlıştır. Öyle olsaydı kanun koyucu eski TCK'da hırsızlık suçuna teşebbüs halinde iken eklenen cebir veya tehdit durumunu yağma benzeri (dolaylı yağma) sayıp cezasını yağma suçuna göre belirlemezdi. Anılan yazarlar için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 392.; aynı şekilde Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 642.

⁸³ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. B., Yetkin, 2014, s. 376.; Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 575.

yer vermiştir. Ancak ceza hukukunda zilyetlik kavramına ayrı bir anlam veren kimi yazarların bu kavram üzerinden malın bulunduğu yerden alınmasını da açıklamaya çalıştıkları görülmektedir.⁸⁴ Bize göre bu yanlıştır.

Konuya başlamadan önce, yaptığımız değerlendirmelerin doğru anlaşılabilmesi için hırsızlık ve yağma suçlarında genel olarak şunları savunduğumuzu söylemek isteriz. Bize göre son verilen zilyetliğin haklı yahut haksız olmasının bir önemi yoktur.⁸⁵ Zilyet her durumda mağdura dönüşür. Zilyetlik ile mülkiyet başka kişilerde ise mağdur yalnızca zilyet olur. Malik ise suçtan zarar gören olarak kabul edilir. Bu açıklamalar malikin kendi malını çalabileceği şeklinde yorumlanamaz. Zira öğreti ve uygulamada da savunulduğu üzere davranış tipik olmayacaktır.⁸⁶ Çünkü başkasının zilyetliğinde bir mal olsa da başkasına ait mal bu hallerde söz konusu olamayacaktır.

2. Korunan Hukuksal Değer

Alman hukukunda zilyet kavramına yer verilmediği için suçla korunan hukuksal değer ne olduğu tartışması yukarıda da kısaca yer verdiğimiz üzere, mülkiyet ve zilyetliği gerektirmeyen mal üzerinden dolaysız/doğrudan fiili hakimiyet (Gewahrsam) çerçevesinde yürütülmüştür.⁸⁷ Türk hukukunda

⁸⁴ Soyaslan, s. 383.; Kişilerin üzerinden bir şeylerin alınması şeklinde yapılan hırsızlıklarda malın zilyetliğinin el değiştirmesi o anda gerçekleşmekle birlikte belirli bir yerden yapılan eşya hırsızlıklarında zilyetlik el değiştirmekle gerçekleşmemektedir. Bu sebeple hırsızlığın tamamlandığı anı, taşınabilir malın failin egemenlik alanına girdiği an olarak kabul etmek gerekir. Bu gerekçeyle malın alındığından ve suçun tamamlanmasından bahsedebilmek için zilyetliğin el değiştirmiş olması gerekir. Bkz. Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 573.

⁸⁵ Aynı yönde M. Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18.B., Adalet, 2019, s. 524.; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 320.; “Hırsızdan malı çalan da hırsızlık suçunun faili olur” Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/ Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18.B., Seçkin, 2020, s. 735.

⁸⁶ Görüş ve yargı kararları için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 518.

⁸⁷ Gewahrsam kavramı şu yönüyle zilyetlikten (Besitz) ayrılmaktadır. Her doğrudan zilyet aynı zamanda Gewahrsam iken, her Gewahrsam durumu aynı zamanda doğrudan yahut dolaylı zilyet olmak zorunda değildir. Ceza hukuku açısından doğrudan en önemli ayırım zilyet yardımcısının durumunda ortaya çıkmaktadır. Zilyet yardımcısı zilyet olamamasına rağmen, Gewahrsam sahibi kimsedir. O sebeple Alman hukukunda zilyet yardımcısına karşı da hırsızlık suçu işlenebilmektedir. Aynı şekilde zilyet yardımcısı yağma suçunun da mağduru olabilmektedir. Zilyet yardımcısının zilyede karşı işlediği fiil de bu sebeple hırsızlık suçuna vücut vermemektedir. Bizim hırsızlık düzenlememiz mal üzerinde doğrudan hâkim olan (Gewahrsam) kavramına yer vermediğinden, bu okuma bizim normatif düzenlemelerimizle örtüşmemektedir. Ancak buna rağmen öğretilerde zilyet yardımcısının ceza hukukunda zilyet olduğu ve bu sebeple zilyede karşı işlediği fiilin hırsızlık olarak nitelendirilemeyeceği de

kanun koyucu zilyet kavramına yer verdiği için bu tartışmalar mülkiyet ve zilyetlik etrafında şekillenmiştir. Ülkemizde de bu suçla yalnızca mülkiyetin, mülkiyetten söz edilmediği için yalnızca zilyetliğin⁸⁸, mülkiyet ve zilyetliğin⁸⁹, son olarak mülkiyet ve zilyetliği de içine alan fiili hakimiyetin (Gewahrsam) korunduğu savunulmaktadır.⁹⁰ Yağma suçu cebir veya tehdit suçları ile hırsızlık suçunun bileşiminden meydana geldiği için anılan bu hukuksal değerlere irade özgürlüğü ve bu irade doğrultusunda hareket etme özgürlüğü değeri de eklenmektedir.⁹¹

Yağma benzeri hırsızlık suçunda, elementlerin yer değiştirmiş olduğu bileşik bir suç söz konusudur. Bu bileşik suç yağma suçundaki cebir veya tehdit suçu artı hırsızlık suçları yerine hırsızlık suçu artı cebir veya tehdit suçundan oluşmaktadır. Bu sebeple korunan hukuksal değerler yağma suçu ile aynıdır.

Alman hukukunda korunan hukuksal değerler bağlamında yaptığımız eleştiri ile paralel olarak Türk hukukunda da yağma benzeri hırsızlık suçunun yağma artı cebir veya tehditten oluşamayacağı görüşündeyiz. Türk hukukunda bu halde yağma benzeri hırsızlık suçunun oluştuğunu belirten yazarlar mevcuttur.⁹² Ancak bize göre yağma suçunun işlenmesiyle korunması gereken hukuksal değerlerin ikisi de ihlal edilmiştir, yağmaya eklenen cebir veya tehditle ihlal edilmiş değerlerin ihlal edilmemiş sayılmasını koruyamayacağına göre böyle bir düzenlemeye de ihtiyaç yoktur. Bu halde yağma suçunun içinde korunmuş hukuksal değer in akabinde gerçekleşen cebir yahut tehdit dolayısıyla yeniden ihlali söz konusudur ki bu halde failin ayrıca cezalandırılması şarttır. Aksi durumda yağma suçunun faili ile yağma artı cebir veya tehdit gerçekleştirenin faili somut olayda aynı cezayı alacaktır. Bu durum ne korunan hukuksal değer ile ne de adil, kusur ve haksızlıkla orantılı ceza anlayışı ile örtüşmektedir.

savunulmaktadır. Görüş için bkz. Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 578.

⁸⁸ Bayraktar ve diğerleri, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 13 ve s. 83.; Yılmaz Yazıcıoğlu, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayırımı”, 2013, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üni. HAD, Y. 2013, C. 19, S. 2, s. 767.

⁸⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 734.

⁹⁰ Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 573, 578.

⁹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 792.

⁹² Erdem/Şentürk, s. 667.

3. Suçun Maddi Unsurları

a. Fiil

Taşınır bir malı bulunduğu yerden almak hırsızlık suçunun tipik hareketini oluşturmaktadır. Hırsızlık suçu bu yönüyle salt hareket suçudur.⁹³ Kişinin malvarlığında yahut tasarruf sahasında bulunan malın alınması suçun sona ermesiyle birlikte bir azalıma neden olduğundan aynı zamanda bir zarar suçudur.⁹⁴

Burada taşınır bir malı “bulunduğu yerden alma” fiilinden ne anlaşılması gerektiği hususuna girmeden önce korunan hukuksal değerle bağlantılı olarak şunu belirtmek isteriz. Bu suçla mülkiyetin yahut zilyetliğin korunduğunu kabul ettiğimizde, bu kabul bizi zorunlu olarak ilgili suçun tamamlanması için zilyetliğin yahut mülkiyetin tamamlanma ile birlikte el değiştirmesi gerektiği sonucuna götürmemelidir. Mala zarar verme suçunda da korunan hukuksal değer mülkiyet hakkı olmasına rağmen suçun tamamlanması için mülkiyetin el değiştirmesi gerekmemektedir. Hırsızlık veya yağma suçlarında zilyetliğin (veya mülkiyetin) korunan hukuksal değer olmasının tipik fiilin gerçekleşmesi açısından etki etmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Özel hukukun veya ceza hukukçularının zilyetliğin el değiştirmesine verdiği anlam çerçevesinde hırsızlık suçundaki *bulunduğu yerden alma* fiilini açıklamak bize göre yanlış bir değerlendirme olur. Zilyetlik değerlendirmesi rızayı vermeye ehil olanı, suçun mağdurunun tespiti gibi konularda belirleyici olacaktır. Alma fiilinin kapsamı —kanun koyucu madde metninde ayrıca bir açıklamaya yer vermediği sürece— malın bulunduğu yerden fiziken alınması (malın yer değiştirmesi) şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi bir düşünce, aksi bir yorum aşağıda ele alacağımız üzere hırsızlık suçunda görünüşte fail lehine kıyas olarak nitelendirilebilirse de teşebbüste kaldığı sürece yağmaya dönüşümü (biz bu görüşe de katılmıyoruz) dikkate alındığında kesinlikle fail aleyhine bir kıyas olmaktadır. Bu duruma yorum denilemez. En iyi ihtimalle kanun koyucunun lafız ile dışa vurmadığının, öğretisi ve uygulama değerlendirmesi ile kanun koyucuya atfedilmesidir. Bize göre bu da kanun metnini kıyasen değiştirme/genişletme olarak addedilebilir. Anılan bu gerekçe ile bulunduğu yerden alma fiilinin zilyetlikle bağlantılı açıklanmaya çalışılmasını doğru bulmuyoruz.

“Bulunduğu yerden alma” fiilinden ne anlaşılması gerektiği konusuna ilişkin tartışmaya gelince; *alma* fiilinin ne zaman tamamlanmış olacağı,

⁹³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 519.

⁹⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 519.; Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 630.

hem teşebbüs açısından önem arz etmekte hem de hırsızlık suçuna teşebbüs edildikten sonra eklenen cebir veya tehdidi yağma suçu olarak kabul eden görüşe göre eklenen cebir veya tehdit fiillerinin hangi suçu oluşturacağı hususu için belirleyici olmakta ve bu sebeple önem arz etmektedir.⁹⁵

Bizim de savunucusu olduğumuz görüşe göre alma fiilinden manevi unsur doğrultusunda malın bulunduğu yerden alınması anlaşılmalıdır. Bunun için zilyetliğin el değiştirmesine gerek yoktur. Zilyetliğin el değiştirmesi suçun sona ermesi açısından önem arz edebilir. Alma ile birlikte zilyetlik de geçmişse, mal üzerinde mutlak fiili hakimiyet kurulmuşsa, alma ile suç tamamlandığı gibi sona da ermiş olur. Örneğin kimsenin üzerinden bir eşyanın alınmasıyla birlikte suç tamamlanır. Kişi o esnada alma fiilini hiç fark etmemişse, suç sona erer. Kişi fark etmişse, takibin kesilmesiyle suç sona erer. Aynı şekilde bir evden hırsızlık yapılmaktaysa, malın alınmasına yeltenilmesiyle icra hareketleri başlar, malın alınması ile suç tamamlanır, failin ev ve eklentilerinden çıkmasıyla suç sona erer. Bize göre yağma suçunda araç ve amaç suçlar arasında öncelik sonralık söz konusu olduğundan, hırsızlık suçunun icra hareketlerine başlanmasıyla birlikte, suçun yağma olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Yağma suçundan söz edebilmek için failin suç yoluna cebir veya tehdidin icra hareketleriyle girmesi gerekir. Ancak biz hırsızlık suçunun icra hareketlerini almaya ön gelen ve dolayısıyla almaya yeltenme olarak algıladığımızdan, failin bir eve girip çelik kasayı keserek açmaya çalışması esnasında yakalanması/fark edilmesi ve failin bu fark edilmeye rağmen mağdura cebir veya tehditle karşılık verip kesme fiilini devam ettirmesi ve açtığı kasadan malı almaya yeltenmesi halinde suçun yağma olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Fail bu fark edilme halinde çelik kasayı kesmekten vazgeçer ve mağdura cebir yahut tehdit savurup olay yerinden bir şey almadan veya almaya yeltenmeden ayrılırsa bize göre suç yağma suçu olarak kabul edilemez.

Alma fiilini zilyetlik ve fiili hakimiyet çerçevesinde netleştiren görüşler ise şu şekilde tamamlanma ve sona erme zamanlarını belirlemektedirler.

Bir görüşe göre almak fiili ile amaçlanan mağdurun zilyetliğine son vermektir; bu da suç konusu üzerindeki fiili hakimiyetin el değiştirmesi

⁹⁵ “Henüz alma tamamlanmadan önce cebir veya tehdide başvurulması halinde, eylemin yağma kapsamında olacağı kuşkusuzdur.” Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 313.

olarak anlaşılmalıdır.⁹⁶ Bu el değiştirmenin gerçekleşmesiyle suç tamamlanır, suçun sona ermesi ise yeni fiili hakimiyet kuranın bu fiili hakimiyeti sağlamaştırması, güvenceye alması halinde mümkündür. Bu görüşe göre fiili hakimiyet (zilyetlik) malın elde edilmesi ile el değiştirmekte, failin bunu saldırılardan koruyacak aşamaya vardırması ise mutlak fiili hakimiyet olarak kabul edilmektedir.

Türk hukukunda yer verilen hırsızlık ve yağma suç düzenlemelerini bu görüş çerçevesinde ele aldığımızda, Alman hukukunda ve eski TCK'da yağma benzeri hırsızlık olarak nitelendirilen fiillerin hangi suç tipi altında değerlendirilmesi gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Yağma benzeri hırsızlık suçundan söz edebilmek için hırsızlık suçunun tamamlanması ancak sona ermemiş olması gerekir⁹⁷ ve failin bu tamamlanma ile sona erme arasında elde etmiş olduğu malı iade etmemek (elinde muhafaza etmek) için cebir veya tehdit yoluna başvurması gerekmektedir. Türk hukukunda yağmadan söz edebilmek için Alman hukukunda da genel kabul gördüğü üzere cebir/tehdit artı hırsızlık sıralaması bozulsa da (suç yolu hırsızlık suçunun işlenmesiyle başlasa da) hırsızlık suçu tamamlanmadan (hırsızlık henüz teşebbüs aşamasındayken) başvuru cebir veya tehdit de yağma suçuna vücut verecektir;⁹⁸ Mülga 765 s. TCK'nın 495. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliğinde teşebbüs aşamasındaki hırsızlığa eklenen cebir veya tehdit de sayılmaktaydı. Bu da bize göre yer değiştirmenin olduğu her halükârda yağma suçundan ayrılan yeni bir durumun ortaya çıktığına işaret etmektedir. Dolayısıyla suç yolunun elementleri hırsızlıkla başlamışsa artık bu hırsızlığa (teşebbüs aşamasında olsa da) yağma demek mümkün değildir. Kanun koyucu bu fiili ancak yağmaya benzetmek suretiyle cezalandırabilir. Nitekim eski TCK'da durum bu şekilde çözümlenmişti. Anılan bu sebeplerle biz elementlerin dizilişinin

⁹⁶ “Hizmetçinin çalıştığı evden aldığı bilezikleri, müsait bir zamanda evine götürmek üzere, evin bir köşesine gizlemesi halinde, alma unsuru gerçekleşmiş olur.” Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 332. “Örneğin, failin takip edilmemesi için kişiye karşı cebir veya tehdide başvurması halinde bu olayın ayrıca cebir veya tehdit suçları bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Bu halde fail hem hırsızlıktan hem de cebir veya tehditten sorumlu tutulabilir.” Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 386.; Savunmamakla birlikte Dönmezer bu fikri suçun tamamlanması için malın bulunduğu yerden alınması görüşü olarak nitelendirmektedir. Dönmezer, s. 347.

⁹⁷ Eski TCK m. 495/2 düzenlemesinde hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasında olduğu hallerde eklenen cebir veya tehdit de yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut vermekteydi. Düzenleme bu yönüyle Alman düzenlemesinden ayrılmaktadır.

⁹⁸ Bayraktar ve diğerleri, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 91.

bozulduğu bu halde de yağma suçundan söz edilemeyeceğini olsa olsa gerçek içtima konusu iki ayrı suçtan söz edilebileceğini Alman hukukuna ilişkin açıklamalarımızda belirtmiştik. Hırsızlık suçunun tamamlanmadığı aşamalarda başvurulmuş cebir veya tehdit yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut vermediğinden, bu konuda Türk hukuk uygulama ve öğretisi (bu görüş bazında) ayrılmamaktadırlar. Ancak fail hırsızlık suçunu tamamladıktan sonra ancak suç konusu malı mutlak fiili hakimiyetine koymadan önce biri tarafından fark edilir ve malın iadesi kendisinden istenirse ve fail de cebir yahut tehdit suretiyle bunu iade etmekten kaçınırsa, bize göre tamamlanmış ama sona ermemiş bu sebeple de temadi gösteren bir hırsızlık ile cebir veya tehdit suçlarının zamansal olarak yakınlığından söz edilebileceğinden, bu hallerde bağımsız değerlendirilmesi ve cezalandırılması gereken ayrı suçların varlığını kabul etmek gerekmektedir. Bu görüş bakımından da hırsızlık suçunun tamamlanması sonrası gerçekleşen cebir veya tehdidin Türk hukukuna göre de yağma suçu olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Anılan fiiller bağımsız olarak değerlendirilip cezalandırılmalıdırlar. Bu görüş ölçü alındığında Türk hukukunda tamamlanan hırsızlık suçu daha sona ermeden hırsızlık suçunun mağduruna yönelen cebir veya tehdidin bağımsız bir suç olarak ele alınması adil bir cezanın tesisine yetmemektedir. Bu sebeple yağma benzeri hırsızlık düzenlemesine ihtiyaç vardır. Ancak yağma benzeri hırsızlık düzenlemesinin yokluğu cezasız kalan bir haksızlığa sebebiyet vermediğinden bu durum kanun boşluğu olarak nitelendirilemez. Ancak tüm bileşik suçlarda olduğu gibi yağma benzeri hırsızlık suçunda da iki suçun birleşiminden meydana gelen haksızlığı birlikte (ve dolayısıyla daha ağır şekilde) cezalandırma ihtiyacı bu suçta da devam etmektedir.

Alman hukukunda yağma benzeri hırsızlık suçunun iki ayrı ön suç kombinasyonu ile gerçekleşebildiğini belirtmiştik. Bunların ilki yukarıda yer verdiğimiz üzere tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık suçuna cebir veya tehdidin eklenmesiydi. İkincisi ise tamamlanmış ama sona ermemiş yağma suçuna cebir veya tehdidin eklenmesidir. Yukarıda anılan görüş çerçevesinde Türk hukukunda tamamlanmış ama sona ermemiş yağma suçuna cebir veya tehdit suçlarının eklenmesi halinde sorumluluk nasıl belirlenecektir.⁹⁹ Fail, mağdura cebir uygular, sonra bu baskı yoluyla kendisine bir malın verilmesini (teslimini veya almasına ses çıkarmamasını sağlamak suretiyle alımını) sağlarsa, yağma suçu (bu görüşe göre) tamamlanmış ama daha sona ermemiş

⁹⁹ Bu halde eski TCK döneminde dolaylı yağma (yağma benzeri hırsızlık) suçunun oluştuğunu savunan görüş için bkz. Erdem/Şentürk, s. 667.

olacaktır. Zira fiili hakimiyet gerçekleşmiş olmakla birlikte mutlak fiili hakimiyet (malın güvenceye alınması) daha gerçekleşmemiştir. Tamamlanmış ama sona ermemiş bu safhada fail malı iade etmemek için cebir veya tehdide başvurursa yağma benzeri hırsızlık suçunun (Almanlarda kabul gören ikinci kombinasyonunun) tipik durumu ortaya çıkmaktadır. Türk hukukuna göre tamamlanmış bir yağma suçundan sonra yağma suçuna konu malın iade edilmemesi için başvuru için cebir yahut tehdit —yağma benzeri hırsızlık düzenlemesine TCK’da yer verilmediğinden ve fiil artık yağma suçu olarak nitelendirilemeyeceğinden—, bağımsız bir suç olarak kabul edilecektir. O halde bu görüşe göre Alman hukukunda yağma benzeri hırsızlık suçu olarak kabul edilen ikinci kombinasyona ait fiiller Türk hukukunda yağma suçundan bağımsız, cebir yahut tehdit suçuna vücut vereceklerdir.

Bir başka görüşe göre malın el değiştirmesi yani failin malı alması suçun tamamlanması için yetmemekte ve bu sebeple alma fiili ile (mutlak) fiili hakimiyet arasındaki sahada suç halen tamamlanmamış olmaktadır.¹⁰⁰ Bu görüşü yukarıdaki görüşten ayıran nokta şudur: yukarıdaki görüşte alma fiili ile birlikte zilyetlik (fiili hakimiyet) el değiştirmekte ve suç tamamlanmaktadır ama suçun sona ermesi için failin malı müdahalelerden uzak mutlak fiili hakimiyetine sokması gerekmektedir. Bu görüşe göre ise fiili (fiziken) almanın bir önemi yoktur. Fiili alma ancak mutlak fiili hakimiyete (dolayısıyla zilyetliğin mutlak olarak geçmiş olduğu halde) koyma ile sonuçlanmışsa kanuni anlamda alma şeklinde değerlendirilebilir ve suç ancak o zaman tamamlanır. Dolayısıyla yukarıdaki görüşün suçun sona ermesi dediği sahne, bu görüş için suçun tamamlanma sahnesi olmaktadır. Bu görüşe göre muhtemelen sona erme tamamlanma ile eş zamanlı gerçekleşmektedir. Bulunduğu yerden almaya bu denli geniş ve (bize göre) keyfi bir anlam vermek bize göre kanunilik ilkesi ile örtüşmemektedir. Hırsızlık suçunda teşebbüs sahasının bu denli geniş tutulması, faile gönüllü vazgeçme imkânı verme bağlamında iyi olarak addedilebilse de kanunilik ilkesine uygun bir yorum olmamaktadır. Her ne kadar madde gerekçesinde de bu görüşü destekler cümlelere yer verilmiş olsa da bu kanunilik ilkesine aykırılığı gidermemektedir.

¹⁰⁰ Dönmezer’e göre “Bir malın bulunduğu yer, malın konulduğu yer değildir; fakat malın bulunduğu alan, mekandır; malik veya zilyedinin nüfuz ve egemenlik alanıdır.” Dönmezer, s. 347.; Ancak aynı yazar mevcut baskın görüşten farklı olarak failin kişilerin üzerinden bir şey çaldığı hallerde malın alınması ile fiili hakimiyetin el değiştirdiğini ve hırsızlık suçunun tamamlandığını kabul etmektedir. Bu bakışla bakıldığında o esnada sıcak takip yapılırsa ve fail kişiye karşı malı iade etmemek için cebir veya tehdide başvursa yağma suçu oluşmayacaktır.; Benzer yönde Koca/Üzülmez, CHÖH, 6.B., s. 573.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 533.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.615.

Türk hukukunda yer verilen hırsızlık ve yağma suç düzenlemelerini bu görüş çerçevesinde ele aldığımızda, Alman hukukunda yağma benzeri hırsızlık olarak nitelendirilen fiillerin yağma olarak nitelendirilmesi kaçınılmazdır. Çünkü Alman hukukunda yağma benzeri hırsızlık suçu olarak kabul edilen suç yolu dilimi (bu görüş açısından) hırsızlık suçunun tamamlanma ve sona erme safhaları olarak kabul edilen fiil/zaman dilimine tekabül etmektedir. Ancak bu zaman dilimi Türk hukukunda savunulan bu görüşe göre hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasına tekabül eden dilim olduğu için bu aralıkta başvurulacak cebir veya tehdit (hırsızlık suçuna teşebbüs halinde başvurulacak cebir veya tehdit, öğretisi ve uygulamada baskın şekilde yağma olarak nitelendirildiği için) yine yağma suçunun oluşumuna sebebiyet verecektir. Yine bu görüşe göre hırsızlık suçunun tamamlanması ile sona ermesi mutlak fiili hakimiyetin kurulmasıyla gerçekleşmiş olduğundan fiil temadi göstermeye elverişsiz hale gelmiş olacaktır. Bu halde yağma benzeri hırsızlık suçunun yokluğu bir kanun boşluğu doğurmamaktadır. Ancak durum hırsızlık suçunun temadi göstereceği hallerde (m. 142/3) yine sorun teşkil edebilecek niteliktedir. Tamamlanmış ama sona ermemiş bir hırsızlık suçunda mağdura yönelik başvurulacak cebir veya tehdit bu görüşe göre (özel bir yağma benzeri hırsızlık düzenlememiz mevcut olmadığından) bağımsız suç olarak kabul edilmeli ve faille gerçek içtima gereği hem hırsızlık suçundan hem de sonradan gerçekleşen cebir yahut tehdit suçundan ceza verilmelidir.¹⁰¹ Bu görüşe göre yol aldığımızda yağma suçunun tamamlanmasından sonra fakat sona ermesinden önce başvurulacak cebir veya tehdit de bağımsız yeni suç olarak kabul edilmeli ve cezalandırılmalıdır. Bize göre bu görüş savunulduğunda da yağma benzeri hırsızlık suçuna yer veren bir düzenlemeye (zorunlu temadi gösteren hırsızlık suçlarıyla) sınırlı da olsa ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bu ihtiyaç bir önceki görüşteki kadar elzem bir ihtiyaç değildir.

Yağma suçu hırsızlık suçunu da içinde barındıran bileşik ama bağımsız bir suç olduğundan hırsızlık konusundaki açıklamalarımız yağma suçu için de geçerlidir.¹⁰² Nitekim üst paragraflarda yeri geldikçe yağma suçunun tipik fiiline ve fiilin tamamlanmasına yer verdik.

Hırsızlık suçunun tamamlanma zamanına ilişkin bu değerlendirmeleri buraya uyarladığımızda yağma suçunun teşebbüs sahasından çıkıp,

¹⁰¹ “Hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, cebir veya tehditle çalınan malın zilyetliğinin korunması halinde fiil yağma teşkil etmeyecektir.” Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 641.; Aynı yönde Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 382.

¹⁰² Yazıcıoğlu, s. 764.

tamamlanmış yağmaya dönüşmesi için bizim savunduğumuz görüşe göre failin malı (günlük anlamıyla, fiziken) teslim alması yahut alması yeterlidir. Teslim alma yahut alma ile yağma suçu tamamlanmış olacaktır. Yağma suçunun sona ermesi ise yine hırsızlık suçunun sona ermesinde olduğu gibi mutlak fiili hakimiyetin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Malın teslim alınmasından sonra (yani bize göre yağma suçunun tamamlanmasından sonra ama sona ermesinden önce), fail malı iade etmemek veya muhafaza etmek için cebir veya tehdide başvurursa bu halde mevcut TCK düzenlemeleri çerçevesinde değerlendirdiğimizde faile yağma ve eklenen yeni suçtan ceza vermek dışında bir imkân kalmamaktadır. Bize göre yağma benzeri hırsızlık suçu bu safhayı kapsamayacağından, buna ilişkin bir düzenleme olsaydı da ulaştığımız netice değişmeyecekti. İkinci görüşe göre ise yağma suçunun tamamlanması için fiili hakimiyetin el değiştirmesi yeterlidir, bu görüşe göre bu aşamada zilyetlik de geçmektedir. Failin zilyetliği güvenceye alması yahut mal üzerinde mutlak fiili hakimiyet kurması ile yağma suçu sona ermiş olacaktır. Bu görüş çerçevesinde değerlendirdiğimizde tamamlanmış ama sona ermemiş yağma suçuna konu malı iade etmemek yahut muhafaza etmek için fail cebir veya tehdide başvurursa mevcut TCK düzenlemelerine göre failin yağma ve sonradan gerçekleşen yeni suçtan cezalandırılması gerekir. Bize göre yağma benzeri hırsızlık düzenlemesi bu kısmı kapsamayacağından buna ilişkin bir düzenleme olsaydı da netice değişmeyecekti.

Son görüşe göre ise yağma suçunun tamamlanabilmesi için failin malı mutlak fiili hakimiyet sahasına geçirmesi gerekmektedir. Alman hukukunda yağma benzeri hırsızlık suçunun fiili kabul edilen davranışlar bu halde de teşebbüs sahasındaki yağma içinde değerlendirileceklerinden faile yalnızca bir adet yağma suçundan ceza verilecektir. Bu halde yağma benzeri hırsızlık suçunun yokluğu bir kanun boşluğu doğurmamaktadır.

b. Konu

Başkasına ait taşınır mal ve cebre yahut tehdide maruz kalan kimse bu suçun konusunu¹⁰³ oluşturmakla birlikte zilyetlik kavramına verilen anlam bu suçun konusunu tartışmalı hale getirmektedir.

Bir görüşe göre burada yer verilen zilyetlik kavramı özel hukuktan daha geniş bir şekilde değerlendirilmeli ve özel hukukta zilyet olmayanlar

¹⁰³ Mahmut Koca, Yağma Cürümleri, Seçkin, 2003, s. 89.

da zilyet kabul edilmelidir.¹⁰⁴ Bu görüşe göre zilyet yardımcısının malı (ç) alması halinde, oluşan suç güveni kötüye kullanma suçu yahut dolandırıcılık suçu olacaktır; zira bu görüşe göre zilyet yardımcısı ceza hukuku anlamında zilyettir.¹⁰⁵ Bu görüşe göre zilyet yardımcısının elindeki malın kapkaç suretiyle alınması halinde zilyet yardımcısı ceza hukuku anlamında zilyet olduğundan suçun mağduru olacaktır.¹⁰⁶ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise burada (Alman hukukundaki düzenlemeden farklı olarak) özel hukuktan ayrılmayı gerektiren bir sebep bulunmamaktadır; zilyet yardımcısı zilyet değildir; o halde oluşan suç da hırsızlık suçudur.¹⁰⁷ Keza zilyet yardımcısının elindeki malın kapkaç suretiyle alınması halinde zilyet yardımcısı ceza hukuku anlamında da zilyet olmadığından suçun mağduru gerçek zilyet yahut malik olacaktır.¹⁰⁸ Türk hukuku düzenlemesinde de Alman hukukunda olduğu gibi zilyet kavramına yer verilmemesi gerektiği ve malı (fiili hakimiyeti=Gewahrsam) elinde bulundurana karşı hırsızlık suçunun işlenebilmesi gerektiği düşüncesine biz de katılmaktayız. Ancak kanunilik ilkesine sadık kalındığında vaziyet yukarıda açıkladığımız şekildedir.

Hırsızlık suçunun konusunu oluşturmeyen bir mal yağma suçunun konusunu oluşturamayacağından¹⁰⁹, yukarıda yer verilen açıklamalar yağma suçu için de geçerlidir. O halde zilyet yardımcısı hırsızlık suçunun mağduru olamayacağına göre, kendisine karşı malın teslimine yahut alınmasına karşı koymamasına yönelik cebir veya tehdit kullanımı halinde de yağma suçunun oluşmadığı sonucuna varmak gerekmektedir. Zira 765 s. TCK düzenlemesinden farklı olarak burada zilyet dışında bir kimseye cebir veya tehdit uygulanabileceği vurgulanmamıştır. 765 sayılı TCK'nın 495. maddesinin ilk fıkrasında "her kim, menkul malın zilyedini veya cürüm mahallinde bulunan bir başkasını cebir veya şiddet kullanarak veya (...) tehdit ederek o malı teslim yahut o malın kendi tarafından zaptına karşı sükut etmeye mecbur kılırsa (...)" ifadesine yer vermek suretiyle suç mahallinde bulunan üçüncü kişilerin de bu suçun mağduru olacağı daha doğru bir ifadeyle üçüncü kişiye karşı cebir veya tehdit

¹⁰⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 522.

¹⁰⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 522.

¹⁰⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 525.

¹⁰⁷ Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 320.

¹⁰⁸ Aynı gerekçe ile cebir veya tehdit kullanımı sonrası zilyet yardımcısından malın alınması halinde yağma suçu oluşmayacaktır. Oluşan suçlar, hırsızlık ve cebir yahut tehdit olacaktır. Her birinin mağdurları da ayrı kimseler olacaktır.

¹⁰⁹ Yazıcıoğlu, s. 763.

kullanımının da yağma suçunun tipikliği oluşturacağı belirtilmiştir. 5237 s. TCK’da ise üçüncü kişilere karşı işlenebileceği kısmı belirtilmediğinden suç sahasını daralttığı söylenmelidir.¹¹⁰ Keza olay mahallinde olan birinin hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehditten söz edebilmek ve bu tehdidi yağma suçunun araç suçu sayabilmek için, tehdidin yöneldiği kişinin ya mağdurun kendisi (malik, zilyet) yahut mağdurun yakınları olması gerekmektedir. Bu sebeple olay yerinde olan üçüncü bir kişiye saldırı gerçekleştireceği gerekçesiyle zilyedi tehdit edip, zilyedin malı teslim etmesini sağlama halinde (zilyede yönelik başkaca bir tehdit veya cebir söz konusu değilse; misal zilyet kurşun geçirmez camın arkasında ve cebir veya tehdit de kendisine yönelmemişse) yağma suçu oluşmayacaktır.¹¹¹

c. Fail

Fail konusu tartışmalı olmadığından ayrıntılı bilgiye yer verilmeyecektir. Ayrıca malik olan kimsenin fail olamayacağına yukarıda yer vermiştik.¹¹² Yağma suçunun amaç suçu hırsızlık suçu olduğundan önceki yağma yahut hırsızlık suçunun mağduru olan kimse, halen mülkiyetinde olan ama haksız zilyedin elinde bulunan malı zorla alırsa bize göre yağma suçu oluşmayacaktır. Zira malik bu suçun da faili olamayacaktır. Çünkü hırsızlık suçunda aranan başkasına ait taşınır bir mal (suçun konusu) anılan bu olayda mevcut olmayacaktır. Bu da bulunduğu yerden alma fiilini tipik hale getirmeyecektir

¹¹⁰ Öğretide zilyet yardımcısının hırsızlık suçunun mağduru olamayacağını ve yağma suçunu da cebir veya tehdit kullanılarak gerçekleştirilen hırsızlık suçu olarak nitelendiren yazarların, zilyet yardımcısının elinden zorla alınan mal söz konusu olduğunda yağma suçunun oluştuğundan bahsettikleri görülmektedir (Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 381.). Bu görüş şu yönüyle sıkıntılıdır. Hırsızlık suçunun mağduru kabul edilmeyen zilyet yardımcısı nasıl olur da yağma suçunun mağduru olur? Anılan yazarların yağma suçunun mağdurunu şu şekilde nitelendirdikleri görülmektedir: “Mağdur, malı alınan kişidir. Yağma suçunda mağdur, malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur edilen kişidir.” Bkz. a.g.e. s. 385. Bu okumaya göre zilyet yardımcısı malı teslim mecbur edilmiş o halde zilyet/malik kimsenin yanı sıra o da mağdurdur (bkz. a.g.e. s. 387). Oysa aynı zilyet yardımcısı anılan müelliflerce hırsızlık söz konusu olduğunda mağdur kabul edilmemektedir. Eksi kanun döneminde bu iki suçun mağdurlarının/muhatablarının farklı olabileceği açıkça yazılmış olduğundan bu kimselerin tek olan yağma suçunun çoklu mağdurları olduğunu kabul etmek mümkündür. Ancak mevcut kanunumuz bu yoruma müsait görünmemektedir. Bu halde bir fiille birden fazla kişiye yağma suçunun işlendiğini iddia etmek güç zira zilyet yardımcısının malvarlığına yönelik bir saldırı yok, aynı şekilde zilyedin ise kişi özgürlüğüne yönelik bir saldırı yoktur.

¹¹¹ Aynı yönde Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 381.

¹¹² Aksi yönde görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 323.

(tipiklik maddi unsurlar bağlamında eksik kalmış olacaktır).

d. Mağdur

Bu konuda sorunlu olan alanlardan biri de hırsızlık ve yağma suçlarının mağdurlarının kim yahut kimler olacağıdır. Tartışmalı olmakla birlikte bize göre hırsızlık suçunun mağduru zilyet yahut malik kimse olacaktır.¹¹³ Zira mağdur, zarar verilen yahut tehlikeye sokulan hukuksal değer/yararın sahibi olan kişidir.¹¹⁴ Yağma suçunun mağduru da bu bakışla suçun konusunun ve korunan hukuksal değer sahibi olan kimse yahut kimseler olacaktır.¹¹⁵ O halde yağma suçunun mağduru cebre yahut tehdide maruz kalan malik veya zilyet olan kimse olabilir.

Biz de hırsızlık ve yağma suçlarında zilyetlik ve mülkiyetin farklı kişilerde olması durumunda zilyedin mağdur, malikin ise suçtan zarar gören kimse olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.¹¹⁶ Bu halde zilyedin suçtan zarar gören, malikin ise mağdur olacağı görüşü de savunulmaktadır.¹¹⁷ Ancak yağma suçuna konu teşkil eden malın sahibi (zilyet yahut maliki) ile kendisine karşı cebir veya tehdide başvuru olan kişilerin farklı olması durumunda yağma suçunun oluşup oluşmayacağı ve mağdur yahut mağdurların kimler olacağı açık değildir. Bize göre bu halde yağma suçundan söz edilemeyecektir.¹¹⁸ Örneğin otel lobisinde, ayrılmak üzere olanlar müşterilerin, girişe bırakmış oldukları çantaları almak isteyen failin, otelde çalışan hamalı tehdit etmek suretiyle bu çantaları failin aracına taşınmasını sağlaması halinde (malı teslim zorlama) yağma suçu oluşmayacaktır.¹¹⁹ Zira iradesine etki edilen ile mal varlığı hakkı ihlal edilen kimseler aynı kimseler olmamaktadırlar. Yargıtay'ın

¹¹³ Aynı yönde Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 597.

¹¹⁴ Koca, Yağma Cürümleri, s. 84.

¹¹⁵ Öğretide mürekkep suçlarda birden fazla korunan hukuksal değerler söz konusu ise ve bu değerlerin sahipleri farklı kişiler ise, bu halde tüm bu kişilerin oluşan mürekkep suçun mağdurları olacağı kabul edilmektedir. Bkz. Koca, Yağma Cürümleri, s. 85.

¹¹⁶ Aynı yönde Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 524.; Bayraktar ve diğerleri, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 84.

¹¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 735.

¹¹⁸ Aynı yönde Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 597, 629.

¹¹⁹ Aynı örneğin başvuru olan hile durumunda dolandırıcılık suçuna dönüşmediği görüşü için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 629.

bu durumda da yağma suçunun oluştuğuna dair kararları mevcuttur.¹²⁰¹²¹ Öğretide de bu görüş savunulmaktadır.¹²²

Suçun mağdurunun yaşayan bir kimse olacağı tartışılmayacak düzeyde açıktır. Ancak ölü bir kimsenin üzerinden bu durumdan faydalanılarak bir şey çalınması durumunda fiili nitelikli hale getiren durum mağdurun sıfatından kaynaklı sebep değildir. Ölmesinden yararlanılarak suç işlenmesi durumunda mağdur şu şekilde tespit edilmelidir. Şayet ölen kimse suç konusu malın maliki idiyse, mirasçıları bu suçun mağduru kabul edilmelidir.¹²³ Şayet ölen kimse suç konusu malın zilyedi olmakla birlikte maliki değil idiyse bu halde mağdur malik olan kimsedir.

4. Suçun Manevi Unsurları

Bu unsur çalışma konumuz açısından önem arz etmediğinden ayrıntılı açıklanmayacaktır. Kasten işlenebilen bir suç tipidir. Taksirle işlenmesi suç olarak düzenlenmemiştir. Bize göre de maksat unsurunun gerçekleşmiş olması halinde olası kastla işlenmesi mümkündür.¹²⁴

5. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık hususu tartışmalar barındırmakla birlikte çalışma konumuz açısından önem arz etmediğinden ayrıntılı açıklanmayacaktır.

¹²⁰ Özetle fail, yakınan Ali'nin işyerine girerek cep telefonlarını poşete koyduğu sırada kapıyı açık gören Volkan faile ne yaptığını sormuştur. Fail poşete doldurmuş olduğu cep telefonları ile kapıya doğru yöneldikten sonra belindeki silahı çıkarıp Volkan'ın göğsüne dayamış ve abisi işime karışma, çekil yolundan, yol ver yoksa seni vururum, demiştir. Bunun üzerine Volkan ona yol vermiş ve fail kaçarak olay yerinden uzaklaşmakta iken takip edilmeye başlanmış ve kendisini takip edenleri korkutmak için ateş etmiş ve bir bahçeye saklanmış ancak orada hemen yakalanmıştır. Yargıtay bu halde yağma suçunun oluştuğuna ve suçun ise tamamlandığına hükmetmiştir (Y. 6. CD., 05/07/2011, E. 2010/20129, K. 2011/9208). Bize göre burada tamamlanmış bir hırsızlık suçu, akabinde başka bir mağdura karşı işlenmiş tehdit suçu ve akabinde kendisini takip edenlere karşı yeni bir tehdit suçu ve bununla fikri içtima içinde olan genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu işlenmiş bulunmaktadır. Fikri içtima gerektiren suçlardan ağır olanından ve diğer bağımsız suçların her birinden cezalandırılması gerekir. Ancak olayda yağma suçu söz konusu değildir.

¹²¹ Y. 6. CD. 25/10/1988, E. 1988/8078, K. 1988/11387 (YKD Mayıs 1989, S. 5, C. 15, s. 742).

¹²² Koca, Yağma Cürümleri, s. 85.; Dönmezer, s. 430 vd.

¹²³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 525.; Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.B., Adalet 2019, s. 665.

¹²⁴ Aynı yönde Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 335.

6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme ve Etkin Pişmanlık

Fiil başlığı altında yer verdiğimiz üzere öğretide savunulan bir görüşe göre alma fiilinin gerçekleşmesi ile hırsızlık ve yağma suçları tamamlanır. Bunun için failin suç konusunu mutlak fiili hakimiyet sahasına sokmasına gerek yoktur.¹²⁵ Bu görüş çerçevesinde değerlendirildiğinde teşebbüs, failin alma fiilini gerçekleştirmesinden hemen önceye kadar mümkündür. Bu da gönüllü vazgeçme sahasını daraltmaktadır (bize göre bu haksız bir daraltma değildir; aksine kanun koyucunun ve kanunun lafzına uygun bir belirlemedir.). Suçun tamamlanmasından sonra failin fiili devam ettirmekten vazgeçmesi, malı iade etmesi, bırakıp olay yerinden ayrılması halinde gönüllü vazgeçmeden söz edilemeyeceğinden, etkin pişmanlık hükümlerine başvurmak gerekmektedir.¹²⁶ Bu görüşe göre gönüllü vazgeçme sahası daraltılmış görüldüğünden fail aleyhine olarak addedilebilir. Ancak yağma suçu ile bağlantılı olarak düşünüldüğünde bu okumanın fail lehine olduğu ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki: Hırsızlık suçunda teşebbüs sahasını ne kadar geniş tutarsak (mevcut uygulama ve baskın öğretisi görüşü çerçevesinde yoruma devam ettiğimizde¹²⁷) teşebbüs aşamasındaki hırsızlık suçuna eklenen cebir ve tehditleri yağma suçu olarak nitelendirme sahamız da o kadar genişleşmiş olacaktır.¹²⁸ Bu ise failin hırsızlık ve duruma göre cebir veya tehdit suçlarından cezalandırılmasına oranla yağma

¹²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 784 ve s. 823.; Erdem/Şentürk, s. 653.; Yargıtay'ın bu halde hırsızlık suçunun tamamlandığına ilişkin kararlar mevcuttur. Bkz. Y. 6. CD., 08/12/2005, E. 2003/18679, K. 2005/11620.; “Özetle: Kapkaç suretiyle mağdurun telefonunu alıp kaçmaya başlayan faili takip eden mağdur, faili yakalar ve telefonunu almaya çalışır, fail bu esnada faille bıçak çeker ve olay yerinden uzaklaşır. Yargıtay bu durumda tamamlanmış hırsızlık ve teşebbüs aşamasında kalmış yaralama söz konusudur demiştir.” bkz. Y. 6. CD., 05/07/2007, E. 2007/8476, K. 2007/95.; Yargıtay'ın bu halde yağma suçunun tamamlandığına ilişkin kararları da mevcuttur. Bkz. Y. 6. CD., 15/01/2018, E. 2017/4043, K. 2018/4.; Y. 6. CD., 03/07/2012, E. 2008/23725, K. 2012/13851.; Y. 6. CD., 05/07/2011, E. 2010/20129, K. 2011/9208.

¹²⁶ “Suçun icrası tamamlanincaya, neticenin ayrıca bir unsur oluşturduğu suçlarda netice gerçekleşinceye kadar gönüllü vazgeçme mümkündür.” İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. B., Seçkin, 2018, s. 512.; Aynı yönde Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22.B., Adalet, 2019, s. 508.; Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. B., Beta, 2020, s. 473.; Koca/Üzülmez, CHGH, 13.B., s. 440.

¹²⁷ Yukarıda da belirttiğimiz üzere baskın Alman uygulaması ve öğretisi teşebbüs aşamasında bulunan hırsızlık suçuna cebir veya tehdidin eklenmesi halinde yağma suçunun oluştuğunu kabul etmektedir. Aynı görüş Türk hukukunda da ağırlıklı olarak savunulmaktadır. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 382.

¹²⁸ Görüşü daha önce savunan müellif için bkz. Malkoç, s. 222.

gibi ağır bir suçtan cezalandırılması sonucunu doğuracaktır. Bu durumun fail aleyhine olacağı kesindir. Ancak belirtmemiz gerekir ki burada amacımız fail lehine yahut aleyhine bir sonuç elde etmek değil aksine kanun lafzına uygun yorum yapmaktır.

Bu görüşü savunmalarına rağmen, hırsızlık suçunun tamamlanması ile sona ermesi arasındaki vazgeçmelerin gönüllü vazgeçme sayılması gerektiğini savunan ve bize göre bu yönüyle tutarsız olan görüşler de mevcuttur.¹²⁹ Bu görüş savunulduğunda gönüllü vazgeçme sahasının daraldığından da söz edilmeyecektir.

Türk hukukunda uygulama ve öğretide sıklıkla savunulan bir başka görüşe göre hırsızlık suçu malın alınmasıyla tamamlanmaz. Suçun tamamlanması için ayrıca failin ilgili suç konusunu kendi mutlak fiili hakimiyet sahasına koyması yani kurmuş olduğu fiili hakimiyeti sağlamış, güvence altına almış olmasını aramaktadır. Teşebbüs de bu çerçevede failin mutlak fiili hakimiyet kurması aşamasına kadar mümkündür.¹³⁰ Örnek vermek gerekirse eve girmiş hırsızın malı alıp oradan uzaklaşmış olması gerekir. Araba çalınması durumunda arabanın yerinden alınması yetmez, sıcak takibin yapılamayacağı safhaya geçirilmiş olması gerekir.¹³¹ Bu görüşe göre gönüllü vazgeçme koşullarının varlığı halinde mal üzerinde mutlak fiili hakimiyet kurana kadar mümkündür. Mutlak anlamda fiili hakimiyet kurulduktan sonraki gönüllü davranışlar ise etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilebilecektir. Anılan bu görüş savunulduğunda ve teşebbüs aşamasında bulunan hırsızlık suçuna cebir veya tehdit suçlarının eklenmesi halinde yağma suçu oluşur denildiğinde fail

¹²⁹ Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 823.; Aynı yazarlar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu da kesintisiz suç olarak kabul etmelerine rağmen bu halde gönüllü vazgeçmenin suçun tamamlanması anına kadar mümkün olacağını savunmak suretiyle tutarsız görünmektedirler. Bkz. a.g.e. s. 569. Kesintisiz suçlarda gönüllü vazgeçmeyi sona erme anına kadar mümkün gören görüş için bkz. Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. B., Seçkin, 2020, s. 368.; Aynı yönde görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 671.

¹³⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 533.

¹³¹ Bu görüşü savunan kimi müelliflere göre söz konusu eşya küçük (?) bir küpe ise ve bu küpe cebe konulursa fiili hakimiyet o esnada kurulacağından suç o esnada tamamlanır. Bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 523. Bu okumayla evden alınan bir cep telefonunun, bir tam (yarım? Çeyrek? Gram?) altının, bir külçe altının alınması halinde de suç tamamlanacaktır. O halde evin içinde üzerinde küpe bulunan veya anılan bu eşyalar bulunan fail yakalandığında suç tamamlanmış olduğundan teşebbüsten söz edilmeyecektir. Suçun tamamlandığı kabul edilirse, hak sahibinin malın iadesini istemesi ve failin bunu iade etmemek için cebir veya tehdide başvurması yağma suçuna vücut vermeyeceği için ayrı/müstakil suçlar olarak kabul edilip cezalandırılacaklardır.

aleyhine bir durumun ortaya çıktığı söylenmelidir. Bize göre bu görüş aleyhe kıyas olarak nitelendirilebilecek ve bu sebeple de kanunilik ilkesine aykırı kabul edilebilecek niteliktedir.

Hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra ancak sona ermesinden önce cebir veya tehdit fiillerine başvurulması halinde ilgili suçların yağma suçu olarak nitelendirilemeyeceği genel kabul görmektedir.¹³²

b. İştirak

Suçun tamamlanma ve sona erme zamanlarının tespiti yukarıda da açıkladığımız üzere iştirak üzerinde de etki doğurmaktadır. Suçun tamamlanma aşamasını mutlak fiili hakimiyetin kurulması anına kadar ileriye götüren görüş açısından, fiil sıcak takip veya ev içinde bulunma halinde teşebbüs aşamasında olduğundan, her türlü iştirak mümkündür. Suçun tamamlanma anını fiilen bulunduğu yerden alma görüşü çerçevesinde ele aldığımızda, suç almakla birlikte tamamlanmış ancak sıcak takip yahut ev içinde bulunma söz konusu olduğunda halen sona ermediğinden, iştirak temadi gösteren suçlarda olduğu gibi mümkün olacaktır. Konu iştirak düzenlemelerine ilişkin genel okumalardan ayrışmayı gerektirmediğinden ayrıntılı ele alınmamıştır.

c. İçtima

Hırsızlık suçunu temadi gösteren bir suç olarak kabul ettiğimizde içtima durumunu Alman hukukuna ilişkin bölümde de belirttiğimiz şekilde genel hükümler doğrultusunda çözümlenmek gerekmektedir. Ani suç olarak kabul ettiğimizde de teşebbüs sahasının geniş tutulduğu süreçte içtima durumu yine genel hükümler çerçevesinde çözümlenmektedir. Konu içtima düzenlemelerine ilişkin genel okumalardan ayrışmayı gerektirmediğinden ayrıntılı ele alınmamıştır.

SONUÇ

Hırsızlık ve yağma suçlarına ilişkin madde metinlerini okuduğumuzda, her iki suçun da ani hareketle işlenen, temadi gösterebilen, salt hareket suçları olduğu o sebeple alma, teslim alma fiillerinin gerçekleşmesiyle tamamlandıkları ancak suç konusu üzerinde mutlak fiili hakimiyet kurmalarıyla suçların sona erdiği kabul edilmelidir.

Buna karşılık her iki maddeyi madde gerekçeleriyle birlikte okuduğumuzda malı (teslim) almanın suçun tamamlanmasına yetmediği

¹³² Aynı yönde Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 382.

bunun için failin ayrıca hırsızlık veya yağma suçuna konu malı mutlak fiili hakimiyet sahasına koyması gerektiği gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır.

Hırsızlık suçunun madde gerekçesinde “*almak fiilinden maksat, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesidir*” şeklindeki paragraf ile yağma suçunun madde gerekçesinde “*malın teslim edilmesi veya alınması, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesini, mağdurun bu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesini ifade eder*” şeklindeki paragraf eş anlama tekabül etmektedirler. Hırsızlık suçunda ilgili paragrafın devamında “*bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca suç da tamamlanır*” cümlesine yer verilmişken, yağma suçunda bu cümleye yer verilmemiştir. Bu durum uygulama ve öğretide iki suçun tamamlanma ve sona erme zamanlarını farklı değerlendirme, farklı zaman aralıklarına koymaya sebebiyet vermiştir. Ancak paralellik gösteren hırsızlık ile yağma suçlarının tamamlanma ve sona erme zamanlarının da aynı olması şarttır.¹³³ Zira yağma suçunun içinde de bir hırsızlık suçu vardır.¹³⁴ Eğer yağma suçunun içinde bulunan hırsızlık suçu (mal failin mutlak fiili hakimiyetine geçmediği gerekçesiyle) tamamlanmamıştır diyeceksek, cebir/ tehdit suçu ile hırsızlık suçunun toplamından oluşan bileşik suç olan yağma suçu da tamamlanmamıştır demeliyiz. Şayet ilkinde tamamlanmıştır diyorsak, ikincisine de tamamlanmıştır demeliyiz. Aksi/bağımsız bir okuma bu suçlar arasında bir bağ olmadığı anlamına gelir ki bu kabul edilemez. Öğretide bu paralellikten uzaklaşmış yazarlar bulmak mümkün olduğu gibi uygulamada bu paralellikten uzak sayısız karar bulmak mümkündür.¹³⁵

¹³³ Aynı yönde Dönmezer, s. 433.

¹³⁴ Aynı yönde görüş ile yağma suçunun manevi unsurunun tespit edilmesi gerektiği görüşü için bkz. Fatih Birtek, “Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı”, 2020, S. 44, CHD, Aralık 2020, s. 697.

¹³⁵ Öğretide yağma suçunun tamamlanma zamanı ile hırsızlık suçunun tamamlanma zamanını farklı değerlendiren görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18. B., s. 533, s. 614.; aynı şekilde Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 615, 659.; Hırsızlık suçunun oluşumunda malın alınmasını fiili alma olarak nitelendiren kimi yazarların yağma suçunun tamamlanması açısından açıklama yaparken iki suçun farklı zamanlarda tamamlandığı görüşünü belirtmek suretiyle çelişkiye düşmüşlerdir. Anılan bu yazarlar yine de yağma suçunun malın fail tarafından fiziki olarak ele alınmasıyla tamamlanacağını belirtmek suretiyle hırsızlık suçundaki görüşleriyle paralel bir sonuca ulaşmış oldukları görülmektedir. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 406.; Bize göre paralellik sağlamak şart olduğundan hırsızlıkta suçun tamamlanması için mutlak fiili hakimiyet aranıyorsa aynı kıstas yağma suçunda da aranmalıdır. Bu yönde paralel görüş için bkz. Koca/Üzülmez, CHÖH, 6.B., s. 666.

Bize göre bu yorum kabul edilemez ve bu sebeple hırsızlık ve yağma suçları alma fiilinin gerçekleşmesi ile tamamlanır.¹³⁶ Ancak Türk öğreti ve uygulamasında failin malı mutlak fiili hakimiyetine koyması gerektiği görüşü hırsızlık suçu için yerleşmiştir.¹³⁷ Aynı şekilde yağma suçunda ise fiili hakimiyetin suçun tamamlanması için aranmadığı fikri yerleşmiştir.

Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, hırsızlık suçunun mağduru suçta konu malın zilyedir. Zilyedin haklı yahut haksız zilyet olmasının bir önemi yoktur. Zilyet aynı zamanda malik değilse, işlenen suçun mağduru zilyet, suçtan zarar göreni ise malik olacaktır. Bize göre zilyetlik özel hukuktan farklı değerlendirilemeyeceğinden zilyet yardımcısı ceza hukukunda da zilyet yardımcısıdır ve zilyet olarak kabul edilemez. Zilyetlik korunan hukuksal değer, mağdur ve rıza vermeye ehil kişi bazında ehemmiyetli olduğundan ancak bu başlıklarla bağlantılı olarak hırsızlık ve yağma suçlarında belirleyici olmalıdır. Bu sebeple malın bulunduğu yerden alımı, zilyetlikle veya farazi (malın fiziki olarak bulunduğu yerden alınmasından ayrık) herhangi bir şekilde açıklanamaz (açıklanamamalıdır). Kanunilik ilkesi de bu şekilde değerlendirme yapmamızı zorunlu kılmaktadır. Bulduğu yerden almayı bu şekilde açıkladıktan sonra, suçun tamamlanma esnasını da bununla açıklamış olacağız. Suçun sona ermesi ise mutlak fiili hakimiyetin kurulmasıyla gerçekleşmiş olacaktır.

Hırsızlık suçundan elde ettiğimiz bu kıstaslarla yağma suçunu değerlendirdiğimizde, yağma suçunun tamamlanması ve sona ermesi de hırsızlık suçunun tamamlanması ve sona ermesi ile eşzamanlı olmalıdır. Dolayısıyla biz hırsızlık ve yağma suçlarının alma (teslim alma veya alımına ses çıkarmama halinde alma) ile tamamlandığını, mutlak fiili hakimiyetin kurulmasıyla da sona erdiğini kabul etmekteyiz. Bu bakışla hırsızlık ve yağma suçlarının tamamlanması ile sona ermesi aşamalarında başvuru cebir veya tehdidin bağımsız yeni suç olarak cezalandırılması gerektiğini savunmaktayız. Öğretide de savunulduğu üzere yağma benzeri hırsızlık suçuna 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.¹³⁸ Ancak bu düzenleme getirilmiş olsa da kanuni tipte yer verilmediği sürece bu durumun yağma sonrası başvuru cebir veya tehdidi kapsamayacağı düşüncesindeyiz. Olması gereken kanun düzenlemesinde de yağma sonrası başvuru malı

¹³⁶ Aynı yönde Malkoç, s. 221.

¹³⁷ Eski TCK döneminde de bu uygulamanın olduğu gözlemlenmektedir. Bkz. Malkoç, s. 221.

¹³⁸ Erdem/Şentürk, s. 673.

korumaya yönelik cebir veya tehdidin yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut verebileceğine yer verilmemelidir. Aynı şekilde bize göre yağma suçunun araç ve amaç suçları arasında bir öncelik ve sonralık ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir. Eski TCK (m. 495/2) düzenlemesi incelendiğinde kanun koyucunun, mevcut yağma düzenlemesi kapsamında kalmadığı gerekçesi ile hırsızlık suçunun icra hareketleri ile başlayan ve daha sonra cebir veya tehdit suçlarının eklenmesiyle sonuçlanan halleri ayrıca düzenleme gereği duyduğu görülmektedir.¹³⁹ O halde hırsızlık suçu teşebbüs¹⁴⁰ aşamasındayken yahut hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra (ama sona ermeden önce) failin malik yahut zilyede (eski kanun ve mevcut ACK düzenlemelerine göre herhangi bir üçüncü kişiye¹⁴¹) karşı cebir veya tehdide başvurusu doğrudan yağma olarak nitelendirilip cezalandırılmaz. Öyle ki eski TCK kanun koyucusu da bu boşluğu dikkate almış ve bu hallere ikinci bir fıkrada yer vermiş ancak failin yağma suçunun cezasıyla cezalandırılacağını belirtmiştir. Kanun değişikliği yapılması halinde Alman ve eski TCK düzenlemelerinden farklı olarak bu suçun yalnızca hırsızlık suçuna konu malın sahibine karşı

¹³⁹ Malkoç, s. 221.

¹⁴⁰ YCGK'nın o dönem vermiş olduğu bir kararda, kurul somut olaydaki fiili hırsızlık suçuna teşebbüs olarak kabul etmiş olmasına rağmen, evden bir şey almadan kaçan failin yakalanmak üzereyken ev sahibine bıçak çekmesi halinde yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşmadığı neticesine varmıştır. "Sanığın eve girmek ve çalınacak bir şeyler aramakla başlayıp, müştekinin karısının bağırması üzerine kaçmasıyla biten hareket ve davranışlardan oluşan eylemi hırsızlık suçunu oluşturur. Bu fiil, çalınacak bir şeyi almadan kaçmakla son bulmuştur. Bundan sonraki devrede kaçarken kendisini yakalamak isteyen müştekiye direnmesi ve bıçak çekmesi, ne hırsızlık suçunu yağmaya dönüştürür, ne de bunu birinci eylemiyle bağlantılı kılar. Sanığın ikinci eyleme yeni, değişik, ayrı bir kasıtle işlenmiştir. Bu sebeple hırsızlık suçundan verilen hükmün onanmasına". Karar için bkz. YCGK 24.10.1988, 6/305-387; Kararı daha önce zikreden Malkoç, s. 225. Bize göre bu olayda hırsızlık suçunun tipik alma fiiline ön gelen bir hareket söz konusu olmadığından (fail almak istediği bir şey görüp onu almaya yeltenmemiş olduğundan) hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusu değildir. Hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusu olmadığından yağmaya dönüşen hırsızlıktan söz etmek de doğru olmayacaktır. Konut dokunulmazlığının ihlali ve sonradan gerçekleşen cebir suçlarının oluştuğu ve tamamlandığı ise kabul edilmelidir. Ancak baskın olarak kabul gören ve hırsızlık ile cebir veya tehdit suçları arasında öncelik ilişkisini kabul etmeyen görüşe göre yol aldığımızda ortada bir hırsızlığa teşebbüsün olduğunu kabul ettiğimiz anda olayda fiilin yağma suçuna teşebbüse dönüştüğünü kabul etmek gerekecektir. Bize göre bu yanlış bir yorum olacaktır.

¹⁴¹ Alman hukukundaki düzenlemede hırsızlığın tamamlanmış olduğu haller yağma benzeri hırsızlık suçu olarak nitelendirilirken, hırsızlığın teşebbüs aşamasında olduğu hallerde eklenen cebir veya tehdit hallerinin yağma olarak nitelendirildiği baskın görüş olarak kabul görmektedir. Eski Türk kanun koyucusunun ise bu teşebbüs sahasını da yağma benzeri hırsızlık olarak nitelendirdiği görülmektedir. Aynı şekilde Alman hukukunda yer verilmeyen kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak kastı/maksadıyla cebir veya tehdit kullanımı da Türk hukukunda ilgili davranışı yağma benzeri hırsızlık suçuna dönüştürmektedir.

işlenebileceği düzenlenmelidir. Olay esnasında suç mahallinde bulunan üçüncü kişilere karşı malı iade etmeme yahut yakalanmama amaçlı cebir veya tehdit kullanımı yağma benzeri suçun tipikliğinin dışında tutulmalıdır. Aksi durumda malvarlığına karşı suçun mağdurunun tespiti sorunlu hale gelecektir. Bu hallerde fiillerin ayrı değerlendirilip cezalandırılması kişilere karşı işlenen suç olmaları hasebiyle daha tutarlı olacaktır.

Sonuç olarak hırsızlık suçuna ilişkin madde gerekçesine rağmen, alma fiiline ilişkin yapılan değerlendirmelerin kanunilik ilkesi ile örtüşmediği ve bu geniş değerlendirmeden vazgeçilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- Artuk M. E / Gökçen A / Alşahin M. E / Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. B., Adalet, 2019.
- Bayraktar K ve diğerleri, Özel Ceza Hukuku, Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, Onikilevha, 2018.
- Birtek F, “Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı”, 2020, 44, CHD, s. 673-709.
- Bosch N, Schönke/Schröder/Bosch Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Centel N / Zafer H / Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, 4.B., Beta, 2017.
- Centel N / Zafer H / Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. B., Beta, 2020.
- Dehne-Niemann, J, “Räuberischer Diebstahl eines nicht beutebesitzenden Vortatmittäters?”, 2015, NStZ, s. 251- 255.
- Dönmezer S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. B., Beta, 2001.
- Eisele J, Strafrecht Besonderer Teil II, Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte, 5. Auflage, Studienreihe Rechtswissenschaften, Kohlhammer, 2019.
- Erdem, M. R / Şentürk C, “Hırsızlığın Yağmaya Dönüşmesi (Dolaylı Yağma)”, 2017, 16(2), İKÜHFD, s. 651-674.
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. B., Adalet, 2019.

- Heghmanns M, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, Springer, 2009.
- Hilgendorf E / Valerius B, Strafrecht Besonderer Teil II, C.H. Beck, 2017.
- Jakobs G, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, De Gruyter, 1991.
- Kindhäuser U / Böse M, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 10. Auflage, Nomos, 2019.
- Kindhäuser U / Zimmermann T, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Nomos, 2020.
- Koca M, Yağma Cürümleri, Seçkin, 2003.
- Koca M / Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. B., Seçkin, 2020.
- Koca M / Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. B., Adalet, 2019.
- Krey V / Hellmann U / Heinrich M, Strafrecht Besonderer Teil, Band II, 17. Auflage, Kohlhammer, 2015.
- Kudlich H / Aksoy D, “Eins, zwei oder drei? Zum Verhältnis von Raub, räuberischem Diebstahl und räuberischer Erpressung in der Fallbearbeitung”, 2014, JA, 81-87.
- Malkoç İ, “Hırsızlık Suçunun Yağma Suçuna Dönüşmesi”, 1990(2), TBB Dergisi, s. 219-228.
- Mitsch W, Strafrecht Besonderer Teil II, Vermögensdelikte, 3. Auflage, Springer, 2015.
- Özbek V / Doğan K / Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. B., Seçkin, 2019.
- Özen M, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. B., Adalet, 2019.
- Rengier R., Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 22. Auflage, Grundrisse des Rechts, C.H. Beck, 2020.
- Sander G, § 252 StGB, in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2017, (MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 1.).
- Schmidt R, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Auflage, RS Verlag, 2015.
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. B., Yetkin, 2014.
- Tezcan D / Erdem, M. R / Önok, R. M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,

18. B., Seçkin, 2020.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. B., Seçkin, 2018.

Öztürk B / Erdem M. R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. B., Seçkin, 2020.

Yaşar E, “Alman Hukukunda Seçimlik Fiil/Suç Cezalandırması”, in Mahmut Koca (ed.), Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin, 2020, s. 1265-1298.

Wittig P, Beck Online Kommentar StGB, 49. Auflage, C.H. Beck, 2021, StGB § 252

Yazıcıoğlu Y, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayırımı”, 2013, 19(2), Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üni. HAD, s. 757-795.

Yenisey F / Plagemann G, Alman Ceza Kanunu / Strafgesetzbuch (StGB), 2. B., Beta, 2015.