

İTALYAN CEZA HUKUKUNDA HIRSIZLIK SUÇU

The Crime of Theft in Italian Penal Law

R. Murat ÖNOK*

ÖZ

Bu makalede 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 624. ve devamı maddelerinde düzenlenen hırsızlık suçu, yeri geldikçe 1889 tarihli *Zanardelli* Kanunundaki düzenlemelerle mukayese yapmak suretiyle, ceza hukukunda suç tipi inceleme yöntemine uygun bir şekilde irdelenmiştir. Suçla korunan hukuki yarar, suçun maddi ve manevi unsurları, suçun nitelikli halleri ve suçun özel görünüş biçimlerine ilişkin, ayrıca İtalyan yasasında yer verilen ve hırsızlıkla bağlantılı bazı özerk suç tiplerine ilişkin olarak İtalyan doktrininde yapılan tartışmalar ve İtalyan Yargıtayının konuya dair içtihadı ele alınmıştır. Özellikle de suçun fiil unsuru ve bu suç bağlamında zilyetlik kavramına ilişkin sorunlu noktalar ve tartışmalar okuyucuya aktarılmıştır. Bilhassa teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı açısından kafa karıştıran, mağdurun malın üzerindeki zilyetliğinin sonlandırılması ile failin mal üzerinde kendi fiili egemenliğini kurması arasındaki ilişkiye dair tartışmalara değinilmiştir. Sonuç kısmında ise ana metindeki bazı bulguların özetine ve tartışmalı konulara dair kanaatimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hırsızlık, İtalyan Ceza Kanunu, Zilyetliğin sonlandırılması, Kullanma hırsızlığı, Hafif (minör) hırsızlık

ABSTRACT

In this article the crime of theft embodied in articles 624 *et sequens* of the Italian Penal Code of 1930 has been analyzed, where necessary in comparison with the provisions of the *Zanardelli* Code of 1889, in accordance with the method utilized in penal law regarding the analysis of types of crimes. Doctrinal debates and the related case-law of the Italian Court of Cassation with regard to the protected legal value, the material and moral elements of

Makalenin Geliş Tarihi: 21.02.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 01.09.2023.

* Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: monok@ku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9758-2769.

the crime, the qualified versions of the crime, the special forms of manifestation of the crime and the autonomous crimes connected with theft laid down in the Italian law have been discussed. In particular, the problematic points and debates regarding the action/conduct element of the crime and the concept of possession in the context of this crime have been conveyed to the reader. The debates on the relation between the termination of the victims's possession over the good and the establishment of the perpetrator's own factual hegemony over the good, which is particularly mind-confusing from the viewpoint of whether or not the rules on attempt will be applied, have been mentioned. In the conclusion the summary of some of the findings in the main text and the author's personal opinion with regard to contentious point have been explained.

Keywords: Theft, Italian Penal Code, Termination of possession, Theft of use, Minor theft.

I. GENEL OLARAK

Hırsızlık suçu (İtalyanca'da (İt.) *Furto*), 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda (İt. CK) "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlığı altındaki ilk suç tipi olarak İt. CK 624 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. 624. maddede suçun basit hali, m. 624*bis*'te özerk birer suç olarak aslında hırsızlığın iki özel görünüş biçimi, m. 625'te hırsızlık suçuna özgü ağırlatıcı nedenler, m. 626'da ise daha az cezayı gerektiren "minör/hafif" hırsızlık halleri düzenlenmiştir. Öte yandan, Askeri Ceza Kanununda özel hırsızlık düzenlemeleri (m. 230-233) ve hatta Seyrüsefer Kanunu m. 1148'de mürettebatın üyesi tarafından bordada işlenen hırsızlığa dair yine özel bir düzenleme vardır. Ceza kanunundaki suçun faili herkes olabilirken, anılan özel düzenlemelerde faili özgü suçlar söz konusudur¹.

Bu makalede İtalyan doktrin ve uygulamasında bu suçla dair yaşanan başlıca tartışmalar okuyucuya aktarılacaktır.

İt. CK'ya bakıldığında, bölüm başlığı "mala veya kişilere yönelik şiddet vasıtasıyla malvarlığına karşı işlenen suçlar"dır. Doktrinde bazı yazarlar hırsızlığı "tek taraflı saldırı suçları" başlığı altında ele almaktadır². Fakat bu

¹ Ferrando Mantovani, *Diritto Penale. Parte speciale II: delitti contro il patrimonio*, 8. Bası (Milan: CEDAM, 2021), 71 ("Mantovani").

² Giovanni Fiandaca ve Enzo Musco, *Diritto Penale. Parte speciale. Vol. 2/2: I delitti contro il patrimonio*, 7. Bası (Bologna: Zanichelli, 2015), 45 ("Fiandaca ve Musco"); Mantovani, 69.

terminolojiye rağmen, suçun işlenmesinde malın alınması için kişiye dönük maddi veya manevi cebir asla olmamalıdır zira o durumda yağma suçu oluşur³.

Suçun yasal tanımında, zilyedinden almak suretiyle başkasının taşınır malının zilyetliğini, kendisine veya bir başkasına fayda sağlamak amacıyla, ele geçiren kişiden söz edilmektedir.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Bu konudaki temel tartışma, maddeci-özcü bir bakış açısıyla hareket etmek suretiyle suçla fiili bir durumun korunduğunun mu savunulacağı yoksa şekli-bireyselci bir yaklaşımla hukuki bir durumun mu korunduğunun savunulacağıdır⁴.

Bu ana tartışma eksenini ışığında; kimileri zilyetliğin korunduğu temelli⁵, kimileriye mülkiyet⁶ veya başka aynı hakların korunduğu temelli yaklaşımdan yanadırlar.

Yaygın bir görüşe göre, hırsızlık suçuyla esasen mal üzerinde tasarrufta bulunma veya maldan istifade etmek gibi haklar korunmaktadır⁷. *Mantovani* ise hem mal üzerindeki mülkiyet hem de maldan yararlanma ilişkisinin korunduğunu; bu bakımdan da mağdur ve şikayet hakkı sahibinin her ikisi olduğunu savunmaktadır⁸.

İtalyan Yargıtayı bir kararında bu suçla mülkiyetin, mal üzerinde tasarrufa olanak sağlayan aynı ve kişisel hakların ve de zilyetliğin korunduğunu savunmuştur⁹. Bu şekilde, suçla korunan hukuksal değerlerin birden fazla olduğu ve hem mal üzerindeki çeşitli hukuksal değerler üzerinde

³ Francesco Antolisei, *Diritto Penale. Parte speciale I.*, ed. Carlo Federico Grosso, 16. Bası (Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2016), 409 (“Antolisei”); Domenico Carcano, *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale* (Milan: Percorsi Giuffrè, 2010), 1036.

⁴ Carcano, 1035.

⁵ Bu görüşte Antolisei, 405.

⁶ Mesela Carrara ve Manzini gibi isimler eskiden bu görüşteydi (Luigi Delpino, *Diritto Penale. Parte speciale*, 14. Bası (Milan: Edizioni Simone, 2014), 636). Fakat Manzini'nin en yakın tarihli şerhinde korunan hukuksal değer olarak zilyetlik görülmektedir, Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano, Volume IX (Delitti contro il patrimonio)*, yay. haz. Pietro Nuvolone ve Gian Domenico Pisapia, 5. Bası (Torino: UTET, 1986), 8.

⁷ Fiandaca ve Musco, 50-51.

⁸ Mantovani, 74.

⁹ 18.72013 tarihli ve 40354 sayılı karar. Doktrinde aynı yönde yaklaşım için bkz. Carcano, 1035.

serbestçe tasarruf edebilmeye ilişkin yararın hem de mal üzerindeki egemenlik kapsamında fiili bir durumun korunduğu kabul edildiği vakit, suçun mağduru – duruma göre – malın maliki de olabilmektedir o mal üzerinde istifade hakları olan bir başka kişi de¹⁰.

Hükmün lafzına bakıldığı zaman, aslında zilyetliğin ön planda olduğu görülebilir zira malın zilyedinden (İt. *detentore*) alınması öngörülmüştür. Oysa 1889 sayılı Kanunda (m. 402), “sahip olduğu kişinin rızası olmaksızın...başkasının taşınır malını” almaktan söz edilmekteydi, oysa 1930 tarihli kanununun 624. maddesi malın “zilyedinden” alınmasını aramaktadır¹¹. Bundan hareket eden görüşe göre, aslında yalın şekilde, mal ile süje arasındaki fiili ilişkinin, onu elinde bulunduran kişinin mal üzerindeki fiili kudret veya hakimiyetinin korunduğu söylenebilir¹².

Fiili bir durum ya da ilişki olarak zilyetliğin korunduğu savunulursa, zilyedin geçerli bir hukuki sığata dayanmaksızın, meşru olmayan bir şekilde mala zilyet olması durumunda da malın onun rızası olmaksızın ondan alınması durumunda *ona karşı* hırsızlık suçu oluşacaktır¹³. Mesela hırsızın elinden malın (ç) alınması gibi bir durumda, onun mal üzerindeki hakimiyet yetkisine müdahale edilmiştir¹⁴. Kanaatimce, böyle bir durumda suçun oluştuğu tereddütsüzdür fakat mesele suçun *kime karşı* işlendiğidir. Hırsızlık suçuyla aslen mülkiyetin korunduğu savunulursa, bu ikinci hırsızlık suçu da yine *malın sahibine* karşı işlenmiş olur¹⁵; fakat aslen zilyetliğin korunduğu kabul edilirse, bu ikinci suçun artık hırsıza karşı işlendiği söylenmelidir¹⁶.

Öte yandan, onu çalan hırsız tarafından terk edilen aracın bir başkası tarafından yine alınması durumunda hırsızlık suçunun oluşacağını İtalyan

¹⁰ Carcano, 1035.

¹¹ Manzini, 9.

¹² Fiandaca ve Musco, 49.

¹³ Manzini, 8; Antolisei, 405; Mantovani, 71.

¹⁴ Manzini, 11; Fiandaca ve Musco, 49. Aynı yönde İt. Yar., 5.12.1980 tarihli kararı, aktaran Giorgio Lattanzi, *Codice Penale Annotato con la Giurisprudenza* (Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2005), 1505.

¹⁵ Kaldı ki bu ikinci fiil malın sahibinin uğradığı hukuksal değer ihlalini vahimleştirmiştir çünkü araya giren bir üçüncü kişi nedeniyle malının izini sürmesi ve ona tekrar kavuşması daha da zorlaşmıştır (bu yönde Manzini, 11). Ayrıca, sosyolojik ve etik açıdan “son” hırsızın eyleminin “dürüstlüğe aykırılığı” önceki hırsızkinden farklı değildir (a.g.e, 12).

¹⁶ Bu son fail açısından hem başkasının zilyetliği ihlal edilmiş hem de bir başkasına ait mal alınmıştır, yani hırsızlık suçunun koşulları tamamdır. Öte yandan, kendisinden çalınan malın hala bu ilk kişinin zilyetliği altında olduğu da söylenemez (Manzini, 11).

Yargıtayı tespit etmiştir¹⁷. Kararda, otomobilin sahibi, aracının çalınmasına rağmen hala onun zilyedi olarak kabul edilerek sonuca varılmıştır. Kanaatimce, bu örnekte hırsızlık suçunun oluştuğu doğru olsa da gerekçe hatalıdır çünkü artık araç sahibinin bu araç üzerinde zilyetliği yoktur. Burada olsa olsa korunan hukuksal değer mülkiyet olarak görülmesiyle veya özel hukuktan bağımsız bir zilyetlik kavramı benimseyerek suçun oluştuğu savunulabilir.

Hırsızlık zarar suçudur¹⁸. Korunan hukuksal değer yukarıdakilerden hangisi olarak kabul edilirse edilsin, ortada buna yönelik sadece bir tehlike değil, zarar vardır. İtalyan doktrininde ifade edildiği üzere, hukuksal değer yok edildiği veya azaltıldığı¹⁹ ya da olumsuz yönde değişikliğe uğratıldığı²⁰ ya da sahibince yitirilmesine yol açıldığı²¹ hallerde zarar suçu vardır.

III. TİPİKLİĞİN OBJEKTİF (MADDİ) UNSURLARI

A. Fail ve Mağdur

İt. CK m. 624'te düzenlenmiş hırsızlık suçunun temel halinin faili ve mağduru herkes olabilir.

Suçla korunan hukuksal değer ne olduğuna ilişkin tartışmalar kimin bu suçun mağduru sayılacağını da belirleyecektir. Bu bağlamda mağdurluk sıfatına dair tartışmalara yukarıda zaten değinmiştik.

B. Suçun Konusu

Suçun üzerinde gerçekleştirildiği şey, “başkasının taşınabilir malı”dır. “Başkasının” ve taşınabilir mal” ibarelerini ayrı ayrı incelemek gerekir.

¹⁷ Lattanzi, 1506.

¹⁸ Manzini, 184; Mantovani, 37.

¹⁹ Giovanni Fiandaca ve Enzo Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, 6. Bası (Bologna: Zanichelli, 2009), 202 (“Fiandaca ve Musco, Parte Generale”).

²⁰ Giorgio Marinucci ve Emilio Dolcini, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, yay. haz. Emilio Dolcini ve Gian Luigi Gatta, 5. Bası (Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2015), 224.

²¹ Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale.*, yay. haz. Luigi Conti, 16. Bası (Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2003), 265; Ferrando Mantovani, *Diritto Penale.*, 7. Bası (Milan: CEDAM, 2011), 206 (“Mantovani, Diritto Penale”). Yine bkz. Francisco Muñoz Conde ve Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 9 Bası (Valencia: Tirant Lo Blanc, 2015), 324: zarar normatif bir kavram olup maddi bir boyutu olmayan “idealist” zararı da kapsar.

1. “Başkasının”

“Başkasının” kelimesinin anlamı doktrinde çok tartışmalıdır²². İt. CK m. 624’te malın başkasına *ait* olmasından açıkça söz edilmemiş, “başkasının malı” ibareleri kullanılmıştır (İt. *cosa altrui*). Bir görüşe göre, buradaki “başkasının” ibaresi malın aidiyetini değil, sadece malın failden başka bir kişinin fiili egemenliği ya da tasarrufu altında olduğunu ifade etmektedir²³. Ne var ki İtalyan Yargıtayının 24.1.1995 tarihli bir kararında failin başkasına aynı hak tanıdığı kendi malı üzerinde, bu başka kişinin rızası olmaksızın tasarruf etmesi hırsızlık olarak nitelendirilmiştir²⁴. Doktrinde zilyetliğin korunduğunu savunan bazı yazarlar malın malikinin başkasının zilyetliğindeki bu mal üzerinde hırsızlık suçunu işleyebileceği kanaatindedir²⁵. *Antolisei* ise, hükmün lafzından ziyade sistematik bir yorum izleyerek, malın başkasının mülkiyetinde olması gerektiği sonucuna varmaktadır²⁶. Neticede, malın malikinin bir başkasına bu mal üzerinde aynı veya kişisel bir hak tanıdığı durumlarda, malikin bu kişiye karşı hırsızlık suçunu işleyip işleyemeyeceği konusunda görüş birliği yoktur. Bu soruya olumsuz yanıt veren yazarların bu görüşünün en temel dayanaklarından biri, ortak malların çalınmasını da hırsızlık kapsamında ama daha hafif cezayla cezalandıran 627. madde hükmünün varlığıydı: şayet “ortak” malın çalınması daha az cezayı mucipse, failin kendi mülkiyeti altındaki malı çalınmasının 624. madde altında daha fazla cezayla karşılanması çelişkili olacaktı²⁷. Oysa, ileride göreceğimiz üzere, 627. madde yürürlükten kaldırılmıştır ve ortak malın çalınmasının cezası artık özel hukuk yaptırımıdır.

Malikin de kendi malı açısından fail olabileceği görüşünü savunanlar, haliyle, maddedeki “başkasının” ibaresinin o mal üzerinde hukuken korunabilir herhangi bir hak sahibi olanları ifade ettiğini savunurlar²⁸; yani “başkasının” ibaresi illaki malın mülkiyetini ifade etmez. Bundan hareketle de, o mal üzerinde aynı veya kişisel hakları olanlara karşı da suçun

²² Carcano, 1038.

²³ Manzini, 41; Fiandaca ve Musco, 52; Mantovani, 71.

²⁴ Fakat “başkasının” ibaresinin “başkasının mülkiyetinde” anlamında kabul edildiği kararlar da vardır, mesela bkz. 17.6.1975 tarihli ve 6719 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1503).

²⁵ Manzini, 41; Antolisei, 406. Aksi görüşte Mantovani, 35, 74.

²⁶ Antolisei, 408.

²⁷ Carcano, 1038. Yargıtay da 24.10.2007 tarihli bir kararında aynı görüşü savunmuştu (aktaran *ibid*).

²⁸ Fiandaca ve Musco, 54.

işlenebileceği savunulmaktadır²⁹. Buna karşılık, malın zilyetliğine sahip olmayan ama mal üzerinde yararlanma hakları olan kimsenin bu mal üzerinde hırsızlık suçu işlemesine engel olmadığı açıktır³⁰.

Netice olarak İtalyan doktrininde hemfikir olunan noktalar kısıtlıdır: sahipsiz malların (terk edilmiş olanlar dahil) ve herkesin serbestçe istifadesine açık malların suça konu olamayacağı açıktır³¹. Vahşi hayvanlar ise özel bir kanun uyarınca devletin (üzerinde tasarruf edilemeyen) malı sayılsa da, bunların ele geçirilmesi, yine 11.2.1992 tarihli ve 157 sayılı Yasanın 30 ve 31. maddeleri uyarınca, hırsızlık suçu teşkil etmeyip idari ihlal oluşturacaktır³².

Bilindiği üzere, İtalya’da adet veya batıl inanç gibi nedenlerle kamuya ait fiskiyele bozuk para atılmaktadır. Yargıtay bu tür paraların üçüncü kişilerce toplanıp alınmasını hırsızlık suçu kapsamında değerlendirmektedir³³. Keza, evden kaçmak suretiyle sahibinin nezaret alanından çıkan evcil hayvanlar da suça konu olabilir³⁴. Hırsız tarafından çalınıp bırakılan mal ise sahipsiz mal olmayıp suça konu olabilir³⁵.

2. Taşınabilir Mal

İt. CK m. 624/2’de taşınabilir mal kavramına genişletici bir yaklaşım getirilmiş ve “elektrik enerjisi ve ekonomik değere sahip diğer her tür enerji ceza kanunu açısından” bu kavrama dahil edilmiştir³⁶. Bu açıdan, mesela termik ya da mekanik enerji de bu kapsama girebilmektedir³⁷. Önemli olan, söz konusu enerjinin parayla ölçülebilir değeri haiz olması; ayrıca da, geldiği kaynaktan ayrılabilir olmasıdır zira ancak bu durumda “almak”tan ve önceki zilyedin zilyetliğinin sonlandırılarak failin kendi zilyetliğini kurmasından söz edilebilir³⁸. Mesela bilgisayardaki dosyaların izinsiz olarak kopyalanması

²⁹ Manzini, 116; Fiandaca ve Musco, 69.

³⁰ Mantovani, 35.

³¹ Carcano, 1038.

³² Carcano, 1038.

³³ Çeşitli içtihatlar için bkz. Lattanzi, 1504.

³⁴ Lattanzi, 1505.

³⁵ Delpino, 637.

³⁶ Böyle bir açık hükmün yokluğunda enerjinin hırsızlık suçuna konu oluşturamayacağı konusunda bkz. Manzini, 16-17. Kaldı ki, İtalyan Medeni Kanunu da ekonomik değere sahip doğal enerjilerin taşınır eşya sayılacağını açıkça düzenlemiştir (m. 814).

³⁷ AA.VV. Codice penale explicado. Spiegato articolo per articolo. Leggi complementari, 9. Bası (Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2004), 748 (“Codice penale explicado”).

³⁸ Carcano, 1037.

hırsızlık olarak görülmemiştir: burada yerinden hareket ettirme ve zilyetliği sonlandırma yoktur çünkü dosyalar buldukları yerde mevcudiyetlerini sürdürmektedir³⁹. Aynı hukuki gerekçeyle hayvan enerjisinden haksız yararlanmak da hırsızlık olamaz çünkü enerjik gücü kaynağından ayırmak mümkün değildir⁴⁰.

Radyo veya televizyon yayınına sağlayan dalgalar “zilyetliği ele geçirilebilecek” türden yapıya sahip olmadıklarından hırsızlık suçuna konu olamaz⁴¹. Telefon hattına saplama yapmak suretiyle bedeli ödemedi (ve başkasına ödetmek suretiyle) hizmetten bedelini ödemedi yararlanmak için de aynı değerlendirme geçerlidir⁴².

Öte yandan, malın medeni hukuk anlamında taşınır olması değil, fakat fiilen taşınabilir mahiyette olması yeterlidir⁴³.

Hırsızlık suçunun konusunu ancak fiziksel/maddi boyutta varlığa sahip bir şey oluşturabilir⁴⁴. Bu bakımdan, cismani anlamda zilyetten alınıp götürülebilecek her türlü şey suça konu olabilir⁴⁵. Böyle olunca da, maddi nitelikte olmayan değerler hırsızlık suçuna konu olamaz meğerki bunlar zilyetten alınabilecek nitelikte maddi cisimlere dahil edilmiş olsun⁴⁶ (tablo üzerine çizilen resim gibi).

İnsan bedeni suça konu olamasa da, bedenden ayrılmış parçalar hırsızlığa konu olabilir⁴⁷. Nitekim cesedin üzerinden diş protezinin çalındığı olayda bu suç tipine başvurulmuştur⁴⁸.

³⁹ 13.11.2003 tarihli Yargıtay kararı, aktaran Carcano, 1037.

⁴⁰ Carcano, 1037.

⁴¹ Manzini, 21; Delpino, 637.

⁴² Carcano, 1038.

⁴³ Manzini, 38; Antolisei, 408; Fiandaca ve Musco, 64 (bkz. aynı yönde 7.5.1984 tarihli Yargıtay kararı); Mantovani, 27; Lattanzi, 1503.

⁴⁴ Manzini, 15; Carcano, 1037.

⁴⁵ Fiandaca ve Musco, 64; Carcano, 1037.

⁴⁶ Fiandaca ve Musco, 64; Codice penale esplicito, 747.

⁴⁷ Fiandaca ve Musco, 64. Kıyaslayınız Manzini, 51: yazara göre, çalınacak şeyi insan bedeninden ayırmış olan kişi ile onu alan kişi aynı kişi ise, hırsızlık olamaz. Yazara göre, lüks amacıyla bedene eklenen her türlü şey (saça eklenen postiş ya da peruk gibi) her zaman çalınabilir. Fiziksel bir amaca hizmet eden dış cihazları gibi şeyler açısından ise ayırım yapılmalı: normalde bunlar vücuttan ayıramaz nitelikteyse, hırsızlık olmaz; herkes tarafından ve yaralanma suçuna yol açmaksızın vücuttan ayrılabilir iseler (değnek, gözlük gibi) hırsızlığa konu olabilirler (a.g.e, 52).

⁴⁸ 7.5.1984 tarihli karar, aktaran Lattanzi, 1507.

Ceset de başka hükümlerle özel olarak korunmuş olup ceset ve parçaları hırsızlığa konu olamaz⁴⁹.

Gaz şeklindeki maddelerin bedensel bir varlığa sahip olduğu ve zilyetliğe tabi tutulmalarının mümkün olduğundan hareketle, kullanılabilir her türlü gazın – bir başkasının zilyetliğinde bulunmak koşuluyla – suça konu oluşturabileceği ifade edilmiştir⁵⁰.

Malın ekonomik değere sahip olması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Doktrindeki çok baskın görüş, salt duygusal değere sahip şeylerin de bu suça konu olabileceğini yönündedir⁵¹. *Manzini*'nin ifadesiyle, bir malın malvarlıksal değeri ile ekonomik değeri her zaman örtüşmez, ekonomik zarar olmaksızın da malvarlığı değeri bakımından zarara uğranabilir⁵².

Öte yandan, malın salt ekonomik değerinin dikkate alınmasının doğru olmayacağı, malın değeri kavramı kapsamında, malın olağan kullanımına uygun düşen kullanım tarzlarının zilyede sağlayabileceği tüm menfaatlerin gözetilmesi gerektiği de savunulmaktadır⁵³. Buna karşılık, m. 624/2'de “ekonomik değere” sahip enerjinin suçun konusunu oluşturabileceğinin belirtildiğine dikkat çeken *Fiandaca/Musco* ise, bundan hareketle, İtalyan yasakoyucunun sadece ekonomik değeri haiz malları hüküm kapsamında gördüğünü savunmuştur⁵⁴.

Son olarak, duygusal değere sahip şeylerin de suça konu olabileceği kabul edilirse, sınırlayıcı bir kıstas getirmek gerektiği savunulmuştur: eğer sadece olaydaki tekil kişi açısından değeri olan bir mal da korumanın kapsamında kalacaksa, cezai himaye bireylerin keyfi iradesine ve hatta kaprisine bağlı olacaktır⁵⁵. Bundan kaçınmak için yazarlarca önerilen kıstas şudur: malın değeri ve yararlılığı somut olaydaki pasif süjenin değil de objektif bir gözlemcinin değer yargısına göre belirlenmelidir ve söz konusu “objektif gözlemci” de pasif süjenin fiil anında mensubu bulunduğu sosyal ve/veya profesyonel çevreye giren bireylerin tipik özellikleri ışığında tasavvur edilmelidir⁵⁶.

⁴⁹ Manzini, 53-54.

⁵⁰ Manzini, 16.

⁵¹ Fiandaca ve Musco, 65. Mesela bu görüşte bkz. Antolisei, 407; Lattanzi, 1502; Delpino, 637; Manzini, 35-36.

⁵² Manzini, 34.

⁵³ Lattanzi, 1502.

⁵⁴ Fiandaca ve Musco, 65-66.

⁵⁵ Fiandaca ve Musco, 66.

⁵⁶ Fiandaca ve Musco, 66; Carcano, 1038. Manzini'ye göre de bir malın malvarlıksal değerini ortaya koyan husus, zilyedin ondan elde edebileceği faydadır (a.g.e, 30).

C. Fiil Unsuru

Kanunun düzenlemesine bakıldığı vakit, suçun esasen üç ayrı kavrama dayandırıldığı görülmektedir: zilyet (*detentore*), malın bu kişiden alınması (*sottrazione*), failin kendi zilyetliğini kurması (*impossesamento*). İtalyan doktrininde bu üç kavramların ne ölçüde özerk anlama sahip olduğu veya hangisinin ne ölçüde önemli olduğu konusunda farklı görüşler vardır. Özellikle de, malın zilyetten alınması ile failin kendi zilyetliğini kurmasının karşılıklı ilişkisi tartışmalıdır. Acaba bunlar esasen aynı davranışı iki farklı açıdan mı tasvir etmektedir yoksa burada ayrı ve özerk iki kavram ve an mı söz konusudur⁵⁷? Bu tartışmalara aşağıda yanıt aranacaktır.

1. Zilyetlik Kavramı ve Zilyet

Doktrinde zilyetlik kavramının medeni hukuk anlamında mı anlaşılacağı yoksa ceza hukuku açısından özerk olarak mı anlamlandırılacağı tartışmalıdır. Özel hukuktaki fiili egemenlik kıstasının *çıkış noktası* olması gerektiği tartışmasız olsa da, genellikle özel anlamlandırma çabaları göze çarpmaktadır⁵⁸. Mesela özel hukukta mülkiyet veya diğer bir ayni hakkın sahibi iradesiyle hareket edilmesi gerekirken, ceza hukukunda bu unsurun aranmadığı ve süjyle mal arasındaki, özerk şekilde icra edilebilen fiili ilişkiye bakıldığı ifade edilmiştir⁵⁹. Bu manada özerklik, aşağıda izah edileceği üzere, mal üzerinde daha üstün bir hukuksal yetkiye sahip bir kişinin yine bu mal üzerinde doğrudan nezaretinin olmamasıdır⁶⁰.

Belirtelim ki, İtalyan doktrininde valizi taşıyan hamalın bununla kaçması örneğinde olduğu gibi, bir kimsenin hem o malın zilyedi hem de hırsızlık suçunun faili olarak nitelendirilmesinin çelişki yaratacağından söz edilmektedir⁶¹. Oysa bu örneğin çözümü mevcuttur: buradaki fail zaten zilyet

Durum böyle olunca, zilyetten başkasının herhangi bir fayda sağlayamayacağı, sırf zilyedi için bu anlamda değer taşıyan bir şeyin hırsızlık suçuna konu olması mümkün değildir (yazarın verdiği örnek, çocuğun oynamakta olduğu taş ya da bir kimsenin kullanmakta olduğu sıradan bir kürdandır).

⁵⁷ Fiandaca ve Musco, 52

⁵⁸ Fiandaca ve Musco, 56-57; Mantovani, 47 vd.; Carcano, 1036.

⁵⁹ Codice penale esplicato, 747.

⁶⁰ Manzini'ye göre hırsızlık suçu anlamında zilyetliğin sadece "animus"a, yani zilyetlik iradesine dayanması mümkündür. Mal ile sadece temas halinde olmak yeterli olmayıp onun üzerinde fiili bir kudretin bulunmasıyla somutlaşan bir ilişki bulunmalıdır (Manzini, 9, 10). Fakat özel hukukta aslında şahsi/nispi hak sahibi olmak iradesiyle de zilyet olmanın mümkün olduğunu (mesela kiracı) ifade etmek gerekir.

⁶¹ Fiandaca ve Musco, 57.

olmayıp sadece “malı elinde bulunduran” kişidir ve özel hukuk açısından sıfatı zilyet olmayıp sadece zilyet yardımcısıdır⁶²; böylece hamal, başkasına ait olan ve kendisinin de zilyedi olmadığı bir malı almış olmaktadır. Nitekim İtalyan doktrininde *Antolisei* de, her ne kadar ceza hukuku açısından zilyetlik kavramını farklı yorumlasa da, kişinin mal üzerinde özerk bir şekilde tasarruf edebilmesini mümkün kılan ilişkiyi zilyetlik olarak tanımlamakta ve mal üzerinde daha üstün bir hukuki yetkiye sahip olabilecek kişinin doğrudan nezaret alanından uzak biçimde bu imkana sahip olan kişinin de zilyet olduğunu kabul etmektedir⁶³. O halde, ister özel hukuktaki zilyetlik kavramı kullanılsın ister *Antolisei*'nin özerk kavramı esas alınsın, bu tür örneklerde hamal gibi kişiler zaten zilyet değildir ve hırsızlık suçunun failidir⁶⁴. Yine, İtalyan doktrininde, yeni ölen kişinin üzerinden bir malın alınması durumunda veya trenle yolculuk yapmak üzere seyahate çıkan kişinin denetimsiz bıraktığı araba örneğinde olduğu gibi, sahibinin derhal ulaşamayacağı bir yerde bulunan otomobilin alınması durumunda kimsenin bunlara zilyet olmadığı oysa bunların da çalınabileceği⁶⁵, bu nedenle de özel hukuktaki zilyetlik kavramına başvurulamayacağı söylenmektedir⁶⁶. Kavramı hırsızlık suçu açısından işlevsiz kılmamak için zilyetliği süjenin mala erişebilirlik derecesi anlamında doğal-tasviri şekilde ele almamak, normatif-sosyal açıdan değerlendirme kıstasları yönüyle tanımlamak gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷. İlginçtir ki İtalyan Yargıtayı, duygusal nedenlerle ya da zaten önceden onlara ait olduğu için ölen kişiyle birlikte gömülen eşyalar açısından, idarenin denetimi vasıtasıyla, bunlar üzerinde mirasçıların zilyetliğinin bulunduğunu kabul etmiştir⁶⁸. Böylece de, hırsızlık suçuna başvurulabilmiştir.

⁶² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Bası (Ankara: Seçkin, 2022), 750-751.

⁶³ *Antolisei*, 410. Yine bkz. Delpino, 641: zilyedin nezaret alanı dahilinde mal ile maddi ilişki içinde olan (mesela onu elinde bulunduran) kişi zilyet değildir. Yine bkz. Mantovani, 71: mal ile fiziksel temas içinde olmayan, mala fiziksel olarak uzak olan bir kimsenin de zilyet sayılması mümkündür yeter ki zilyetlik iradesinin bulunması yanında, zaman ve yer bakımından mevcut olan engellere rağmen, bu mal ile fiziksel temas kurma olanağına bağımsız bir şekilde sahip olsun. Yine bkz. Carcano, 1027-1028: daha üstün bir hukuki yetkiyi haiz bir hak sahibinin denetim alanı dahilinde mal üzerinde fiili bir yetkisi olan kişi, o malı sadece elinde bulundurandır.

⁶⁴ *Antolisei*, 411. Aynı yönde Manzini, 10: hamal gibi kişiler, ancak mal üzerinde başkasına tabi olmayan, bağımsız bir kontrole kavuştukları zaman hırsızlık değil de, güveni kötüye kullanma suçunu işleyebilirler. Yine bkz. aynı yönde Mantovani, 71.

⁶⁵ Kıyaslayınız Mantovani, 71: yazarın benimsediği zilyetlik tanımı karşısında bu araç hala sahibinin/kullanıcısının zilyetliğindedir.

⁶⁶ Fiandaca ve Musco, 57.

⁶⁷ Fiandaca ve Musco, 58.

⁶⁸ 17.10.1983 ve 27.4.1998 tarihli İt. Yargıtayı kararları (aktaran Carcano, 1037).

Buna karşılık, ceza hukuku açısından farklı bir zilyetlik kavramı kabul edildiği zaman haksız sonuçlar çıkabilecektir. Mesela *Fiandaca/Musco* tarafından belirtildiği üzere, cesedin üzerindeki cüzdanı çalmak örneğinde, şayet fiili egemenliği ön plana alan özerk bir ceza hukuku anlayışı ışığında hareket edilirse, cüzdan o an için kimsenin fiili egemenliği altında olmadığından, hırsızlık suçunun oluşmadığını söylemek gerekecektir⁶⁹.

İtalyan Yargıtayı bir dizi eski kararında, kısa bir süre için kendisine emanet edilen şeyi alan ya da kendisine bırakılan otomobili çalan kişinin hırsızlık suçundan sorumlu olacağına karar vermiştir⁷⁰. Bu kararlarda zilyetliğin emanet ile faile geçmediği kabul edilmiştir. Kanaatimce bu tür durumlarda, emanet eden hak sahibinin olay yerinden uzaklaşmasıyla artık o mal failin zilyetliğine girer ve güveni kötüye kullanma suçu oluşur.

Kumarhanedeki krupiyenin (=kağıtları ve fişleri dağıtan ve toplayan kişinin) masada bulunan para ve fişleri aldığı bir olayda, Yargıtay, failin bu malların zilyedi olmadığı zira ceza hukuku anlamında zilyetliğin, kendisine bağlı olarak çalışan güvenlik personelinin gözetimi vasıtasıyla sadece “masa başına”, yani o masadan sorumlu görevliye ait olduğu ve bu nedenle de krupiyenin hırsızlık suçunu işlediği sonucuna varmıştır⁷¹.

Yukarıdaki değerlendirmeler bir yana, şu da bir gerçektir ki, zilyetlik kavramının yer yer belirsizliği ve failin önceden zilyetliğe sahip olup olmadığının tespitinin bazen güç olması İtalya’da kafa karışıklığı yaratmaktadır⁷². Neticede, İtalyan doktrininde kabul edildiği üzere, zilyetlik elastik ve sınırları değişken bir kavramdır; somut olayda zilyetliğin bulunup bulunmadığı ancak özgül tüm koşullar dikkate alınmak suretiyle olaysal bazda tayin edilebilecektir⁷³.

Eğer bir malın maliki veya önceki zilyedi bunun nerede olduğunu bilmeyecek şekilde onu yitirmişse, kaybedilen maldan söz edilir. Bu malı bulan kişinin onu resmi makamlara iade etmeyerek mal edinmesi durumunda artık hırsızlık suçu değil, kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçu (İt. CK m. 647) oluşurdu⁷⁴. Fakat 647. madde 2016 yılında kaldırılmıştır ve hükümde yer alan eylemlerin cezası özel hukuk cezası mahiyetinde olan para cezası ile

⁶⁹ *Fiandaca ve Musco*, 59.

⁷⁰ Lattanzi, 1506.

⁷¹ 13.10.1981, no. 8756 (aktaran Lattanzi, 1506).

⁷² Antolisei, 410.

⁷³ *Fiandaca ve Musco*, 59.

⁷⁴ 2.11.1978 tarihli ve 13411 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1515). Yine bkz. Manzini, 91.

değiştirilmiştir. Buna karşılık, geçici olarak unutulmuş ama nerede olduğu hak sahibince bilinen mal bu anlamda kaybedilmiş değildir ve böyle bir malı alan kişi artık hırsızlık suçundan sorumludur⁷⁵. Ayrım böyle olunca, failin sahibini kesin olarak bildiği, ancak yukarıdaki anlamda “kaybedilmiş” olan malı alan fail hırsızlıktan değil, 647. maddeden mahkum edilmiştir⁷⁶. Bununla birlikte, bir kavga sırasında, farkında olmaksızın mağdurun cebinden düşen cüzdanı alan kişiyi İtalyan Yargıtayı hırsızlıktan mahkum etmiştir⁷⁷.

2. Zilyetten Almak Unsuru

1889 tarihli *Zanardelli* kanununda, malın “bulunduğu yerden” alınmasına vurgu yaparak *mekansal bir kıstas* benimsenmişti. Oysa mevcut İt. CK m. 624’te malın zilyedinden alınmasından söz edilerek artık *kişisel bir kıstasa* geçilmiştir⁷⁸. Buradaki maksat, mesela gittiği evde bulduğu bir şeyi cebine atıp henüz oradan uzaklaşamayan kişi örneğinde olduğu gibi, mekansal değişikliğin olmadığı durumlarda suçun tamamlanıp tamamlanmadığına dair tartışmaları aşmaktır⁷⁹. Fakat bu lafzi değişiklik anılan tartışmaları sonlandırmak için yeterli olmamıştır. Zira verilen örnekte tartışma yine şu olacaktır: fail mal üzerinde kendi egemenliğini henüz kurmuş sayılabilir mi? Zira İtalyan doktrinindeki çoğunluk, detayları az sonra izah edileceği gibi, önceki zilyedin zilyetliğini yitirmesi ile failin mal üzerinde kendi zilyetliğini kurmasını farklı kavramlar olarak yorumlamaktadır.

İtalyan CK m. 624’te “*sottrazione*” isminden türetilen “*sottraere*” fiili kullanılmıştır. Aslında bunun anlamı, bir şeyi bir kişiden alıp götürmektir. Doktrinde ise bu eylem, malın önceki zilyedin fiili egemenliğinden çıkması, olarak tanımlanmıştır⁸⁰. Diğer bir deyişle, bu unsur, başkasının zilyetliğinin ortadan kaldırılması ve sonlandırılması, onun zilyetlikten mahrum edilmesidir⁸¹. Mağdur, mal üzerindeki maddi tasarruf olanağından yoksun bırakılmaktadır⁸². Fail açısından bakıldığında, mağdurun engel olucunu iradesiyle karşılaşmaksızın, mal, üzerinde failin kendi maddi tasarruf

⁷⁵ 31.10.2000 tarihli ve 11148 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1515). Aynı yönde Mantovani, 71; Codice penale esplicato, 747.

⁷⁶ 21.10.1982 tarihli ve 9764 sayılı karar (Lattanzi, 1515).

⁷⁷ 3.6.1995 tarihli ve 6526 sayılı karar (Lattanzi, 1515).

⁷⁸ Fiandaca ve Musco, 55; Mantovani, 73; Carcano, 1036.

⁷⁹ Fiandaca ve Musco, 56.

⁸⁰ Fiandaca ve Musco, 60.

⁸¹ Antolisei, 410.

⁸² Mantovani, 72.

olanağını inşa etmesini mümkün kılacak bir hale getirilmektedir⁸³. “*Sottrazione*”nin normal kelime anlamının aksine, bu unsurun illa gizlice gerçekleştirilmesi gerekmez⁸⁴.

İtalyan doktrininde “*sottrazione*” unsurunun önemsizliğini savunanlar ve aslolanın failin kendi zilyetliğini kurması olduğunu savunanlar olsa da, mukayeseli hukukta da görüldüğü gibi, hırsızlığa rengini veren husus, malın bir başkasının zilyetliğinin rıza dışı sonlandırılmak suretiyle alınmasıdır ve hırsızlık ile birtakım başka suçları (mesela güveni kötüye kullanma ya da dolandırıcılığı) ayırt etmeyi sağlayan husus da budur⁸⁵. Kaldı ki, kanunun *sottrazione* (zilyetten almak) ve *impossesamento* (failin kendi zilyetliğini kurması) ibarelerine ayrı ayrı yer vermiş olması, iki kavramın özerk olarak yorumlanmasını gerektirir aksi durumda yasakoyucunun aynı şeyi, gereksiz yere ve iki farklı terimle tekrar ettiğini kabul etmek gerekecektir.

Failin yol açmadığı bir hata sonucunda kendisine hataen teslim edilen bir malı sahiplenmesi eylemi daha önce İt. CK m. 647/3’te düzenlenmekteyken 2016 tarihinde bu eylem suç olmaktan çıkartılmış ve yaptırımını özel hukuk cezası mahiyetinde para cezasına çevrilmiştir.

Bilinci olmayan bir kimsenin bir malı teslim etmeye sevk edilmesi durumunda ise, koşulları varsa 643. maddedeki ehliyetsizleri sömürmeye ilişkin, dolandırıcılığın özel görünüm biçimine ilişkin kural uygulanır; anılan kuralın uygulanma koşulları gerçekleşmemişse, hırsızlık suçu söz konusu olur⁸⁶. Fakat algılama ve irade yeteneği hiç bulunmayan bir kimse söz konusu olduğunda artık 643. maddenin uygulanamayacağı ve hırsızlık hükmüne başvurmak gerektiği savunulmaktadır⁸⁷.

Mal otomatlarından çeşitli hileli yöntemlerle karşılığı ödenmeksizin ürün alınması durumunda hırsızlık suçu oluşacak, hizmet otomatlarından bu şekilde hizmetin bedelsiz sağlanması durumunda ise, hırsızlık hükmü uygulanamayacaktır⁸⁸.

⁸³ Mantovani, 72.

⁸⁴ Manzini, 161, 162.

⁸⁵ Fiandaca ve Musco, 61; Antolisei, 410 (yazarın ifade ettiği gibi, hırsızlıkta püf nokta, zilyetliğin önceden hırsızda olmamasıdır).

⁸⁶ Manzini, 165.

⁸⁷ Manzini, 165; Codice penale esplicato, 783.

⁸⁸ Manzini, 167.

3. Kendi Zilyetliğini Kurmak

İt. CK m. 624'te "*impossessamento*" (İng. *appropriation*) isminden türetilen bir yüklem kullanılmıştır. Hükümde bu yüklem kendi zilyetliğini kurmak anlamında kullanılmıştır. Demek ki İt. CK'sının lafzı, açıkça, bir zilyetliğin diğerini takip etmesi gerektiğini; malın bir kimsenin fiili egemenliğinden çıkıp bir başkasının kine girmesi gerektiğini açıklamıştır⁸⁹. Bu farklılık, suçun tamamlanması açısından sadece önceki zilyetliğin sonlandırılmasının yeterli mi olduğu yoksa mal üzerinde failin kendi fiili egemenliğini de kurması mı gerektiği sorusu açısından önemlidir. İtalyan kanununun lafzına göre, failin kendi zilyetliğini de ayrıca kurması gerekir. Ne var ki, İtalyan doktrininde esasen mağdurun egemenliğinin sonlandırılması ile failin kendi egemenliğini kurmasının aynı şey olduğunu, bunların aynı madalyonun iki yüzü olduğunu, fail açısından "*impossesamento*" olarak ifade edilen şeyin mağdur açısından "*sottrazione*" olduğunu savunanlar da vardır⁹⁰. Hatta diğer bir görüş "*sottrazione*"nin suçun fiil unsurunu, "*impossesamento*"nun suçun netice unsurunu oluşturduğunu savunmuştur⁹¹. Özellikle bu son görüşe katılmak mümkün değildir: her ikisini de hareket unsuru olarak görmek gerekir⁹².

Belirteyim ki, aksine kararlar da bolca bulunmakla birlikte, baskın içtihatla "*sottrazione*" ve "*impossesamento*" kavramları eşdeğer görülmektedir⁹³.

İtalyan doktrini bakımından katıldığım görüşe göre, kanunun lafzı nedeniyle, İtalya'da önceki zilyedin mal üzerindeki fiili egemenliğini kaybetmesi ile failin kendi fiili egemenliğini kurması mantıksal ve hukuki olarak farklı şeylerdir⁹⁴. Daha önce ifade ettiğim üzere, kanunun gereksiz bir tekrara başvurarak aynı şeyi iki farklı açıdan ve terimle söyleyerek tekrarladığını savunmak zordur. İt. CK'da zilyetten malın alınması ve failin

⁸⁹ Fiandaca ve Musco, 61.

⁹⁰ Bu görüşler için bkz. Antolisei, 412; Codice penale explicado, 747.

⁹¹ Lattanzi, 1507.

⁹² Aynı yönde Manzini, 189.

⁹³ Mesela bkz. Yargıtayın 7.2.1997, 15.3.1995, 26.1.1990 tarihli kararları (aktaran Antolisei, 413).

⁹⁴ Manzini, 186; Delpino, 640; Mantovani, 71 (eğer "*impossesamento*" unsuru "*sottrazione*" ile eşdeğer görülecekse esasen gereksiz ve işlevsiz bir ibareye dönüşecek ve böylece, yorum yoluyla, tipikliğin unsurlarından biri ilga edilmiş olacaktır – ki bu elbette mümkün değildir (a.g.e, 72); Carcano, 1037.

egemenliğini kurması ayrı ayrı zikredildiğine göre, bu ikisini ayrı ayrı anlamlandırmak ve aramak gerekecektir⁹⁵.

İşte bu doğrultuda, mal üzerinde önceki zilyedin fiili egemenliğinin sonlandırılması ilk aşamadır, failin bu mal üzerinde kendi fiili hakimiyetini kurması ise bundan sonra gelen ayrı bir ikinci aşamadır. Bu ikinci aşamanın gerçekleştiğini kabul etmek için, önceki zilyedin nezaret alanının haricinde, failin bu mal üzerinde özerk bir şekilde tasarrufta bulunabilmesi gerekir⁹⁶. Diğer bir deyişle, mal üzerinde maddi olarak tasarruf olanağının tam ve özerk şekilde tesisıyla, bu unsur gerçekleşir⁹⁷. Bunun için malın illa yer değiştirmiş olması şart değildir⁹⁸; hatta bazı durumlarda malın yer değiştirmiş olması da failin kendi zilyetliğini kurduğunu göstermez⁹⁹. Bu tanımdan da iki aşamanın farklılığı ortaya çıkmaktadır. Zira, önceki zilyedin mal üzerindeki fiili egemenliğini kaybetmesi, illaki failin bu mal üzerinde özerk tasarruf olanağına kavuşmuş olması anlamına gelmeyebilir¹⁰⁰. Şüphesiz, genelde bunlar zamansal olarak hemen art arda gerçekleşse de, bazı durumlarda araya zaman da girebilir¹⁰¹.

Önceki zilyetliğin sonlandırılması ile failin kendi fiili egemenliğini kurması hususlarının özdeş mi yoksa bağımsız mı olduğu tartışması, hareket halindeki bir araçtan bir şeyi atan failin daha sonra buraya gelip malı alması, bir eve giren failin evden bir şeyi alıp cebine atması ama daha evden çıkmamışken yakalanması veya tam evden çıkarken yakalanması, marketteki bir malı ceketinin içine atan failin marketten çıkamadan yakalanması gibi olaylarda hep önem arz edecektir. Şayet failin mal üzerinde kendi fiili egemenliğini kurması ayrıca aranırsa, bu örneklerin hiçbirinde henüz mal üzerinde önceki zilyetten bağımsız olarak serbestçe ve özerk tasarruf imkanı doğmamıştır; bu durumda, suç teşebbüs aşamasında kalmıştır¹⁰². Bununla birlikte, *Manzini*'ye göre, çalmak istediği malı ağzında, cebinde, çorabında veya ayakkabısında ya da vücudunun herhangi bir yerinde saklayan fail, henüz

⁹⁵ Kaldı ki diğer birçok hükümde yasakoyucu sadece “*sottrazione*” kavramına yer vermiş ve böylece, sırf bu unsurla haksızlığın meydana geldiğini vurgulamıştır (Mantovani, 72).

⁹⁶ Fiandaca ve Musco, 62; Delpino, 641; Carcano, 1037.

⁹⁷ Mantovani, 73.

⁹⁸ Manzini, 168.

⁹⁹ Mantovani, 72.

¹⁰⁰ Antolisei, 412.

¹⁰¹ Antolisei, 413; Manzini, 186; Mantovani, 71, 74; Delpino, 640; Carcano, 1037.

¹⁰² Malı daha sonra almak üzere araçtan aşağı atmak örneğinde suçun tamamlanmadığı hususunda bkz. Mantovani, 72.

önceki zilyedin hakimiyet alanında bulunsa bile, mal üzerinde kendi zilyetliğini kurmuştur (ve böylece suç tamamlanmıştır)¹⁰³. *Mantovani* ise bu görüşe karşı çıkmaktadır: kendi nezaret alanında kalan böyle bir mal üzerinde mağdurun fiili egemenliğini tam olarak yitirdiği söylenemez; fail de bu malı henüz üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konuma sokamamıştır¹⁰⁴. Neticede, buradaki görüş ayrılığının kuralsal veya ilkesel düzeyde olmadığı da açıktır; fikir ayrılığı, önceki egemenliğin sonlandırılıp sonlandırılmadığı ya da yeni egemenliğin kurulup kurulmadığına dair fiili duruma dair tespiti ilişkindir.

İtalyan Yargıtayının içtihadına bakıldığında ise istikrarlı bir yaklaşımdan söz edilemez: birçok kararda önceki zilyedin zilyetliğinin sonlandırılması suçun tamamlanmış sayılması için yeterli görülmüş ve bu anda, aynı zamanda ve otomatikman, failin kendi fiili egemenliğini mal üzerinde kurduğu kabul edilmiştir¹⁰⁵; bazı kararlarda ise failin kendi egemenliğini kurması bağımsız bir an olarak kabul edilerek bu anda suçun tamamlandığı kabul edilmiştir¹⁰⁶. İtalyan Yargıtayı şöyle ilginç bir ayrım benimsemiştir: self-servis satış yapan mağazalarda malın fail tarafından – mesela cebine – saklanması durumunda kendi zilyetliğini kurma unsuru gerçekleşmiştir; self-servis olmayan marketlerde, ödeme yapmak üzere mal mağazadan satın alındığında, sadece kasada ödeme yapınca bu unsur gerçekleşmiştir¹⁰⁷. İtalyan Yargıtayı, self-servis durumlarında, malın ilk alındığı andan itibaren hak sahibi ya da onun adına hareket eden kişilerin faili sürekli olarak nezaret ve takip altına alması

¹⁰³ Manzini, 171. Buna karşılık, yazara göre bazı durumlarda ise, suçun tamamlanması için malın bulunduğu yerden dışarı taşınmış olmasını aramak gerekebilir, mesela çok hacimli mallar açısından durum böyledir zira bu taşıma gerçekleşmeksizin böyle bir mal üzerinde zilyetlik kurulamaz. Aynı yönde bkz. 3.3.1951 tarihli İt. Yargıtayı kararı (Archivio pen., 1951, 403, aktaran ibid). 24.10.2016 tarihli bir kararında ise İt. Yargıtayı, olay yerinden uzaklaşmayan ama çalınanı üzerinde saklayan kişinin fiilini tamamlanmış hırsızlık olarak kabul etmiştir (aktaran Mantovani, 76, dn. 14).

¹⁰⁴ Mantovani, 72.

¹⁰⁵ 20.1.1984, 13.6.1985, 3.7.2002 tarihli bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Fiandaca ve Musco, 62.

¹⁰⁶ 22.10.1976, 30.10.1992 ve 21.1.1999 tarihli bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Fiandaca ve Musco, 62. Mesela 5.4.1991 tarihli ve 3747 sayılı kararda, olay yerinde malın cebine atılmasıyla suçun tamamlandığı kabul edilmiştir. Fakat aynı karara göre, fail bu durumun farkında olmaksızın, hak sahibi veya polis faili bu saklama anından önce veya anından itibaren gözlem altına alarak takip etmişse, suç tamamlanmamıştır (kararı aktaran Lattanzi, 1508).

¹⁰⁷ Fiandaca ve Musco, 62-63.

durumunda fiilin henüz teşebbüs aşamasında olduğu görüşündedir¹⁰⁸. Bu ayrımlar ışığında, self-servis hizmet sunan mağazadan malı alıp cebine atan kişi açısından bu anda suç tamamlanmıştır; fakat kasada ödeme yapılan türden bir markette, cebine gizlediği mal düştüğü için ödeme sırasında yakalanan kişi açısından suç teşebbüs aşamasında kalmıştır¹⁰⁹. Doktrinde bu ayrım – haklı olarak – eleştirilmiştir: ilk örnekte de, cepte gizlenen mal halen güvenlik personeli tarafından potansiyel olarak denetim icra edilebilecek bir alan içindedir ve önceki zilyedin nezaret alanı dışında fail henüz bu mal üzerinde tasarruf olanağına kavuşmamıştır¹¹⁰. İster cebe atma anından itibaren güvenlik personeli faili sürekli gözetlesin, ister bunu yapmasın, kanaatimce markette bulunduğu süre boyunca failin o mal üzerinde henüz özerk tasarruf yetkisi yoktur ve suç tamamlanmamıştır. Oysa önceki zilyedin zilyetliği sonlanmıştır: önceki zilyedin mal üzerinde tekrar tasarruf edebilmesi için failin hukuki alanına müdahale etmesi gerekecektir; bu da, önceki zilyedin artık mal üzerindeki fiili hakimiyetinin mevcut olmadığını gösterir¹¹¹.

Bu noktada “kesintisiz takip” olarak adlandırılan durumları da değerlendirmek gerekir: failin sürekli ve kesintisiz bir takip sonucu yakalanması durumunda, acaba malı ilk aldığı yerden uzaklaşmışsa bile suç henüz teşebbüs aşamasında mıdır? Keza, böyle bir kesintisiz takip olmaksızın, failin malı aldığı yerin dışında yakalanması durumunda ise, mal güvence altına alınamamış olsa dahi, suç tamamlanmış mıdır? İtalya’da bu sorulara olumlu cevap veren hem yerel mahkeme hem de Yargıtay içtihatları¹¹² mevcut olup doktrinin bir kısmınca bu içtihat desteklenmektedir. Bir karara göre, fail ancak başkasının nezaretinden kaçmış olup mal üzerinde otonom ve bağımsız bir ilişki tesis edebilmişse suç tamamlanmış olup süpermarket personelinin sabit, daimi ve aralıksız denetim ve nezaret gücü altında bulunan fail açısından suç hiçbir zaman tamamlanmamıştır; bu nedenle de, güvenlik personeli

¹⁰⁸ 19.3.1999 tarihli ve 3642 sayılı karar, aktaran Lattanzi, 1508.

¹⁰⁹ Keza 16.12.2014 tarihli ve 52117 sayılı Genel Kurul kararına göre, marketten hırsızlık durumunda, malın hareketinin gözlemlenmesini otomatik olarak sağlayan güvenlik tedbirleri yahut mağdurun ya da mağaza personelinin ya da güvenlik görevlilerinin doğrudan gözlemi aracılığıyla icra edilen denetim suçun tamamlanmasını önler çünkü fail bir anlığına bile olsa henüz mağdurun nezaret ve denetim alanında olan söz konusu mal üzerinde otonom ve etkin bir tasarruf olanağına kavuşmamıştır. Aktaran Antolisei, 416.

¹¹⁰ Fiandaca ve Musco, 63.

¹¹¹ Tezcan, Erdem ve Önok, 754.

¹¹² Mesela bkz. 15.12.1992 tarihli ve 11947 sayılı karar (Lattanzi, 1508).

tarafından sürekli izlenen ve aralıksız olarak takip edilerek yakalanan failin eylemi, mağazanın kapısındaki elektronik güvenlik (alarm) sistemini aşmış olsa bile, teşebbüs aşamasında kalmıştır¹¹³. Aynı esaslar daha yakın tarihte Genel Kurul tarafından da teyit edilmiştir ve ödeme yapmaksızın kasayı aşmış olan failin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmiştir¹¹⁴. Belirtelim ki, İtalya Yargıtayı bu tür durumlarda suçun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek için suçun icrası boyunca (yani icra hareketleri esnasında ve fail mal üzerinde kendi egemenliğini bir an için bile olsa henüz kurmadan önce) hak sahibinin (veya onun adına hareket edenin) ya da güvenlik kuvvetlerinin faili takip etmiş ve denetlemiş olmasını aramaktadır¹¹⁵. Bu bakımdan, kapıda alarm çaldığı için, o an ilk kez takibe alınan ve kesintisiz takiple yakalanan failin eylemini tamamlanmış kabul etmek gerekecektir.

D. Cezaya Etki Eden Nitelikli Haller

1. İt. CK m. 625'teki Ağırlatıcı Nedenler

İtalyan CK m. 61'de yer alan ve hırsızlık suçuna da uygulanabilen çok sayıdaki “genel” ağırlatıcı nedene¹¹⁶ ilaveten İt. CK m. 625'te 8 bent halinde¹¹⁷, hırsızlık suçuna ilişkin çok sayıda “özel” ağırlatıcı nedene¹¹⁸ yer verilmiştir.

Söz konusu özel ağırlatıcı nedenler çok fazla sayıdadır. Bu bakımdan, hem önceki hem mevcut İt. CK'sındaki düzenlemenin adeta kazüistik yöntem mahiyetinde olduğu söylenebilir.

¹¹³ Kararlar ve doktriner atıflar için bkz. Antolisei, 412.

¹¹⁴ 16.12.2014 tarihli ve 52117 sayılı karar (www.altalex.com). Aynı yönde yine bkz. 24.3.2017 tarihli ve 14538 sayılı 5.CD. kararı.

¹¹⁵ Carcano, 1040.

¹¹⁶ Yasanın 61. maddesinde sayılan birtakım durumlar tüm suçlar için ortak uygulama olanağına sahiptir. Bu bakımdan, bünyesiyle uyumsuz olmamak kaydıyla, herhangi bir suç tipinin bu şekilde işlenmesi durumunda genel nitelikli ağırlatıcı neden devreye girer (Marinucci ve Dolcini, 550).

¹¹⁷ Gerçi ilk bent yürürlükten kalkmıştır, 7. bendin “bis”i, 8.bendin “bis” ve “ter”i mevcuttur ve bazı bentlerde esasen birden fazla nitelikli hal bir arada düzenlenmiştir.

¹¹⁸ Sadece bir veya birden fazla suça ilişkin olarak özel olarak düzenlenmiş bulunan ağırlatıcı nedenlere “özel (ağırlatıcı) haller” (circostanze (aggravanti) speciali) denilmektedir, bkz. Paolo Pisa, “Reato Circostanziato” in Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, ed. Carlo Federico Grosso; Marco Pelissero; Davide Petrini ve Pisa Paolo, 443-475 (Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2013), 445.

Aşırı cezalandırmaya yol açan bu çokça ağırlatıcı nedenin varlığı nedeniyledir ki, yasakoyucu m. 69/2 hükmünü getirerek bir denge sağlamaya çalışmıştır¹¹⁹. Söz konusu hükme göre, hafifletici sebeplerle ağırlatıcı sebepler bir arada olduğunda, hafifletici sebeplerin somut olayda ağır bastığına hakim tarafından takdirenen kanaat getirilirse, ağırlatıcı nedenler için öngörülen artırımlar dikkate alınmayarak sadece hafifletici nedenler dikkate alınacaktır¹²⁰. Bu hüküm sayesinde, ağırlatıcı nedenlerin uygulama kapsamını daraltmaya yönelik olan ve yorumsal ihtilaflara yol açan birçok tartışma pratik önemini yitirmiştir çünkü artık herhangi bir hafifletici nedenin ağırlatıcı neden/nedenlerle eşdeğer olduğu ya da ağırlatıcı neden(ler)e ağır bastığı yönündeki yargı, ağırlatıcı neden(ler)in uygulanmasına engel olacaktır¹²¹.

Söz konusu 69/2. madde hükmü sayesinde artık aşırı cezalandırma kaygısı olmadığı için, kimi nitelikli hollere verilen anlam oldukça geniş olabilmektedir.

625. maddede yer verilen tüm ağırlatıcı nedenler kanunun 70. maddesi anlamında objektif nitelikte ağırlatıcı nedenlerdir ve bu nedenle, kanunun 118. maddesi uyarınca, suçta katılan herkese uygulanır¹²².

Çalışmanın kapsamını fazla genişletmemek adına bu ağırlatıcı nedenlerin detayına girilmeyerek temel bazı bilgiler verilecektir.

İkinci bende¹²³ göre, eşyalar üzerinde şiddet kullanılması veyahut herhangi bir hileli aracın kullanılması durumunda ceza artar. Şiddet ve hileli

¹¹⁹ Fiandaca ve Musco, 80.

¹²⁰ 1974 reformundan önce bazı türden nitelikli holler bu “dengeleme” kuralından müstesna iken bu yılda yapılan reform ile bu istisnalar kaldırılmıştır (Tullio Padovani, *Diritto Penale*, 7. Bası (Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2004), 243-244). Zira anılan istisnalar, başta m. 625/2’deki nitelikli hırsızlık olmak üzere, bazı durumlarda aşırı ağır cezalara yol açmaktaydı (Pisa in: Grosso ve diğerleri, 451).

¹²¹ Fiandaca ve Musco, 80. Fakat yargısal uygulamada, 625. maddedeki cezanın ağırlığı karşısından anılan 69. maddeye başvurmak suretiyle sıklıkla 625. madde yerine basit hırsızlıktan ceza verme yoluna gidilmiş; bu uygulamanın yarattığı hafif cezalandırma pratiğini bir ölçüde düzeltmek için, bu sefer de 2001 yılında basit hırsızlık suçunda öngörülen hapis ve para cezalarının alt sınırı yükseltilmiştir. Bu sefer bunu telafi etmek için de (!) 625bis maddesindeki özel etkin pişmanlık düzenlemesi kanuna dahil edilmiştir (Mantovani, 70).

¹²² Antolisei, 419; Carcano, 1043.

¹²³ İlk bentteki nitelikli hal maddeden silinmiş olup artık 624bis’te özerk bir suç olarak yer almaktadır. Bu düzenlemeye ileride değinilecektir.

araç seçimlidir, birinin ya da her ikisinin kullanılması arasında bendin uygulanması bakımından bir fark yoktur¹²⁴.

Buradaki şiddetten kasıt, her şeyden önce, bir eşyaya fiziksel anlamda zarar vermek suretiyle hırsızlığın işlenmesidir. Nitelikli halin uygulanması için çalınan şeyi koruma/muhafaza etmeye elverişli türden bir eşya söz konusu olmalı ve şiddet de hırsızlık suçu tamamlanmadan önce, malın alınması amacına yönelik olarak kullanılmış olmalıdır¹²⁵. *Zanardelli* Kanununda bu ağırlatıcı sebep daha dar olarak tanımlanmış iken 1930 İtalyan CK'sı genel olarak mala karşı her türlü şiddeti hüküm kapsamına almıştır¹²⁶. Bununla birlikte, para destesini koruyan lastik bandın kopartılması ya da bir şeyi bağlayan ipin çözülmesi gibi durumlarda bu hüküm Yargıtayca uygulanmamaktadır¹²⁷. Genel olarak, şiddete konu olan maddi engelin asgari ölçüde savunmaya elverişli türden bir şey olması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁸. Mağazalardan ürün çalabilmek için ürüne bağlı manyetik etiketin sökülmesi durumunda Yargıtay bu hükmü uygulamıştır¹²⁹. Genel olarak, fail fiili işlemek için fiziksel bir enerji sarf ederek bu şekilde başkasının malını kırar, bozar, zarara uğratar, değiştirirse Yargıtayca bu hükme başvurulmaktadır¹³⁰. Malın işlevselliği ortadan kalkmasa bile zarar görmüş olması yeterlidir¹³¹. Bir ağacı keserek çalmak gibi durumlarda bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde ve içtihatla tartışmalı olup daraltıcı görüşe göre hükmün uygulanabilmesi için taşınmaz malın fiilen taşınabilir hale getirilip çalınabilmesi için başvurulması zaten zorunlu olan şiddetin *dışında*, *ayrıca* bir şiddet kullanımı söz konusu olmalıdır¹³². Fakat bijonların sökülerek araçtan sökülen tekerleklerin çalındığı bir olayda Yargıtay nitelikli hale başvurmuştur¹³³. Şiddetin (veya aşağıda ele alacağımız hilenin) ister mağdurun zilyetliğini sonlandırma isterse failin kendi zilyetliğini kurması aşamasında kullanılması mümkündür; bu aşamadan sonra bunlara başvurulması durumunda ise bu ağırlatıcı neden uygulanamaz¹³⁴. İlginçtir ki,

¹²⁴ Manzini, 226.

¹²⁵ Fiandaca ve Musco, 80.

¹²⁶ Antolisei, 421.

¹²⁷ İkinci örnek için bkz. Antolisei, 421.

¹²⁸ Mantovani, 79.

¹²⁹ 14.2.2006 tarihli karar (aktaran Antolisei, 422).

¹³⁰ Antolisei, 421; Lattanzi, 1521.

¹³¹ 22.2.1996 tarihli ve 1951 sayılı Yargıtay kararı (Lattanzi, 1521).

¹³² Antolisei, 422; Manzini, 22-23. Aksi görüşte Carcano, 1044.

¹³³ 12.11.1984 tarihli karar (aktaran Lattanzi, 1522).

¹³⁴ Manzini, 228.

hükümde hırsızlığın işlenmesi “için” bu yollara başvurulması aranmamıştır. Bu nedenle, *Manzini*'ye göre, suçun icra hareketleri sırasında herhangi bir amaçla bu yollara başvurulması (mesela sırf vahşilik nedeniyle eşya üzerinde şiddete başvurulması) durumunda yine de ağırlatıcı neden uygulanır¹³⁵. *Mantovani* ise aksi görüştedir: şiddete başvurmak suçu işlemek için zorunlu olmasa da, en azından suçun işlenişi ile arada şekilsel bir bağ olmalıdır; bilinçli de olsa salt tesadüfi bir bağın varlığı (vandalizm gibi) yeterli olmayıp böyle bir durumda mala zarar verme suçundan da ayrıca ceza verilmelidir¹³⁶. Elbette, fiilin işlenmesinden sonra *başka* bir mal üzerinde kullanılan cebir bu hüküm kapsamına girmeyip¹³⁷ ayrıca cezalandırılır.

Hileli araçtan kasıt ise, mağdurun malı korumak için önceden hazır ettiği engelleri aşmaya dönük herhangi bir aracın veya yol ya da yöntemin ya da numaranın kullanılmasıdır¹³⁸. Bu engellerin ister doğal ister suni olması; maddi nitelikte ya da kişisel nitelikte olması mümkündür¹³⁹. Mesela anahtar ya da merdiven kullanılması bu kapsamdadır¹⁴⁰. Hatta bir yere olağan girişinden başka bir noktadan girerek hırsızlık yapılması da bu kapsamda değerlendirilegelmiştir¹⁴¹. Failin gayrimeşru şekilde ele geçirdiği anahtar¹⁴² veya taklit anahtar¹⁴³ veya haksız yere elde bulundurulmuş gerçek anahtar¹⁴⁴ da bu kapsamda görülmektedir¹⁴⁵. Kişisel nitelikte engeli aşmak için kullanılan hile, dolandırıcılık suçuna yol açan hileden şöyle ayrılmaktadır: dolandırıcılıktaki hile, mağdurun iradesini ifsad edip malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmaya onu ikna etmek için kullanılmaktadır; buradaki hile ise sadece çalınacak malın zilyetliğini ele geçirmek için kullanılmaktadır¹⁴⁶. Dolandırıcılıkta zilyetlik devri, aldatılan kişinin (aslında hileyle elde edilmiş

¹³⁵ *Manzini*, 229.

¹³⁶ *Mantovani*, 78; *Carcano*, 1044.

¹³⁷ *Carcano*, 1044.

¹³⁸ *Fiandaca ve Musco*, 81. Yine bkz. *Mantovani*, 79: fail ile mal arasındaki engellerin etrafından dolanmaya ya da bunları etkisiz kılmaya yönelik her türlü dolap ve dalavere bu kapsamdadır.

¹³⁹ *Fiandaca ve Musco*, 81; *Mantovani*, 79-80.

¹⁴⁰ *Fiandaca ve Musco*, 81; *Mantovani*, 79.

¹⁴¹ *Lattanzi*, 1523; *Carcano*, 1044.

¹⁴² *Antolisei*, 422.

¹⁴³ *Mantovani*, 79; *Codice penale esplicato*, 751.

¹⁴⁴ *Manzini*, 248; *Mantovani*, 79.

¹⁴⁵ Kilit veya benzeri aygıtların her türlü “gayri meşru” şekilde açılmasının bent kapsamında olduğuna dair bkz. *Manzini*, 244-245.

¹⁴⁶ *Fiandaca ve Musco*, 82.

ve geçersiz) rızasıyla gerçekleşmektedir¹⁴⁷. Yani dolandırıcılıkta ifsad edilmiş irade sayesinde (hukuken geçersiz) bir rıza sağlanmaktayken, buradaki hile, zilyedin malın alınmaması yönündeki iradesini aşarak etkisiz kılmak için kullanılmaktadır¹⁴⁸. O halde, çalınacak şeyin bulunduğu yere girmek ya da bu mal ile temasa geçebilmek gibi amaçlarla başvuru hile, dolandırıcılık suçuna değil hırsızlığın buradaki ağırlatıcı nedenine yol açar¹⁴⁹. Bu nedenle, failin kapanış saatinden önce mağazanın içine saklanmak suretiyle eylemini gerçekleştirmesi nitelikli hırsızlık kapsamında değerlendirilmiştir¹⁵⁰. Keza, çalınan şeyin yerine değersiz bir başka şeyi koymak ya da mağduru malın bulunduğu yerden uzaklaştırmak için başvuru hileli davranış, dolandırıcılık değil, nitelikli hırsızlık oluşturur¹⁵¹. Suç ortağının malı alabilmesi için diğer şerikin zilyedi oyalaması da nitelikli hırsızlıktır¹⁵². Aracın motorunun çalıştırılması için kablolarla kısa devre yapılması da ikinci bent kapsamında kabul edilmiştir¹⁵³. Buna karşılık, çalınan malın salt cepte saklanması hile kapsamında görülmemiştir¹⁵⁴. Bir süpermarketten aldığı çeşitli malları tekerlekli sepetin içine koyan, kasadan geçmek yerine bilgi kulübesinin olduğu yerden bunları dışarı çıkararak buradan geçebilmek için de aslında bir gün önce yapılmış olan bir alışverişe dair fişi gösteren failin fiili dolandırıcılık değil, nitelikli hırsızlık olarak kabul edilmiştir. Yargıtaya göre bunun nedeni, hilenin söz konusu malın personelce tesliminin gerçekleştirilmesine yönelik olmayıp fail tarafından gerçekleştirilmekte olan “malın zilyetliğinin ele geçirilmesi” hareketine karşı bu görevlinin nezaretini ortadan kaldırmak için kullanılmış olmasıdır¹⁵⁵.

Elektrik enerjisi hırsızlığının enerjisi nakleden hatta saplama yapmak gibi gizli yöntemlerle işlenmesi durumunda; sayaç üzerinde manipülasyon yapılmaksızın ve henüz kullanım sayaç tarafından kaydedilmeksizin fiilin gerçekleştirilmiş olması kaydıyla, bu ağırlatıcı nedeninin uygulanabileceği baskın içtihatla kabul edilmiştir¹⁵⁶. Sayaçtan geçmiş olan enerjisi sayacı

¹⁴⁷ 1.6.1999 tarihli ve 6876 sayılı karar; 12.12.2003 tarihli ve 47680 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1513).

¹⁴⁸ Antolisei, 424.

¹⁴⁹ Mantovani, 80.

¹⁵⁰ Lattanzi, 1523.

¹⁵¹ Fiandaca ve Musco, 82.

¹⁵² Mantovani, 80.

¹⁵³ 11.5.1989 tarihli Yargıtay kararı (aktaran Antolisei, 423).

¹⁵⁴ 27.4.2006 tarihli ve 24232 sayılı Yargıtay kararı (aktaran Antolisei, 423).

¹⁵⁵ 20.3.1998 tarihli ve 3478 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1513).

¹⁵⁶ Antolisei, 423. Mesela bkz. 24.5.2002 tarihli ve 20136 sayılı karar.

manipüle etmek suretiyle edinmek durumunda ise dolandırıcılık suçuna başvurulması gerektiği savunulmaktadır¹⁵⁷. Doğrudan dışarıdaki (mesela yoldan geçen) hatlardan enerjinin saplama yapmak gibi yöntemlerle çalınması durumunda ise m. 625/b. 7 anlamında nitelikli hırsızlığın olduğu içtihadta kabul edilmiştir¹⁵⁸.

Görüldüğü gibi, bilhassa hile kavramı çok geniş kapsamlı olarak yorumlanmaktadır. Genel olarak da, ikinci bentteki seçimlik ağırlatıcı nedenlerin uygulamada aşırı geniş yorumlandığı eleştirisi yapılmaktadır¹⁵⁹.

Üçüncü bende göre, kullanmaksızın, failin üzerinde silah (bu konuda bkz. m. 585/2-3) veya narkotik madde¹⁶⁰ taşıyor olması durumunda ceza artar. Silahın hukuka uygun olarak taşınıyor olması durumunda da nitelikli hal uygulanabilir¹⁶¹. Silah malın alınması için kullanılmışsa, elbette, artık yağma suçu devreye girer¹⁶². Buradaki narkotiğin kapsamına sadece mağdurun savunma ya da tepki yeteneğini ortadan kaldırmaya ya da azaltmaya uygun nitelikteki ürünler girer, sadece analjezik etkisi olan maddeler girmez¹⁶³. Kanunda kullanılan “*in dosso*” ibareleri pek açık olmayıp lafzi olarak “(şahsı) üstünde” (taşımak) anlamına da gelebilir ya da amaçsal bir yorumla “kendisiyle birlikte taşımak” (mesela çantasında) anlamına da gelebilir. Baskın görüş ikinci yöndedir¹⁶⁴. Silah veya narkotiğin varlığı failce bilinmelidir; bunların ne amaçla taşındığı fark etmez¹⁶⁵.

Dördüncü bende göre failin “*destrezza*”¹⁶⁶ yani özel beceriyle işlenmesi durumunda ceza artar. Gerek doktrin gerekse içtihadta göre, failin işlenmesi hususunda sahip olunan herhangi bir özel yetenek, kurnazlık ya da çabukluk nitelikli halin uygulanması için yeterlidir¹⁶⁷. Doktrine göre, olağanın üstünde bir kabiliyet söz konusu olmalıdır, öyle ki, sıradan hırsıza göre üstün bir kabiliyetin varlığı söz konusu olmalı ve her halükarda bu özel kabiliyet, yargılama konusu hırsızlığın somut koşulları ışığında, ortalama mağdurun

¹⁵⁷ Manzini, 24; Delpino, 637.

¹⁵⁸ 20.9.2001 tarihli ve 34116 sayılı Yargıtay kararı (aktaran Delpino, 637).

¹⁵⁹ Mantovani, 78.

¹⁶⁰ Anlamı için bkz. Manzini, 262-263.

¹⁶¹ Fiandaca ve Musco, 82; Carcano, 1045.

¹⁶² Delpino, 645.

¹⁶³ Mantovani, 81.

¹⁶⁴ Mantovani, 81; Carcano, 1045.

¹⁶⁵ Mantovani, 81.

¹⁶⁶ Buna uygulamada “*borseggio*” da denilir (Mantovani, 81).

¹⁶⁷ Fiandaca ve Musco, 83.

olağan nezaretini devre dışı bırakmaya yetmelidir¹⁶⁸. Bu olağanın üstündeki kabiliyetin “çok istisnai” mahiyette bir yetenek olması gerekmez¹⁶⁹. Mağdurun durumu fark etmesini imkansızlaştıran çok fevkalade bir özel yeteneğin varlığı aranmadığından, fiil esnasında veya hemen sonrasında mağdurun durumu fark etmesi nitelikli halin uygulanmasına engel değildir¹⁷⁰. Fakat salt mağdurun geçici dikkatsizliğinden istifadeyle suçun işlenmiş olması bu bendin uygulanmasına yetmez¹⁷¹. Fiilin salt gizlice işlenmiş olması da yetmez¹⁷². İtalyan Yargıtayına göre, bilinci açık olmayan (mesela uyuyan ya da madde etkisi altında olan ya da akıl hastalığına duçar) bir kimseye karşı işlenen hırsızlıklarda da, duruma göre, bu nitelikli halin uygulanması mümkün olabilir¹⁷³. Öte yandan, bilinci yerinde olmadığı için özel bir beceri gerekmeksizin kendisinden malı alınabilecek bir mağdurun varlığında m. 61/5'teki¹⁷⁴ genel ağırlatıcı neden uygulanabilir¹⁷⁵.

Nitelikli halin uygulanması için mağdur ile temas edilmesinin şart olup olmadığı tartışmalıdır; baskın görüşe göre böyle bir koşul aranmaz ve salt mala dönük sergilenen beceri de yeterlidir¹⁷⁶. Baskın içtihat da bu yöndedir¹⁷⁷.

¹⁶⁸ Fiandaca ve Musco, 83; Manzini, 267; Mantovani, 81.

¹⁶⁹ Manzini, 269; yine bkz. Mantovani, 81.

¹⁷⁰ Lattanzi, 1525.

¹⁷¹ 12.7.2017 tarihli ve 34090 sayılı (Yargıtay) Genel Kurul kararı (www.altalex.com).

¹⁷² Manzini, 271.

¹⁷³ Fiandaca ve Musco, 83. Doktrinde aynı yönde Manzini, 272; Mantovani, 82.

¹⁷⁴ Söz konusu hükme doktrinde “azalmış savunma” denilmekte olup bu hüküm mağdurun özel savunmasızlık durumunu yaratan bazı durumların varlığı halinde, bu durumu bilmek ve bundan yararlanmak suretiyle suçu işleyen faile uygulanır (Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia ve Giulio de Simone, Manuale di diritto penale. Parte Generale (Bologna: Il Mulino, 2007), 785; Fiandaca ve Musco, Parte Generale, 436). Bununla birlikte, doktrinin bir kısmına göre (mesela bkz. Mantovani, Diritto Penale, 411), savunmasızlık durumunun objektif olarak varlığı, fail bunu bilmese bile, bendin uygulanmasını sağlar yeterki savunmasızlık durumu fark edilebilir olsun. Hükümde sayılan ve savunmasızlığa yol açan hallerden biri de, kişisel savunmaya engel olan, şahsa dair koşullardan yararlanmaktır. Yaşlı veya engelli veya akıl hastalığına duçar veya sarhoş kişiler buna örnektir (Canestrari, Cornacchia ve de Simone, 786; Marinucci ve Dolcini, 552). Fakat faile üstünlük sağlayan, mesela fiziksel yapısının çok kuvvetli olması gibi durumlar da bent kapsamında görülmektedir (Mantovani, Diritto Penale, 411).

¹⁷⁵ Mantovani, 82.

¹⁷⁶ Fiandaca ve Musco, 83; Mantovani, 82; Carcano, 1045. Aksi yönde Antolisei, 426 ve Manzini, 270-271.

¹⁷⁷ Antolisei, 426. Yine bkz. Lattanzi, 1526.

1889 kanunun aksine, 1930 yasasında suçun kişinin üzerinden işlenmesi gerektiğinin belirtilmemiş olması bu yorumu haklı kılar¹⁷⁸.

Öte yandan, baskın doktrine göre, mağdurun üzerinde nezaret ettiği bir mal bulunmalıdır¹⁷⁹; bu nedenle, fiili işlemek için özel bir yetenek sergilenmişse bile, denetimsiz bırakılan bir aracın içinde bir şey çalmak ya da maç sırasında kimsenin bulunmadığı soyunma odasından bir şeyler çalmak gibi durumlarda bu nitelikli hal uygulanmaz¹⁸⁰. Oysa daha önce ele aldığımız “hileli araç” bakımından mağdurun malın üzerinde nezarete sahip olup olmaması fark etmeyecektir¹⁸¹.

Beşinci bende göre fiilin üç veya daha fazla kişi tarafından işlenmesi ya da tek kişi olsa bile, görünüşünü değiştiren veya kamu görevlisi ya da kamu hizmetlisi gibi davranan kişi tarafından işlenmesi durumunda ceza artar.

1889 kanunu “bir araya gelen” üç veya daha fazla kişiden söz ederken, 1930 kanunu bu sayıdaki kişilerce “fiilin işlenmesinden” söz etmektedir. Bu değişiklikten hareketle, demek ki asgari sayıdaki kişinin artık aynı anda olay yerinde bulunmasının aranmadığı, böylece şeriklerin (ve bu arada manevi yardımda bulunanların) da hesapta dikkate alınması gerektiği çıkarımı yapılmıştır¹⁸². Diğer bir deyişle, sayıya şeriklerin de dahil edilebileceği savunulmaktadır¹⁸³. Yargıtay da bu yönde karar vermiştir¹⁸⁴. *Mantovani* ise aksi görüştedir: fiilin maddi olarak icrasına katılan kişiler sayıya dahildir¹⁸⁵. İtalyan Yargıtayına göre, fiile katılan ve fakat kusur yeteneği olmayan veya cezalandırılabilir olmayan kişiler de asgari sayının tespitinde hesaba katılacaktır¹⁸⁶.

Görünüşünü değiştirmekten kasıt, kişinin dış görünüşünde değişiklik meydana getiren ve failin teşhisini zorlaştıran her türlü tedbirdir¹⁸⁷. Fakat yüzdeki görünüş değişikliği kast edilmektedir¹⁸⁸. *Baskın* içtihadı göre failin

¹⁷⁸ Fiandaca ve Musco, 83.

¹⁷⁹ Mantovani, 82; Carcano, 1045.

¹⁸⁰ Her iki konudaki Yargıtay içtihadı için bkz. Mantovani, 82, dn. 26.

¹⁸¹ Mantovani, 82; Carcano, 1045.

¹⁸² Antolisei, 427.

¹⁸³ Manzini, 280; Fiandaca ve Musco, 84; Delpino, 646; Codice penale esplicato, 751.

¹⁸⁴ 4.4.2011 tarih ve 13566 sayılı karar (aktaran Antolisei, 428). Yine bkz. Carcano, 1046.

¹⁸⁵ Mantovani, 83.

¹⁸⁶ Çeşitli içtihatlar için bkz. Fiandaca ve Musco, 84, dn. 18. Doktrinde aynı yönde Antolisei, 428; Manzini, 282-283.

¹⁸⁷ Fiandaca ve Musco, 84.

¹⁸⁸ Mantovani, 83; Carcano, 1046.

fiilen tanınabilmiş olması durumunda da nitelikli hal uygulanır¹⁸⁹. Failin hırsızlığı işlemek için, özel olarak, görünüşünü değiştirmiş olması gerekmez¹⁹⁰; diğer bir deyişle, herhangi bir nedenle görünüşünü değiştirmiş olan failin bu esnada “hasbelkader” hırsızlık yapması durumunda da nitelikli hal uygulanır.

Kamu görevlisi ya da kamu hizmetlisi gibi davranan kişi tarafından fiilin işlenmesine dair ağırlatıcı nedeninin uygulanabilmesi için failin aslında bu sıfatları haiz olmamasına rağmen, hırsızlığın icra hareketlerini işleyebilmek için öyleymiş gibi davranması aranır¹⁹¹.

Altıncı bentte, fiilin her türlü araçta seyahat eden veya istasyonlarda ya da limanlarda ya da rıhtımlarda bulunan veya otellerde¹⁹² ya da yiyecek veya içecek verilen sair işletmelerde bulunan yolcunun bagajına karşı işlenmesi halleri düzenlenmiştir. Hava, kara veya su (deniz, akarsu, göl) yoluyla seyahat eden yolcular hüküm kapsamındadır, fakat yürüyerek bir yere gidenler kapsamda değildir¹⁹³. İlla başkasınca taşınan bir kişinin söz konusu olması gerekmez, aracı kendi süren kişi de yolcu olabilir¹⁹⁴. Yolcudan bahsedebilmek için seyahatin devam ediyor olması yeterlidir, ara bir durakta (mesele mola yerinde) istirahat ediliyor olması bu sıfatı ortadan kaldırmaz¹⁹⁵. Buna karşılık, mola değil de seyahate ara verilmesi söz konusuysa, yani seyahate ancak gelecek ve uzak bir zamanda tekrar devam edilmesi düşünülüyorsa, artık yolcu sıfatı kalkar¹⁹⁶. Keza, yeni bir konut tesis etmiş sayılacak şekilde bir ara verilmiş ise (kamping alanında seyahate ara veren turist gibi) artık hüküm uygulanmaz¹⁹⁷. Yolcu sıfatı yoksa, hükümde sayılan yerlerde bulunulması hükmün uygulanmasına yetmez¹⁹⁸. Hatta seyahat henüz başlamamış ise, seyahate çıkmaya hazır olan bir araçtan çalınan bavul bile hüküm kapsamında

¹⁸⁹ Fiandaca ve Musco, 85. Doktrinde aynı yönde Manzini, 285; Delpino, 646; Mantovani, 83; Carcano, 1046.

¹⁹⁰ Manzini, 285; Mantovani, 83.

¹⁹¹ Carcano, 1046.

¹⁹² “Alberghi” kelimesi kullanılmış olup otel, motel, pansiyon gibi yerlerin tümü bu kapsamdadır (Mantovani, 84).

¹⁹³ Manzini, 288.

¹⁹⁴ Manzini, 288-289; Mantovani, 84; Carcano, 1046.

¹⁹⁵ Fiandaca ve Musco, 85; Mantovani, 84.

¹⁹⁶ Lattanzi, 1526.

¹⁹⁷ Carcano, 1047. Mesela otel odasına yerleştirilmiş olan bavul bu kapsamda değilken, otelin herkese açık ortak alanlarında (mesela otelin henüz girişinde) bulunan bavul bu kapsamdadır (ibid).

¹⁹⁸ Antolisei, 428.

değildir¹⁹⁹. Keza, evinden işine giden kişi de yolcu sayılmaz²⁰⁰, mağdurun konutunun bulunduğu yerden ayrı bir belediyeye gidiyor olması gerekir²⁰¹; genel olarak da, şehir içinde, kamusal toplu ulaşım araçlarıyla da olsa, bir yerden diğer bir yere gidenler hüküm kapsamında değildir²⁰². Hükümün uygulanabilmesi için, çalınan şeyin “bagaj” olması gerekir. Yolcunun rahatı için ya da kişisel zaruretten veya yolculuğun amacı bakımından ya da kişisel veya mesleki yararlılığı sebebiyle yanında taşıdığı her mal bu kapsamdadır²⁰³. Bagajdan bahsedebilmek için illa ilgili malın bavul veya benzeri bir hazne içinde taşınması gerekir²⁰⁴. Kişisel kıyafetin bir parçası olan veya genellikle kişinin üstünde taşıdığı şeyler (gömlek, saat, gözlük gibi) bu kapsamda değildir²⁰⁵. Elde, omuzda, boyunda veya sırtta taşınan sırt çantası, fotoğraf makinası, el çantası gibi şeyler hüküm kapsamındadır²⁰⁶. Kadınların çantası ise içtihatla bagaj kapsamında görülmemiştir²⁰⁷. Yolcuya eşlik eden hayvanlar da bagaj sayılamaz²⁰⁸. Yolcunun çalınan şeylerin maliki olup olmaması fark etmez²⁰⁹. Son olarak, bagaj, hükümde sayılan yerlerden birindeyken çalınmış olmalıdır; bu nedenledir ki, mesela seyahati yürüyerek gerçekleştiren kişinin bagajının çalınması bu kapsamda değildir. Aracın kişisel veya toplu ulaşım aracı olması mümkündür²¹⁰.

Yedinci bentte ise malın bulunduğu yer veya malın niteliği ya da amacı gözetilerek ağırlatıcı nedene yer verilmiştir. *Mesela* kamusal ofis ve tesislerde bulunan malın çalınması; zorunluluk, gelenek ya da kullanım amacı itibarıyla malın kamunun güvencesine bırakılmış olması; malın kamu hizmetine veya kamuya yararlı bir işe ya da kamusal savunmaya ya da kamusal hürmete tahsis edilmiş olması gibi²¹¹.

¹⁹⁹ Lattanzi, 1527.

²⁰⁰ Mantovani, 84.

²⁰¹ Antolisei, 429.

²⁰² Manzini, 289.

²⁰³ Fiandaca ve Musco, 85; Mantovani, 84.

²⁰⁴ Manzini, 292.

²⁰⁵ Fiandaca ve Musco, 85; Manzini, 291; Mantovani, 84.

²⁰⁶ Lattanzi, 1527; Carcano, 1047.

²⁰⁷ Delpino, 647.

²⁰⁸ Manzini, 291.

²⁰⁹ Manzini, 290.

²¹⁰ Mantovani, 84.

²¹¹ Bunlara ilaveten, bir de adli tasfiye prosedürü çerçevesinde el konulmuş ya da haczedilmiş mallar bent kapsamındadır.

Kamusal ofis veya tesis açısından bu yerin kamuya yönelik veya yararlı olarak işletilmesi yeterli olup illa devlet veya diğer bir kamu kurumuna ait olması ya da bunlarca işletilmesi şart değildir; bu bakımdan özel bankalar ve tiyatrolar da kapsamdadır²¹². Ofisin sabit veya gezici olması mümkündür; tesisin de üstü kapalı olup olmaması fark etmez²¹³. Hatta kamuya açık, yani herkesin girebildiği bir yer olması dahi gerekmez²¹⁴ zira buradaki kamusalılık sıfatı o yerde icra edilen faaliyetin niteliğiyle ilgilidir²¹⁵. İlgili yere giriş saati, mesela çalışma saati içinde veya dışında mı girildiği önem taşımaz²¹⁶. Doktrinde aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte, İtalyan Yargıtayı malın alındığı sırada orada tesadüfen veya arızı olarak bulunmasını yeterli görmemiştir²¹⁷. Buna karşılık, tesadüfen orada bulunmamak koşuluyla, o yerde icra edilen işlev ya da faaliyetle bağlantılı olmayan mallar da hükmün kapsamındadır²¹⁸ (mesela devlet dairesindeki duvara asılı sanatsal resim ya da tablo). Malın özel kişilere ait olması durumunda da hüküm uygulanabilir²¹⁹.

Umumun tekafülüne dair hüküm açısından (kanunda “kamusal güven”den söz edilir), öğretilerde malın illa kamusal bir alanda ya da kamuya açık bir alanda bırakılmış olması şart görülmemektedir²²⁰. Yargıtaya göre, özel bir mülkte bulunsa bile, çitlerle çevrili olmaması veya özel nezaret tertibatı olmaması nedeniyle herkesin rahatça girebileceği yerler bu kapsamdadır; karara konu olayda, özel bir büroda bulunan malın çalınması açısından ağırlatıcı neden uygulanmıştır²²¹. Doktrine göre de, özel engelleri aşması gerekmez herkeşçe rahatlıkla ulaşılabilir olan yerler, özel kişiye de ait olsa, bu kapsamdadır²²². Önemli olan, malın üzerinde doğrudan bir nezaretin olmaması ve malın böylece tümüyle başkalarının dürüstlük ve saygı duygusuna emanet edilmiş olmasıdır²²³.

²¹² Antolisei, 429-430; Delpino, 647; Mantovani, 84; Carcano, 1047.

²¹³ Manzini, 300.

²¹⁴ Lattanzi, 1528; Carcano, 1047.

²¹⁵ Manzini, 302.

²¹⁶ Manzini, 299.

²¹⁷ 24.2.1971 tarihli karar (aktaran Fiandaca ve Musco, 86). Karar ile aynı görüşte Mantovani, 84.

²¹⁸ Bu konudaki çeşitli kararlar için bkz. Lattanzi, 1528.

²¹⁹ Carcano, 1047.

²²⁰ Fiandaca ve Musco, 87; Carcano, 1048.

²²¹ 8.2.2006 tarihli ve 9022 sayılı karar (Antolisei, 430).

²²² Mantovani, 85; Carcano, 1048.

²²³ Mantovani, 85.

Malın “zorunluluk” gereği kamunun güvencesine bırakılmış olmasının anlamı, başka türlü davranması mümkün olmadığı için mağdurun malını gözetimsiz bırakmış olmasıdır; bunun en tipik örneği yol üzerinde park edilen otomobildir²²⁴. Elbette, mutlak bir zaruret aranmaz, fakat hak sahibinin sırf rahatlıktan ya da malını ihmal etmesinden ötürü malını gözetimsiz bırakmamış olması gerektiği açıktır²²⁵.

Gelenekten kasıt ise, hukukun kaynağı anlamındaki gelenek değildir; kast edilen husus, sosyal ve yerel alışkanlıklar ışığında malın o şekilde kullanılmasıdır²²⁶. Söz konusu alışkanlık coğrafi açıdan genel veya sırf belirli bir yere özgü olabilir, keza sırf belirli bir mesleğe de özgü olabilir²²⁷. Gelenek kavramının oldukça geniş anlaşıldığı söylenebilir²²⁸. Doktrinde, zincirle bağlanan bisikletin ya da alarmla korunan otomobilin bu bent kapsamına girip girmediği tartışmalıdır²²⁹. *Manzini*'ye göre, kolaylıkla koruma altına alınabilecek olmaları da gözetildiğinde, en temel tedbir ilkelerine aykırı bir alışkanlığı (mesela şehrin ortasındaki bir sokakta bisikleti açıkta bırakmak) bu bent kapsamında görmek mümkün değildir fakat kalabalık olmayan başka türden yerlerde böyle bir davranışı bent anlamında gelenek kapsamında kabul etmek mümkün olabilir²³⁰. Yargıtay, sahibinin mal üzerinde gözetimi veya otomobilde alarm sistemi bulunması halinde dahi ağırlatıcı nedenin uygulanabileceğini kabul etmiştir²³¹; *Manzini* ise alarm ile korunan otomobili veya hak sahibinin ya da onun adına hareket eden bir kimsenin nezareti altındaki aracı hüküm kapsamında görmez²³². Fakat bazı kararlarda ise, doğrudan ve *sürekli olarak* hak sahibi veya başkasınca özel olarak korunan malların hükmün kapsamında olmadığı kabul edilmiştir²³³. Buna karşılık, kamuya açık bir yerde ve tesadüfi olarak (ara sıra) denetlenen mal bu

²²⁴ Fiandaca ve Musco, 87.

²²⁵ Lattanzi, 1529.

²²⁶ Delpino, 647.

²²⁷ Manzini, 316.

²²⁸ Mesela diskotekte olan ve dans etmek üzere piste giderek çantasını oturduğu yerdeki koltukta ağzı açık olarak bırakan kadının çantasının içinden cüzdanının alındığı olayda bu nitelikli hal kabul edilmiştir çünkü diskoteklerde dansa gitmek için çantayı bu şekilde bırakmak sosyal alışkanlıklara giren fiili bir uygulamadır, bkz. 13.3.1995 tarihli ve 2477 sayılı Yargıtay kararı (aktaran Delpino, 655).

²²⁹ Antolisei, 430.

²³⁰ Manzini, 317.

²³¹ 24.4.2009 tarihli ve 17604 sayılı 4.CD.kararı (www.altalex.com).

²³² Manzini, 310, 311.

²³³ Lattanzi, 1529. Sürekli nezaret altındaki şeylerin hüküm kapsamında olmadığı yönünde bkz. Carcano, 1048.

kapsamda kabul edilmiştir²³⁴. *Manzini* ise, herhangi bir engeli yenmeksizin, failin asgari bir çabasıyla malın alınabilir durumda olmasını aramaktadır²³⁵. İtalyan Yargıtayı açıkta bırakılan otomobilin içinden, içeride muhafazasız bırakılan şeylerin çalınması durumunda da nitelikli hali uygulamaktadır meğerki mağdurun özel bir zorluk arz etmeksizin kendisiyle götürebileceği bir mal olsun²³⁶. Bu nedenle mesela aracın içinde bırakılan cep telefonunun çalınması durumunda nitelikli hal uygulanmamıştır²³⁷; buna karşılık, çıkartılabilir olsa bile, aracın içinde bırakılan radyo-teybin çalınması halinde hüküm uygulanmaktadır²³⁸. Oysa motosikletin üstünde bırakılan kask açısından hüküm uygulanmıştır²³⁹. Kapısı açık veya anahtarı üstünde bırakılan araçlar açısından da hüküm uygulanmaktadır²⁴⁰. Otomobiller açısından, bunlar “olağan” koruyucu mekanik tedbirler devreye sokularak (kapının kilitlenmesi, direksiyon kilidi) kamuya açık yerlerde park edilirse nitelikli hal uygulanmaktadır²⁴¹. Kamuya açık yerlerde bırakılan bisikletler açısından, bunlar belirli güvenlik tedbirleriyle korunsa bile, İtalyan Yargıtayı öteden beri nitelikli hali uygulamaktadır²⁴².

Bentteki kamusal hürmetten kasıt, ibadet konusu olan veya yüksek medeni ideallerin ifadesi olarak toplumun çoğunluğunca saygı gören nesnelere, mesela ölüye saygıyı ifade eden mallar (söz gelimi mezarların süslemeleri) veya bir kilisedeki resimler gibi²⁴³. İlla din veya ibadet ile bağlantılı bir malın mevcudiyeti aranmaz.

2013 yılında eklenen *7bis* bendine göre, fiil, enerji dağıtımına ya da ulaşım hizmetlerine ya da telekomünikasyon hizmetlerine veya kamusal süljelerce ya da kamu imtiyazı rejimi uyarınca özel süljelerce işletilen diğer kamu hizmetlerinin yürütülmesine yarayan altyapı tesislerinden alınan metalik unsurların veyahut sair malzemenin bir parçası üzerinde işlenmişse, ceza artırılır. Hükümün uygulanması için fiil nedeniyle kamu hizmetinin (geçici de olsa) aksaması gibi bir koşul yoktur. Bu nitelikli halin gerekliliği

²³⁴ 26.3.2015 tarihli Yargıtay kararı (aktaran Mantovani, 85).

²³⁵ *Manzini*, 308.

²³⁶ 20.10.1976 (aktaran Fiandaca ve Musco, 87). Çeşitli içtihatlar için bkz. Mantovani, 86, dn. 33.

²³⁷ 14.8.2003 tarihli ve 34409 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1532).

²³⁸ Çeşitli içtihatlar için bkz. Lattanzi, 1532; Mantovani, 86, dn. 33.

²³⁹ 17.3.2003 tarihli ve 12373 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1532).

²⁴⁰ Çeşitli içtihatlar için bkz. Lattanzi, 1530. Yine bkz. Mantovani, 86, dn. 33.

²⁴¹ Mantovani, 85.

²⁴² Lattanzi, 1530.

²⁴³ Fiandaca ve Musco, 88; Antolisei, 432; Carcano, 1048.

tartışmalıdır zira bu bende giren fiillere zaten “eşyalar üzerinde şiddet” ve “kamu hizmetine veya kamu yararına” tahsis edilmiş eşyaya ilişkin ağırlatıcı nedenler uygulanabilecektir²⁴⁴.

Hükmün 8. bendine göre, fiilin sürüde veya mandırada bulunan üç veya daha fazla baş hayvan (*bestiame*) hakkında veyahut (tek de olsa)²⁴⁵ büyükbaş (*bovini*) ya da “*equini*” hayvanlar hakkında işlenmesi durumunda ceza artırılır. *Equini* hayvanlar, at ve eşeği de kapsayan bir terimdir²⁴⁶. *Bestiame* kavramı evcil veya evcilleştirilmiş, küçük hayvanlardan ayrı canlı hayvanları ifade eder²⁴⁷.

2009 yılında kanuna eklenen *8bis* bendinde fiilin kamu ulaşım araçları içinde işlenmesi; yine aynı yasayla eklenen *8ter*'de ise, fiilin, kredi kurumları, posta merkezleri veya para çekimine yarayan otomatik gişelerin sunduğu hizmetten yararlanmak üzere olan veya bundan yeni (hemen az önce) yararlanan kişi aleyhine işlenmesi düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, bizde de haberlerde örnekleri görülen ve kamuoyunun vicdanını özellikle rencide eden, emekli maaşını yeni çekmiş kişilerin elinden paralarının çalınması türünden eylemlere karşı 2009 yılında özel bir hüküm getirilmiştir. İtalyan doktrininde bu nitelikli halin sadece söz konusu yerlerde icra edilen işlemlerin konusu olan malların (mesela bankamatikten alınan paranın) alınması durumunda mı yoksa mağdurun diğer herhangi bir malının alınması durumunda da mı uygulanacağı tartışmalıdır²⁴⁸. Keza, paranın çekilmesiyle çalınması arasında ne kadar bir zaman dilimi olabileceği de açık değildir: doktrine göre, paranın alınmasıyla “güvenli” bir yere (mesela cüzdana, çantaya) konulması arasındaki zaman diliminde bu hüküm uygulanır²⁴⁹; bundan sonra ise belki “özel beceri” hükmüne başvurulabilir.

Kamu ulaşım aracı ibaresi sadece kamu tarafından işletilen ulaştırma araçlarını kapsamaz; kamuya yararlı bir hizmetin yürütülmesi bağlamında, ister kamu tarafından ister özel kişilerce, kişilerin taşınmasına tahsis edilen herhangi bir aracın içinde fiilin işlenmesi yeterlidir²⁵⁰. Bu hükümle “yolcunun

²⁴⁴ Mantovani, 87. Yine bkz. Antolisei, 434.

²⁴⁵ Carcano, 1049.

²⁴⁶ <https://www.britannica.com/animal/equine>

²⁴⁷ Carcano, 1048.

²⁴⁸ Antolisei, 436.

²⁴⁹ Carcano, 1049.

²⁵⁰ Antolisei, 435; Carcano, 1049.

bagajını” çalmaya dair hüküm arasında içtima sorunu bakımından, bagaj unsuru nedeniyle 6. bentteki hükmün özel hüküm olduğu söylenebilir²⁵¹.

Ayrıca, 1977 tarihli ve 533 sayılı yasanın 4. maddesi hükmüne göre, hırsızlık suçu cephanelik veya depolar veya bunların muhafazasına yarayan diğer yerlerdeki silahlar, mühimmat veya patlayıcı hakkında işlenirse, yine ağırlatıcı neden vardır.

Görüldüğü üzere, hırsızlık suçuna özgü çok fazla sayıda nitelikli hal vardır. İtalya’da çok sayıda ortak (genel) ağırlatıcı sebebin varlığı düşünüldüğünde, sırf bu suça özgü bir dizi ağırlatıcı nedene de ilaveten yer verilmesi eleştiriye açıktır²⁵². Mesela İt. CK m. 61’de öngörülen genel ağırlatıcı nedenlerden biri, kamusal veya özel savunmaya mani olacak şekilde zamana ilişkin koşullardan yararlanmaktır (5.bent). Bu bakımdan, mesela fiilin geceleyin işlenmesi bu anlamda bir kolaylık sağlamışsa, söz konusu genel ağırlatıcı neden uygulanacaktır. Keza aynı maddenin 7. bendi uyarınca, mağdurda yol açılan malvarlıksal zararın “nispeten ağır” olması da genel bir nitelikli haldir²⁵³. İtalyan doktrini çok fazla sayıda nitelikli halin varlığı nedeniyle fiilin ağırlığıyla orantısız cezaların ortaya çıkabildiğinden yakınmaktadır²⁵⁴. Ağırlatıcı nedenlerin uygulamada geniş yorumlanmasının da katkısıyla, suçun basit halini işlemek neredeyse olanaksızdır²⁵⁵! Bir yandan da, “somut olay adaleti”ni sağlamak için uygulamanın fazla kolaylıkla İt. CK m. 69/2’deki hükme başvurduğu ve böylece, cezaların aşırı sertliğinin aslında uygulamada tam aksine sonuç doğurduğu ifade edilmektedir²⁵⁶. Kanaatimce, hangi suç tipi söz konusu olursa olsun, o suçun uygulamadaki başlıca işleniş

²⁵¹ Antolisei, 435.

²⁵² Manzini, 213.

²⁵³ Bu değerlendirmenin fiilin işlendiği ana göre ve mağdurun kişisel durumundan bağımsız olarak, objektif bir yaklaşımla yapılması gerektiği içtihatı kabul görmektedir (Canestrari, Cornacchia ve de Simone, 786). Bununla birlikte, zarar objektif olarak çok olduğu zaman hüküm mutlaka uygulansa ve mağdurun durumuna bakılmasa da; zararın objektif olarak az olduğu bazı durumlarda, sübjektif bir yaklaşımla ve mağdurun kişisel durumundan hareketle, hüküm yine de uygulanabilmektedir (Marinucci ve Dolcini, 552; Fiandaca ve Musco, Parte Generale, 437; Padovani, 247; Domenico Pulitanò, Diritto Penale, 6. Bası (Torino: Giappichelli, 2015), 388). Suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda da hükmün uygulanabileceğine dair içtihat baskındır (Marinucci ve Dolcini, 554).

²⁵⁴ Antolisei, 438; Mantovani, 77.

²⁵⁵ Mantovani, 77.

²⁵⁶ Antolisei, 438-439.

biçimleri suçun temel biçimi tarafından kapsanmalıdır²⁵⁷. Zaten suçun temel halinin cezası, o suçun genelde işleniş biçimi de gözetilmek ve onun haksızlık muhtevasının layık olduğu ceza belirlenmek suretiyle saptanmış olmaktadır. Fiilin haksızlık içeriğini veya failin kusurunu kayda değer biçimde artıran özel nedenler varsa, ancak o zaman nitelikli hale başvurulmalıdır. Suçun belirli bir işleniş biçiminin çok artması gibi bir mülhaza ise, bu hale özgü nitelikli hal yaratmak için yeterli gerekçe değildir.

2. Hafifletici Nedenler

a. Daha Az Cezayı Gerektiren “Minör Hırsızlık” Halleri (İt. CK. m. 626)

İt. CK m. 626’da üç fıkra halinde, hırsızlığın daha az cezayı gerektiren bazı işleniş biçimleri düzenlenmiştir. İleride değinilecek 2022 tarihli “Cartabia Reformu” ile, madde başlığı, doktrinde zaten mevcut adlandırmaya uygun biçimde, “minör hırsızlıklar” olarak değiştirilmiştir.

Belirtelim ki 625. maddenin ilk 4 bendinde belirtilen ağırlatıcı nedenlerden biri mevcutsa, 626. madde uygulanmayacaktır. Yani hırsızlığın temel haline göre ceza tayin edilecektir.

Ortak (paylı veya müşterek) mülkiyet altındaki şeylerin çalınması durumunu daha hafif cezalandıran 627. madde hükmü 2016 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Ortaklar²⁵⁸ veya ortak mirasçılar da hüküm kapsamındadır. Artık bu eylemin karşılığı sadece özel hukuk yaptırımıdır (100-8000 Euro para cezası). Hatta fiil misli şeyler üzerinde işlenir ve bunların değeri faile ait payı aşmazsa, haksızlık oluşmaz. Buna karşılık, ortak olunan malın cebir veya tehditle alınması durumunda yağma suçu oluşacaktır²⁵⁹. Eğer malın zilyedi zaten failse, inceleme konusu haksızlık oluşmaz, güveni kötüye kullanma suçuna (m. 646) başvurulabilir²⁶⁰. Anlık kullanım için malın alınması durumunda, aşağıdaki m. 626/1 hükmünün değil de bu haksızlık tipinin uygulama alanı bulacağı savunulmuştur²⁶¹.

²⁵⁷ Aynı yönde Katarzyna Banasik, “The Notion of ‘a Considerable Quantity’ of Narcotics in the Case Law of Polish Courts” Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology Cilt 9, Sayı 1 (2021): 65-84, 80.

²⁵⁸ Tüzel kişiliğe sahip olmayan şahıs ortaklıkları kast edilmektedir zira sadece bu durumda ortaklar malların ortak maliki olmaktadır (Mantovani, 103; Carcano, 1053).

²⁵⁹ Mantovani, 106.

²⁶⁰ Carcano, 1053.

²⁶¹ Carcano, 1054.

i. Kullanma Hırsızlığı (m. 626/1)

Doktrindeki baskın görüşe göre kullanma hırsızlığı özerk bir suç tipidir²⁶² fakat İtalyan Yargıtayı birçok kez aksi görüşü savunmuştur²⁶³.

Bu hükmün tatbiki için fail “malı sadece anlık kullanım amacıyla hareket etmiş olmalı” ve geçici kullanımdan sonra da malı “derhal” iade etmiş olmalıdır. Malın mutlaka iade edilmiş olması gerektiği hükümde düzenlenmiştir ve içtihat da buna uygun biçimde gelişmiştir²⁶⁴.

Kullanmanın süresi doktrinde tartışılmıştır. Hükümde “geçici” değil de “anlık” (*momentaneo*) kullanımdan söz edilmesi tartışmalara yol açmıştır. Zira lafzi bir yorum yapılırsa, ancak çok kısa süreli (mesela birkaç dakikalık) kullanımlar bu kapsama girecektir. Doktrin daha geniş bir yaklaşımla, çalınan şeyin kullanım amacının gözetilmesi gerektiğini ve bir şeyin olağan kullanımı belirli bir süre gerektiriyorsa, bu asgari süreye göre değerlendirme yapılması gerektiğini savunmuştur²⁶⁵. Bununla birlikte, kısa olmayan bir seyahatte kullanmak üzere otomobilin çalınması gibi bir durumda, seyahat biter bitmez araç iade edilmiş olsa bile, sürenin uzaması nedeniyle m. 626/1 devre dışı kalır²⁶⁶.

Öte yandan, doktrin kullanımın hem anlık hem de derhal olmasını aramaktadır: Mal çalındıktan hemen sonra kullanılmış olmalıdır; böylece, bir malı geçici olarak kullanmak için saklayıp bilahare kullanan fail bu hükümden yararlanamamaktadır²⁶⁷. Kanaatimce, böyle bir durumda zaten “anlık” kullanım koşulu gerçekleşmiş olmaz.

Failin anlık kullanım amacıyla çaldığı ve fakat herhangi bir nedenle fiilen kullanmadan iade ettiği mal açısından da hükmün uygulanacağı kabul edilmektedir zira hüküm failin amacı esas alınarak kaleme alınmıştır²⁶⁸. Hatta *Mantovani*'ye göre, m. 624 ve 626 bir arada düşünüldüğünde, geçici kullanım için bir malı çalan ve hiç kullanmaksızın derhal iade eden fail hiç cezalandırılmaz: 626. madde “kullanımdan sonra” iadede söz etmiştir ve

²⁶² Mesela bkz. Manzini, 366. Bu görüşün doktrinde baskın olduğuna dair bkz. Carcano, 1050.

²⁶³ Fiandaca ve Musco, 91.

²⁶⁴ Delpino, 649.

²⁶⁵ Manzini, 370; Fiandaca ve Musco, 92.

²⁶⁶ Manzini, 371.

²⁶⁷ Fiandaca ve Musco, 92; Antolisei, 445; Mantovani, 98.

²⁶⁸ Fiandaca ve Musco, 92. Yine bkz. Manzini, 369: anlık kullanım m. 626/1'deki suçun unsuru değildir ve suçun zaten tamamlanma anından sonra vuku bulan bir husustur. Yine bkz. Carcano, 1050: kullanım, hükümdeki suç tipinin bir unsuru değildir.

burada bir kullanım olmamıştır; 624. madde anlamında yarar sağlama maksadından bahsetmek zordur²⁶⁹. Bu görüşe katılmıyorum: burada evleviyet kuralı gereği, hiç kullanmadan derhal iade etmek durumunda da 626. madde uygulanmalıdır; kaldı ki, yarar sağlama maksadı suçun manevi unsuru olup bu faydanın sağlanmış olup olmadığı fark etmez.

Mal kullanıldıktan sonra *derhal* iade edilmiş olmalıdır; fakat burada da somut olayın tüm özelliklerini gözeterek bir değerlendirme yapmak gerekir²⁷⁰. Her halükarda, kullanımın anlık olmasına rağmen iade geciktirilmişse, m. 626/1 uygulanamaz²⁷¹.

Elbette iade iradi olmalıdır fakat bunun illa içten gelen bir pişmanlık sonucu olması gerekmez²⁷². Failin iradesini zorlayan dış etkenler nedeniyle olmayan iadeyi iradi saymak gerekir²⁷³; bu bakımdan dıştan gelen telkin ve tavsiyelerin varlığı iradiliği ortadan kaldırmaz. Kaza ve tesadüf ya da mücbir nedenle iadenin gerçekleşmemesi durumunda doktrin ve uygulama hükmün uygulanmayacağına hemfikirdi zira “failin iradesinden hariç nedenlerle” iadenin gerçekleşmemesi durumunda bu hükmün uygulanamayacağı hükümde açıkça öngörülmüştü. İtalyan Anayasa Mahkemesi hükmün bu kısmını kusur ilkesine aykırılık nedeniyle iptal etmiştir²⁷⁴. O halde, artık mücbir sebeple iadenin olanaksız hale gelmesi durumunda hüküm uygulanabilir. Buna karşılık, failin taksirli davranışı sonucunda iadenin gerçekleşmemesi durumunda artık kullanma hırsızlığı hükmü uygulanmaz²⁷⁵.

Doktrinde iadenin mahiyeti de tartışılmıştır. Acaba iade edilmesi gereken, çalınan şeyin kendisi midir yoksa ikamesi de olabilir mi? Kanunun lafzı ilk yoruma işaret etmektedir²⁷⁶ ve durum böyle ise, artık aynıyla ikame edilmiş misli malların veya tüketilebilir malların iadesi durumunda hüküm uygulanamayacaktır²⁷⁷. Bu sonucu haksız bulan bazı yazarlar, iade edilen şeyin kimliği değişse de, mağdura aynı faydayı sağlayan eşdeğer misli veya

²⁶⁹ Mantovani, 98.

²⁷⁰ Fiandaca ve Musco, 93.

²⁷¹ Manzini, 372.

²⁷² Antolisei, 445; Mantovani, 99; Carcano, 1050.

²⁷³ Fiandaca ve Musco, 93.

²⁷⁴ 13 Aralık 1988 tarihli ve 1085/88 sayılı karar.

²⁷⁵ Antolisei, 446-447; Mantovani, 98.

²⁷⁶ Doktrinde bu yönde Antolisei, 445 ve Manzini, 373.

²⁷⁷ Fiandaca ve Musco, 93.

tüketilebilir malın iadesi durumunda failin hükümden yararlanması gerektiğini savunmaktadırlar²⁷⁸.

Keza, eksik iade durumu da tartışılmıştır, bunun tipik örneği, çalınan otomobilin azalmış benzin ve yağ ile iadesidir. Bu durumda *Fiandaca/Musco* yine de hükmün uygulanması gerektiğini savunurlar: çalınan şey, otomobildir ve otomobilin özüne herhangi bir zarar gelmediği gibi piyasa değerinde de önemli herhangi bir azalma olmamıştır; benzin ve yağın değerinin tazminini de özel hukuk yoluyla sağlamak mümkündür²⁷⁹. Fakat bu senaryoda İtalyan Yargıtayının hükmü uygulamadığı örnekler görülmektedir²⁸⁰. *Manzini*'nin verdiği örneğe göre otomobilin patlak lastikle iadesi durumunda hüküm uygulanamayacaktır çünkü malda bir değişiklik meydana gelmiştir; buna karşılık lastiğin sırf sönmesi ya da kirlenmesi durumunda ise hüküm uygulanmalıdır zira – bu örnekte olduğu gibi – bazı durumlarda malın hiçbir etki meydana gelmeksizin kullanılması zaten mümkün değildir²⁸¹. Genel olarak ise, eksik iade durumunda *Manzini*'ye göre hüküm uygulanamaz²⁸². *Mantovani*'ye göre de, iade edilen şey kötüleştirmişse hüküm uygulanmaz, fakat kullanımdan kaynaklanan asgari yıpranma bu kapsamda değildir²⁸³.

Malın iadesi amacıyla alınması gerektiği için, mantık gereği, iadeyi mümkün kılacak türden bir kullanım amaçlandığında hüküm uygulanabilir; böyle olunca da, malın kısmen ya da tamamen tüketimini ya da yok edilmesini veya amacına uygun kullanımını olanaksızlaştıracak şekilde değişikliğe uğratılmasını sonuçlayan kullanımlar bu hüküm kapsamında değildir²⁸⁴.

Tam iade yapılmışsa, kullanımın mağdur açısından yol açtığı zarar hükmün uygulanmasına engel olmaz; hatta bu durumda zararın giderilmesi de şart değildir zira hükümde böyle bir koşula yer verilmemiştir²⁸⁵.

İadenin hak sahibine yapılması ya da malın alındığı yere bırakılması şart olmayıp hak sahibinin aşırı zorluk yaşamaksızın tekrar mala kavuşabilmesini

²⁷⁸ *Fiandaca ve Musco*, 93; *Codice penale esplicato*, 753; *Mantovani*, 98.

²⁷⁹ *Fiandaca ve Musco*, 93. Benzer yönde *Antolisei*, 445 ve *Mantovani*, 99.

²⁸⁰ 8.10.1962 tarihli ve 28.9.1988 tarihli kararlar (aktaran *Fiandaca ve Musco*, 93).

²⁸¹ *Manzini*, 373-374.

²⁸² *Manzini*, 374. Mesela yazar yolunduktan sonra iade edilen koyun ve hatta sağıldıktan sonra iade edilen ineği bile hüküm kapsamında görmez.

²⁸³ *Mantovani*, 98.

²⁸⁴ *Manzini*, 369; *Antolisei*, 445; *Delpino*, 649.

²⁸⁵ *Manzini*, 371.

mümkün kılacak şekilde malın geri bırakılmış olması yeterlidir²⁸⁶. Fakat otomobilin herhangi bir polis istasyonuna yakın bir yere bırakılmasının yeterli olmadığı çünkü bu eylemin çalınan malı hak sahibinin egemenliğine tekrar kavuşturmaya yaramadığı içtihat edilmiştir²⁸⁷. Doktrinde de buna koşut olarak daha katı görüşü savunanlar mevcuttur: buradaki iadenin amacı zararın giderilmesi olmayıp zilyetliğin tekrar geri kazandırılmasına dönüktür; bu nedenle de iade mutlaka mağdura ya da onun bir temsilcisine ya da ona bağımlı bir çalışana yapılmalıdır²⁸⁸. Bu son görüşe (ve en son anılan içtihada) göre, malın nerede bulunduğu hak sahibine bildirilmesi yeterli değildir zira bu eylem zilyetliğin geri kazanılmasını tek başına sağlamadığı gibi bu konuda çaba göstermesi gereken de yine mağdur olacaktır²⁸⁹. Keza, aynı nedenlerle, malın kullanıldıktan hemen sonra, mağdurun zilyetlik veya nezaret alanında olmayan bir yere bırakılması da – malın alındığı yer bu olsa bile – yetmez²⁹⁰. Hatta *Manzini*'ye göre, fail, mağdurun zilyetliği tekrar kazanması için üstüne düşen her şeyi gereğince yapmış ama failin elinde olmayan nedenlerle mağdur tekrar zilyetliğe kavuşamamışsa, bu durumda bile m. 626/1 uygulanmaz²⁹¹. Bunun istisnası ise, mağdurun iadeyi kabul etmemesidir; böyle bir durumda hüküm uygulanmalıdır aksi takdirde bireyin iradesine yasa hükmünü devre dışı bırakan bir etki tanınmış olurdu²⁹².

Kullanma hırsızlığının tamamlanma anı tartışmalıdır. Bir görüşe göre malın alındığı an suç tamamlanmıştır çünkü hükümde öngörülen iade hususu tipikliğin unsuru anlamındaki bir netice değildir; diğer görüşe göreyse, suç tipinde iadeye açıkça unsur olarak yer verildiğine göre suç bu anda tamamlanacaktır²⁹³.

²⁸⁶ Fiandaca ve Musco, 94.

²⁸⁷ 3.3.1990 tarihli ve 3104 sayılı karar (Lattanzi, 1539).

²⁸⁸ Manzini, 375.

²⁸⁹ Manzini, 375.

²⁹⁰ Manzini, 376. Kıyaslayınız Carcano, 1051: yazara göre, malın alındığı yere bırakılması yeterlidir.

²⁹¹ Manzini, 376.

²⁹² Manzini, 376-377.

²⁹³ Fiandaca ve Musco, 94. Mantovani (a.g.e, 99) ikinci görüşü savunur; Antolisei (s. 477) ve Manzini (s. 377) ilk görüşü savunur. İlk görüş lehinde yine bkz. Codice penale esplicato, 753.

Malı iade amacı malın alındığı anda mevcut olmalıdır, sonradan bu niyetin doğması ve malın derhal iadesi durumunda m. 626/1 uygulanmaz²⁹⁴.

Kullanma hırsızlığına teşebbüs mümkündür çünkü önemli olan failin iade amacıyla icra hareketlerine başlamış olmasıdır²⁹⁵, fakat İtalyan Yargıtayının aksi yönde kararı vardır²⁹⁶. Yargıtaya göre, malın alınmamış olması iadesini de imkansız kılar; salt iade iradesinin varlığı da bu unsurun gerçekleşme imkansızlığını telafi etmez²⁹⁷. Oysa Anayasa Mahkemesi de 1988 tarihli anılan kararında, iade amacıyla alınmak istenilen malın alınmaması durumunda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmiştir²⁹⁸.

Malın suç işlemek için kullanılmış olması durumunda da İt. CK m. 626/1 uygulanabilir. Mesela bir duvarı aşmak için üçüncü bir kişinin merdivenini alıp hırsızlığı gerçekleştirince iade eden fail hem kullanma hırsızlığından hem de merdiven kullanarak girdiği yerden işlediği hırsızlıktan ayrı ayrı sorumludur²⁹⁹. Daha genel olarak da, failin maldan ne şekilde ve amaçla yararlanmış olduğu hükmün uygulanması açısından önem taşımaz – yeter ki anlık kullanım amacı ve derhal iade unsurları gerçekleşsin³⁰⁰.

ii. İhtiyaca İstinaden Hafif Hırsızlık (m. 626/2)

İt. CK m. 626/2’de suçun hafif değere sahip bir mal üzerinde ve ağır ve acil bir ihtiyaç nedeniyle çalınması durumu düzenlenmiştir. *Manzini*’ye göre burada bağımsız bir suç tipi söz konusudur³⁰¹; doktrindeki baskın görüş de budur³⁰². Bu bakımdan, sırf sistematik kolaylık nedeniyle m. 626/2 hükmünü “cezaya etki eden nitelikli haller” başlığı altında ele almaktayız.

²⁹⁴ Manzini, 378-379; Mantovani, 99. Aksi yönde de görüş olduğuna dair bkz. Carcano, 1051.

²⁹⁵ Antolisei, 447; yine bkz. Mantovani, 100; Carcano, 1051. Aksi görüşte Manzini, 377.

²⁹⁶ 14.6.1983 tarihli ve 5631 sayılı karar (Antolisei, 447). Bu görüşün çıkış noktası, hükümde iadenin unsur olarak aranmış olması ve bunun ise ancak suçun tamamlanmasından sonra mümkün olmasıdır. Oysa ana metinde ifade edildiği üzere, iade amacı bu hükmün manevi unsurları arasındadır.

²⁹⁷ Carcano, 1051.

²⁹⁸ Codice penale esplicato, 753.

²⁹⁹ Manzini, 174, yine bkz. a.g.e, 369-370.

³⁰⁰ Manzini, 368.

³⁰¹ Manzini, 381.

³⁰² Carcano, 1050.

Hükme göre hakimin ceza vermektan vazgeçmesi mümkün değildir; sadece indirim nedeni söz konusudur. Bence bu yaklaşım doğrudur: zaten teknik anlamda bir zorunluluk durumu varsa (m. 54) ceza verilmeyecektir; bunun koşulları yoksa da, hukuka aykırı ve kusurlu bir cürmi eylem söz konusu olduğuna göre, indirimli bir ceza verilmesinde bir hakkaniyetsizlik yoktur.

Hükümde ağır ve acil ihtiyacın varlığı yeterli görülmeyip ayrıca malın değerinin hafif olması da aranmıştır. Değerin hafifliği şöyle tespit edilir: somut olayın tüm özellikleri ışığında, ilgili mal ihtiyacı tatmin etmek için şart olan asgari miktarda alınmış olmalıdır³⁰³. Buradaki asgari miktar hem nicelik hem de nitelik açısından değerlendirilir³⁰⁴.

Öte yandan, m. 626/2'nin tatbiki için malın değerinin objektif olarak az olması da şarttır; bu nedenle, ancak değeri az olmayan bir malın çalınması suretiyle ihtiyacın giderilmesinin mümkün olması durumunda m. 626/2 devre dışı kalacaktır³⁰⁵.

Hükümde yol açılan zarara değil, çalınan malın değerine bakıldığı için; değeri az olan bir malın çalınmasının mağdurda büyük zarara yol açmış olması m. 626/2'nin uygulanmasına engel değildir³⁰⁶. Oysa değeri az olmayan bir şey çalınsa ve fakat mağdurda hafif bir zarara yol açılrsa, m. 626/2 uygulanamayacak ve genel hırsızlık suçundan hüküm kurulacak ama fail, yol açılan zararın "özellekle" hafifliğine dair m. 62/4'teki genel hafifletici nedenden³⁰⁷ yararlandırılabilir³⁰⁸.

Hüküm anlamında değer ekonomik anlamdadır, malın mağdur için manevi değerinin bir önemi yoktur; anılan ekonomik değer fiilin işlendiği ana göre tespit edilir³⁰⁹.

³⁰³ Mantovani, 100; Fiandaca ve Musco, 96.

³⁰⁴ Manzini, 384; Carcano, 1052.

³⁰⁵ Manzini, 383.

³⁰⁶ Manzini, 384.

³⁰⁷ Nasıl yasanın 61. maddesinde daha önce izah edilen "genel" nitelikli, yani bünyesiyle uyumsuz olmamak kaydıyla, her suç açısından tatbik olanağı bulunan ortak bazı ağırlatıcı nedenler öngörülmüşse; 62. maddede de aynı şekilde tüm suçlar için ortak uygulama alanına sahip genel bazı hafifletici nedenler öngörülmüştür.

³⁰⁸ Manzini, 384. Bu noktada, m. 62/4'teki "özel hafiflik" kavramına nazaran buradaki değer hafifliği daha az katı bir kriterdir (Carcano, 1052). Söz konusu 62/4. madde hükmünün uygulanma şekline dair bilgi için bkz. Marinucci ve Dolcini, 564-566. Şu kadarını söyleyelim ki, m. 62/4 sadece "çok hafif" değerdeki malları kapsar (Mantovani, Diritto Penale, 419).

³⁰⁹ Manzini, 384.

Hükmün tatbiki için illa doğrudan ihtiyaç duyulan şeyin çalınmış olması şart değildir; dolaylı yoldan bu amaca hizmet eden mal da çalınmış olabilir (mesela ihtiyaç duyulan ilacı alabilmek için para çalınması gibi)³¹⁰.

İtalyan Yargıtayı hükümdeki ihtiyaç kavramını oldukça dar yorumlamakta ve sadece, karşılanmadığı takdirde kendisinin veya bir başkasının hayatını ciddi tehlike altına sokan, fiziksel anlamda yaşamın temel ihtiyaçlarına dair gereksinimleri hükmün kapsamında görmektedir³¹¹. Oysa İtalyan doktrinindeki baskın görüş, hükümde hukuksal değer niteliğine dair bir sınırlama olmadığı ve pek ala yaşam dışındaki hukuksal değerlere ilişkin ihtiyaçların da hüküm kapsamında görülebileceği yönündedir³¹². Mesela, çok hasta olan annesinin ziyaretine gidebilmek için failin para çalması, manevi nitelikli ihtiyaca örnek olarak gösterilmiştir³¹³. Bu bakımdan, baskın doktrine göre ihtiyacın temel mahiyette olması kaydıyla, fiziksel-biyolojik olması şart değildir³¹⁴.

İtalyan Yargıtayının içtihadına göre, “ağır”dan kasıt, ihtiyacın giderilmemesi durumunda ciddi bir tehlikenin (veya ileride zararın) doğacak olması; “acil”den kast ise, zarara yol açmaksızın anılan ihtiyacın giderilmesinin olanaksız olmasıdır³¹⁵. İhtiyacın ağırlığı ve acilliği, ihtiyacı giderilmek istenilen kişinin subjektif koşulları ışığında değerlendirilir³¹⁶.

İt. CK m. 54’ten farklı olarak, tehlikenin filhal bulunması şart değildir³¹⁷; failin tehlikeye iradi olarak yol açmış olmaması koşulu da aranmaz³¹⁸.

626/2. maddeye başvurmak için meşru yollarla ihtiyacın karşılanamıyor olması gerekir³¹⁹; meşru yolla ihtiyacı karşılamamanın fail açısından gerektirdiği fedakarlığın hırsızlık fiilinin mağdurda yol açacağı zarardan daha fazla olması da durumu değiştirmez³²⁰.

³¹⁰ Mantovani, 100; Fiandaca ve Musco, 96; Antolisei, 448; Manzini, 383; Carcano, 1052.

³¹¹ Fiandaca ve Musco, 96.

³¹² Manzini, 386; Fiandaca ve Musco, 96; Mantovani, 101; Codice penale esplicito, 754.

³¹³ Antolisei, 449.

³¹⁴ Manzini, 389.

³¹⁵ Manzini, 388.

³¹⁶ Manzini, 388.

³¹⁷ Manzini, 389; Mantovani, 101; Carcano, 1052. Zaruretin “mutlak” olması da aranmaz (Carcano, 1052).

³¹⁸ Manzini, 387; Mantovani, 101; Carcano, 1052; Codice penale esplicito, 753.

³¹⁹ Carcano, 1052.

³²⁰ Manzini, 387.

Hükümde açıklık olmasa da, ihtiyaç fail dışındaki bir üçüncü kişiye de ait olabilir.

Failin genel olarak fakirlik durumu, hukuka uygunluk nedeni olarak İt. CK m. 54'te düzenlenen zorunluluk halinin uygulanmasına yetmez çünkü bu durumda sosyal yardım kurumlarına başvurmak mümkün olduğu için tehlikenin mevcut olması ve tehlikeden başka türlü kurtulma olanağının bulunmaması koşulları gerçekleşmiş olmaz³²¹. Sırf fakirlik haline dayanarak m. 626/2 de uygulanamaz³²²; malın alınmasından başka yolla tatmini mümkün olmayan asli bir ihtiyaç söz konusu olmalı ve artık ertelenmesi imkanı bulunmayan türden özel bir ihtiyaç bulunmalıdır.

Malın değerine dair hatanın hukuki sonucu m. 626/2 hükmünün hukuki niteliğine göre değişiklik gösterir: şayet bağımsız bir suç tipi varsa, bu konudaki hata kastı ortadan kaldırır; oysa m. 626/2 hükmü sadece nitelikli hal olarak kabul edilirse, sadece kusurlu olmayan hata sorumluluğu kaldırır³²³.

iii. Hasat İstismarı (Aşırı Hasat)

İt. CK m. 626'da öngörülen “hafif hırsızlık” türlerinin sonuncusu, anılan hükmün üçüncü fıkrasında yer alan ve “istismarcı hasat” veya “hasat istismarı” (*spigolamento eccessivo*) olarak tercüme edilebilecek olan durumdur. Hüküm henüz tamamı ile kaldırılmamış olan, başkasının rekoltesine ait mahsullerin alınmasını düzenler. Fakat kanunun lafzı açık değildir ve fiil unsurunu ifade etmek açısından seçimlik olarak kullanılan bazı ibareler de teknik terim teşkil etmediğinden³²⁴, doktrin ve uygulamada, esasen rekolte sırasında gözden kaçmış olan her tür tarımsal/bitkisel artığın bu hükme konu olabileceği kabul edilmiştir³²⁵. Yani “tarımsal operasyonlar”dan sonra arazide kalan şeyleri herhangi bir şekilde toplamak bu kapsamdadır³²⁶. Önemli olan rekolte faaliyetinin başlamış ama henüz bitmemiş olmasıdır³²⁷. Cüzi önemi nedeniyle bu hükmün detayına girmeyeceğiz.

³²¹ 28.7.2017 tarihli ve 37930 sayılı 5.CD. kararı (www.altalex.com).

³²² 9.3.2017 tarihli ve 11423 sayılı 4.CD. kararı (www.altalex.com).

³²³ Carcano, 1052.

³²⁴ Antolisei, 450; Mantovani, 101.

³²⁵ Manzini, 393; Fiandaca ve Musco, 97; Mantovani, 101.

³²⁶ Carcano, 1052.

³²⁷ Carcano, 1053.

b. Malın Değerinin Azlığı Meselesi

Salt malın değerinin azlığı, hırsızlık suçu bağlamında özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, İt. CK m. 62'nin 4. bendinde genel bir hafifletici neden olarak, malvarlığına karşı suçlarda mağdurda malvarlıksal açıdan "özellikle hafif" bir zarara yol açmak veya menfaat amacıyla işlenen suçlarda özellikle hafif bir yarar elde etmek amacıyla hareket etmiş olmak ya da elde etmek sayılmıştır. Dikkat edilmelidir ki, burada dikkate alınan husus çalınan malın değeri değil, eylemin mağdur bakımından yol açtığı zarardır³²⁸.

İtalyan Yargıtayına göre m. 62/b.4'ün teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından da uygulanması mümkündür³²⁹ yeter ki fiilin işleniş biçimi ışığında yürütülecek bir varsayımsal yargı ile, suç tamamlansaydı mağdurda yol açılacak malvarlıksal zararın asgari önemde olacağı kesin olarak anlaşılmış olsun³³⁰.

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için yol açılan zararın ekonomik değerinin çok önemsiz olması gerekmekte ve bu değerlendirmede sadece malın değeri değil, bunun alınması sonucunda mağdurun maruz kaldığı tüm olumsuz (ekonomik) etkiler dikkate alınmaktadır³³¹. Ne var ki, m. 62/b.4'ün hırsızlık suçuna uygulanması bakımından, malın alınması sonucunda doğan *diğer* olumsuz etkilere bakılmayacağı zira bu kıstasın sadece maddi menfaat amaçlı suçlar için arandığı Yargıtayca kabul edilmiştir³³².

Son olarak, mağdurun bu zarara katlanma kabiliyetinin değerlendirmede hiçbir önemi yoktur; malın değeri az değilse, mağdurun bundan etkilenmemiş olması hükmün uygulanmasını sağlamaz.

E. Şahsi Cezasızlık veya İndirim Nedenleri, Etkin pişmanlık

İt. CK m. 625*bis* uyarınca, eğer fail, hükümden önce, suç ortaklarının ya da çalınan şeyi satın alan, kabul eden veya saklayan ya da bu amaçlarla

³²⁸ Manzini, 31.

³²⁹ Bu konudaki içtihat için bkz. Marinucci ve Dolcini, 565.

³³⁰ 28.3.2013 tarihli ve 28243 sayılı Genel Kurul kararı; aynı yönde 19.6.2014 tarihli ve 42819 sayılı 5.CD. kararı (www.altalex.com). Doktrinde aksi görüşte Manzini, 192.

³³¹ 19.1.2017 tarihli ve 6635 sayılı 4.CD kararı (www.altalex.com).

³³² 31.5.1997 tarihli ve 5134 sayılı karar (Delpino, 656). Oysa m 62/b. 4'ün genel uygulamasında, asli olarak objektif bir kıstasa başvurulmakta ve fiilin işlendiği andaki piyasa değeri üzerinden bir değerlendirmek yapılmakta; fakat tali olarak, objektif değer çok az olsa bile, kişisel şartları karşısında malvarlığı değerinin mağdur açısından ekonomik değerine de bakılmaktadır (Mantovani, Diritto Penale, 419; Pulitanò, 390).

devreye giren kişilerin teşhisini sağlarsa, cezası üçte birinden yarısına kadar azaltılır. Doktrinde bu hükmün diğer malvarlığına karşı suçlar için düşünülmeyp sadece hırsızlık suçu için öngörülmesi eleştirilmiştir³³³. Açıklık olmamakla birlikte, hükümde sayılanlardan sadece birinin teşhisinin sağlanması yeterlidir³³⁴. Bu hükmün bir etkin pişmanlık düzenlemesi olduğu söylenebilir.

Ayrıca, İt. CK m. 62’de genel hafifletici nedenlere yer verilmiştir. Bunlardan biri de (6. bent) duruşmadan³³⁵ önce, mümkünse aynen iade, değilse de tazmin suretiyle zararın tümüyle giderilmesidir. Hükümde açıkça ve mutlaka tam giderim aranmıştır; içtihat da bu konuda hassas olup kısmi giderim veyahut ileride giderme vaadi gibi durumlarda hükmü uygulamamaktadır³³⁶. İştirak halinde işlenen suçlarda da giderim tam olmalıdır: suç ortağının “kendi payına” düşen zararı karşılaması yeterli değildir³³⁷. Hükümün niteliğinin objektif mi sübjektif mi olduğu doktrinde tartışmalı olduğu için, iştirak halinde işlenen suçlarda zararın giderilmesine katkı sağlamayan suç ortaklarının hükümden istifade edip etmeyeceği konusunda görüş farklılığı vardır³³⁸. İçtihatla bu soruya olumsuz yanıt verilmektedir³³⁹. Fakat baskın görüşe göre giderimin “iradiliği” yeterli olup bunun illa gerçek bir pişmanlık sonucu olması gerekmez³⁴⁰.

Şahsi cezasızlık veya indirim nedenleri ise İt. CK m. 649 hükmü mevcuttur. Daha yakın bazı ilişkilerin varlığında kişisel cezasızlık nedeni öngörülmüştür; buna karşılık, daha az yakın ilişkilerin varlığında ise bir indirim öngörülmeyp sadece şikayet koşulu ilave olarak getirilmiştir. *Zanardelli* Kanununda da mevcut olan bu düzenlemenin sebebi maslahata uygunluk mülahazalarıdır: belirli aile fertleri arasında işlenen hırsızlık

³³³ Fiandaca ve Musco, 77.

³³⁴ Mantovani, 89; Carcano, 1050.

³³⁵ Bu konuda bkz. İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu m. 492. CK m. 62’nin 6. bendindeki, aslında “hüküm” anlamına gelen “giudizio” kelimesinin Ceza Muhakemesi Kanunu m. 492 anlamında ilk derecede duruşmanın açılması/başlaması olarak anlaşılması gerektiği içtihatla kabul edilmektedir (bu konudaki içtihatlar için bkz. Marinucci ve Dolcini, 568; yine bkz. Pulitanò, 391). Muhakemenin hangi usulle yürütüldüğüne göre bu anın nasıl tespit edileceğine dair ayrımlar için bkz. Padovani, 250.

³³⁶ Bu konuda bkz. Marinucci ve Dolcini, 567-568.

³³⁷ Mantovani, Diritto Penale, 422.

³³⁸ Mantovani, Diritto Penale, 421.

³³⁹ Pulitanò, 391.

³⁴⁰ Mantovani, Diritto Penale, 421.

suçlarının arz ettiği hususiyetler gözetildiğinde, fiilin cezalandırılması ya da re'sen kovuşturulması, aksi ihtimale göre daha fazla sosyal zarar doğurabilecektir³⁴¹. Bu nedenle de özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Kişisel cezasızlık nedeninden yararlananlar üç gruptur:

- a) Hırsızlığın yasal olarak ayrılmamış olan eşin aleyhine gerçekleşmesi. 2017'de yapılan değişiklikten sonra, fiilin aynı cinsiyetten olanlar arasında gerçekleşen medeni birlikteliğin taraflarından birinin aleyhine gerçekleşmesi de bu bende eklenmiştir.
- b) Hırsızlığın üstsoy veya altsoy ya da evlat edinen ya da evlat edinilen aleyhine işlenmesi.
- c) Hırsızlığın faille beraber yaşayan erkek veya kız kardeş aleyhine işlenmesi.

Görüldüğü gibi, medeni birliktelikler kapsama alınmış; sıhri hısımlar arasında işlenen fiiller ise kapsam dışı bırakılmıştır. İlgili akrabalık ilişkilerinin doğal/fiili anlamda varlığı yeterlidir³⁴². Hükümün uygulanabilmesi için suçun mağduru sadece sayılan kişilerden biri (ya da birkaçı) olmalıdır; üçüncü kişilerin de mağdur olması durumunda bu hüküm uygulanamaz³⁴³. Buna karşılık, üçüncü kişilerin zarar gören sıfatını haiz olması hükmün uygulanmasına engel olmadığı gibi; sayılan akrabaların mağdur olmayıp da sadece zarar gören olması da, hükmün uygulanmasına yetmez³⁴⁴. Beraber yaşamaktan kasıt, geçici veya tesadüfi olarak aynı konutu paylaşmayı kapsamaz; istikrarlı bir ortak yaşam ilişkisi mevcut olmalıdır³⁴⁵. Fiili olarak beraber yaşayan partnerler açısından hükmün uygulanamayacağı açıktır; eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle bu konuda yapılan anayasaya aykırılık iddiası ise, bu tür ilişkilerin evlilik ilişkisine nazaran farklı niteliği ve özelliği gözetilerek, reddedilmiştir³⁴⁶.

³⁴¹ Mantovani, 65.

³⁴² Carcano, 1028.

³⁴³ Carcano, 1029.

³⁴⁴ Carcano, 1029.

³⁴⁵ Carcano, 1029.

³⁴⁶ Carcano, 1029 (Anayasa Mahkemesi'nin 2000 tarihli ve 352 sayılı kararı).

Şu hallerde ise cezasızlık nedeni yoktur ama fiilin takibi artık şikayete bağlıdır:

- a) Hırsızlığın yasal olarak ayrılmış bulunan eşler arasında işlenmesi ya da aynı cinsiyetten olanlar arasında gerçekleşen medeni birlikteliğin taraflarından birinin ilgili resmi görevli huzurunda ayrılık iradesini açıklanmış olması ve fakat henüz bunun gerçekleşmemiş olması durumunda.
- b) Hırsızlığın faille beraber yaşamayan erkek veya kız kardeş aleyhine işlenmesi.
- c) Hırsızlığın faille beraber yaşayan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi.

IV. TİPİKLİĞİN SÜBJEKTİF (MANEVİ) UNSURLARI

Bu başlık altında suçun temel haline ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Elbette, suçun belirli nitelikli hallerinin (veya özerk suç olarak düzenlenmiş bazı görünüş biçimlerinin) kendine özgü başkaca manevi unsurlar gerektirebilmesi mümkündür.

Öncelikle, fail başkasına ait bir malın söz konusu olduğunu ve bu malın alınmasına hak sahibinin rızasının bulunmadığını bilmelidir³⁴⁷. Ayrıca fail malı bilerek ve isteyerek almalıdır, yani kasıtlı olarak hem önceki zilyetliği sonlandırması hem de mal üzerinde kendi zilyetliğini kurması gerekir³⁴⁸. Failin malı “sahiplenme” maksadıyla hareket etmesi gerekmez (fakat bu durum kullanma hırsızlığının oluşup oluşmadığı açısından dikkate alınabilecektir)³⁴⁹.

Malın mahiyetinde (x malı yerine y malının alınması) ya da malikin veya zilyedin kimliğinde yanılma (malın sahibini veya zilyedini x yerine y zannetme) hallerinde kastın varlığı devam eder³⁵⁰. Keza malın kime ait olduğunu bilmek de gerekmez; bir malın söz konusu olduğunun ve bunun bir başkasının zilyetliğinde bulunduğu bilinmesi yeterlidir³⁵¹.

³⁴⁷ Carcano, 1038.

³⁴⁸ Manzini, 197. Yazar, fiilin hukuka aykırılığının bilincinde olmayı da kastın kapsamında görmektedir.

³⁴⁹ Manzini, 197.

³⁵⁰ Antolisei, 416; Manzini, 199.

³⁵¹ Manzini, 198.

Ayrıca, fayda sağlamak amacı şeklinde “özel kast” (İt. *dolo speciale*) da kanun tarafından aranmıştır. Elbette, suçun tamamlanması için önemli olan husus bir faydanın sağlanmış olması değil, böyle bir amaçla failin hareket etmiş olmasıdır³⁵². Ayrıca fayda sağlamanın failin tek saiki/amacı olması da gerekmez³⁵³.

Suçun olası kastla işlenmesi mümkündür³⁵⁴: mesela malın başkasına aidiyeti konusunda olası kastın varlığı kafidir.

Fayda sağlamak maksadı açısından, bu faydanın sadece ekonomik nitelikli mi olabileceği yoksa failin elde etmeyi umduğu her türlü yararı da kapsayabileceği mi tartışmalıdır. Bu sorunun yanıtı malvarlığı kavramının ceza hukuku açısından nasıl anlaşılacağıyla da ilintilidir³⁵⁵. Bununla birlikte, İtalya’da gerek doktrin gerekse içtihatla güncel³⁵⁶ baskın görüşe göre³⁵⁷, failin eyleminden elde etmeyi umduğu her türlü yararlılık, haz, tatmin, zevk ve avantaj bu kapsamda görülmelidir³⁵⁸. *Manzini*’nin ifadesiyle, malvarlıksal olsun ya da olmasın her türlü yararlılık (*utilità*) bu kapsamdadır³⁵⁹. Nitekim

³⁵² Manzini, 188; Antolisei, 416; Fiandaca ve Musco, 70; Carcano, 1039.

³⁵³ Manzini, 201.

³⁵⁴ Mantovani, 75. İtalyan Yargıtayının aynı yönde bir kararı için bkz. a.g.e, 75, dn. 11.

³⁵⁵ Fiandaca ve Musco, 70.

³⁵⁶ Alberto Aimi, “La nozione di dolo specifico di profitto al vaglio delle Sezioni Unite”, s. 2 (www.sistemepenale.it)..

³⁵⁷ İlk kez 13.12.2006 tarihli bir Yargıtay kararında (5.CD.) özel kast açıkça malvarlıksal fayda sağlama amacı olarak daraltıcı yorumlanmıştır. Bundan önce sadece 25.6.1991 tarihli ayrık ve istisnai tek bir kararda “salt şaka” yapmak amacıyla malı alan kişinin eylemi hırsızlık kastının bulunmadığı için– özel kastın yokluğu gerekçesiyle– bu suç kapsamında görülmemiştir (Aimi, s. 1, dn. 1). 18.11.2022 tarihli kararda, içtihatla iki farklı yaklaşımın benimsendiği belirtilmiştir. Bir yaklaşıma göre, failin ekonomik bir amaç gütmesi faydadan söz etmek için şart olmayıp psikik türden ihtiyaçları (mesela mağdura yönelik kin, misilleme, intikam, kıskançlık hislerini) tatmine dönük bir amaçla hareket edilmesi de yeterlidir. Daha yakın tarihli bazı içtihatlarla göreyse, yarar kavramı dar anlaşılmalı ve sadece malvarlıksal türden yararı hedefleyen amaçların güdülmesine hasredilmelidir.

³⁵⁸ Manzini, 204; Fiandaca ve Musco, 70; Lattanzi, 1510; Delpino, 643. Manevi yararın da bu kapsamda olduğuna dair bkz. Antolisei, 416; Carcano, 1039. Maggiore’nin de bu görüşte olduğuna dair bkz. Delpino, 643. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin bu yöndeki güncel içtihadı için bkz. Aimi, s. 3, dn. 4.

³⁵⁹ Manzini, 203. Mesela cinsel tatmin amacıyla bir kadının iç çamaşırının çalınması durumunda Yargıtay faili hırsızlıktan mahkum etmiştir (12.3.1962 tarihli karar, aktaran Lattanzi, 1510). Keza tüm şu hallerde de suçun oluştuğuna karar verilmiştir (Aimi, s. 3): telefon etmesini önlemek amacıyla mağdurdan telefonun ya da telefon rehberinin

salt misilleme veya intikam gibi failin manevi duygularının tatmini amacıyla işlenen fiillerde de suçun oluştuğu Yargıtayca kabul edilmiştir³⁶⁰. Fakat içtihadın çelişkili olması karşısında 18.11.2022 tarihli kararıyla 5. Ceza Dairesinin özel kastın kapsamının belirlenmesi meselesini Ceza Genel Kuruluna intikal ettirdiğini de belirtelim³⁶¹.

Fiandaca/Musco'nun baskın geniş yaklaşıma eleştirisi dikkat çekicidir³⁶²: eğer her türlü maddi ve manevi fayda bu kapsamda görülürse özel kastın ifa etmesi gereken suç tipini sınırlayıcı işlev ortadan kalkacaktır zira “yarar sağlama amacı” temelde malın zilyetliğini ele geçirmekle sağlanan yararlar özdeş olacaktır ve böylece de hırsızlık suçu aslında genel kasta tâbi bir suça dönüşecektir. Keza, yazarlar, başka hükümlerde yararın yanında *ayrıca* avantajın (*vantaggio*) zikredilmesinden hareket ederek yararın ekonomik-malvarlıksal bir kavram olduğu sonucunu çıkartmaktadır³⁶³. Ayrıca, m. 626/2’de yer alan hafifletici sebepten hareketle, demek ki hırsızlığa konu olan malın en azından ekonomik bir değeri haiz olması gerektiğini savunmaktadırlar³⁶⁴. Yazarlar faydayı ekonomik değer olarak kabul ettikleri için, mesela kendisini yakalattırmak ve hapse girebilmek için bir malı çalan failin bu anlamda gerekli özel kastla hareket etmediğini ve hırsızlık suçundan sorumlu tutulamayacağını savunmaktadırlar³⁶⁵. *Manzini* de bu örnekte varılan sonuçla hemfikirdir ama gerekçesi başkadır: yazara göre buradaki yarar doğrudan doğruya çalınan şeyden elde edilmiş olmalıdır; çalınan şeyden değil de, onun vasıtasıyla elde edilecek sair bir yarar suçun oluşumuna yol açmaz³⁶⁶.

alınması; alacağını alabilmek için mağdurdan çantanın alınması; mağdur ile üçüncü bir kişi arasında bir ilişkinin olup olmadığını anlayabilmek amacıyla mağdurdan telefonun ve ev anahtarının alınması (olayda ayrıca 50 EURO’luk banknot da alınmıştı ama telefonun ve anahtarın alınması da zaten hırsızlık sayılmıştır); fotoğraf çekmesini önlemek için mağdurdan fotoğraf makinasının alınması ve akabinde bunun imhası; polisin konutuna yerleştiği gizli gözetleme cihazlarını fark edip gözetlendiğini anlayan failin görsel takibi sağlayan teçhizatı ele geçirmesi ve sonra da yok etmesi.

³⁶⁰ Çeşitli kararlar için bkz. Lattanzi, 1511. Mesela bkz. 24.4.1983 tarihli karar (aktaran Carcano, 1039).

³⁶¹ Daire şu meselenin çözümlenmesini istemiştir: yarar sağlama maksadı sadece failin malvarlığını artırması gayesi olarak mı anlaşılmalıdır yoksa ele geçirilen maldan malvarlıksal olmayan yararların da teminini kapsayabilir mi? İçtihadın gelişimi için bkz. Aimi, s. 5 vd.

³⁶² *Fiandaca* ve *Musco*, 71.

³⁶³ *Fiandaca* ve *Musco*, 72.

³⁶⁴ *Fiandaca* ve *Musco*, 72.

³⁶⁵ *Fiandaca* ve *Musco*, 72-73.

³⁶⁶ *Manzini*, 205.

Mesela *Manzini*'ye göre intihar etmek için bir silahı çalan kişi şüphesiz hırsızlık suçunu işlemiştir; buna karşılık, kıskançlık nedeniyle kasten öldürdüğü kişinin üzerinden – gasp görüntüsü vermek için – bazı şeyleri çalması durumunda ise hırsızlık yoktur!³⁶⁷

Bir karara göre, salt şaka maksadıyla, mağdurda geçici bir üzüntü veya hayal kırıklığı yaratıp sonra malın iadesiyle onun hoş bir sürprize uğramasını sağlamak için malın alınması durumunda bu anlamda faydalanma kastı yoktur³⁶⁸. Buna karşılık, salt zilyette üzüntü yaratmak için malının alındığı diğer bir olayda Yargıtay faili hırsızlıktan mahkum etmiştir³⁶⁹.

İlginç bir olayda, bir işletmede tutulan hayvanlar hayvan hakları aktivistleri tarafından “esareten ve kötü muamele görmekten kurtarılmalı” saikiyle alınarak serbest bırakılmıştır. Derece mahkemesi mahkumiyet kursa da, sanıklar özel kastın oluşmadığını çünkü köpeklerden herhangi bir fayda sağlamaya yönelmediklerini savunmuşlardır. Bu olayda Yargıtay “faydalanma maksadı”nı dar yorumlamıştır: fail kendi malvarlığı dairesinde bir artış yaratmak amacı gütmelidir; söz konusu artış, ilgili malın maddi veya manevi bir insani ihtiyacı tatmin etmekte vasıta olarak kullanılmaya elverişli nitelikte olmasını gerektirir. Somut olayda ise böyle bir gaye yoktur çünkü faillerin köpeklerden herhangi türden bir fayda sağlama amaçları mevcut değildir³⁷⁰.

İtalyan doktrinindeki baskın görüşe göre, elde edilen yararın *haksız olması* suçun oluşması için şart değildir³⁷¹; içtihadın ise bu konuda yerleşik olmadığı ifade edilmektedir³⁷². Eğer elde edilen yararın haksız olması gerektiği suçun unsuru olarak kabul edilirse, o zaman bu konudaki yanlış kastı ortadan kaldıracaktır³⁷³. Buna karşılık, failin salt “ahlaka uygun” bir amaca ulaşmak için hareket etmiş olması, şüphesiz, kastını ortadan kaldırmaz zira amaç aracı meşru kılmaz!³⁷⁴

³⁶⁷ Manzini, 204, 206.

³⁶⁸ 26.3.1977 tarihli ve 4431 sayılı ve 25.6.1991 tarihli kararlar (aktaran Lattanzi, 1510).

³⁶⁹ 6.3.1978 tarihli karar (aktaran Lattanzi, 1510-1511).

³⁷⁰ 2.10.2019 tarihli ve 40348 sayılı karar (www.altalex.com).

³⁷¹ Antolisei, 417. Aksi görüşte Manzini, 208; Mantovani, 35; yine bkz. Delpino, 643. Hatta aksi görüşün “çağdaş” öğretide baskın olduğu da öne sürülmüştür, bkz. Codice penale esplicato, 746; aksi tespit için bkz. Carcano, 1039.

³⁷² Fiandaca ve Musco, 73.

³⁷³ Mantovani, 75.

³⁷⁴ Manzini, 207.

V. HUKUKA AYKIRILIK

Hak sahibinin rızasının bulunmasının bu suçta hukuka uygunluk nedeni değil de, tipikliği kaldıran bir neden olduğu İtalyan doktrininde kabul görmektedir³⁷⁵. Oysa İt. CK m. 624'te rızanın bulunmamasına suçun tanımında – en azından açıkça – yer verilmemiştir³⁷⁶. Fakat rızanın yokluğu ya da gerçek bir rızasızlık durumu şayet suç tipinin açık veya örtülü bir gereksinimini teşkil ediyorsa, bu hallerde de rızanın tipikliği ilgilendirdiği kabul görmektedir³⁷⁷.

Çalışmanın kapsamını artırmamak açısından, İtalyan ceza hukukunda hukuka uygunluk nedeni olarak görülen görevin ifası, hakkın icrası, hak sahibinin rızası, meşru savunma, zorunluluk hali gibi kurumların bu suç açısından uygulanması meselesine girilmeyecektir.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Suçun tamamlanmış sayılıp sayılmayacağını değerlendirmek açısından tarihsel aşamada öne sürülen çeşitli teoriler tartışılmıştır³⁷⁸: 1) En eski olan ve mala dokunulduğu an suçun tamamlandığını savunan “*contrectatio*” teorisi; 2) Bulunduğu yerden malın hareket ettirilmesi gerektiğini savunan “*amotio*” teorisi; 3) Malın bulunduğu yerden farklı bir yere taşınmış olması gerektiğini savunan “*ablatio*” teorisi; 4) Failce daha önce tespit edilen güvenli bir yere malın taşınmış olması gerektiğini savunan “*illatio*” teorisi (bu teorilerin hepsinin adı Latince'dir). Aslında hırsızlık suçunun işlenme sürecinin farklı anlarını tarif eden bu kıstaslardan hiçbiri de doğru değildir. *Mantovani*'nin belirttiği üzere, bunların hiçbiri hırsızlığın tamamlanması için her zaman şart değildir³⁷⁹: başkasının evcil hayvanını seslenmek suretiyle yanına çağırıp

³⁷⁵ Antolisei, 412; Canestrari, Cornacchia ve de Simone, 521; Pelissero in: Grosso ve diğerleri, 286.

³⁷⁶ Doktrinde, suçun yasal tanımında rıza ya da rızasızlığın tipikliğinin unsuru olarak yer aldığı durumlarda hak sahibinin rızasının artık hukuka aykırılığı değil, tipikliği ilgilendirdiği kabul edilmektedir (Marinucci ve Dolcini, 261; Fiandaca ve Musco, Parte Generale, 265; Padovani, 141). Eğer ortaya çıkan neticenin değersizliği, fiilin mağdurun iradesinin bertaraf edilmesi suretiyle işlenmesine dayalı değilse, rıza hukuka uygunluk nedeni olarak işlev görür (Pulitano, 240).

³⁷⁷ Canestrari, Cornacchia ve de Simone, 521, 522.

³⁷⁸ Antolisei, 409; Mantovani, 73; Fiandaca ve Musco, 74; Delpino, 639.

³⁷⁹ Mantovani, 73.

kendisini takip ettirerek çalan fail açısından *contrectatio* yoktur; hareket ettirmeksizin, başkasına ait bir yerde bulunan odunları ısınmak amacıyla yakmak örneğinde *amotio* yoktur; başkasının ağacından kopartılan meyveleri olay yerinde yemek örneğinde *ablatio* yoktur; malın önceden kararlaştırılan yere götürülüp bu anlamda güvence altına alınmaksızın failin zilyetliğine girmiş olması da mümkün olduğuna göre *illatio* da şart değildir.

Daha önce ifade edildiği gibi, malın “bulunduğu yerden” alınmasını arayan 1889 kanunu yukarıdaki teorilerden 2 veya 3 no.lu olanların arasında kaldığı söylenebilecek bir çözümü benimsemişken mevcut kanun mekansal/uzamsal bu kıstasın yerine kişisel bir kıstası benimsemiştir fakat bu farklı formülasyon da sorunu çözmeye yetmemiştir³⁸⁰. Fakat, en azından, malın faydalanmak maksadıyla bulunduğu yerde kullanıldığı bazı durumlarda, odunun yakılması gibi, taşıma unsuru olmamasına rağmen artık mala zarar vermek değil de hırsızlık suçunun oluştuğunu rahatlıkla söylemek mümkün hale gelmiştir³⁸¹.

Yine daha önce detaylı olarak anlatıldığı üzere, fiil unsurunun tamamlandığını kabul etmek açısından doktrinde iki farklı yaklaşım belirlemiştir: 1) Suçun tamamlanma anını “*sottrazione*”, yani önceki zilyedin zilyetliğinin sonlandırılması anı olarak kabul eden görüş³⁸²; 2) Zamansal olarak her daim farklı bir ana tekabül etmese de, suçun tamamlanmasını “*impossessamento*”, yani failin kendi zilyetliğini tesis etmesi anı olarak kabul eden görüş³⁸³. İçtihatla her iki görüş lehinde de karar olduğunu³⁸⁴ fakat baskın

³⁸⁰ Fiandaca ve Musco, 74; Antolisei, 410 (fakat yazara göre Zanardelli Kanununun “*amotio*” esasına dayandığı söylenebilirdi; aynı yönde Carcano, 1036).

³⁸¹ Mantovani, 74.

³⁸² Bu yönde Lattanzi, 1507.

³⁸³ Bu görüş yönünde Fiandaca ve Musco, 74; Antolisei, 413; Mantovani, 75; Delpino, 641.

³⁸⁴ Çeşitli kararlar için bkz. Lattanzi, 1507. Mesela ilk görüşe uygun içtihat için bkz. 20.9.2002 tarihli ve 31461 sayılı karar. Çaldığı otomobille çok kısa süre de olsa seyahat ettikten sonra yolda polis tarafından yakalanan failin tamamlanmış hırsızlıktan sorumlu tutulacağına dair bkz. 7.5.2004 tarihli ve 21757 sayılı karar. Keza, uydu yoluyla aracın takibini sağlayan güvenlik sistemiyle donatılmış aracın alınması durumunda, bu takip olanağına rağmen suç tamamlanmıştır çünkü zilyet bu sistemi fiilen devreye sokana kadar araba üzerindeki maddi egemenliğini yitirmiştir (3.2.2002 tarihli karar, aktaran Lattanzi, 1509). Yine bkz. 9.5.2000 tarihli ve 5414 sayılı karar (aktaran a.g.e): hırsızların çaldıkları malı nereye götürdüklerinin mağdur tarafından bilinmesi ve gözle takip edilebilmesi, eğer mağdurun söz konusu yere serbestçe girebilmesi mümkün değilse, zilyetliği artık yitirdiği olgusunu değiştirmeyecektir.

içtihadın bu iki unsurun aynı anda gerçekleştiği yönünde olduğunu³⁸⁵ ifade etmiştik. Bu baskın içtihat uzamsal ve zamansal bir kritere ayrıca başvurulamakta, yani malın yer değiştirmiş olmasını ya da zilyetlik değişikliğinin belirli bir süreyi kapsamamasını aramamaktadır³⁸⁶. Hatta “*sottrazione*” ile “*impossesamento*” kavramlarını ayırt etmeyerek önceki zilyetliğin sonlandırılması anında suçun tamamlandığının kabul edildiği çokça karar da vardır³⁸⁷. Buna karşılık, malın bir anlamda güvence altına alınması babında, malın önceden bulunduğu yerin dışına kayda değer bir süre için çıkartılmış olması ve failin, mağdurun nezaret alanı haricinde mal üzerinde tasarruf olanağına kavuşmuş olmasının arandığı karar dahi vardır³⁸⁸. Oysa doktrine göre failin kendi zilyetliğini kurması ile suç tamamlanır; bu an ile, suça konu mal üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisine ve ondan istifade edebilme olanağına kavuşma anı arasında doğabilecek engeller suçun teşebbüs aşamasında kaldığını göstermez³⁸⁹. Fail tarafından mal üzerinden özerk tasarruf olanağının sağlanmasıyla suç tamamlandığı için, bu fiili egemenlik durumunun süresi – az veya çok olması – fark etmez³⁹⁰. Süpermarketten yapılan hırsızlıklarda teşebbüs uygulamasını daha önce ele almıştık; bu hususta çelişkili çok sayıda kararın bulunduğu söylenebilir. Netice olarak, İtalyan Yargıtayının suçun tamamlanma anına dair içtihadının tutarlı olmadığını ifade etmek gerekir.

Nihayet, hangi yaklaşım belirlenirse belirlensin, zilyetlik kavramının kaypaklığı nedeniyle nihai sonuca varmanın her daim tartışmalı olacağı örnekler de vardır. Mesela, çalıştığı evdeki bir odadan ev sahibine ait bir malı alıp bilahare dışarıya götürmek için kendisine tahsis edilen odaya saklayan

³⁸⁵ Codice penale esplicato, 746.

³⁸⁶ Manzini, 185. Oysa yazar, failin hukuken kayda değer (önemli) bir süre müddetince kendi zilyetliğini kurmasını aramaktadır.

³⁸⁷ Antolisei, 413. Mesela işyerine ait bir eşyayı cebine atan ve fakat güvenlik personeli tarafından çıkış kapısında durdurulan ve yakalanan fail açısından suçun tamamlandığı kabul edilmiştir. Keza, tezgahın altına bir kutu boyayı paçavralar içine sararak saklayan tezgahçı açısından da aynı sonuca varılmıştır. Hatta kurutulmak üzere demir kurutulmuş askısı üzerine bırakılan çamaşırı yerinden alıp koluna koyan ve fakat malikin gelmesi üzerine bunu hemen geri bırakan kadın açısından da aynı sonuca varılmıştır. Olay yerinden uzaklaşmasa bile malı kendi şahsı üzerinde gizleyen fail açısından suçun tamamlandığına dair yine bkz. 27.4.2001 tarihli ve 17045 sayılı karar (tüm bu kararları aktaran Lattanzi, 1508).

³⁸⁸ Bilgi için bkz. Fiandaca ve Musco, 75.

³⁸⁹ Manzini, 187.

³⁹⁰ Carcano, 1039.

kişiyi düşünelim: burada acaba failin mal üzerinde kendi zilyetliğini kurduğu kabul edilebilir mi? Özel hukuk açısından buna olumlu yanıt vermek gerekir. Fakat malın önceki zilyedin kişisel nezaret alanından çıkmış ve failin özerk tasarruf alanına girmiş olması aranacak olursa, aksine sonuca varmak da makul olabilir³⁹¹. Bir kimsenin cebinden cüzdanı alan ve fakat durum anlaşıldığı için hemen cüzdanı elinden yere bırakan kişi açısından da aynı tartışma geçerlidir³⁹².

Taşınmaz bir şeyin fiilen taşınabilir hale getirilmesi için çaba gösterilmesi ama başarılabilmesi durumunda, henüz ortada “taşınabilir” bir şey olmadığı için, teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı ve malı fiilen taşınabilir hale getirme çabasının bir hazırlık hareketi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁹³.

İtalyan Yargıtayına göre, suçun konusunun bulunmaması durumlarında (mesela cüzdanın bulunduğu zannıyla elin atıldığı cebin boş olması) teşebbüs söz konusudur zira teşebbüse elverişlilik, failin cürmi planını uygulamaya geçirdiği anda tasavvur ettiği duruma göre hesaplanmalıdır ve bu planın uygulamaya konulduğu anda suçun konusunun bulunmasının muhtemel olması yeterlidir³⁹⁴. Yine İtalyan Yargıtayına göre, suçun konusunun bulunmaması tesadüfi ve geçici olduğu durumlarda işlenemez suç değil teşebbüs söz konusudur³⁹⁵.

İcra hareketinin ne zaman başlamış sayılacağı konusunda, kanunun lafzı gereği, sübjektif bir kıstas benimsenmektedir. İt. CK. m. 56’ya göre, “*unequivoco*” yani açık, kesin şekilde suç kastını ortaya koyan hareketlerin varlığı aranmaktadır. Bu nedenle hazırlık hareketi olarak nitelendirilebilecek türden davranışlarla da failin suça teşebbüs edilmiş sayılması mümkündür³⁹⁶. Mesela İtalyan Yargıtayına göre, bir başkasının konutuna girmek hırsızlık suçu açısından kastı kesin olarak ortaya koymaz çünkü failin kastının diğer bir suça yönelmiş olması da mümkündür; fakat hırsızlık yapma iradesini ortaya koyan ilave koşullar mevcutsa, o zaman teşebbüsten söz edilebilir³⁹⁷.

³⁹¹ Mesela bu örnekte suçun tamamlanmadığı görüşü için bkz. Antolisei, 415.

³⁹² Bu örnekte de suçun tamamlanmadığı görüşü için bkz. Antolisei, 415.

³⁹³ Mantovani, 76-77, dn. 14.

³⁹⁴ Çeşitli içtihatlar için bkz. Lattanzi, 1509-1510. Yine bkz. Manzini, 193, dn. 17.

³⁹⁵ 14.6.1985 tarih ve 5866 sayılı karar ve 28.10.1976 tarihli ve 11227 sayılı karar (aktaran Lattanzi, 1510).

³⁹⁶ Manzini, 191.

³⁹⁷ 17.11.1981 tarihli ve 10365 sayılı karar ve 5.5.1987 tarihli karar (aktaran Lattanzi, 1510.)

Salt hareket suçu söz konusu olduğu için hırsızlığa ancak eksik teşebbüs mümkündür³⁹⁸.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, hırsızlık ani suçtur³⁹⁹.

Son olarak, suçun tamamlanma anı ile sona erme anı farklı olabilir: mesela bir yerden birden çok malın alınması gibi bir durumda, ilk malın alınmasıyla suç tamamlanır, son malın alınmasıyla sona erer⁴⁰⁰. Böyle olunca, failin çalmayı düşündüğü şeylerden sadece birini ya da bir kısmını alıp diğerlerini almaktan gönüllü olarak vazgeçmesi durumunda da suç tamamlanmıştır⁴⁰¹.

B. İçtima

İçtima açısından İtalya'da özellikle tartışmalı bir mesele hangi özel ağırlatıcı nedenlerin bir arada bulunabileceği ve hangi özel ve genel ağırlatıcı nedenlerin bir arada bulunabileceğidir⁴⁰². Bu bağlamda, çeşitli özel ağırlatıcı nedenler arasındaki içtima ilişkisi çok tartışmalıdır. İlgili kısımda yer yer bu tartışmalara değinmiştik. Çalışmanın kapsamını daha da genişletmemek için konunun detayına girmemeyi tercih ediyoruz. Öte yandan, konuya dair yaptırım kısmındaki açıklamalara da bakılmalıdır.

Acaba çalınan mal birden fazla kişiye aitse kaç suç oluşur? Burada suç tekliği görüşü de suç çokluğu görüşü de savunmaktadır⁴⁰³.

Çalınan şeyin daha sonra satılması ya da ödünç verilmesi gibi durumlarda hırsızlık suçunun failinin sadece hırsızlıktan sorumlu tutulacağı, diğer suç tiplerinin tüketilen norm olarak devre dışı kalacağı kabul edilmektedir⁴⁰⁴. Buna karşılık, failin sonraki eylemi farklı bir hukuksal değeri ihlal ederse (çalınan şeyin bir başka suçun, mesela kasten yaralamanın, işlenmesi için kullanılması gibi) gerçek içtima esasının geçerli olduğu tartışmasızdır⁴⁰⁵.

Hırsızlık esnasında eşyaya karşı şiddet kullanılmasının zaten suçun ağırlatıcı sebebi olarak düzenlendiğini ifade etmiştik; bu bakımdan bileşik suç

³⁹⁸ Mantovani, 77.

³⁹⁹ Manzini, 187.

⁴⁰⁰ Mantovani, 76.

⁴⁰¹ Mantovani, 76.

⁴⁰² Bu konuda bkz. Lattanzi, 1535-1537.

⁴⁰³ Antolisei, 418.

⁴⁰⁴ Antolisei, 418.

⁴⁰⁵ Antolisei, 418.

kuralları gereğince ayrıca mala zarar vermeden ceza verilmeyecektir. Keza taşınır bir malın bir parçasının çalınabilmesi için (yani o parçayı fiilen taşınabilir kılmak için) taşınmaza zarar verilecek olursa 84.maddedeki bileşik suç hükümleri gereğince sadece hırsızlıktan ceza verileceği savunulmaktadır⁴⁰⁶. Buna karşılık, bizatihi çalınan taşınır malın kendisine bilahare zarar verilmesi durumunda sadece basit hırsızlık söz konusudur⁴⁰⁷. Hatta odunun ısınmak için yerinde yakılması veya yenmek istenilen meyvenin kopartılması gibi hallerde de mala zarar verme hükmü devreye girmez⁴⁰⁸. Bu tür durumlarda, kanaatimce, hırsızlık suçuna dair normu “tüketen norm” saymak gerekir.

İçtima bağlamında değerlendirilmesi gereken bir husus “yağmaya dönüşen hırsızlık”⁴⁰⁹ olarak bilinen durumlardır. Mağdurun elinde taşıdığı torbanın çekilip alınması, fakat faili hemen takip etmeye başlayan mağduru durdurmak için ona karşı cebir veya tehdide başvurulması durumunda nasıl hüküm kurulacaktır? İt. CK’ında da konuya dair açık düzenleme vardır. 628. maddenin ikinci fıkrasına göre, kendisine veya başkasına malın zilyetliğini güvence etmek için ya da kendisini veya başkasını cezadan kurtarmak için malı aldıktan hemen sonra şiddet veya tehdit kullanan kişi de yağma suçunun cezasını alır. Yani bu tür durumlarda sadece yağmadan ceza verilecektir. Bileşik suç kuralları uyarınca hırsızlık ya da cebir veya tehditten ayrıca hüküm kurulmayacaktır.

Konutta hırsızlık yapılması durumu VII. altında ele alınmıştır.

C. İştirak

İştirak konusunda hırsızlık suçu bir özellik arz etmez⁴¹⁰.

VII. İT. CK M. 624BİS’TEKİ ÖZERK HIRSIZLIK SUÇLARI

26 Mart 2001 tarihli kanunla yapılan değişiklik ile İt. CK m. 624bis’te iki ayrı fiil düzenlenmiştir: Bunlar; 1) Tamamen ya da kısmen konut olarak

⁴⁰⁶ Manzini, 195.

⁴⁰⁷ Mantovani, 78.

⁴⁰⁸ Mantovani, 78.

⁴⁰⁹ 765 sayılı TCK m. 495/2: “Bir malın yağması esnasında veya akabinde fiili icra veya itmam etmek veya malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için mal sahibine veya vaka mahalline gelen başkasına karşı cebir ve şiddet veya tehdit icra eden kimse hakkında da aynı ceza hükmolünür.”

⁴¹⁰ Antolisei, 418.

kullanılan bir binaya veya diğer bir yere veyahut bunların eklentilerine girmek suretiyle hırsızlık; 2) Elden veya üstten çekerek almak yoluyla hırsızlıktır.

Hırsızlık suçunun bu iki işleniş biçimi 624. maddedeki suçun nitelikli hali olarak değil de, bağımsız iki suç tipi olarak düzenlenmiştir⁴¹¹. Bunun temel nedeni İt. CK m. 69/2’de yer alan ve daha önce izah ettiğimiz genel düzenlemedir. Hırsızlığın 624*bis*’teki iki görünüm biçimi açısından hiçbir hafifletici neden olmadığı için, artık m. 69/2 hükmü devreye girmeyecek ve daha ağır cezalandırma sağlanacaktır⁴¹². Ayrıca, bağımsız suç tipi olarak düzenlemek suretiyle yasakoyucunun suçun bu iki görünüş biçiminin sahip olduğu daha büyük değersizlik yargısının altını çizmek istediği ifade edilmektedir zira 624*bis*’te düzenlenen suç tiplerinde mağdurun dokunulmaz olması gereken fiziksel ve psikik alanlarının güvenliğine yönelik bir saldırı da mevcuttur⁴¹³.

A. Tamamen ya da Kısmen Konut Olarak Kullanılan Bir Bina veya Diğer Bir Yere Veyahut Bunların Eklentilerine Girerek Hırsızlık

2001’e kadar bu ağırlatıcı neden, biraz farklı ve daha dar kapsamlı⁴¹⁴ bir formülasyonla⁴¹⁵, 625. maddede ilk bent olarak yer almaktaydı.

Hükmün uygulanması için “kısmen ya da tamamen konut olarak” kullanılan bir yerin varlığı gerekli ve yeterlidir. Böyle olunca, özel hayata giren çeşitli faaliyetlerden herhangi birini, geçici ve tali olarak dahi olsa, belirli bir yerde gerçekleştiren kişi açısından o yer bu hüküm anlamında konuttur⁴¹⁶. Bu bakımdan, asli olarak ulaşım vasıtası olarak kullanılsa da, geceleyin içinde kalınan “*camper*” türü bir araç, konuttur⁴¹⁷. Buna karşılık

⁴¹¹ Antolisei, 441; Mantovani, 90; Delpino, 644; Codice penale esplicito, 749; Carcano, 1040.

⁴¹² Fiandaca ve Musco, 76; Mantovani, 90; Delpino, 644; Codice penale esplicito, 749.

⁴¹³ Fiandaca ve Musco, 76; Carcano, 1040.

⁴¹⁴ Antolisei, 441.

⁴¹⁵ Eklentiden söz edilmemişti ve “konut olarak kullanılan yer” denilmek suretiyle, o yerin kısmen konut olarak kullanılması durumunda ne olacağına dair açıklığa yer verilmemişti. Fakat içtihadta bu durumlarda da hükmün uygulanması kabul edilmekteydi (Delpino, 644; Codice penale esplicito, 748-749; Carcano, 1042). Buna karşılık eski hükümde meşru olarak girilen yerde haksız olarak kalınmasına da yer verilmişken yeni hükümde bu ibareler yer almamaktadır; bu da rızayla girilen yerden hak sahibinin aksi yöndeki rızasına rağmen çıkmama durumunda hükmün uygulanıp uygulanamayacağı sorununu doğurmuştur.

⁴¹⁶ Lattanzi, 1517. Yine bkz. Mantovani, 91.

⁴¹⁷ 21.1.2019 tarihli ve 2670 sayılı 5.CD. kararı (www.altalex.com).

sırf tesadüfen özel hayata dair bir eylemin gerçekleştirildiği yer bu kapsamda değildir; böyle olunca da, iş yerleri hüküm kapsamında değildir meğerki işyerinin belirli bir kısmı mağdurun özel hayatına ayrılmış olsun⁴¹⁸. İlgili yerin kısmen ya da tamamen konut olarak kullanılması; bu yerin taşınır veya taşınmaz olması ya da sabit olup olmaması; özel hayata dair faaliyetlerin tümünün ya da sadece bir kısmının orada icra ediliyor olması; o yerin geçici (otel odası örneğinde olduğu gibi) veya sürekli olarak kullanılması; keza konutun ara sıra (mesela hafta sonu gidilen kır evi gibi) mı sürekli mi kullanıldığı; yerin yapısı, şekil, genişlik gibi özellikleri; konut sakinlerinin hırsızlık anında içeride bulunup bulunmaması; ne sıfatla oranın konut olarak kullanıldığı (malik, kiracı, yatılı misafir...) fark etmez⁴¹⁹. Dikkat edilirse, bina şeklinde olmayan konutlar da hüküm kapsamındadır; buna karşılık konut fonksiyonu hiç olmayan bir binadan yapılan hırsızlıkta bu hüküm uygulanmaz⁴²⁰.

Önceki düzenlemede, rıza ile girdikten sonra rızaya rağmen içeride kalan kişiden de söz edilmişken yeni hükümde sadece ilgili yerlere girmekten söz edilmiştir. Mevcut hükümdeki formülasyon farkı doktrinde tartışmaya yol açmıştır. Bir görüşe göre bu hükmün uygulanabilmesi için fail hukuka aykırı bir biçimde ilgili yere girmiş olmalıdır⁴²¹; diğer bir görüşe göreyse önemli olan nihai cürmi amaçtır, hak sahibinin rızasıyla girilmesi durumunda da hüküm uygulanabilir⁴²². İlk görüşe göre, artık rıza ile girdikten sonra rızaya rağmen çıkmayan ve bu esnada hırsızlık yapan fail açısından bu hüküm uygulanmayacak ve hırsızlık ile konut dokunulmazlığının ihlali arasında gerçek içtima olacaktır⁴²³.

İtalyan Yargıtayına göre, ilgili yere girilmesiyle malın alınması arasında amaçsal bir bağ olmalıdır; tesadüfi bir ilişkinin varlığı yeterli değildir⁴²⁴. Buna karşılık, hırsızlığın işleneceği yere girebilmek için bir konuttan “transit” olarak geçilmesi durumunda da hüküm uygulanır⁴²⁵.

⁴¹⁸ 23.3.2017 tarihli ve 31345 sayılı Genel Kurul kararı (www.altalex.com).

⁴¹⁹ Mantovani, 92.

⁴²⁰ Mantovani, 94.

⁴²¹ Fiandaca ve Musco, 77.

⁴²² Mantovani, 95.

⁴²³ Carcano, 1041.

⁴²⁴ Mesela bkz. 1.4.2014 tarihli ve 21293 sayılı karar (aktaran Antolisei, 441). Kıyaslayınız Carcano, 1041: yazara göre, önceki hükme nazaran lafzi bir farklılık olup artık girmek ile malın alınması arasında tesadüfi bir ilişki de yeterli olabilmelidir.

⁴²⁵ Mantovani, 94.

Hükümde açıklık olmasa da, failin kendi konutu ya da eklentisinde işlenen hırsızlık hüküm kapsamında değildir⁴²⁶.

Konutta hırsızlık durumunda, bileşik suç kuralları gereğince, faile ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan (m. 614) ceza verilmez⁴²⁷.

B. Elden veya Üstten Çekerek Almak Yoluyla Hırsızlık

1889 Yasasında yağmanın hafif hali olarak öngörülen “kapkaç” mevcut İt. CK’ında hırsızlığın özel ve daha ağır müstakil bir görünüm biçimi olarak düzenlenmiştir⁴²⁸. Suçun bu şekline “yırtarak” veya “kopararak” almak denilmektedir zira hükümde bu anlama gelen “*strappare*” yüklemi kullanılmıştır⁴²⁹.

Bu hükmün uygulanması için, alınan şey ile kişiyi birleştiren aracın meydana getirdiği direnci aşacak şekilde şiddet kullanarak o şeyi almak, söz konusu olmalıdır⁴³⁰. Mesela kolyeyi mağdurenin boynundan çekerek koparıp almak ya da mağdurun elindeki çantayı hızla çekerek almak gibi. Özel beceriden farklı olarak, burada mağdurun durumu fark etmemesi artık mümkün değildir⁴³¹ zira kullanılan cebirin onun bedeni üzerinde dolaylı bir yansıması vardır; böyle dolaylı bir etki dahi yoksa artık “özel beceri” söz konusu olabilir⁴³². Şiddet doğrudan doğruya çalınan mal üzerinde kullanılmalıdır ve kullanılan şiddetin mağdura fiziksel yansıması ancak dolaylı olmalıdır⁴³³. Bu bakımdan, kullanılan şiddet, malın kişiyle olan temasını ortadan kaldırmak için gerekli ve olağan olan kuvvet düzeyini aşmış ve buna ilaveten, zilyedin iradi olarak sergilemeye çalıştığı direnci de kırmaya yönelmişse, artık yağma vardır⁴³⁴. Kolyenin ya da küpenin kopartılarak alınması esnasında mağdurun yaralanması gibi durumlarda da şiddetin eşyaya yönelik olduğu ve oluşan suçun yağma değil, hırsızlık olduğu kabul

⁴²⁶ Mantovani, 94.

⁴²⁷ Antolisei, 621; Mantovani, 95.

⁴²⁸ Manzini’ye göre eski kanunun yaklaşımı doğru olandır (Manzini, 274). Aksi görüşte Mantovani, 96.

⁴²⁹ Bu nedenle bu suça *furto con strappo* denilmektedir, fakat uygulamada kapkaç anlamında *scippo* da denilir.

⁴³⁰ Fiandaca ve Musco, 78; Manzini, 277; Mantovani, 96; Carcano, 1042.

⁴³¹ Fiandaca ve Musco, 78; Mantovani, 96.

⁴³² Manzini, 276.

⁴³³ Fiandaca ve Musco, 78-79; Antolisei, 426-427; Mantovani, 96.

⁴³⁴ Antolisei, 427 (Bu yönde çok sayıda Yargıtay kararı için bkz. ibid, dn. 87).

edilmelidir⁴³⁵. İtalyan Yargıtayı bu şekilde meydana gelen yaralanmalar açısından taksirle yaralama hükmüne başvurmuştur⁴³⁶. Keza, mağdurun kolundaki çantanın aniden çekilerek alınması durumunda hırsızlık, onun eline vurarak düşmesi sağlanan çantanın alınıp kaçılması durumunda yağma suçu oluşur⁴³⁷. Yağmadan bahsedebilmek için eşya üzerinde tatbik edilen kuvvetin fail tarafından iradi olarak mağdurun şahsına da teşmil edilmesi gerekir. Bu nedenle, malı çekerek almak esnasında fail ve mağdurun yere düştüğü ve mağdurun malını korumak için tutunduğu çantanın failin koluna takılı kalması nedeniyle mağdurun birkaç metre sürüklendiği olayda, failin şahıs üzerinde kasıtlı bir şiddet kullanımı bulunmaması nedeniyle, yağmanın değil, hırsızlık suçunun oluştuğu kabul edilmiştir⁴³⁸. Buna karşılık, eyleme karşı koymak için mağdurca sıkıca tutulan şeyin (mesela çantanın) vücudunun bir kısmına (mesela koluna) takılı kalması nedeniyle mağdurun sürüklenmesi gibi durumlarda, baskın içtihat, yağma suçuna başvurmuştur⁴³⁹; fakat bunun için failin bu hususta en azından olası kastı bulunmalıdır⁴⁴⁰. Son olarak, kullanılan şiddet sadece eşyaya yönelikse ve mağdura dolaylı bir yansıması yoksa, m. 625 hükmünün 2. bendi uygulanacaktır⁴⁴¹.

VIII. YAPTIRIM

İt. CK m. 624'teki basit hırsızlığın cezası altı aydan üç yıla kadar hapis ve ayrıca para cezasıdır.

İt. CK m. 624bis'teki suçların cezası 4-7 yıl hapis ve ayrıca para cezasıdır. Fakat 625. maddedeki özel nitelikli ağırlatıcı nedenlerden veya 61. maddedeki genel ağırlatıcı nedenlerden biri veya daha fazlası varsa, ceza skalası 5-10 yıl (ve ayrıca para cezası) olmaktadır.

İt. CK m. 625'te öngörülen nitelikli hallerden biri varsa ceza 2-6 yıl hapis ve ayrıca para cezasıdır. Bu nitelikli hallerden birden fazlası veya bunlardan biriyle 61. maddedeki nitelikli hallerin *birisi* bir arada gerçekleşirse, ceza 3-10 yıl hapis ve ayrıca para cezasıdır (m. 625/2). Anılan 625/2. madde hükmü, kanunun genel hükümler kısmında öngörülen ve nitelikli hallerin yarışmasını ele alan genel kurula nazaran özel hüküm niteliğindedir. Fakat özel hüküm

⁴³⁵ Fiandaca ve Musco, 79; Mantovani, 96. Aksi görüşte Manzini, 278.

⁴³⁶ Aktaran Fiandaca ve Musco, 79.

⁴³⁷ Delpino, 644; Codice penale esplicito, 749.

⁴³⁸ 28.10.1987 tarihli ve 11025 sayılı karar (aktaran Delpino, 655).

⁴³⁹ Mesela bkz. 3.10.2006 tarihli Yargıtay kararı (aktaran Carcano, 1042).

⁴⁴⁰ Carcano, 1042.

⁴⁴¹ Carcano, 1042.

bazı soruları yanıtızsız bıraktığı için eleştirilmektedir: mesela *aynı bentte* yer alan birden fazla nitelikli hal bir arada gerçekleşirse ne olacaktır ya da bir özel nitelikli hal ile 61. maddedeki *birden fazla* nitelikli hal bir arada gerçekleşirse ne olacaktır ya da birden fazla özel nitelikli hal ile 61. maddedeki bir nitelikli hal bir arada gerçekleşirse ne olacaktır?⁴⁴² Doktrindeki baskın görüşe, ilk durumda tek bir artırım yapılmalıdır; ikinci durumda ise yine 625/2'deki özel hüküm uygulanarak 3-10 yıl ceza skalası uygulanmalıdır⁴⁴³. Oysa Yargıtay, aynı bentteki birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda bunlar arasında içtima ilişkisi kurmakta ve birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesinin sonuçlarını uygulamaktadır⁴⁴⁴.

626. maddenin uygulanması durumunda ceza bir yıla kadar hapis veya para cezasıdır ve şikayet koşulu aranacaktır. Fakat 1999 yılında 624. maddeye eklenen üçüncü fıkra ile zaten bu maddedeki hırsızlık suçlarının takibi de şikayete bağlı kılındığından, 626. maddeye giren ve “hafif hırsızlık” olarak kabul edilen haller için aranan şikayet koşulu bir hususiyet taşımaktan çıkmıştır⁴⁴⁵. Keza, “kovuşturma” başlığı altında ele alacağımız 2022 tarihli reform ile zaten hırsızlığın takibinin genel olarak şikayete bağlı kılınması karşısında, “mağdurun şikayeti üzerine cezalandırılabilir hırsızlık” başlığı da “minör hırsızlıklar” olarak değiştirilmiştir.

1977 tarihli kanundaki nitelikli hırsızlığın cezası 3-10 yıl hapis ve ayrıca para cezasıdır. 61. maddede öngörülen veya 625'in 2, 3, 4, 5 veya 7 no.lu bentlerinde öngörülen ağırlatıcı nedenlerden biri de mevcutsa, ceza 5-12 yıl hapistir (ve para cezası miktarı da artmaktadır).

Belirtelim ki, İtalya'da zaman içinde hırsızlık için öngörülen ağırlatıcı nedenler ve cezalar hafifletilmiştir ve buna rağmen bugün için söz konusu cezaların, özellikle cüz'i önemde denilebilecek hırsızlık fiilleri açısından, hala fazla ağır olduğu öne sürülmektedir⁴⁴⁶.

IX. KOVUŞTURMA

1999 yılında İt. CK m. 624'e eklenen 3. fıkraya göre, 625. maddedeki özel ağırlatıcı sebepler veya m. 61/7'de düzenlenen genel ağırlatıcı nedenlerden biri yoksa, hırsızlık suçunun takibi şikayete bağlıdır. Keza 626.

⁴⁴² Antolisei, 437; Mantovani, 88.

⁴⁴³ Fiandaca ve Musco, 90; Antolisei, 438; Mantovani, 88; Carcano, 1043.

⁴⁴⁴ Antolisei, 437.

⁴⁴⁵ Fiandaca ve Musco, 91.

⁴⁴⁶ Fiandaca ve Musco, 48.

maddeye giren “minör hırsızlık” durumlarında da zaten öteden beri şikayet koşulu aranmaktaydı.

Kanaatimce, kişilere karşı maddi veya manevi cebrin de bulunmadığı düşünüldüğünde, suçun basit halinin takibinin şikayete bağlı olması yerinde bir tercihtir. Fakat bununla da yetinmeyen İtalyan kanunkoyucusu 2022 yılının sonunda yeni bir düzenlemeye gitmiş⁴⁴⁷ ve 10.10.2022 tarihli, 150 sayılı yasa ile, 625. maddenin 7 ve 7bis bendi dışındaki nitelikli halleri haricinde, hırsızlığın nitelikli hallerinin takibini de şikayet şartına bağlamıştır⁴⁴⁸! Özellikle elektrik hırsızlığı açısından elektrik dağıtımını üstlenen üç büyük şirket bu değişiklik üzerine savcılıklara dönük bir ortak yazı yazarak dağıtım tesis ve sistemlerinin ve nihai müşteri bakımından bu teçhizatın terminal parçasını oluşturan sayaçların “kamu hizmetinin icrasına tahsis edilmiş” eşyalar olduğunu ve bu nedenle de 7. bent kapsamına girdiğini savunmuşlardır⁴⁴⁹.

Böylece, 625. maddede öngörülen nitelikli hallerin sayıca çokluğu ve çok geniş uygulama alanı nedeniyle, nispeten basit denilebilecek ve mağdurun takibinde bir yarar görmediği hırsızlık fiillerinin de re’sen kovuşturulmasının yarattığı dosya fazlalığı azaltılmak istenmektedir. Keza aynı yasayla, İt. CK m. 61/b.7 uyarınca “zararın özel ağırlığı” nedeniyle cezası ağırlaşan hırsızlığın da takibi şikayete bağlı kılınmıştır.

⁴⁴⁷ Değişiklik, Adalet Bakanı *Marta Cartabia*’nın soyadından hareketle “*Cartabia* reformu” olarak bilinen ve ceza muhakemesinde birçok konuda yenilik getiren “paket” ile yapılmıştır.

⁴⁴⁸ 30 Aralık 2022’de yürürlüğe giren yeni sistemin “zaman bakımından uygulama” açısından doğuracağı sonuçlar ve bu konuda getirilen geçici hükümler için bkz. Gian Luigi Gatta, “L’estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022”, <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/riforma-cartabia-lestensione-del-regime-di-procedibilita-a-querela-e-la-disciplina-transitoria-dopo-la-l-n-199-2022>, no. 7.1 vd. altındaki değerlendirmeler.

⁴⁴⁹ <https://www.ilfattoquotidiano.it/2023/01/13/lultimo-effetto-paradossale-della-riforma-cartabia-senza-denuncia-saltano-22-500-procedimenti-per-furto-di-elettricit/6935496/>. Anılan şirketlerin hukuk müşavirliklerine göre, dağıtım ağına direkt olarak bağlanmak (saplama yapmak) veya tüketimin belirlenmesini kısmen de olsa önlemek ya da tespit edilen tüketim miktarını değiştirmek amacıyla sayaçlara müdahale edilmesi eylemleri bu bent kapsamında görülmelidir. Eğer bu sav kabul görmezse, bu tür fiiller nedeniyle soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için, her bir fiil bakımından anılan şirketlerin ayrı ayrı şikayette bulunması gerekecektir.

Buna karşılık, 2017’de getirilmiş olan bir genel hüküm olan, mağdurun yaş ya da hastalık durumu nedeniyle ehliyetsiz olması hallerinde kovuşturmanın re’sen yapılacağına dair düzenlemenin saklı olduğu yine *Cartabia* reformunda öngörülmüştür.

Şikayet hakkının sahibi bu suçla korunan hukuksal değerın nasıl kabul edildiğine göre değişecektir. Mesela zilyetliğin korunduğunu kabul edenlere göre mağdur önceki zilyet olacak ve malın malikiyle zilyedi farklı kişiler olduğunda, şikayet hakkı sadece önceki zilyede ait olacaktır⁴⁵⁰.

X. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Hırsızlık suçunun temel hali İtalyan Ceza Kanununun 624. maddesinde düzenlenmiştir. Suçun yasal tanımında, malın bulunduğu yerden alınmasına vurgu yapan 1889 tarihli yasanın anlayışı terk edilmiş ve önceki zilyetliğin sonlandırılması ve yeni bir zilyetliğin kurulması gereği zikredilmiştir.

Suçla korunan hukuksal değere ilişkin tartışmalar yoğunudur. Bilhassa, zilyetliğin mi yoksa mülkiyetin ve/veya başka aynı hakların mı korunduğu tartışmalıdır. Bu tartışma, malın sahibi olmayan kişilere karşı işlenen ya da bizzat malın sahibi olan kişilerce üçüncü kişi zilyetlere karşı işlenen fiillerin hırsızlık olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği açısından önemlidir. Kanunun lafzına bakıldığında zilyetliğin korunduğu öne sürülebilir fakat İtalyan Yargıtayı az önce zikredilen tüm hukuksal değerlerin birlikte korunduğu kanaatindedir.

Suçun faili ve mağduru herkes olabilir.

Hırsızlık suçuna konu olacak malın ekonomik değer taşımasının şart olup olmadığı tartışmalıdır. Yargıtay’ın net bir tavrı olmasa da doktrindeki çok baskın görüşe göre ekonomik değerın varlığı zorunlu bir unsur değildir.

Hükmün yorumunda kritik öneme sahip olan “zilyetlik” kavramının anlamı da tartışmalıdır. Kavramın yorumunda özel hukukun çıkış noktası olması gerektiği tartışmasız olmakla birlikte, anlamlandırmanın tümüyle özel hukuka göre mi yapılacağı yoksa “özerk” bir ceza hukuku kavramı olarak mi zilyetliğin anlamlandırılacağı tartışmalıdır. Baskın doktriner görüşün özerk bir anlamlandırma çabası içinde olduğu göze çarpmaktadır.

⁴⁵⁰ Antolisei, 406.

Suçun fiil unsuru da tartışmalıdır. Hükümde ayrı ayrı hem başkasının taşınır malının zilyetliğini ele geçirmekten hem de malı zilyedinden almaktan söz edilmiştir. Bu nedenle de, gramatik yorum yoluyla, birçok yazar bu iki unsurun – kimi olaylarda aynı anda gerçekleşebilse bile – birbirinden bağımsız, iki ayrı unsur olduğunu savunmuştur. Buna karşılık, bu iki unsurun esasen aynı şey olduğunu ve aynı kavramı iki farklı açıdan – fail ve mağdur perspektifinden – tarif ettiğini savunanlar da mevcuttur. Bu son görüşe göre esasen tek bir unsur söz konusudur. Yine bu görüşe göre, önemli olan, zilyedin zilyetliğinin sonlandırılmasıdır. Yargıtay içtihadı ise hiç tutarlı değildir: kimi zaman ortada tek bir kavram ve unsur varmış gibi kararlar verilmiştir, bazı kararlarda iki ayrı kavram/unsur zikredilse de bunlar eşdeğer anlamlandırılmıştır, bazı kararlarda ise bu iki kavram ve unsur birbirinden bağımsız ve ayrı olarak değerlendirilmiştir. Fakat genel olarak bakıldığında, baskın içtihadta bu iki kavramın eşdeğer görüldüğü söylenebilir. Kanaatimce, kanunun gereksiz bir tekrara başvurarak aynı şeyi iki farklı açıdan ve iki ayrı terimle söyleyerek tekrarladığını savunmak zordur: İtalyan CK'da zilyetten malın alınması ve failin kendi zilyetliğini kurması ayrı ayrı zikredildiğine göre, bu ikisini ayrı ayrı anlamlandırmak ve aramak gerekecektir.

Ne var ki, iki farklı unsurun söz konusu olduğu yönündeki kabul, bir süpermarket içinde reyondan alınan malın cebe atılması ve marketten çıkamadan ya da çıkarken ya da tam çıkmışken failin yakalanması ya da misafirlğe gidilen bir evde ev sahibine ait bir malın failce cebe atılması ya da evden hırsızlık yapan kişinin çıkışta yakalanması gibi örneklerde fiilin tamamlandığı mı yoksa teşebbüs aşamasında mı kaldığı tartışmasını sonlandırmaya yetmemiştir. Nitekim bu tür örneklerde doktrin hemfikir değildir ve yargısal içtihat da tutarlı değildir. Sorunun temelinde zilyetlik kavramının fiili bir durumu tarif eden kaypak ve elastik bir kavram olması yatmaktadır. Kavramı ceza hukuku bakımından özerk bir şekilde yorumlama çabaları dahi bu sorunu kesin olarak aşmaya yetmemektedir. Neticede sorun, yine mağdurun zilyetliğinin kesin olarak sonlandırılmış ve/veya failin mal üzerinde kendi nihai egemenliğini kurmuş sayılıp sayılamayacağı meselesi olmaktadır. Bu soruların yanıtının ise normatif olarak net bir cevabını vermek mümkün gözükmemektedir; somut olayın tüm özgül koşullarını gözeten ve belli ölçüde sübjektiflik içeren olaysal bir bütüncül değerlendirme kaçınılmaz olmaktadır.

Malın alınması rızanın bulunması durumunda tipikliğin oluşmayacağı kabul edilmektedir.

İt. CK'nın 624*bis* maddesinde hırsızlık suçunun iki özel görünüş biçimine, metinde izah edilen nedenlerle, özerk iki suç tipi olarak yer verilmiştir.

Yasanın 625. maddesinde ise uygulama alanı son derece geniş olarak yorumlanan birçok ağırlatıcı nedene yer verilmiştir. Bu ağırlatıcı nedenlerin içtima açısından birbiriyle ilişkisi de çok ciddi sorunlar yaratmaktadır. Özellikle 625. maddenin yarattığı sorunlar nedeniyle, kanunun genel hükümleri arasına 69/2. madde hükmü eklenmiştir. Buna göre, hafifletici sebeplerle ağırlatıcı sebepler bir arada olduğunda, hafifletici sebeplerin somut olayda ağır bastığına hakim tarafından takdirenen kanaat getirilirse, ağırlatıcı nedenler için öngörülen artırımlar dikkate alınmayarak sadece hafifletici nedenler dikkate alınacaktır. Fakat bu hükme rağmen, neticede somut olayda hafifletici nedenler bulunmayabileceğinden, bu kadar çok ve geniş kapsamlı ağırlatıcı nedeninin varlığının aşırı cezalandırmaya yol açtığı doktrinde öne sürülmektedir.

Daha az cezayı gerektiren (2022 reformuyla “minör” sıfatı verilen) hırsızlık halleri ise 626. maddede üç ayrı fıkrada düzenlenmiştir. Bunlardan bilhassa kullanma hırsızlığı ve ihtiyaca istinaden hafif hırsızlık hükmünün bizim hukukumuzdaki aynı işleve dönük hükümlere (TCK m. 146 ve 147) nazaran daha dar olduğu görülmektedir. Malın değerinin azlığının ise yasanın 62/4. maddesindeki, mağdurda “özellikle hafif” zarara yol açılmış olmasına dair genel hafifletici neden kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Suçun manevi unsuru açısından özel kast aranmaktadır. Bu faydanın mahiyeti tartışmalı olup gerek doktrinde gerekse içtihatla hakim olan görüşe göre failin eyleminden elde etmeyi umduğu her türlü fayda, haz ve avantaj bu kapsamdadır.

Son olarak, 30 Aralık 2022'de yürürlüğe giren *Cartabia* Reformu kapsamındaki değişiklikler sonucunda, artık m. 625/b.7 ve b. 7*bis*'te öngörülen nitelikli haller dışında, suçun takibi şikayete bağlı olacaktır.

KAYNAKÇAKitaplar ve Makaleler

- AA.VV. Codice penale explicado. Spiegato articolo per articolo. Leggi complementari, 9. Bası. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2004.
- Antolisei, Francesco. Diritto Penale. Parte speciale I., ed. C.F.Grosso, 16. Bası. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2016.
- Antolisei, Francesco. Manuale di Diritto Penale. Parte Generale., yay. haz. Luigi Conti, 16. Bası. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2003.
- Banasik, Katarzyna. “The Notion of ‘a Considerable Quantity’ of Narcotics in the Case Law of Polish Courts” Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology Cilt 9, Sayı 1 (2021): 65-84.
- Canestrari, Stefano; Cornacchia, Luigi ve de Simone, Giulio. Manuale di diritto penale. Parte Generale. Bologna: Il Mulino, 2007.
- Carcano, Domenico. Manuale di Diritto Penale. Parte speciale. Milan: Percorsi Giuffrè, 2010.
- Delpino, Luigi. Diritto Penale. Parte speciale, 14. Bası. Milan: Edizioni Simone, 2014.
- Fiandaca, Giovanni ve Musco, Enzo. Diritto Penale. Parte Generale, 6. Bası, Bologna: Zanichelli, 2009.
- Fiandaca, Giovanni ve Musco, Enzo. Diritto Penale. Parte speciale. Vol. 2/2: I delitti contro il patrimonio, 7. Bası. Bologna: Zanichelli, 2015.
- Lattanzi, Giorgio. Codice Penale Annotato con la Giurisprudenza. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2005.
- Mantovani, Ferrando. Diritto Penale. Parte speciale II: Delitti Contro il Patrimonio, 8. Bası. Milan: CEDAM, 2021.
- Mantovani, Ferrando. Diritto Penale., 7. Bası. Milan: CEDAM, 2011.
- Manzini, Vincenzo, Trattato di Diritto Penale Italiano, Volume IX (Delitti contro il patrimonio), yay. haz. Pietro Nuvolone ve Gian Domenico Pisapia, 5. Bası. Torino: UTET, 1986.
- Marinucci, Giorgio ve Dolcini, Emilio. Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, yay. haz. Emilio Dolcini ve Gian Luigi Gatta, 5. Bası. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2015.
- Muñoz Conde, Francisco ve García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General, 9 Bası. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2015.

Padovani, Tullio. Diritto Penale, 7. Bası. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2004.

Pisa, Paolo. “Reato Circostanziato” in Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, ed. Carlo Federico Grosso; Marco Pelissero; Davide Petrini ve Pisa Paolo, 443-475. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2013.

Pulitanò, Domenico. Diritto Penale, 6. Bası. Torino: Giappichelli, 2015.

Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, R. Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Bası. Ankara: Seçkin, 2022.

İnternet Kaynakları

Aimi, Alberto; “La nozione di dolo specifico di profitto al vaglio delle Sezioni Unite”, s. 1, dn. 1 (www.sistemepenale.it).

www.altalex.com

Gatta, Gian Luigi; “L’estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022”,

<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/riforma-cartabia-lestensione-del-regime-di-procedibilita-a-querela-e-la-disciplina-transitoria-dopo-la-l-n-199-2022>

<https://www.ilfattoquotidiano.it/2023/01/13/ultimo-effetto-paradossale-della-riforma-cartabia-senza-denuncia-saltano-22-500-procedimenti-per-furto-di-elettricita/6935496/>