

Ceza Hukukunda Suçun Kanuni Unsuru Olarak “Eşya”*

Yazar/Autor: Doç. Dr. Joachim KRETSCHMER**

Çev./Übersetzt von: Kazım Furkan AĞKUŞ*** / Can Eralp ELİBOL****

Giriş

Alman Medeni Kanunu'nun (“AlMK” *Bürgerliches Gesetzbuch*) 90. maddesi uyarınca eşya, maddi varlığa sahiptir. Bu, temelde eşya teriminin bir medeni hukuk kavramı olduğunu göstermektedir. Medeni hukuk ile olan bu ilişki suçun diğer kanuni unsurlarında da görülmektedir. Eşya terimi, [hırsızlık suçunda] yer alan “başkasına ait” ifadesini akla getirmektedir¹. Farazi olaylarda ve hatta gerçek vakalarda kolay görünen bu durum, bu çalışmada daha yakından incelenecek belirli hukuki sorunları barındırmaktadır. Medeni hukuk yönünden AlMK'nin 90a maddesi uyarınca hayvanların eşya olmadığı görülmektedir. 90a maddesinin 3. cümlesi eşyalar için geçerli olan hükümlerin uygun olduğu sürece hayvanlara da uygulanabileceğini düzenlemektedir. Ancak bu düzenleme ceza hukukçularının aklına doğrudan ceza hukukunda geçerli olan kıyas yasağını getirmektedir. Peki, hayvanlar Alman Ceza Kanunu'nun (“AlCK” *Strafgesetzbuch*) 242. maddesi veya 303. maddesi kapsamında da değerlendirilemez mi? Bunun haricinde içinde ceset bulunan bir tabut mezar-

* Metnin orijinali için bkz. Joachim Kretschmer, "Das Tatbestandsmerkmal „Sache“ im Strafrecht", *Juristische Arbeitsblätter*, Cilt 2, 2015.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Freie Universität Berlin.

*** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: agkus@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9670-7363.

**** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: can.elibol@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5866-2224.

¹ Bu konuda bkz. Kudlich/Noltensmeier JA 2007, 863; Schramm JuS 2008, 678 (680).

lıktan alındığında kişi ceza hukuku bakımından nasıl sorumlu tutulabilir? Nitekim 2008 yılında Friedrich Karl Flick'in cesedinin bulunduğu tabut Kärnten'de bulunan aile mezarlığından "çalınmıştı".

A. Kavram

Suçun konusu olarak eşya, çeşitli suç tiplerinde yer almaktadır: AICK m. 242, 246, 249, 259, 289, 303, 306a/2, 315b, 315c, 324a, 325. Alışıl-gelmiş olarak meselenin can alıcı noktası, hırsızlık suçundadır. Şüphesiz böyle olmasının nedeni, hırsızlık suçunun istatistiki olarak en sık karşılaşılan suç olması ve dolayısıyla hem uygulamada hem de sınavlarda hırsızlık suçunun sıklıkla gündeme gelmesidir. 2012 yılına ait polis istatistikleri uyarınca işlenen toplam 5.997.040 suçtan 1.281.299'u hırsızlık suçunun temel hâli (AICK m. 242, 247, 248a-c), 1.098.426'sı ise nitelikli hâlidir (AICK m. 243-248a). AIMK'nin 90. maddesindeki geçerli tanıma göre eşya, maddi varlığı olan maldır². Bir görüşe göre medeni hukuk kavramları ile olan bağlantı, sadece eşyaların üzerinde mülkiyetin tesis edilebileceği esası ile kurulur³. Karşı görüş ise AIMK m. 90'a yapılan atfı tamamen bilinçli bir şekilde yadsıyarak eşyaların maddi varlığı olan mallar olduğunu ve ceza hukukunda eşyanın medeni hukuktan ayrı, otonom bir kamu hukuku kavramı olduğunu vurgulamaktadır⁴. Eşya kavramının kapsamı belirlenirken maddenin hâlinin önemsiz olduğu hususunda mutabık kalınmıştır⁵. Sadece katı maddeler değil, aynı zamanda sıvı veya gaz

² Bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge, StGB, 3. Aufl. 2013, § 242 Rn. 4; MüKoStGB/Schmitz, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2013, § 242 Rn. 25; Rengier, Strafrecht BT I, 16. Aufl. 2014, § 2 Rn. 4; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, StGB, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn. 9; Schramm JuS 2008, 678 (679).

³ Bu yönde bkz. Schramm JuS 2008, 678 (679).

⁴ Otonom bir kavram olduğu görüşü için bkz. BeckOK StGB/Wittig, Beck'scher Online-Kommentar StGB, Ed. 24, Erişim Tarihi: 22.7.2013, § 242 Rn. 4; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 242 Rn. 3; Kindhäuser, Strafrecht BT II, 7. Aufl. 2012, § 2 Rn. 8; Satzger/Schmitt/Widmaier/Kudlich, StGB, 2009, § 242 Rn. 5; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 36. Aufl. 2012, Rn. 18; Aynı yönde bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 4; Zopfs ZJS 2009, 506.

⁵ Bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 5; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 25; Rengier (Fn. 2) § 2 Rn. 4; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 9.

hâldeki maddeler de eşya olabilir. Veri, düşünce, istem ya da enerji gibi gayri maddi “mallar” eşya olmadığından bunları fikri hırsızlık, veri hırsızlığı yahut çalınmış verinin ticaretini yapma şeklinde nitelendirerek amiyane tabirle düşünce hırsızlığından bahsedilebilir. Ancak bir düşünce nasıl bulunduğu yerden alınabilir veya bir düşünceye nasıl zarar verilebilir? Bu tarz hareketler için AİCK m. 202a, 303a ve 303b ile Haksız Rekabete Karşı Kanun (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) m. 17 veya telif hakkına ilişkin düzenlemeler gibi özel hükümler mevcuttur. Özel düzenlemelerin olmadığı durumlarda ise yasal boşluk söz konusu olur. Buna karşılık, gayri maddi “mallar”ın veri taşıyıcısı (CD, DVD, USB disk) veya belge niteliğini haiz kâğıt gibi maddi taşıyıcılarda yer alması hâlde bunların eşya niteliğinde olduğundan söz etmek gerekir⁶.

B. Doğa ve Eşya

Nehirden su çekildiği veya Ren nehrine yağ döküldüğü varsayımında suçun konusundaki değişimden dolayı hırsızlık ve mala zarar verme suçu söz konusu olmaz mı? Tartışma bu noktada başlamaktadır. Bir görüşe⁷ göre maddi malın hacmen sınırlanabilir olması gerekmekte iken, diğer görüşe⁸ göre hacimsel sınırın varlığı gerekli değildir. Su, daha dar bakış açısına göre yalnızca bir şişenin içinde iken eşyadır. Doğa; hava ve su, yağmur veya kar olarak başlı başına eşya vasfına sahip değildir. Bu nitelendirme, hacimsel sınırı olmayan kayak pisti için de geçerlidir⁹. Karşı görüş de AİCK m. 242 veya m. 303 uyarınca cezai sorumluluğa gitmemektedir. Bu geniş bakış açısınca¹⁰ serbestçe akan suyun (Suların İdaresi Kanunu m. 4/2) veya atmosferdeki havanın başkasına ait olmaması nede-

⁶ Bu konuda bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 4, 6; Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 10; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 9.

⁷ Bu doğrultuda bkz. BayObLG NJW 1980, 132; AnwK-StGB/J.Kretschmer, Anwalt-Kommentar StGB, 2011, § 242 Rn. 5; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 25; SSW-StGB/Kudlich (Fn. 4) § 242 Rn. 5; Wessels/Hillenkamp (Fn. 4) Rn. 18.

⁸ Bu doğrultuda bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 5; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 9.

⁹ Bu doğrultuda bkz. BayObLG NJW 1980, 132; Karşı görüş için bkz. Wessels/Hillenkamp (Fn. 4) Rn. 18.

¹⁰ Bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 5; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 9.

niyle ilgili suçlardan dolayı cezai sorumluluk söz konusu değildir. Bu da çevre ceza hukukunda yer alan özel hükümler (AICK m. 324, 325) kapsamındadır. AICK m. 248c'deki özel hüküm, elektrik enerjisinin eşya vasfına sahip olup olmadığı hususundaki tartışmayı olumsuz cevap vererek sona erdirmiştir.

C. Hayvanlar

Olay: Komşusunun köpeğinin havlamasından rahatsız olan bir kişinin köpeği zehirlediği varsayımında AICK m. 303 gündeme gelir mi?

Hayvanlar maddi maldır ve dolayısıyla eşyadır. Bu kabul hem doğru hem de yanlıştır. Sınavda bir köpek, kuş, inek veya daha doğrusu AICK m. 242, 249 veya 303 uyarınca bir hayvan ile karşılaşıldığında "hayvan ve eşya" meselesinin AIMK m. 90a kapsamında tartışılması gerekir. Ancak uzun uzadıya sayfalarca bir incelemeden ziyade kısa bir değerlendirme yapılmalıdır¹¹. AIMK m. 90a uyarınca hayvanlar medeni hukuk bakımından eşya değildir fakat eşyalara ilişkin hükümler hayvanlara da uygulanır. Bu, Alman Anayasası (*Grundgesetz*) m. 20a uyarınca hayvanların korunması sorumluluğundan kaynaklanmaktadır. Ulaşılabilecek sonuç açıktır: Şüphesiz hayvanlar, önceden olduğu gibi ceza hukuku koruması altında olmaya devam edecek, bu kapsamda hırsızlık suçunun ve hatta AICK m. 303 kapsamında mala zarar verme suçunun da konusunu oluşturacaktır. Bu bağlamda AIMK m. 90a'nın varlığı, ceza hukukunda kabul edilen bu esaslı değiştirmemektedir. Ceza hukukunda kıyas yasağının olması varılan bu sonuç ile çelişmemektedir, zira AIMK 90a maddesinin 3. cümlesi kıyas ile ilgili olmayıp geçerli bir kanuni atıf içerir¹². Buna karşılık eşya kavramının medeni hukuktan ve bilhassa AIMK m. 90a'dan bağımsız yorumlanabileceği, bu bakımdan bütün maddi mallar ve dolayısıyla hayvanların eşya olduğu ve hatta diğer hukuk dallarında da çeşitli eşya tanımlarının benimsenebileceği de savunulabilir¹³. Kavram, Alman Ceza

¹¹ Bu konu ile ilgili güzel bir örnek için bkz. Graul JuS 2000, 215 (220).

¹² Bu yönde bkz. Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 9; SSW-StGB/Kudlich (Fn. 4) § 242 Rn. 7.

¹³ Bkz. OLG Hamburg NJW 2001, 2488; AnwK-StGB/J.Kretschmer (Fn. 7) § 242 Rn. 6; BeckOK StGB/Wittig (Fn. 4) § 242 Rn. 4.2.; Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 6; Fischer (Fn. 4) § 242 Rn. 3; Graul JuS 2000, 215;

Kanunu'nun amacı dâhilinde yorumlanmalıdır. Hukuk düzeninin bütünlüğü 1990 yılında eklenen AIMK m. 90a ile bozulmuştur. Ancak ceza hukukunun bu değişikliklerle getirilen esasa uyma zorunluluğu yoktur. Medeni hukuktaki eşya kavramının kapsamından hayvanların çıkarılmasının ceza hukukuna etkisi yoktur¹⁴. Hamburg Yüksek Eyalet Mahkemesi (*Oberlandesgericht*) de AIMK m. 90a hükmü yürürlüğe girdikten sonra dahi hayvanların ceza hukuku bakımından eşya kavramının kapsamında olduğuna hükmetmiştir¹⁵. Dahası, hayvanların AICK m. 242'deki eşya unsuru bağlamında değerlendirilmesi yapılırken AIMK m. 90 ve 90a'nın hiç dikkate alınmaması önerilmektedir¹⁶. Ancak bu önerinin üniversite öğrencileri tarafından uygulanması, sınavlarda sınavı hazırlayan kişilerin suçun unsuru olarak hayvanlara ilişkin kısa (!) bir değerlendirme beklemesi nedeniyle tavsiye edilmez. AICK 324a maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde de eşya olarak hayvandan bahsedilmektedir. Gerek 1990 yılına kadar bütün hukuk düzeni için geçerli olan ceza hukukuna özgü kavramsal anlam, gerekse AIMK 90a maddesinin 3. cümlesindeki kanuni atıf olsun, her iki çözüm de hayvanların eşya olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre hayvanların telef edilmeleri yahut bunların zarara uğramaları AICK m. 303 uyarınca mala zarar verme suçunu oluşturur.

D. İnsan ve Eşya

İnsan eşya değildir. Bu, yaşayan insanlar için geçerlidir. Peki, cesetler bakımından da geçerli midir? "İnsan ve eşya" sorunsalı söz konusu olduğunda yaşayan ve ölmüş insan arasındaki ayrım ortaya konulmalıdır. Ayrıca bu durumlarda ayrılmış yahut kopmuş doğal uzuvlar veya vücut parçaları ve protez, kalp pili, bağışlanmış organ ile takma diş gibi vücuda eklenen suni parçalar arasında da ayrım yapılmalıdır. Bu, kulağa kısmen korkunç gelebilir. Ancak cesedin "çalınması" ile ilgili olan "Flick" olayı, meselenin uygulamayı da ilgilendirdiğini göstermektedir. Ayrıca pek çok mahkeme, bir krematoryum çalışanının mevtanın küllerinden

MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 26; Rengier (Fn. 2) § 2 Rn. 4; Wessels/Hillenkamp (Fn. 4) Rn. 18; Zopfs ZJS 2009, 506.

¹⁴ Bu yönde bkz. Fischer (Fn. 4) § 242 Rn. 2.

¹⁵ OLG Hamburg NJW 2001, 2488.

¹⁶ Bu yönde bkz. Mitsch, Strafrecht BT 2, 2. Aufl. 2002, § 1 Rn. 12.

arta kalan altın dişi alıp satmasının hırsızlık suçu teşkil edip etmeyeceği sorusuna cevap aramıştır. Bunun haricinde bağışlanan kanın “çalınması” hırsızlık suçu kapsamında veya polis tarafından kişinin kanındaki alkol oranının tespiti yahut doping kontrolü için alınmış kan örneğinin tahrir edilmesi mala zarar verme suçu kapsamında düşünülebilir.

1. Yaşayan İnsan

Yaşayan insan eşya değildir¹⁷. Yaşayan insan hukukun objesi değil, süjesidir. Bu esas, Alman Anayasası m. 1’de hüküm altına alınmıştır. İnsan embriyosunun hukuki mahiyetinin ne olduğunun tespiti daha zordur. Ana rahmindeki insan embriyosu eşya olmayıp – müstakbel – insandır¹⁸. Cenin AlCK m. 218 vd. hükümleri uyarınca korunmaktadır. Peki, suni olarak döllenen yumurtalık ana rahmine konulmadan önce insan mı, yoksa eşya mıdır? Hukukun vereceği cevap hukuk felsefesinin, etiğin ya da dinin etkisi altındadır. Kanaatimce ana rahmi dışında döllenen yumurtalıkların hukuki kaderi, suni döllenede kullanılan ve insan vücudunun dışında mevcut olan yumurtalıklar ve spermiler ile aynıdır. Elbette bunlar da eşyadır¹⁹. Embriyonun Korunması Hakkında Kanun (*Embryonenschutzgesetz*) hem hukuki hem de cezai koruma sağlamaktadır. Kanun’un 2. maddesi, diğer sağladığı korumaların yanında, vücut dışında yaratılmış insan embriyosunun satılmasını da cezalandırmaktadır. Bu da embriyonun eşya niteliğinde olduğunu kanıtlamaktadır, zira hukuk düzenimiz sadece eşyaların satışını tanımakta, insanların satılabileceğini kabul etmemektedir. Buna etik veya dini açıdan karşı çıkılabilir ve ana rahmi dışındaki insan embriyosunun hukuken gerçek kişi olduğu ve insan gibi yaşam sürdüğü savunulabilir²⁰. Ancak sahip olduğumuz seküler

¹⁷ Bu yönde bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 7; Mitsch (Fn. 16) § 1 Rn. 13; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 27; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 10; Schramm JuS 2008, 678 (679).

¹⁸ Bu yönde bkz. Mitsch (Fn. 16) § 1 Rn. 13; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 27.

¹⁹ Bkz. AnwK-StGB/J.Kretschmer (Fn. 7) § 242 Rn. 17; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 27.

²⁰ Bu yönde bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 8; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 10.

hukuk düzeninde böyle bir görüşün özel hukuk ve ceza hukuku bakımından savunulması mümkün değildir.

a. Doğal Vücut Parçaları

Yaşayan insan, bir bütün olarak eşya niteliğinde kabul edilmediği için doğal vücut parçaları ile kan, yumurta hücresi ve sperm gibi vücut bileşenleri; vücuttan kopma veya ayrılma ile eşya niteliğini kazanırlar. Bu nitelik, söz konusu parçaların vücuttan ayrılma anında hak sahibinin rızası uyarınca vücutla yeniden birleştirmenin mümkün olup olmadığından veya bunun istenip istenmediğinden bağımsızdır.

Olay²¹: Hasta P ağır bir ameliyat geçirecektir. Ameliyata hazırlık amacıyla doktorlar, ameliyat sırasında ve sonrasında P'ye verilmek üzere P'den birkaç litre kan alırlar. P'ye zarar vermek isteyen hemşire K kanı döker.

Olay²²: Kaza nedeniyle şoför A'nın sol ön kolu kopar. Yolun üstüne düşen kol hâlâ iyi durumdadır. Kazaya neden olan U, kaza yerinden kamyonu ile kaçmak ister. Olay yerinden hızla uzaklaşmak için U, yolun üzerinde bulunan A'nın kolunun ezileceğini kabullenerek aracıyla kolun üzerinden geçer. Ambulans, kopmuş kolun soğutulup yeniden hastaya nakledilebilmesini mümkün kılacak süre içerisinde olay yerine gelir. Ancak kolun üzerinden geçildiği için bu işlem gerçekleştirilemez.

İhtimal: Kol tamamen kopmaz, A'nın vücuduna ince bir deri ile bağlı kalır.

Mağdurdan alınan kan ve yukarıda verilen kaza örneğinde mağdurun kolu, AİCK m. 303 uyarınca mala zarar verme suçunun konusunu oluşturabilecek eşya olarak kabul edilebilir mi? Belirtmek gerekir ki varılan bu sonuç kaza örneği bakımından ürkütücü görünmektedir. Öte yandan, kopan kol insan vücudunun bir parçası olarak kabul edilirse kaza örneğinde, özellikle yukarıdaki ihtimalde AİCK m. 223 uyarınca kasten yaralama suçunun gündeme gelmesi daha mantıklı değil midir?

²¹ Olay tamamen şu kaynaktan alınmıştır: Hardtung JuS 2008, 864 (865). Bu çalışmada, insan vücudundan alınan kana zarar verilmesi ihtimalinde, bunun AİCK m.223 kapsamında insan olarak mı yoksa eşya olarak mı değerlendirilmesi gerektiği tartışılmaktadır. Teşekkürler Bernhard!

²² Olay tamamen şu kaynaktan alınmıştır: Hardtung JuS 2008, 864 (865).

Vücut parçaları vücuttan ayrıldıklarında eşya niteliğini kazanır²³. Bunlar vücutundan ayrıldıkları veya söküldükleri kişinin mülkiyetine girer²⁴. Bu ALMK'nin 953. maddesinde kabul edilmiş hukuki esastır. Vücut dokunulmazlığına karşı suçlar ise vücuttan ayrılmış parçaların kişinin iradesine aykırı olarak kullanılmasına karşı değil, parçaların vücuttan ayrılmamalarına karşı koruma sağlar²⁵. Ancak vücut parçalarının taşıyıcısı, bu parçaların vücutundan ayrılması ile sağlanan bu hukuki korumayı kaybetmemelidir.

Olay²⁶: Böbrek donörü N'nin iki sağlıklı böbreğinden biri alınır. Böbrek, kendisine organ nakli yapılacak K'ye götürülürken şoför F birasını soğutmak için böbreği soğutucudan çıkarır ve bunun sonucunda böbrek kullanılamaz hâle gelir.

Bağışlanmak üzere alınmış böbrek ceza hukuku bakımından eşyadır. Böbreğin organ bağışçısının vücutundan ayrılmasıyla kendisine organ bağışlanan kişi böbreğin maliki olur. Bununla birlikte, Organ Nakli Kanunu (*Transplantationsgesetz*) kapsamında organ donörü, organın mülkiyetini nakil merkezi veya hastaneye devredebilir. Ceza hukuku kapsamında hukuki koruma AICK m. 303 uyarınca sağlanır. Ancak belirli durumlarda vücuttan geçici olarak ayrılan ve kişinin isteği üzerine yeniden vücuda eklenebilen vücut parçaları, vücuttan bağımsız bir eşya olarak değil, vücudun parçası olarak görülür²⁷. Bu durumda hukuki koruma AICK m. 303 maddesi uyarınca değil, m. 223 uyarınca sağlanır. Vücuttan alınan kan ve kopan kol bu duruma örnek teşkil ederken, böbrek bu kapsamda

²³ Bu yönde bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 8; Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 24; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 28; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 10; Schramm JuS 2008, 678 (679); Wessels/Hillenkamp (Fn. 4) Rn. 76; Zopfs ZJS 2009, 506.

²⁴ Bu yönde bkz. Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 24; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 28; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 20; Wessels/Hillenkamp (Fn. 4) Rn. 76.

²⁵ Bu yönde bkz. MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 28.

²⁶ Bu olay da tamamen şu kaynaktan alınmıştır: Hardtung JuS 2008, 864 (865).

²⁷ Bu yönde bkz. Hardtung JuS 2008, 864 (865); Ayrıca bkz. SSW-StGB/Kudlich (Fn. 4) § 242 Rn. 8.

yer almaz²⁸. Bununla birlikte, bu bakış açısıyla, bağışlanan böbreğin neden Organ Nakli Kanunu uyarınca belirlenen kişinin vücudunun bir parçası olarak kabul edilmediğinin sorulması gerekir. Bu görüş bütüncül olarak değerlendirildiğinde tatmin edici değildir ve medeni hukukun etkisi altındadır. Karşı görüş savunanlar tarafından sürekli dile getirilen Alman Yargıtayı'nın (*Bundesgerichtshof*) kararında²⁹ mülga AIMK'nin 847. maddesi, AIMK'nin ise 253. maddesi uyarınca manevi tazminata hükmedilebilmesi için yaralamanın oluşması gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay: "Vücut parçaları, hak sahibinin isteği ile vücut fonksiyonlarının korunması veya gerçekleştirilmesi için vücut parçalarının tekrar birleştirilmesi amacıyla vücuttan ayrıldığında, AIMK m. 823/1 uyarınca fiziksel bütünlüğün korunmasından bahsedilemez. Zira AIMK m. 823 uyarınca hak sahibinin hür iradesinin kapsamlı bir şekilde korunması amacıyla fiziksel bütünlüğünün korunduğu düşüncesi hâkimdir. Sonuç olarak normun koruma amacı göz önünde bulundurulduğunda bu vücut parçaları vücuttan ayrılmaları sırasında fonksiyonel bir birliktelik oluşturmaya devam eder. Bu nedenle bu ayrılan parçalara zarar verilmesi veya bunların yok edilmesi AIMK m. 823/1 ve m. 847/1 anlamında yaralama olarak değerlendirilmesinin öngörüldüğü düşünülebilir."

Medeni hukuka ilişkin bu karar istisnaidir. Ceza hukuku ve medeni hukuk ortak terimleri kullanmakla birlikte, bu terimler ve korunan hukuksal değerler ceza hukukunda kendine özgü anlama sahiptir. Ceza hukukunda eşya kavramının kapsamı, genel kişilik haklarının korunması amacıyla sınırlandırılmamalıdır³⁰. Kaza sonucunda organ, sperm veya kan nakli ile doğal olarak vücuttan ayrılan parçalar, ayrılmaları ile birlikte her hâlükârda eşya niteliğini kazanırlar. İnsan vücuduna yeniden dâhil edildiklerinde ise ayrıldıkları vücudun veya eklendikleri yeni vücudun parçası hâline gelirler. Mala zarar verme suçundaki "eşya" veya kasten yaralama suçundaki "başkası" ifadelerine rağmen vücuttan ayrılan vücut parçasının veya önceki vücut bileşeninin insanın fonksiyonel bir parçası olarak görülmesi zordur. Bu parça veya bileşen, maddi bir varlık olarak

²⁸ Bu yönde bkz. Hardtung JuS 2008, 864 (865).

²⁹ BGH (Z) NJW 1994, 127.

³⁰ Bu yönde bkz. Zopfs ZJS 2009, 506; Ayrıca bkz. Wessels/Hillenkamp (Fn. 4) Rn. 65.

eşya niteliğine sahiptir. Hatta bunlar, vücut parçasının önceki vücuda yeneden eklenmesinin mümkün veya zorunlu olmasının istenmesi yahut öngörülmesi ile bağlı olmaksızın bu niteliğe sahiptir. Eşya niteliği, kanın aynı kişiden mi alındığı veya kan bağıışı mı olduğu gibi tesadüfi durumlara bağlı olamaz. Bu bağlamda bütüncül bir yaklaşım hukuki güvenliği sağlar. AİCK m. 303 ile yeterli bir ceza hukuku koruması sağlanır.

b. Suni Vücut Parçaları

Suni vücut parçası olarak vücudun bir parçasının yerine ikame edilen ve vücuda eklenip vücut fonksiyonlarını yerine getiren veya onu destekleyen implantlar, insan vücuduna sıkıca bağlı olup vücuttan kolayca ayrılmadıkları takdirde eşya niteliğini kaybederler³¹. Buna kalça eklemi implantları ile bağışlanmış böbrek örnek olarak verilebilir. Sıklıkla verilen bir başka örnek ise kalp pildir. Ancak bu örnek, kısmen farklılık arz eder. Bir vücut parçasını ikame eden implantlar vücudun bir parçası olur iken, vücuda eklenip onu destekleyen implantlar ise sadece destekleyici bir fonksiyon icra ettiklerinden vücut parçasına eklenseler de eşya niteliğini ve buna bağlı olarak üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilebilme imkânını muhafaza ederler³². Kalp pili de vücuda eklenen destekleyici implantlardandır. Destekleyici implantların vücuda nakli veya vücuttan alınmaları ile eşya niteliğini kaybedeceğinden veya yeniden kazanacağından bahisle destekleyici implantlara farklı bir açıdan yaklaşmak gerektiği ileri sürülmektedir³³. Kanaatimce bu görüş isabetli değildir. Zira bir vücut parçasını ikame eden implantlarda olduğu gibi, vücut parçalarının eşya niteliği de bunların vücuda nakledilmeleri veya vücuttan alınmaları ile belirlenmektedir. Bu esas neden destekleyici implantlar için de geçerli olmasın? İkame implantlar da vücudun esaslı parçalarındandır ve bu durumda AİMK m. 93 ile m. 947/2'deki hukuki esas uygulanır. Aynı zamanda burada da bütüncül bir değerlendirme hukuk güvenliğini sağlar.

³¹ Bu yönde bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 8; Hardtung JuS 2008, 864 vd.; AnwKStGB/ J.Kretschmer (Fn. 7) § 242 Rn. 16; Safferling/Menz Jura 2008, 382 (383).

³² Bu yönde bkz. Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 26; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 29; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 10.

³³ Bu yönde bkz. MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 29.

Bu, kendisini kalp pilinin kısmen³⁴ vücut parçasını ikame eden implant olarak sınıflandırıldığı durumda gösterir. Sonuç itibarıyla, vücuda dâhil edilmiş bütün suni vücut parçalarına verilen zarar yaralama kapsamında değerlendirilir. Bu parçalar vücuttan ayrılmalariyla birlikte eşya olurlar ve doğal parçalarda olduğu gibi sahibinin mülkiyetindedirler. Ancak bu durum, bazı istisnai hâllerde farklı olabilir. Kalp pili gibi tekrar kullanılabilen suni parçaların üreticilerinin bu parçalar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu kararlaştırılabilir. Her ne kadar üreticilerin hukuki menfaati bulursa da destekleyici implantlar vücudun içinde bulunduğu süreçte eşya niteliğinde değildir. Ancak kalp pillerinin ödünç veya kiraya vermek suretiyle devredilmesi mümkündür. İnsan vücudunun bütüncül değerlendirilmesi bunu önünde durmaktadır³⁵. Mütemediyen insan vücuduna bağlı olmayan suni vücut parçaları eşya olarak kalmaya devam etmektedir³⁶. Takma diş, bacak protezi ve peruk bu kapsamda sayılabilir.

2. Ceset

Olay: 2008 yılında Friedrich Karl Flick'in tabutu, tabutun içindeki cesedi ile birlikte Kärnten'de bulunan aile mezarlığından kimliği belirlenemeyen kişiler tarafından şantaj yapmak amacıyla çalındı. Bir yıl sonra tabut yeniden ortaya çıktı.

Ceset, hukuki anlamda bir süje değil, eşyadır³⁷. Ölümünden sonra kişilik hakları ceza hukuku bakımından önem taşımaz. Cesedin doğal veya suni her türlü vücut parçası, eşya niteliğindedir. Eşya niteliğindeki bu parçalar ve defnedilmesi öngörülen ceset sahihsizdir³⁸. Hukuki koruma

³⁴ Bu yönde bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 8.

³⁵ Bu yönde bkz. Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 26; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 10, 20.

³⁶ Bkz. Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 26; Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 8; Hardtung JuS 2008, 864 vd.

³⁷ Bu yönde bkz. OLG Hamburg NJW 2012, 1601; Jahn JuS 2008, 457 (458); Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 8; Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 25; Kudlich JA 2010, 226; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 30; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 10; Schramm JuS 2008, 678 (679).

³⁸ Bu yönde bkz. OLG Hamburg NJW 2012, 1601; OLG Bamberg NJW 2008, 1543 (1547); Jahn/Ebner JuS 2008, 1086 (1087); Sınavda sorulan bir olay için bkz.

AlCK'nin 168. maddesi uyarınca sağlanmaktadır. Diğer taraftan müzelerde bulunan mumyalar veya plastine edilmiş cesetler üçüncü kişilere ait eşyalardır. Ceset ve her türlü vücut parçası, AlMK'nin 958. maddesi uyarınca iktisaba konu olabilir³⁹. Bununla birlikte, ölünün hatırası göz önünde bulundurulmalıdır. Buna özellikle kişinin hayatta olduğu sırada (organ bağışçısı kartı!) veya ölümünü takiben akrabaları tarafından (Organ Nakli Kanunu m. 3 ve 4) kişisel organlarının bağışlanmasında dikkat edilmelidir. Bununla birlikte, AlMK m. 1922 uyarınca cesedin veya onun vücut parçaları ile implantlarının külliyen devrinin söz konusu olamayacağı hususunda fikir birliği vardır⁴⁰.

Olay⁴¹: Bir krematoryum çalışanı, yakılan cesetlerin küllerinde bulunan altın dişleri satmak amacıyla almıştır.

Bu tarz olaylar son dönemde birçok yüksek eyalet mahkemesini meşgul etmiştir⁴². Ancak hiçbir yüksek eyalet mahkemesi hırsızlık suçunun oluştuğuna hükmetmemiştir. Bunun nedeni, cesedin yakılıp kül hâline getirilmesinden sonra arta kalan altın dişlerin sahipsiz eşya olmasıdır. Hamburg Yüksek Eyalet Mahkemesi altın dişin öncelikle hayatta kalanlar, özellikle mirasçılar⁴³ tarafından iktisap edilebileceğine hükmetmiştir. Ayrıca krematoryumu işletenlerin de yalnızca hayatta kalanların rızası ile altın diş iktisap edebileceğini ifade etmiştir. Defin işlemleri için krematoryumla anlaşılması, ölünün yakınlarının altın diş üzerinde sahip oldukları haktan krematoryumların işletmecileri yararına vazgeçtikleri anlamına gelmez. Yakınları şüphesiz, mevtanın bir bütün olarak defnedilmesini isterler. Hamburg Yüksek Eyalet Mahkemesine göre kül haline

MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 36; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 21.

³⁹ Bkz. MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 37; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 21; Schramm JuS 2008, 678 (680).

⁴⁰ Bu yönde bkz. Jahn JuS 2008, 457 (458); MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 38; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 21.

⁴¹ OLG Bamberg NJW 2008, 1543.

⁴² OLG Hamburg NJW 2012, 1601; OLG Nürnberg NJW 2010, 2071; OLG Bamberg NJW 2008, 1543.

⁴³ Mirasçıların da bu kapsamda olduğu görüşü için bkz. MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 38.

getirilmiş altın diş, kül kavramı kapsamında yer aldığından; mahkeme, AİCK m. 168 uyarınca kişinin hatırasına hakaret suçundan cezaya hükmetmiştir⁴⁴. Bu nedenle cesedin veya cesedin vücut parçalarının alınması kural olarak hırsızlık değildir. Bunların iktisap edilerek mülkiyet hakkının kullanılmasına kanunen izin verilen hâller saklıdır.

E. Taşınır veya Taşınmaz

Alman Ceza Kanunu belli suçları, konularının taşınır veya taşınmaz mal olmasına göre ayırmaktadır. Maddenin lafzına dikkat etmek gerekmektedir. Fiziksel olarak hareket ettirilebilen tüm eşyalar taşınır⁴⁵. Hırsızlık suçu özelinde aslen taşınmaz olan bir malın bulunduğu yerden alınarak taşınır yapılması cezai sorumluluk için yeterlidir. Ceza hukuku burada AİMK m. 90 vd. hükümlerinden ayrılmaktadır. Taşınmaz malların bir kısmı, bütünden ayrılıp taşınır yapıldıklarında taşınır mal olarak addedilebilir. Bir çobanın, koyunlarını başkasına ait bir taşınmazın üzerinde otlatığı olay buna örnek verilebilir⁴⁶. Bu olayda mahkeme, "Koyunların otları yerden koparıp ağızlarına almalarıyla sanık, hareketi kendisi gerçekleştirirse de koyunları tıpkı uzatılmış bir kol gibi araç olarak kullandığından koyunların otlar ve yoncalar üzerindeki hâkimiyetinden bizzat sorumlu olmaktadır." diyerek kararını garip bir şekilde ifade etmiştir.

F. Sonuç

Eşyanın maddi varlık olarak genel tanımı ilk bakışta sorunsuzdur ve uygulama ile sınavlarda nadiren detaylı bir inceleme gerektirir. Hayvan, doğa ve insan gibi bazı özel durumlarda tespitinin ve ayırımın nasıl yapılması gerektiği tartışmasını da beraberinde getirmektedir. Bu meseleler, mutlak anlamda medeni hukuk unsurlarının savunulması veya ceza hukukuna özgü bir eşya kavramını edilmesiyle bağlı değildir

⁴⁴ Aksi yöndeki içtihat için bkz. OLG Nürnberg NJW 2010, 2071.

⁴⁵ Bkz. Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 11; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 44 vd.; Rengier (Fn. 2) § 2 Rn. 3; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 11; Schramm JuS 2008, 678 (680); Zopfs ZJS 2009, 506.

⁴⁶ LG Karlsruhe NStZ 1991, 543.

