

HIRSIZLIK SUÇLARI

Prof. Dr. Ersan ŞEN*

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi.



Ö Z

Bu çalışmamızda, Türk Ceza Kanunu'nun "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısım, onuncu bölümde "Malvarlığına Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenen hırsızlık suçu hakkındaki maddeler esas alınmak suretiyle açıklamalara yer verilmiştir. Mülkiyet hakkı, menkul mal gibi hırsızlık suçlarında korunması gereken hukuki menfaatler ile suçun unsurları hakkında, Yargıtay kararları dikkate alınmak suretiyle görüşlerimize yer verdik.

Anahtar Sözcükler: *Hırsızlık, mülkiyet hakkı, menkul mal, Yargıtay, zilyetlik, suça teşebbüs, özel kast, nitelikli hırsızlık, kullanma hırsızlığı.*



THEFT CRIMES

ABSTRACT

n this study theft crimes which is regulated in second chapter, titled as "offences against individuals", at the 10th section under the title of crimes against private property of Turkish Criminal Law, have been discussed on the basis of articles. Our opinions about, legal benefits that must be protected in the theft crimes such as ownership right, personal property and elements of the crime have been expressed taking account of court of appeal's decisions.

Keywords: *Theft, ownership right, personal property, court of appeal, possession, criminal attempt, intent, qualified theft, compalint.*

GENEL AÇIKLAMA

Kanun koyucu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Kişilere Karşı Suçlar*" başlıklı ikinci kısmının onuncu bölümünde, "*Malvarlığına Karşı Suçlar*" başlığı altında 141 ila 147. maddelerde hırsızlık suçunu tanımlamış, bu suçun unsurlarını, nitelikli hallerini, cezaya etki eden sebepler ile özel bazı konuları düzenlemiştir. Böylece, 1982 Anayasası'nın 35. maddesi ile kişi hak ve hürriyetleri kapsamında güvence altına alınan mülkiyet hakkının, malı kullanma hakkının, geniş bir ifadeyle malvarlığı üzerindeki hakların "*hukuki yarar*" sayılıp korunması amaçlanmıştır. Bu koruma, sadece menkul mala sahip olmakla sınırlı tutulmamış, bunun ötesinde malın kullanma hakkını elinde bulunduranın hukuki yararını da kapsamına almıştır.

Türk Ceza Kanunu, sadece malın mülkiyetine sahip olanın değil, malın mülkiyetini elinde bulundurmamakla birlikte, malı kullanma yetkisine sahip olanın hakkını da gözetmiştir. Bu noktada, Anayasa m.35'in malı elinde bulunduranın kullanım hakkını, bir başka ifade ile zilyetlik hakkını düzenlemediği iddia edilebilir. Bu düşünceye katılmadığımızı, malı hukuka uygun yol ve yöntemlerle elinde bulunduran kişinin mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı hakları kullanabileceği, dolayısıyla başkalarının da bu elinde bulundurma ve buna bağlı hakları saygı göstermesi gerektiği tartışmasızdır. Yeni Türk Ceza Kanunu m.141/1'de de, "*zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı*" ifadesi kullanılarak, bu mesele çözüme kavuşturulmuştur.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, elektrik hırsızlığının suça konu olup olmayacağı, izinsiz elektrik kullananların hırsızlık suçunu işlemiş sayılıp sayılmayacağı, bu fiilin hırsızlık suçu sayılması halinde "*suçta ve cezada kanunilik*" prensibinin ihlal edilmiş olup olmayacağının çokça tartışıldığı, bu tartışmaların önüne geçmek amacıyla 3756 sayılı Kanunla 1991 yılında Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 491. maddesine, "*Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınır mal sayılır.*" hükmünün eklendiği ve bu hükme Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 141. maddesinin ikinci fıkrasında da yer verildiği görülmektedir. Şimdi aynı tartışmalar, bilgisayarda kayıtlı bulunan

bilgilerin izinsiz alınmasında da yaşanmaktadır. Menkul, yani elle tutulup gözle görülür nitelikte taşınır mal olmayan ve iktisadi değer taşıyan enerji kapsamına da girmeyen bilgisayarda kayıtlı her türlü program, bilgi ve verilerin sahip veya kullanıcısının izni olmaksızın bir başkası tarafından faydalanmak için bilgisayardan alınması, kopyalanması veya bir başka yere gönderilmesi fiilleri, Yeni Türk Ceza Kanunu m.141 (basit hırsızlık) ve m.142 (nitelikli hırsızlık) sayılmayacaktır. Çünkü “*suçta ve cezada kanunilik*” prensibine göre, kanun koyucu tarafından tartışmasız ve net bir şekilde suç olarak tanımlanıp cezası gösterilmiş fiilin icra edilmesi halinde failin ceza sorumluluğu gündeme gelecektir. Her ne kadar zilyedinin rızası olmaksızın başkasına ait bilgisayarda bulunan programın, bilgi veya verinin izinsiz alınması hırsızlık suçunun unsurlarına benzerlik gösterse de, bu suçun kanuni ve maddi unsurlarında taşınır mal ile iktisadi değer taşıyan enerji üzerindeki kullanım hakkına izinsiz son verilmesi öngörülerek, bu nitelikte olmayan diğer program, bilgi ve veriler kapsam dışı bırakılmıştır. Bilgisayarda bulunan program, bilgi veya verilerin de hırsızlık suçunun kapsamına alınması düşünülmekte ise, bu konuda “*suçta ve cezada kanunilik*” prensibine uygun düşecek biçimde tanımlama yapılması gerektiği tartışmasızdır. Şu an için bilgisayarda bulunan program, bilgi veya verilerin izinsiz alınması fiilleri, ancak Türk Ceza Kanunu’nun 239. maddesinde düzenlenen ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması ile 244. maddesinde düzenlenen bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçlarının unsurları dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmelidir.

29.03.2010 gün, 2009/23625 E. ve 2010/3600 K. sayılı kararında Yargıtay 11. Ceza Dairesi, internet bankacılığı şifresinin kırılması suretiyle başkasının hesabında bulunan parayı kendisinin ve yakınlarının hesabına aktaran ve bu yolla haksız menfaat temin eden failin eyleminin, “*Nitelikli hırsızlık*” hallerini ve cezalarını düzenleyen TCK m.142/2-e kapsamında “*bilişim sisteminin kullanılması suretiyle hırsızlık suçu*” sayılması gerektiğini belirtmiştir^[1]. Yargıtay 11. Ceza Dairesi bu ilamında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 17.11.2009 günü oyçokluğu ile verdiği 2009/11-193 E. ve 2009/268 K. sayılı kararını esas

[1] Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin 24.12.2009 gün, 2009/12066 E. ve 2009/16721 K. sayılı aynı yönde başka bir ilamına göre, “Sanıkların, katılana ait internet bankacılığı şifresi ve cep telefonuna kısa mesaj olarak gelen işlem şifresini ele geçirip kullanarak, katılanın banka şubesindeki hesabından sanığın adına kayıtlı aynı bankanın bir başka şubesine havale yapmak suretiyle çekilen parayı paylaşmaktan ibaret sübutu kabul edilen eylemin; sanıkların kastının, katılana ait parayı rızası hilafına elde etmek olması nedeniyle, daha özel bir düzenleme getiren TCK m.142/2-e’de öngörülen bilişim sistemi kullanılarak hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde suç vasfında yanılıya düşülerek, bilişim sisteminin kullanılması suretiyle haksız menfaat sağlama suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”.

almıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre, "... failin eylemdeki kastı, katılanın banka hesabında bulunan taşınır nitelikteki parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi hesabına geçirmeye katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya, başka bir anlatımla mevcut veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği parayı alıp mal edinmeye yöneliktir. Kaldı ki sanığın, katılanın internet bankacığında bulunan parasına ulaşmak için bilişim sistemlerini araç olarak kullanmaktan başka alternatifi de yoktur. Dolayısıyla olayımızda, 5237 sayılı TCK m.142/2-e'de düzenlenen 'bilişim sistemini kullanmak suretiyle hırsızlık' suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Sanığın eyleminin TCK m.142/2-e de düzenlenen nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi karşısında, 'bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme, değiştirme veya başka yere gönderme' fiillerini suç olarak düzenleyen 244. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca uygulama yapma olanağı da bulunmamaktadır".

Çoğunluk görüşüne katılmayan muhalif Kurul üyesi Kubilay Taşdemir'e göre ise, "... 141/1'in yazılışından çok net anlaşılacağı gibi hırsızlık suçunun maddi konusu başkasına ait taşınır maldır. Maddenin ikinci fıkrasında, ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji taşınır mal sayılmıştır. Buna göre, elektrik enerjisi, gazlar, tabii ve suni buharlar da hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecektir. Yine örneğin, başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin hukuk dışı yollarla yararlanılması durumunda, hırsızlık suçu oluşmaz. Çünkü ortada taşınabilir bir mal yoktur (TCK m.163'ün gerekçesi). Taşınır mal, aynı zamanda eşya (şey) anlamındadır. Yasa sadece mal demekle yetinmemiş bunu nitelendirmiştir. Taşınır yani, menkul bir maldır. O halde suçun konusunu oluşturacak malın bu tanıma uygun, yani yerinden alınıp götürülebilecek nitelikte olması gerekir. Taşınır mal, mevcut ve maddi varlığı olan bir cisimdir. Ekonomik bir değer taşıyan enerji, ancak taşınabilir mal olarak Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmesi ile enerji hırsızlıklarını cezalandırmak olanaklı hale gelmiştir. Az önce verinin bilgisayar üzerinde işlem yapılabilen her türlü değer olduğunu belirttik. Somut eylemimize göre, parayı ifade eden veri, taşınır bir mal mıdır? 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hiçbir maddesinde veri taşınabilir bir mal olarak düzenlenmemiş ve tanımlanmamıştır. Verinin sahibinin rızası olmaksızın bilişim sisteminden başka bir yere gönderilmesinde hırsızlık suçunun oluştuğunu söyleyebilmek için verinin taşınır bir mal olarak kabulü zorunludur. Aksi halde, TCK m. 2'de maddesini bulan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşacaktır. ... Somut olayda sanıklar bir bilişim sistemine girdikten sonra, yakınları banka üzerindeki hesabında bulunan ve parayı temsil eden verileri önceden açtırdıkları hesaba göndermişlerdir. Bu eylem, TCK m.244/4'de tanımlanan 'var olan verileri başka bir yere göndermek suretiyle haksız çıkar sağlanması' suçunu oluşturur. ... TCK, 'veri' kavramını taşınır bir mal olarak tanımlamadığına göre, veriyi temel almak suretiyle bilişim sistemleri kullanılarak, elde edilen haksız edinimleri hırsızlık

suçu olarak nitelendirmek, Türk Ceza Kanunu'ndaki 'suçta ve cezada kanunilik' ve 'kıyas yasağı' ilkeleri karşısında olanaklı değildir ...".

Yukarıdaki karara konu olan mesele ile ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun çoğunluk görüşüne katıldığımızı belirtmek isteriz. Karara konu olayda, bilgi-sayarda mevcut bilgi, veri veya programın izinsiz alınması veya gönderilmesi değil, bilişim sistemine kayıtlı bilgilerin kullanılması ve internet bankacılığı vasıtasıyla taşınır mal özelliğine sahip paranın bir başkasının hesabına izinsiz nakledilmesi, yani başkasının parasının fail tarafından izinsiz alınması fiili mevcuttur. Bu fiil, TCK m.244'ün koruduğu hukuki yarar anlamında veriler odaklı olmadığı gibi, bu verilerin üzerinden yarar sağlanmasını, örneğin verilerin başkasına satılmasını veya menfaat karşılığı kullanılmasını kapsamamaktadır. Suça konu fiil, bilişim sisteminin araç olarak kullanılması suretiyle paranın bizzat alınıp götürülmesini değil, fakat bulunduğu yerden el değiştirmesini, zilyedin hakimiyet ve kullanım alanından izinsiz çıkarılması ile icra edilmiştir. Burada hukuki yarar, bilişim sistemi ve verinin değil, bizzat taşınır bir malın zilyedin rızası dışında bulunduğu yerden alınması sonucunda zedelenmektedir. Gerçekten de TCK m.141/1, taşınır bir malın bulunduğu yerden alınmasından bahsederken, malın ne şekilde götürüldüğünü ayrıca tanımlamayıp, taşınır mal üzerinde zilyedinin tasarruf olanağına son verilmesini dikkate alıp, hırsızlık suçu saymıştır. Hükmün gerekçesine göre de, "*Almak fiilinden maksat, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarının kullanmasının olanaksız hale gelmesidir. Bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca, suç da tamamlanır*".

Netice itibariyle; bilişim sisteminde bulunan bir veri, bilgi veya programın izinsiz olarak başka yere gönderilmesi veya bulunduğu yerden alınması hırsızlık suçu olmamakla birlikte, bu yolla başkasına ait para üzerinde zilyedinin tasarruf olanağını kaldırarak, paranın başka yere gönderilmesi hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Bu noktada, suçta ve cezada kanunilik prensibine aykırılık olmadığı gibi kıyas yasağının ihlal edildiğinden de söz edilemez.

Aşağıda, hırsızlık suçunun basit hali, nitelikli halleri, bu suçun gece vakti işlenmesi, daha az cezayı gerektiren haller, kullanma hırsızlığı ve zorunluluk halinden hareketle işlenen hırsızlık suçu hakkında maddeler itibariyle ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

Açıklamalarımızın son kısmında ise, herhangi bir yoruma girmeksizin Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'nın çalışma konumuzla ilgili 60, 62 ve 63. maddeleri ile bu maddelerin gerekçelerine yer verilecektir.

Hırsızlık

MADDE 141–(1) Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de, taşınır mal sayılır.

Açıklama: 141. madde, klasik bir suç tipi olan “*hırsızlık*” fiilinin tanımını yapmıştır. Hırsızlık suçunda korunan hukuki yarar, 1982 Anayasası’nın 35. maddesi ile güvence altında bulunan kişinin mülkiyet hakkı olarak gözükmektedir. Ancak esas itibarıyla hırsızlık suçu, sadece mal üzerindeki mülkiyet hakkını korumayıp, bunun da üstünde malın maliki olmayıp zilyedi durumundaki elinde bulunduranın zilyetlik hakkını korur. Bu sebeple 141. madde, malın malikini değil, esas olarak malı elinde bulunduran zilyedin “*elinde bulundurma hakkı*”nı korumuştur.

Maddenin birinci fıkrası, menkul, yani taşınır bir malın hırsızlık suçunun konusunu oluşturacağını ifade etmiştir. Böylece, elinde bulunduranın rızası olmaksızın taşınır bir malın alınmasının önlenmesi hedeflenmiştir. Buradaki zilyetliğin asli olmasına, yani mülkiyete dayalı bulunmasına gerek yoktur. Fer’i zilyetlik durumunda da maddenin tatbik imkanı bulunmaktadır. Malın mülkiyetine sahip olmaksızın elinde bulunduran kişiye karşı da hırsızlık suçunun işlenebilmesi mümkündür. Örneğin, kiracılık, emanet ilişkisi gibi hukuki sebeplerle bir taşınır malın maliki tarafından üçüncü kişiye bırakılması durumunda hırsızlık suçu, malı o an elinde bulunduran üçüncü kişiye karşı da işlenebilecektir.

Kanun koyucu, hırsızlık suçunun zilyede karşı işlenebileceğini ifade etmekle, sadece malı o an elinde bulunduran kişiye işaret etmemiş, hem fer’i zilyedin, yani malı o an elinde bulunduranın ve hem de asli zilyedi, yani malın malikinin hukuki yararını korumayı hedeflemiştir.

Kanaatimizce, zilyetliğin haklı veya haksız olması da önemli değildir. Mağdur, bir taşınır malın haksız zilyedi olabilir, fakat somut olayda fail tarafından mağdurun izni olmaksızın taşınır mal bulunduğu yerden alındığında, yine hırsızlık suçu işlenmiş sayılacaktır. Bunun yegane istisnası olarak, taşınır malı kendisinden çalınan zilyedin tekrar malını hırsızdan alması gösterilebilir. Eğer zilyet, suçüstü halinde veya suç işlendikten hemen sonra saldırıya uğrayan hakkını müdafaa etmek, yani zilyetliğini korumak amacıyla malı almışsa, bu fiil yönünden bir hukuka aykırılık gündeme gelmeyecektir. Bunun dışında, araya zaman girdikten sonra mağdur tarafından malın hırsızdan geri alınması halinde, elbette TCK m.141’in ihlali gündeme gelmeyecek, ancak TCK m.150’de düzenlenen “*ihkaki hak*” müessesesinin tatbiki tartışılabilecektir. Kanaatimizce, malı hırsızdan geri alan asıl malik açısından hırsızlık suçu oluşmaz, çünkü failde hırsızlık suçunu işlemek suretiyle menfaat sağlama kastı bulunmamaktadır. Burada

fail, mülkiyeti kendisine ait olan bir malı geri aldığına ve hakkını koruduğuna inanmaktadır. Dolayısıyla bu hususu, TCK m.26/1’de düzenlenen “*hakkın kullanılması*” adlı hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirmek gerekir. Burada TCK m.150’nin de uygulanması mümkün değildir. TCK m.150’ye göre, “*Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*”. Malı çalan hırsız ile asıl malik arasında hukuki ilişkiye dayanan bir alacak ve bunun tahsili durumu sözkonusu değildir. Bu durumda, asıl malik tarafından malın failin elinden alınması hırsızlık ve yağma suçları kapsamında değerlendirilmeyecek, fakat asıl malikin malı alırken varsa işlediği tehdit ve cebir fiilleri ayrıca ilgili ceza normlarına göre cezalandırılacaktır.

Burada taşınır malın zilyedinin rıza yokluğunun açık bir şekilde ilan edilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle zilyet, malı elinde bulundururken bir başkası tarafından o malın bulunduğu yerden alınmasına açık veya örtülü rıza gösterdiği tespit edilmedikçe, suça konu malın bulunduğu yerden alınmasında mağdurun rızasının olmadığı kabul gerekir. Belirtmeliyiz ki, suça konu malın, suçun icra anında mutlak şekilde failin zilyedinin elinde bulunmasına gerek yoktur. Özellikle evde veya işyerinde, yani kapalı mahallerde işlenen hırsızlık suçlarında, taşınır malların zilyedinin çoğunlukla olay yerinde bulunmadığını görmekteyiz. Her ne kadar ispat yükü iddia edene, dolayısıyla mağdura karşı hırsızlık suçunun işlendiğini ileri sürene ait olduğu kabul edilse bile, esasında taşınır malın zilyedinin rızası ile bulunduğu yerden ve hatta zilyedin kendisinden aldığı veya malın alınmasına zilyedin önceden rıza gösterdiğinin fail tarafından ortaya konulması gerekir. Mağdurun rızasının varlığı halinde, suçun maddi unsurunun gerçekleşmesi için aranan şart oluşmayacağı gibi, TCK m.26/2’de düzenlenen “*mağdurun rızası*” adlı hukuka uygunluk sebebinin varlığı kabul edilecek ve suçun hukuka aykırılık unsuru da oluşmayacaktır.

Hırsızlık suçunun maddi unsurunun gerçekleşebilmesi için, fail tarafından zilyedinin rızası olmaksızın malın bulunduğu yerden alınmasına yönelik icra hareketlerinin tamamlanmış olması gerekir. Fail, zilyedinin rızası olmaksızın malı bulunduğu yerden almakla hırsızlık suçunu işlemiş sayılır. Bu sebeple, hırsızlık suçunun neticesi harekete bitişik suç olduğu, yani ani suç olarak kabulünün gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak belirtmeliyiz ki, gerek “*eksik teşebbüs*” olarak bildiğimiz durumda ve gerekse failin çaldığı taşınır mal üzerinde hakimiyet kurması ile hırsızlık suçunun tamamlandığının kabulünün gerekeceği “*tam teşebbüs*” durumunda, bu suçun teşebbüse elverişli olduğu düşünülebilecektir. Failin taşınır malı çalmak için yaptığı plan ve temin ettiği vasıtalar hazırlık hareketi sayılmakla birlikte, bu plan ve vasıtalarla hareketle hırsızlık suçunun icra hareketlerine başlaması, fakat elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini tamamlayamaması durumunda, TCK m.35’de düzenlenen

“suça teşebbüs” müessesesinin varlığı gündeme gelecektir. Örneğin, failin taşınır malı almak için harekete geçip, tam malı bulunduğu yerden alacağı sırada yakalanması halinde suça teşebbüs halinin varlığından bahsedilecektir.

Bundan başka, fail hırsızlık suçunun tüm icra hareketlerini tamamlamış ve taşınır malı bulunduğu yerden almış olabilir. İşte bu durumda, hırsızlık suçunun gerçekleştiği, taşınır malın bulunduğu yerden alınmasıyla suçun neticesinin tamam olduğu, ayrıca bir de failin çaldığı malı tümü ile hakimiyet alanına geçirmesinin gerekli olmadığı ileri sürülebilir. Fail, malı bulunduğu yerden almakla birlikte, mağdurun hakimiyet alanından çıkarmamış veya malı kendi hakimiyet alanına taşıyamamış olabilir.

Kanaatimizce, failin taşınır malı aldığı yerin mağdura ait olması veya kontrolünde bulunması halinde, hırsızlık suçunun neticesinin gerçekleşmediği, failin bu halde yakalanması veya taşınır malı bırakması durumunda suçun, 765 sayılı TCK m.62’de düzenlenen “tam teşebbüs” aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Burada geçen mağdurun hakimiyet alanı, malın fiilen bulunduğu yeri ifade etmektedir. Bunun dışında, failin çaldığı malı mağdurun hakimiyet alanından çıkarıp uzaklaşırken yakalanması veya malı düşürmesi hallerinde hırsızlık suçu tamamlanmış sayılmalıdır. Örneğin, mağdurun üzerinde veya yanında taşıdığı bir malı izinsiz alan fail icra hareketlerini bitirmiş kabul edilir. Yine fail, çaldığı malı mağdurun hakimiyet alanına giren evinden veya işyerinden çıkarmakla suçu tamamlamış sayılmalı, bunun yanında evde veya işyerinde bulunduğu sırada failin yakalanması durumunda da suçun neticesinin gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Ancak bu düşüncenin aksi de savunulabilir. Fail, taşınır malı bulunduğu yerden almakla suçun tamamlandığı, 141. maddenin bu şekilde bir düzenleme öngördüğü, “failin malı hakimiyet alanına geçirmesi” anlamına gelebilecek açık veya örtülü bir ifadeye maddede yer verilmediği, bu maddenin anlamını genişletmenin TCK m.2’de düzenlenen “suçta kanunilik” prensibine aykırı olacağı söylenebilir. Gerçekten madde incelendiğinde, failin izinsiz aldığı mal üzerinde tasarruf hakkını kullanma imkanını elde edebilme, yani malın tümü ile failin hakimiyet alanına geçirilmesinin suçun oluşmasında aranması şartının yer almadığı görülmektedir. Ancak öyle özel durumlar olabilir ki, fail tarafından bulunduğu yerden alınan malın alınmış sayılabilmesi için mağdurun hakimiyet alanından çıkmış olması gerekebilir. Fail, malı sadece bulunduğu yerden fiilen almakla değil, o malı örneğin kapalı bulunan mekanın tümü ile dışına çıkarmakla kanun koyucunun aradığı anlamda “bulunduğu yerden alma” fiilini tamamlamış kabul edilmelidir.

Maddenin gerekçesinde, “Almak fiilinden maksat, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesidir.

Bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca suç da tamamlanır.” sözlerine yer verilerek, suçun tamamlanması bakımından yukarıdaki tespitimiz doğrulanmıştır.

Maddede gösterilen hırsızlık fiilinin boş olan çek yaprağı veya koçanı hakkında işlenmesi durumunda, suçun işlendiği yere göre TCK m.141 veya m.142 uygulanacak, bu uygulamada TCK m.143 ve devamı hükümleri dikkate alınacaktır. Çek yaprağı veya koçanı mağdurdan zorla alınmışsa da, bu durumda da TCK m.148 ve m.149’da düzenlenen yağma suçu gündeme gelecektir. Bundan başka, çalınan çek yaprağı veya koçanının doldurulup, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olacak şekilde kıymetli belge olarak düzenlenmesi durumunda, elbette evrakta sahtecilik ve dolandırıcılık suçları ayrıca gündeme gelecektir.

Hırsızlık suçunun manevi unsuru, özel kast olarak gösterilmiştir.

Fail, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla, zilyedinin rızası olmaksızın taşınır bir malı bulunduğu yerden almış olmakla hırsızlık suçunun manevi unsurunu tamamlamış sayılır. Maddenin gerekçesine göre, “*Hırsızlık suçunun oluşabilmesi için, failin kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla hareket etmesi yeterli olup, bunun failen temini şart değildir. Bu yarar maddi ya da manevi olabilir*”. Gerekçe hırsızlık suçunun, hem maddi ve hem de manevi unsurları yönünden açıklayıcı niteliktedir. Suçun maddi unsurunun tamamlanmış sayılmasında, menfaatin temini zorunlu görülmemiş, sadece bu maksatla hareket yeterli sayılmıştır. Suçun manevi unsurunun tamamlanmasında ise, yalnızca suç işleme kastına değil, failin kendisine veya başkasına yarar sağlama maksadına, yani özel kastın varlığına işaret edilmiştir. Failde, hırsızlık suçunu işleme kastının ötesinde, başkasına ait taşınır bir malı izinsiz olarak kendisine veya üçüncü kişiye yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alma kastının varlığı da tespit edilmelidir. Bu özel kast tipi somut olayda tespit edilemediği takdirde, fail tarafından zilyedinin rızası olmadan taşınır bir malın, sırf bulunduğu yerden alınmış olması suç teşkil etmeyecektir.

141. maddenin ikinci fıkrasında, iktisadi bir değer taşıyan her türlü enerjinin taşınır mal sayılacağı ifade edilmiştir. Böylece, elektrik enerjisi, her türlü gaz, tabii veya suni buharlar hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecektir. Kanun koyucu maddenin birinci fıkrasında, elle tutulur, gözle görülür taşınır mallardan bahsetmiş ve ikinci fıkrasında da, elle tutulmayıp, gözle görülmemekle birlikte, bir yerden bir başka yere aktarılabilen enerjinin izinsiz kullanımı suç kapsamına dahil edilmiştir.

Açıklamalarımızın bu kısmında, elverişli olmayan vasıta ve hata konularına da kısaca değinmek isteriz. Fail, başkasının zannı ile kendi taşınır malını ve kendisinin zannı ile başkasının taşınır malını bulunduğu yerden aldığı anda, bu hatasından yararlanacaktır. Fail, başkasının zannı ile kendisine ait olmadığını düşündüğü, fakat kendisine ait bir taşınır malı bulunduğu yerden izinsiz

aldığında, belki hırsızlık suçunun manevi unsuru bakımından suç işlemiş kabul edilebilir, fakat suçun yasal tanımında yer alan maddi unsurun oluştuğundan bahsedilemez. Bu fiilde suçun konusu olmadığından, “işlenemez suç” müessesesi gündeme gelecektir.

Fail, kendisinin zannı ile başkasının taşınır malını bulunduğu yerden izinsiz alabilir. Bu durumda da TCK m.30/1’e göre, fail içine düştüğü esaslı hatadan faydalanıp, suç işleme kastı ile hareket etmediğinden cezalandırılmayacaktır. Yine fail, hırsızlık suçunun nitelikli hallerinde hataya düştüğünde de bu hatasından TCK m.30/2 gereğince yararlanacak ve suçun nitelikli halinden değil, basit halinden dolayı cezalandırılacaktır.

TCK m.160’da, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf fiili suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre, kaybedilmiş olması nedeniyle malikinin zilyetliğinden çıkmış olan veya hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin malik gibi tasarrufta bulunan failin cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Yukarıdaki “hata” müessesesinden farklı olarak burada fail, eşyanın kaybedilmiş olması nedeniyle malikin zilyetliğinden çıktığını veya hata sonucu kendi eline geçtiğini bilmekte veya devamında öğrenmekte, fakat buna rağmen kendisine ait olmayan eşya üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Burada, failde devam eden bir hata bulunmamaktadır. Zilyedinin elinden rızası dışında çıkan bir taşınır malı ele geçiren fail, bu durumu bildiği halde mal üzerinde tasarrufta bulunmak suretiyle hırsızlık benzeri bir suç işlemektedir.

Nitelikli hırsızlık

MADDE 142–(1) Hırsızlık suçunun;

a) Kime ait olursa olsun, kamu kurum ve kuruluşlarında veya ibadete ayrılmış yerlerde bulunan ya da kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya hakkında,

b) Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,

c) Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde veya bunların belli varış veya kalkış yerlerinde bulunan eşya hakkında,

d) Bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanan eşya hakkında,

e) Adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında,

f) Elektrik enerjisi hakkında,

İşlenmesi hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

a) Kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak,

b) Elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle,
c) Doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak,

d) Haksız yere elde bulundurulmuş veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle,

e) Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle,

f) Tanınmamak için tedbir olarak veya yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak,

g) Barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan büyük veya küçükbaş hayvan hakkında,

İşlenmesi hâlinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suçun, bu fıkranın (b) bendinde belirtilen surette, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır.

(3) Suçun, sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi halinde, ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur. Bu fiilin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(4) Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmaz.

Açıklama: 142. madde, hırsızlık suçunun nitelikli şekillerini saymış ve üç fıkra halinde düzenlemiştir. Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde; kime ait olursa olsun, kamu kurum ve kuruluşlarında veya ibadete açılmış yerlerde bulunan veya kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya hakkında hırsızlık suçunun işlenmesi halinde fail hakkında uygulanacak cezanın daha ağır olacağı (iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası) ifade edilmiştir. Hükmün gerekçesine göre, “Eşyanın kurum ve kuruluş veya ibadet yerine ait bulunması veya buralarda özel muhafaza altına alınmış olması koşulu aranmamış, görevlilerin veya ibadet edenlerin özel eşyası hakkında suçun işlenmesi halinde de bu nitelikli unsurun oluşacağı kabul edilmiştir. Kamu yararı veya hizmetine tahsis edilen eşyanın bulunduğu yer önemli değildir”. Hükmün metninde, gerekçede belirtilen “özel eşya” hakkında da nitelikli suçun uygulanacağı sonucuna tereddüde yer vermeyecek şekilde ulaşılamamaktadır. Dolayısıyla, “kime ait olursa olsun” nitelendirmesinin kamu kurum ve kuruluşları açısından yapıldığı izlenimi ortaya çıkmaktadır. Ancak hükmün bütünü ile gerekçe birlikte değerlendirildiğinde, taşınır malın zilyedinin kamu kurum ve kuruluşu olması veya taşınır malın ibadethaneye ait olması zorunluluğuna ulaşılmaktadır.

Eşyanın bulunduğu yerin, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımında olan veya hangi dine tahsis edilmiş olursa olsun ibadete ayrılmış yer olması

gerektiği açıktır. Hırsızlık suçunun, kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen mal hakkında işlenmesi durumunda ise, elbette o malın bulunduğu yerin önemi olmayacağı gibi, sözkonusu malın kapalı veya muhafaza altına alınmış bir mahalde bulunmasına da ihtiyaç yoktur. Örneğin, çocuk parkı olarak tahsis edilmiş bir alanda bulunan oyun araç ve gereçlerinin çalınması durumunda, 142. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi uygulama alanı bulacaktır.

Birinci fıkranın (b) bendinde; hırsızlık suçunun, herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte, kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında işlenmesi fiili nitelikli suç olarak kabul edilmiştir. Hükmün gerekçesinde, “*Bina veya etrafı çevrili eklentilerinde yapılan hırsızlığın cezası artırılırken, bu gibi yerlere giriş şekline önem verilmemiştir. Tarlada, tarım araçlarının korunması için yapılan kulübelerde işlenen hırsızlığında madde hükmüne girmesi sağlanmıştır. Ancak bina tanımına girmeyen bir yerde, örneğin otomobilde bulunan eşya hakkında muhafaza altına alınma koşulu aranmış, böyle kapıları kilitli olmayan veya camları kapatılmamış bir otomobildeki eşyanın çalınması halinde nitelikli hırsızlık kabul edilmemiştir*”. Kanun koyucu, kilit altında bulunan veya kapalı mahalde muhafaza edilen mala yönelik işlenen hırsızlık suçunda özel bir ağırlık ve tehlikelilik hali görmüştür. Hırsızlık suçunu işleme kastını taşıyan fail, kilit altında veya kapalı mahalde bulunan eşyanın bu şekilde korunmasını bile göze alarak, hırsızlık suçunu işlemeyi amaçladığından, hem faildeki kastın ağırlığı ve hem de malın muhafaza altında bulunmasına rağmen ihlal edilen hukuki yarardaki ağırlık, bu nitelikli suçun fail hakkında daha ağır ceza uygulanmasının dayanağını teşkil etmiştir.

Birinci fıkranın (c) bendinde; hırsızlık suçunun, halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde veya bunların belli varış veya kalkış yerlerinde bulunan eşya hakkında işlenmesi suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Hükmün gerekçesine göre, “*Bu gibi eşyanın yolcu veya araç personeline ait bulunması, keza yolcu veya personelin beraberinde bulunması gerekli değildir. Kargo ile nakledilen veya araçtan indirilen yahut yüklenmek üzere hazırlanan eşya da bu kapsama alınmıştır. Eşyanın muhafaza altına alınmış olması koşulu aranmamıştır. Aracın türü önemli değilse de, umuma tahsis edilmiş olması zorunludur. Bir vasıtanın umuma tahsis edildiği, bir bedel karşılığında herkes tarafından kullanılabilir olmasıyla değil, belirli bir yöne giden yolcuları veya eşyayı nakletmesiyle anlaşılır*”. Örneğin, halkın yararlanmasına sunulmuş belediye otobüslerinin içinde hırsızlık suçunun işlenmesi, suça konu eşyanın zilyedi kim olursa olsun nitelikli sayılmış, bu araçların durak ve istasyonlarında bulunan taşınır malların çalınması fiilleri de nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Belirtmeliyiz ki, 142. maddenin birinci fıkrasında sayılan birden fazla nitelikli halin bir fiilde buluşması durumunda faile, hükümde gösterilen bir ceza uygulanacaktır.

Birinci fıkranın (d), (e) ve (f) bentlerinde; hırsızlık suçunun, bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek amacıyla hazırlanan eşya hakkında; adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında ve elektrik enerjisi hakkında işlenmiş olması durumunda da suçun nitelikli halinin varlığı kabul edilecektir.

Bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek amacıyla hazırlanan eşyanın nitelikli hırsızlık suçuna konu olabilmesi için, mutlaka bir kamu kurum ve kuruluşuna ait olmasına gerek yoktur. Mağdur, önleyici veya olumsuz sonuçları giderici mahiyetteki bu tür taşınır malı kendisi de hazırlayabilir. Hatta bu eşyanın zilyedi özel bir şirket de olabilir. Hırsızlık fiilinin nitelikli halinin var sayılmasında, suçta konu eşyanın önemli olduğunu, bunun dışında malın zilyedi ve malikinin kim olduğunun suçun oluşumunda özellik taşımadığını belirtmek isteriz. Birinci fıkranın (d) bendini de bu şekilde anlamak gerekir. Dolayısıyla, Ülke veya bölgesel afet veya genel bir felaket olarak değerlendirilebilecek her türlü olumsuzluğun önüne geçebilmek, bu tür olumsuzlukların doğurabileceği veya doğurduğu zararları bertaraf etmek veya etkisini azaltmak amacıyla kim tarafından ve kimin için yapılmış olursa olsun bu taşınır malların hırsızlık suçuna konu edilmeleri halinde birinci fıkranın (d) bendi uygulama alanı bulmalıdır. Örneğin, depremde kullanılmak üzere hazırlanan deprem çantasının veya deprem öncesi uyarı aletlerinin çalınmasında, fail bu malzemeleri kullanım özellik ve amaçlarını bilerek buldukları yerden almışsa, elbette birinci fıkranın (d) bendinde gösterilen ceza uygulama alanı bulacaktır.

Kanun koyucu, hırsızlık suçunun bir afet veya yaygın bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletebilmek amacıyla hazırlanan eşya hakkında işlenmesini suçun vahim şekli olarak kabul etmiştir. Böylece, kamu güvenliği ve yararının korunması amaçlanmıştır. Burada eşyanın bulunduğu yer önemli olmadığı gibi, bu suçun afet veya felaketten önce işlenip işlenmemesinin de hırsızlık suçunun nitelikli sayılmasında etkisi olmayacaktır.

Yine kanun koyucu, tarlalarda bırakılan tarım araçları, inşaat yerine yığılan malzeme, köylerde örf ve adet uyarınca dışarıda bırakılan örneğin, buğday, saman, yiyecek ve yakacak maddeleri gibi adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılan eşya karşı hırsızlık suçunun işlenmesini de nitelikli hal olarak saymıştır. Kanun koyucu hükmün gerekçesine göre, “*Bunların çalınmalarında kolaylık bulunması, bu nitelikli halin kabulünde etken olmuştur*”. Kanaatimizce, bu gerekçe suçun nitelikli sayılması için isabetli ve yeterli bir gerekçe değildir. Sözkonusu gerekçe, etken olabilir, fakat dayanak olarak kabul edilemez. Bu fiilin nitelikli sayılmasındaki dayanak, toplumu oluşturan bireylerin birbirlerine karşı taşıdıkları güven duygusunun sarsılmasının önüne

geçilmesi ve yine zorunluluk gereği korumasız bırakılmak durumunda kalan eşyanın çalınmasının engellenmesidir.

Kanun koyucu 141. maddenin ikinci fıkrasında, iktisadi değer taşıyan her türlü enerjiyi taşıyan mal sayıp, suçun basit hali kapsamına almıştır. Ancak kanun koyucu 142. maddenin birinci fıkrasının (f) bendinde, hırsızlık suçunun elektrik enerjisine karşı işlenmesini nitelikli haller arasında saymıştır. Anladığımız kadarıyla kanun koyucu, elektrik enerjisine karşı sıklıkla işlenen hırsızlık suçlarının önüne geçmeyi hedeflemiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, hırsızlık suçunun birinci fıkraya nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlemiştir.

Maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde; hırsızlık suçunun, kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak işlenmesi nitelikli hal sayılmıştır. Gereğe göre, “*Mağdurun trafik kazası geçirmiş olması, akli veya bedensel bir hastalık veya sakatlıkla malul olması, malını koruyamayacak durumda olmasının örneklerini oluşturmaktadır. Hatta, bir yakınının ölüm haberini almış olmaktan doğan büyük bir üzüntünün neden olduğu panik halinin de aynı durumun doğurmuş bulunması olanaklıdır. Kişinin, örneğin geçirmiş bulunduğu kaza sonucu ölmüş olmasından yararlanılarak, üzerindeki veya yanındaki eşya hakkında hırsızlık suçunun işlenmiş olması da bu bent kapsamında mütalaa edilmiştir. Bu bent hükmünün uygulanabilmesi için, kişinin malını koruyamayacak duruma fail tarafından getirilmemiş olması gerekir. Aksi takdirde, duruma göre yağma suçunun veya bir başka suçu işlemek amacıyla kasten öldürme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir*”. Kanun koyucu, kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından ve ölmesinden yararlanan, yani kişinin bu durumunu gören ve/veya bilen failin, gerek kastındaki acımasızlık ve gerekse suça muhatap olan kişinin olumsuz vaziyetini cezanın ağırlatıcı sebebi saydığını görmekteyiz. Gerçekten de, kendisini veya malını koruyamayacak derecede mağdur durumda olan veya hayatını kaybeden kişilerden mal çalınmasında, kamu düzeninin hırsızlık suçunun basit şekline göre daha fazla bozulduğu, insani değerlerin zedelendiği kabul edilmelidir.

İkinci fıkranın (b) bendinde; hırsızlık suçunun, elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle veya özel beceriyle işlenmesi nitelikli hal kabul edilmiştir. Yankesicilik, kişisel çeviklik veya özel beceri göstererek, mağdurun elinde veya üstünde taşıdığı eşyanın alınması suretiyle işlenen hırsızlık fiilleri bu bent kapsamında değerlendirilmiştir.

Hükmün gerekçesine göre, “*Yankesicilik veya kişisel çeviklikle işlenen hırsızlık halleri bendin kapsamına girdiği gibi, bir hayvanı alıstırmak suretiyle ve ondan yararlanılarak işlenen fiiller hakkında da bendin uygulanması sağlanmıştır. Bunun gibi, yoldan giden bir kimsenin çantasını kapıp kaçmak suretiyle işlenen hırsızlık*”

da bu bent kapsamında mütalaa edilmiştir. Ancak bu son halde, direncini kırma amacıyla kişiye karşı cebir kullanılmamalıdır. Aksi takdirde, yağma suçu oluşur”.

Yolda yürüyen bir kimsenin taşıdığı çantayı alıp kaçmak suretiyle işlenen hırsızlık suçunu, bu suç mağdurun direncini kırmaya yönelik cebir veya tehdit uygulanarak işlenmemesi kaydıyla (b) bendi kapsamında nitelikli hal olarak değerlendirmek gerekir. Aksi halde elde veya üstte taşınan eşyayı çekip alınmanın ötesinde cebir kullanımı, yani eşyayı çalmak maksadıyla mağdura karşı uygulanan kuvvet kullanımında kapkaççılığın dışına taşınan yağma suçunun varlığını kabul etmek gerekecektir. Örneğin, fail tarafından mağdurun yanında veya cüzdanında taşıdığı çantanın herhangi bir kuvvet kullanımına ihtiyaç olmaksızın alınarak uzaklaştırılmasında nitelikli hırsızlık suçu olduğu halde, mağdurun omzuna veya boynuna asarak, beline bağlayarak, elinde sıkı sıkıya tutarak yürüdüğü çantasını çalmayı hedefleyen fail, bu çantayı çalabilmek için belirli bir kuvvet kullanmak zorunda kalacaktır. Fail, mağdurun boynuna veya eline asılacak, muhtemelen mağduru sarsacak, yere düşmesine neden olacak ve hatta sürüklenip ciddi şekilde yaralanmasına yol açacak fiil icra etmişse, bu durumda hırsızlık ile cebir ve şiddet fiillerinin kaynaşma hali olarak kabul edilen ve yeni bir suça vücut veren mürekkep suç hali olarak yağma, toplumda bilinen adıyla gasp suçu oluşacaktır.

İkinci fıkranın (b) bendi, sadece özel beceri kullanılması suretiyle hırsızlığı değil, elde veya üstte taşınan eşyanın cebir-şiddet ve/veya tehdit kullanılmaksızın çekilip alınmasını da nitelikli hırsızlık suçu saymıştır. Özel beceri olmasa da mağdur ile temas halinde bulunan bir eşyanın, ilgili hükme göre mağdurun elinde veya üstünde taşıdığı eşyanın cebir-şiddet veya tehdit kullanılmaksızın şahsi çeviklikle alınması halini de, 142. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendi kapsamında saymak gerekir. Bu hükmün amacı, elde veya iste taşınan eşyaya karşı çokça işlenen hırsızlık fiillerinden dolayı failerin ceza sorumluluğunu artırmaktır. “Özel beceri” kavramı ile “eşyayı çekip alma” kavramı arasında önemli fark vardır. İlkinde, failin sahip olduğu yetenekleri kullanmak suretiyle mağdurun elinde veya üstünde taşıdığı eşyayı alması, ikincisinde ise, herhangi bir özel beceri kullanımına başvurmaksızın şahsi çeviklikle failin eşyayı mağdurun elinden veya üstünden çekip alması durumu sözkonusudur. Şahsi çeviklik her ne kadar özel beceri gibi kabul edilebilirse de, kanun koyucunun amaçladığı “özel beceri” kavramından farklılık göstermektedir.

Yargıtay bu hükmü farklı yorumlayarak kararında, “Katılandan cep telefonunun istenip verilmemesi üzerine elinden almak biçiminde gerçekleşen eylemde, kapkaç olarak değerlendirilebilecek bir hareket tarzı veya mağdurun dalgınlığı veya dikkatinin dağıtılarak, savunma olanağının ortadan kaldırılması suretiyle gerçekleştirilen bir hırsızlık fiili bulunmadığından, eylem 5237 sayılı TCK'nun 141/1. maddesi hükmü kapsamında değerlendirilmelidir ... Bu açıklamalar

ışığında somut olay değerlendirildiğinde, mağdur ve sanık birbirini tanımakta ve aynı ortamda bulunmaktadır. Mağdurdan telefonunu isteyen sanık, olumsuz cevap alması üzerine mağdurun telefonunu elinden çekip almıştır. Eldeki eşyanın çekilip alınması suretiyle eylem gerçekleştirilmiş ise de, hüküm ile yaptırım altına alınan eylemler kapkaç ve yankesicilik suretiyle gerçekleştirilen fiillerdir. Olayda kapkaç olarak değerlendirilebilecek bir hareket tarzı bulunmadığı gibi, mağdurun dalgınlığı veya dikkatinin dağıtılarak savunma olanağının ortadan kaldırılması suretiyle de gerçekleştirilmiş bir eylem bulunmamaktadır.” ifadelerine yer vermiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.11.2007 gün, 2007/6-210 E. ve 2007/234 K. sayılı kararı).

Yargıtay, kanun koyucunun işaret ettiği aksine, 142. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinin uygulamasını daraltmaya çalışmıştır. Bir kişinin elinde veya üstünde bulunan eşyayı çekip almak için, deyim yerinde ise sihirbaz olmaya veya özel bir yetenek sergilemeye gerek bulunmamaktadır. Kanun koyucu bu noktada, o an kişinin elinde veya üstünde bulunmak suretiyle en yakın hakimiyet alanında yer alan eşyanın korunmasını ve bu tür mağdura dokunmak suretiyle işlenen hırsızlık suçlarının önüne geçmeyi hedeflemiştir.

İkinci fıkranın son cümlesinde; hırsızlık suçunun yukarıda izah ettiğimiz (b) bendinde belirtilen şekilde, beden veya ruh sağlığı bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar fail hakkında uygulanacak hapis cezasının üçte biri oranına kadar artırılacağı ifade edilmiştir. Böylece kanun koyucu, beden veya ruh sağlığı bakımından zayıf ve/veya korumasız olan kişilerin, hırsızlık suçunun (b) bendinde sayılan nitelikli haline karşı daha fazla korunması gerektiğini düşünüp, bu durumda bulunan kişilere karşı yankesicilik veya kapkaççılık yapanların daha ağır ceza ile cezalandırılacağını öngörmüştür. Kanun koyucu ikinci fıkranın (a) bendinden farklı olarak, bu ağırlatıcı sebebin uygulanmasında iki şartın biraraya gelmesini aramıştır. İlki, faile ve fiile ait şart olan yankesicilik veya kapkaççılık hareketi ve ikincisi de, mağdura ait şart olarak kabul edilmesi gereken, mağdurun olay anında beden veya ruh sağlığı bakımından kendisini savunamayacak durumda olmasıdır.

İkinci fıkranın (c) bendinde; hırsızlık suçunun, doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanmak suretiyle işlenmesi suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır. Hükümün gerekçesine göre, “*Kişinin içinde bulunduğu bazı durumlar, eşyası üzerindeki koruma ve gözetimi zayıflatır ve hatta ortadan kaldırabilir. Bu durumdan yararlanarak hırsızlık suçu kolaylıkla işlenebilir*”. Kanun koyucu bu hükümlerle, mağdurun içinde bulunduğu zor durumu ve bundan yararlanmaya çalışan failin kastındaki yoğunluk ile kötünüyetini dikkate alıp, daha ağır ceza tayini yolunu seçmiştir.

İkinci fıkranın (d) bendinde; hırsızlık suçunun, haksız yere elinde bulundurulmuş veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açarak işlenmesi hali suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır. Burada önemli olan, hırsızlık suçunun kilit açmak suretiyle işlenmesidir. Böylece kanun koyucu, kilitli muhafaza altına alınmış eşyanın hırsızlık suçuna konu edilmesini nitelikli haller arasında saymıştır.

Fail, haksız şekilde, örneğin başka bir suç işlemek suretiyle anahtarı ele geçirebileceği gibi, taklit anahtarla veya kapı kilidini açabilecek herhangi bir aletle kilitli kapıyı açabilir. Kanun koyucu bu noktada, hırsızlık suçunun işlenmesinde seçimlik hareketlere yer verdiğinden, fail tarafından bu hareketlerden herhangi birisinin icra edilmesi suçun maddi unsurunun hareket kısmının tamamlanması yönünden yeterli sayılmıştır. Fail, bir başka suç işleyerek, örneğin yağma veya hırsızlık suçu işlemek suretiyle anahtarı haksız şekilde elde etmiş olabilir. Bu durumda fail, anahtarı ele geçirmek amacıyla işlediği suçtan ve anahtarı kullanıp hırsızlık suçunu icra etmekten dolayı iki ayrı suçtan cezalandırılacaktır. Ancak bunun yanında, mağdur tarafından faile emanet olarak verilen anahtarın, kilit altında bulunan yerin açılması amacıyla kullanılması ve bu şekilde hırsızlık suçunun işlenmesi durumunda, eğer faile sadece anahtar emanet bırakılmış olup da, kilitli kapının içinde bulunan eşya failin emanetine bırakılmamışsa, bu durumda hem güveni kötüye kullanma ve hem de 142. maddenin birinci fıkrasının (b) bendindeki hırsızlık suçunun nitelikli hali fail tarafından işlenmiş sayılacaktır. Bununla birlikte, mağdur tarafından faile anahtarın yanında eşya da emanet bırakılmışsa, failin anahtarı kullanmak suretiyle kilitli kapıyı açtığı içindeki eşyayı alması durumunda hırsızlık suçundan değil, TCK m.155'de yer alan güveni kötüye kullanma suçunun işlendiğinden bahsedilecektir. Ancak kilitli yerin anahtarının emanete bırakılmasında, emanete bırakılanın sadece anahtar olmayıp, kilitli kapının ardında bulunan eşyayı da kapsaması gerektiği fikri ileri sürülebilir. Kanaatimizce, bu noktada anahtarın faile bırakılma amacına ve bu amacın kilitli kapının ardında bulunan eşyayı kapsayıp kapsamadığına bakılmalıdır. Eğer mağdur anahtarı, sadece bir yerden bir yere götürülmesi, birisine verilmesi veya gelecek birisi tarafından alınması maksadıyla faile bırakmışsa, bu halde hem TCK m.155'de düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu ve hem de 142. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde tanımlanan nitelikli hırsızlık suçu oluşacaktır.

Hükümde geçen taklit anahtar ve diğer bir alet kavramları, orijinal anahtarın çoğaltılması, kapıyı açabilecek yeni bir anahtar imal edilmesi, kilidi açmaya yarayacak maymuncuk gibi aletlerin kullanılması anlamına gelmektedir. Kilidin açılması sırasında zarar görmesi halinde, bu hükmün tatbik edilip edilmeyeceğini tartışmak gerekir. Hükme göre, diğer bir aletle kilit açmak suretiyle hırsızlık suçunun icra edilmesinden bahsedildiğinden, kilidin kırılmadan açılması ve

zarar görmemesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, kilit kırılmak suretiyle kapı açılmışsa, bu durumda zarar vermek, 142. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen hırsızlık suçu ile sözkonusu yer konut veya işyeri ise, konut dokunulmazlığını ihlal suçu için öngörülen cezaların fail hakkında birlikte uygulanması gündeme gelecektir.

765 sayılı mülga Ceza Kanununun 493/1. madde hükmü, hırsızlığı işlemek veya çalınmış malı başka yere kaldırmak için duvar, kapı, pencere, demir parmaklık, kasa ve sandık gibi eşyayı yıkmak, devirmek, kırmak, delmek veya mahvetmek hırsızlık suçunun ağırlatıcı hali olarak tanımlanmıştır. Ancak yürürlükteki 5237 sayılı Kanun, mülga Kanunda yer alan bu tür bir ağırlatıcı nedeni öngörmeyerek, duvar, kapı, pencere gibi eşyayı kırmak suretiyle hırsızlık suçunu işleyen fail hakkında, hem hırsızlıktan ve hem de mala zarar vermekten ayrı ceza uygulanmasının önünü açmıştır. Oysa fail, kastettiği hırsızlık suçunu işleyebilmek için kilitli kapıyı kırmak zorundadır. Yine hırsız, evde bulunan eşyayı çalmak için konut dokunulmazlığını da ihlal etmek zorundadır. Esas itibariyle failin buradaki kastı, kapıyı kırmak veya konut dokunulmazlığını ihlal etmek değildir. Bu tür fiilleri, ayrı fiiller şeklinde değerlendirip birden fazla ceza tatbik etmek yerine, amaç suçun ağırlatıcı sebebi saymak isabetli olacaktır.

İkinci fıkranın (d) bendinde düzenlenen suçun gerçekleşmesinde önemli olan, kilit altında bulunan yerin hükümde gösterilen seçimlik hareketlerden birisiyle açılmış olmasıdır. Sözkonusu yer kilitli değilse veya anahtarı üzerinde unutulmuşsa ya da yukarıda bahsettiğimiz üzere anahtar failin ulaşabileceği bir yerde veya kendisine emanet verilmişse, bu durumda hükümde tanımlanan hırsızlık suçunun nitelikli hali oluşmayacak, birinci fıkranın (b) bendinde tanımlanan nitelikli hırsızlık suçunun varlığı gündeme gelecektir.

İkinci fıkranın (e) bendinde; hırsızlık suçunun, bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde failin daha ağır ceza ile cezalandırılmasını gerekli kılan nitelikli hal öngörülerek, son zamanlarda yaygınlaşan, günlük hayatımızın her anına giren, sıklıkla kullanılan internet ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılıp, bu yolla hırsızlık suçunun işlenmesinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Böylece kanun koyucu tarafından, internet ve bilişim sistemlerinin kullanmak suretiyle hırsızlık suçunun işlenmesi halinde, internet ve bilişim sistemlerine duyulan güvenin korunması, bu gibi sistemlerin öneminin ve kullanımının artırılması amaçlanmıştır.

Hükümde, bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle zilyedinin rızası olmaksızın başkasına ait taşınır bir malın, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alınması hırsızlık suçunun nitelikli hali sayılmıştır. Elbette burada fiilen malın bulunduğu yerden alınması değil, bilişim sistemi kullanılarak hesapta bulunan bir paranın başka bir yere aktarılması veya internet bankacılığı vasıtasıyla hesaptaki paranın çekilmesi veya kredi

kartı bilgileri yoluyla harcama yapılması gündeme gelebilir. Tüm bunlarda fail, başkasına ait taşınır bir malı bulunduğu yerden fiilen almamakla birlikte, bilişim sistemi sayesinde taşınır malın kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla izinsiz şekilde başka bir yere naklini ve kullanılmasını sağlar.

Fail, hırsızlık suçunun tanımını aşan bir şekilde ve hileli davranışlarla aldatıcı hareketlerde bulunmuşsa, bu durumda hakkında TCK m.158/1,f'de yer alan nitelikli dolandırıcılık, bundan başka banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suretiyle yarar sağlamışsa da bu durumda hakkında TCK m.245'de düzenlenen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılmasına ilişkin ceza tatbik edilecektir. TCK m.158 ve 245'de yer alan hükümler özel düzenlemeler olup, failin icra hareketleri bu hükümlerde yer alan tanımlara uyduğu takdirde, fail nitelikli hırsızlık suçundan değil, somut olayın özelliklerine göre nitelikli dolandırıcılık veya banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır.

Ancak fail, banka kredi kartını çalmış ve ardından da çaldığı kredi kartını kullanmışsa, bu durumda hırsızlık ve kredi kartının kötüye kullanılması suçları işlenmiş olacaktır. Bu durumda, fail hakkında iki ayrı suçtan ceza sorumluluğunun öngörülmesi, “*non bis in idem*” prensibini de ihlal etmeyecektir. Çünkü burada, korunan iki ayrı hukuki yararın iki ayrı fiille ihlal edilmesi gündeme gelecektir. Fail, önce fiziki olarak kredi kartını çalmakta, ardından da çaldığı bu kredi kartını kullanmak suretiyle menfaat elde etmektedir.

245. maddenin birinci fıkrasında yazılı olan, “*Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, ...*” ifadesine dayanarak, fail tarafından icra edilen eylemlerin kredi kartını kötüye kullanma şeklinde tek bir suç kabul edilmesi gerektiğini, birinci fıkrada yazılı olan ibare nedeniyle hırsızlık fiilinin ayrıca suç kabul edilemeyeceğini, hırsızlık fiilinin 245. maddenin birinci fıkrasında yazılı olan suç tanımı içinde yer aldığını ileri sürmek isabetli değildir. Kanun koyucu, “*Her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse*” hükmüne yer verirken, hırsızlık fiilini bileşik suç gibi görüp, kredi kartının kötüye kullanılması suçunun unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olarak göstermemiştir. Kanun koyucu burada, hukuka aykırı şekilde kredi kartının failin elinde bulunup bulunmadığına önem vermiştir. Eğer fail, elinde bulundurduğu başkasına ait kredi kartını kullanmak amacıyla almışsa, bu durumda failin kullanım amacına uygun hareket etmesi kaydıyla suç gerçekleşmeyecektir. Ayrıca, fail tarafından kredi kartının ele geçirilmesi hırsızlık dışında kalan hukuka aykırılıklar yoluyla da mümkündür. Bu sebeple, hırsızlık fiilini TCK m.245/1 düzenlemesi içinde görmemek ve ayrıca değerlendirmek gerekir.

Somut olayda, kötüye kullanılan kredi kartının ele geçirilme şekli hırsızlık vasıtasıyla olmuşsa, bu durumda fail hakkında hırsızlık fiilinden dolayı ceza

sorumluluğu ortaya çıkacak, fakat kötüye kullanılan kredi kartının elde edilme şeklinde hırsızlık sözkonusu değilse, fail yönünden yalnızca TCK m.245'deki ceza sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle nitelikli hırsızlık ile nitelikli dolandırıcılık suçlarını birbirinden ayırmak gerekir. Nitelikli dolandırıcılık suçunda, bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hileli davranışlar icra eden fail tarafından mağdurun aldatılması gerekmektedir. Fail, bu şekilde bir aldatma olmaksızın mağdurun rızası hilafına taşınır malını, örneğin parasını kendisinin veya başkasının hakimiyet alanına geçirebilir. İşte bu noktada nitelikli hırsızlık suçu gündeme gelecektir.

Nitelikli hırsızlık suçu ile banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu arasında da fark vardır. TCK m.245/1'de düzenlenen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunda fail, başkasına ait bir banka veya kredi kartını her ne şekilde olursa olsun fiilen eline geçirmeli veya bu kart failin tasarruf alanında bulunmalıdır. Fail, kart sahibinin rızası olmaksızın kartı kullanmak veya kullandırtmak suretiyle yarar sağlamalı veya sağlatmalıdır. Burada failin kartı hukuka aykırı ele geçirip geçirmemesi önem taşımaz. Önemli olan, failin her ne şekilde olursa olsun eline geçirdiği kartla, o kartın sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın işlem yapıp yarar sağlamasıdır. Nitelikli hırsızlık suçunda ise, kartın failin elinde olmasına gerek bulunmamaktadır. Zaten kartın failin elinde bulunduğu durumlarda TCK m.245/1 uygulama alanı bulacaktır. Nitelikli hırsızlık suçunda fail, elinde banka veya kredi kartı olmaksızın bilişim sistemini kullanarak, bir hesaptan sahip olduğu bilgiler vasıtasıyla para çekilmesini, kendisinin veya başkasının hesabına havale yapılmasını sağlamayı amaçlamaktadır.

Her ne kadar 158. maddenin birinci fıkrasının (f) bendinde, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenen dolandırıcılık suçunun nitelikli kabul edileceği belirtilmişse de, fiilin dolandırıcılık sayılabilmesi için, fail tarafından mağduru aldatan hileli davranışların ortaya konulması gerektiği gözardı edilmemelidir. Fail, herhangi bir aldatıcı nitelikte hileli davranışa başvurmaksızın elde ettiği bilgiler vasıtasıyla bilişim sistemi kullanarak, mağdurun banka hesabından kendi hesabına para aktarmışsa, bu durumda sırf bankanın araç olarak kullanılması fiilin nitelikli dolandırıcılık sayılması için yeterli olmayacak, sözkonusu fiil nitelikli hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilecektir.

İkinci fıkranın (f) bendinde; hırsızlık suçunun, tanınmamak için tedbir olarak veya yetkili olmadığı halde resmi sıfat takınarak işlenmesi de suçun nitelikli hali olarak sayılmıştır. Hükmün gerekçesine göre, "*Kişi, kendisini tanınmayacak hale getirmekle, yakalanmasını önlemek ve böylece cezasız kalmasını sağlamak amacı gütmektedir. Keza, kişinin kamu görevlisi sıfatını takınması*

suretiyle hırsızlık suçunun işlenmesi halinde, bu sıfatın verdiği kolaylıktan yararlanma sözkonusudur”. Kanun koyucu, faildeki hırsızlık suçunu işleme kastının yoğunluğunu dikkate alarak, failin tanınmamak için tedbire başvurmasındaki veya yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınmasındaki vahametini daha ağır cezalandırılmasını öngörmüştür. Fail, tanınmasını önleyecek tedbiri yüzünü kapatmak, maske takmak veya boyanmak, peruk takmak ya da örtünmek suretiyle alabilir. Ancak, suçun mağduru veya tanığı, tanınmamak için tedbir alan faili yine de tanıyabilir. Bu durumda önemli olan, failin tanınıp tanınmaması değil, tanınmamak için aldığı tedbirin varlığıdır.

Yine fail, yetkisi olmadığı halde resmi sıfat sahibi gibi hareket ederek, hırsızlık suçunun işlenmesini kolaylaştırabilir. Örneğin fail, kendisine polis veya bekçi ya da güvenlik görevlisi süsü verebilir. Burada failin kamu görevlisi olup olmaması değil, yetkisi olmadığı halde takındığı resmi sıfatı taşıyıp taşımadığı önemlidir. Fail, yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınmış ve bu yolla hırsızlık suçunu işlemiş veya işlemeye teşebbüs etmişse, bu durumda ikinci fıkranın (f) bendi uygulama alanı bulacaktır.

TCK m.264/1’de, bir rütbe veya kamu görevinin veya mesleğin resmi elbisesini yetkisi olmaksızın alenen veya başkalarını yanıltacak şekilde giyen kimsenin üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, elbisenin sağlayacağı kolaylık ve olanaklardan yararlanarak bir suç işlenirse, yalnız bu fiilden dolayı birinci fıkrada belirtilen ve üçte biri oranında artırılacak cezanın fail hakkında tatbiki yoluna gidileceği ifade edilmiştir. Özellikle 264. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun cezasının, Kanununun 142. maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendinde yer alan, “*yetkisi olmadığı halde resmi sıfatı takınarak*” nitelikli hali yönünden faile uygulanacak cezanın yanında uygulanabileceğini belirtmek isteriz.

Kanun koyucu, failin taşıdığı resmi sıfattan veya kamu görevlisi olması sebebiyle kullandığı kamu kudretinden faydalanarak hırsızlık suçunu işlemesi halini bir ağırlatıcı sebep olarak öngörmemiştir. 142. maddenin bu yönüyle eksik olduğunu, özellikle kamu görevlisi sıfatını veya resmi yetkisini kullanarak hırsızlık suçunu işleyen failin daha ağır ceza ile cezalandırılması gerektiğini belirtmek isteriz. Kanaatimizce kanun koyucu, kamu görevlisi sıfatının veya resmi yetkinin sağladığı kolaylıkla hırsızlık suçu işleyen fail hakkında, hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak daha ağır bir ceza öngören düzenlemeye yer vermeli idi. Aynı eksikliğin yağma suçu bakımından da geçerli olduğunu söylemek isteriz (bkz. TCK m.148 ve m.149).

İkinci fıkranın (g) bendinde; hırsızlık suçunun, barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerde bulunan büyük veya küçükbaş hayvanlar hakkında işlenmesi de nitelikli haller arasında sayılmıştır. Burada kanun koyucu, büyük veya küçükbaş

hayvan hırsızlığının önüne geçmeyi hedefleyerek, hayvan hırsızlığı fiilini işleyenlerin daha ağır ceza ile cezalandırılmasını öngörmüştür.

142. maddenin üçüncü fıkrasında; hırsızlık suçunun, sıvı veya gaz halindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi halinde, fail hakkında maddenin ikinci fıkrasında gösterilen cezanın tatbik edileceği kabul edilmiştir. Böylece kanun koyucu, 142. maddenin birinci fıkrasının (f) bendinde elektrik enerjisi ve maddenin üçüncü fıkrasında da sıvı ve gaz halindeki enerjiye yönelik hırsızlık suçlarının işlenmesine daha ağır cezalar öngörmüştür. Maddede sayılan enerjilerin kamuya ait olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle, elektrik, sıvı veya gaz halindeki enerjiye yönelik olarak işlenen hırsızlık suçlarının mağdurunun sadece kamu tüzel kişileri değil, özel tüzel veya gerçek kişiler olabilmesi mümkündür.

Maddenin üçüncü fıkrasında sayılan sıvı veya gaz halindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenen hırsızlık suçlarının, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilmesi durumunda, failer hakkında üst sınırı daha da ağırlaştırılmış olan, onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmedilecektir. Her ne kadar, üçüncü fıkrada sayılan hapis cezasının alt sınırı gösterilmese de, burada TCK m.49'da öngörülen bir aylık hapis cezası alt sınırı değil, üçüncü fıkrada tanımlanan suçun cezası olarak öngörülen üç yıllık hapis cezası alt sınırı uygulanacaktır. Burada uygulanacak üst sınır hapis cezası ise, hükümde azami onbeş yıl olarak gösterilmiştir Hükümde yer alan para cezası yönünden ise, alt sınırın tespitinde TCK m.52'de öngörülen beş gün, üst sınır olarak da 142. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan onbin günlük adli para cezası uygulama alanı bulacaktır.

Maddenin sonradan eklenen dördüncü fıkrasına göre, hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmaz. Kanun koyucu, konut ve işyeri dokunulmazlığı ihlal edilerek işlenen hırsızlık suçu yönünden suçların içtimainı kabul etmeyerek, evde ve işyerinde bulunan eşyayı çalanlara TCK m.116'da suç olarak tanımlanan ve takibi şikayete bağlı tutulan konut ve işyeri dokunulmazlığını ihlal suçu için öngörülen cezanın ayrıca uygulanacağını öngörmüştür. Böylece, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 492. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde sadece bir ağırlatıcı neden olarak kabul edilen kapalı mahallerden hırsızlık suçu, 5237 sayılı Kanunun 142. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ağırlatıcı sebep sayılmasının yanında, aynı maddenin dördüncü fıkrası tarafından konut/işyeri dokunulmazlığını ihlal suçundan da faile ayrıca ceza uygulanmasını gerekli kılmıştır.

Kanaatimizce, hem mürekkep suç saymak suretiyle hırsızlık suçunun kapalı mahallerde işlenmesini ağırlatıcı hal olarak düzenlemek ve hem de konut/işyeri

dokunulmazlığını ihlalden dolayı fail hakkında ceza tatbiki yoluna gitmek, ceza adaletini, suç siyasetini, suçların içtimai müessesesi ile ne bis in idem (bir suçtan iki ceza verilmez) prensibini ihlal etmiştir. Çünkü kanun koyucu kapalı mahallerde işlenen hırsızlık suçunu suçun basit hali olarak öngörmeyip, nitelikli haller arasında saymıştır. Artık bu durumda kapalı mahalde hırsızlık suçunu işlemeyi amaçlayan failin, zorunlu olarak işlediği konut/işyeri dokunulmazlığını ihlal suçundan cezalandırılmaması gerekir. Ayrıca faildeki kast, sadece hırsızlık suçunu kapsamakta, bunun dışında failde konut/işyeri dokunulmazlığını ihlal kastı bulunmamaktadır. Failin hedefi, ev veya işyerinden taşınır mal çalmak olup, konut veya işyeri dokunulmazlığını ihlal etmek değildir. Bu sebeple, Kanunun 142. maddesine sonradan eklenen dördüncü fıkranın konut dokunulmazlığı ile ilgili kısmının isabetli olmadığını, mürekkep suç teorisini gözardı ettiğini ve adaletsizliğe yol açacak şekilde çifte cezalandırma yolunu açtığını belirtmek isteriz. Buradaki sorun, kapalı mahalde hırsızlık suçu işleyen faile yönelik konut/işyeri dokunulmazlığını ihlal ettiği iddiasıyla şikayet şartı aranmaksızın soruşturma ve kovuşturma açılması olmayıp, nitelikli hırsızlık suçunun yanında bu suçtan da ayrıca faile ceza verilmesidir.

Yürürlükteki Ceza Kanunu, 142. maddenin dördüncü fıkrası ile de kişi hak ve hürriyetlerini daha fazla müdahale etme, kişiyi daha fazla cezalandırma ve bir fiilden dolayı birden fazla ceza verme mantığını taşıdığını ortaya koymuştur. Örneğin, hırsızlık için eve veya işyerine girmiş olan ve bu sırada kamerayı gören fail, kamerayı bulunduğu yerden sökmüş, sökerken de zarar vermiş, sonrasında söktüğü kısmı yanında götürmüş veya götürmeyip olay yerinde bırakmıştır.

142. maddenin dördüncü fıkrasını dikkate aldığımızda, fail hakkında hırsızlık suçunun yanında konut dokunulmazlığını ihlal ve en önemlisi mala zarar verme suçlarından ceza tatbik edilmesi ileri sürülebilecektir. Kanaatimizce, fail tarafından icra edilen hareketlerin tümü hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Fail, hırsızlık suçunu işlemek amacıyla icra hareketlerini işlemiştir. Tüm gerçekleştirdiği icra hareketlerinde failin hedefi, kastettiği hırsızlık suçunu işlemek, bu sırada da ortada delil bırakmayıp kaçmaktır. Bu amaçla, kendisini görüntülediğini tespit ettiği kamerayı söken ya da gördüğü kamerayı beğenen failin, kamerayı yerinden sökerken kırması fiili, menkul mala zarar verme olarak değerlendirilmemelidir. Ancak kanun koyucu, bu gibi durumlarda ceza sorumluluğunu genişletecek ve suçların içtimaini bozacak şekilde düzenleme öngörmüştür.

Bir taraftan kapalı mahalde hırsızlık fiilinin işlenmesini nitelikli hal sayan kanun koyucu, diğer taraftan konut ve işyeri dokunulmazlıklarının ihlalini dikkate almak suretiyle “non bis in idem” ilkesini ihlal edecek kurala yer vermiştir. Bir ihtimal, delil ortadan kaldırmak amacıyla fail tarafından kameranın bozulması veya kırılması fiilinin mala zarar verme olduğu iddia edilebilir ki,

kanaatimizce bu tür bir ceza sorumluluğunun kabulü, hem 1982 Anayasası'nın 38. maddesine ve hem de “*Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme*” normuna aykırı olacaktır. Çünkü suç işleyen bir kişinin kendi aleyhinde beyanda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamayacağı, Anayasanın 38. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 281. maddesinde yer alan hüküm de, elbette asıl suçu işleyen fail dışında kalan kişilerle sınırlı tutulmuştur.

Kanun koyucu, hırsızlık suçunun işlenmesi sırasında mala zarar veren fail hakkında şikayet şartı aranmaksızın soruşturma ve kovuşturma yapacağını belirtmiştir. Mülga 765 sayılı Kanununun 493. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde, ağırlatıcı hal olarak kabul edilen hükme, 142. maddede yer verilmediğini görmekteyiz. Böylece, hırsızlık suçunun işlenmesi sırasında menkul veya gayrimenkul olması fark etmeksizin mala kasten zarar veren fail hakkında TCK m.151'de gösterilen ceza uygulanacaktır. Elbette mala zarar verme suçunun kasten işlenmesi gerekir. Aksi halde taksirle, yani, neticeyi istemeksizin tedbirsiz ve dikkatsiz davranarak mala zarar veren fail hakkında TCK m.151 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır.

Suçun gece vakti işlenmesi

MADDE 143–(1) Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar artırılır.

Açıklama: Madde metninde, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi durumunda cezanın artırılması öngörülmüştür. Gece vaktinden ne anlaşılması gerektiği, Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, “*güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi*” olarak tanımlanmıştır.

Kanun koyucu her ne kadar hırsızlık suçunda, malvarlığının korunması hukuki yararından hareket etmiş olsa da neticede, huzur ve güvenliğin korunmasına, suçun işlendiği zamana, bu zamanın hırsızlık suçunun işlenmesine ne derece elverişli olduğuna, bu noktada failin kastındaki yoğunluğa, gece vakti dinlenmeye çekilen bireylerin düzeninin korunmasına, bu düzenin bozulmasındaki ağırlığa özel önem vererek, gece vakti hırsızlık suçu işleyen failin cezasının artırılmasını öngörmüştür.

Buradaki artırım hakim tarafından, suçun basit hali ve nitelikli halleri bakımından gösterilen cezalar üzerinden üçte birine kadar artırılmak suretiyle yapılacaktır. Artırılacak ceza oranı konusunda hakime bir takdir yetkisi verildiğini düşünmekteyiz. Çünkü kanun koyucu, “*verilecek ceza üçte bir oranında artırılır*” hükmüne yer vermeyip, “*verilecek ceza üçte birine kadar artırılır*” ibaresini öngörmekle, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde cezada üst sınırı belirli bir artırım oranı gözeterek, bu oranın tayin yetkisini somut olayın

özelliklerine göre hakime bırakmıştır. Hakim, somut olayın özelliklerini dikkate alıp, gerekçe göstermek suretiyle gece vakti işlenen hırsızlık suçu bakımından farklı artırım oranlarının uygulanması hususunda karar verme yetkisine sahiptir.

Daha az cezayı gerektiren haller

MADDE 144–(1) Hırsızlık suçunun;

a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde,

b) Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla,

İşlenmesi halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

Açıklama: Madde, hırsızlık suçunun daha az cezayı gerektiren hallerini ortaya koymuştur. Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde; hırsızlık suçunun, paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde işlenmesi halinde takibinin şikayete bağlı olduğu ve faile uygulanacak cezanın da suçun basit ve nitelikli halleri için öngörülen cezaya göre daha az düzenlendiği görülmektedir. Kanun koyucu madde metninde, hırsızlık suçunun basit ve nitelikli halleri arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır.

Kanun koyucu hükmün gerekçesinde, “*Madde metninde, hırsızlık suçunun temel şekline göre daha az ceza gerektiren haller tanımlanmıştır.*” cümlesine yer verilerek, daha az cezayı gerektiren bu hallerin 142. ve 143. maddelerde gösterilen hırsızlık suçunun nitelikli durumlarına uygulanmayacağı açıklanmaya çalışılmıştır. Bu gerekçeye katılmak mümkün değildir. Madde metninde, bu şekilde bir sınırlamanın yapılmadığını görmekteyiz. “*Suçta ve cezada kanunilik*” prensibi gereğince de, hükümde yer alamayan hususun yorumla hükme dahil edilmesi mümkün değildir. Hükmün gerekçesi her ne kadar hükmün anlamının ve kanun koyucunun gerçek iradesinin ortaya çıkarılması amacıyla kullanılsa da, hem bağlayıcı değil ve hem de madde metninin lafzının çıkılmasına imkan tanımaz. Bu nedenle, hırsızlık suçunun hangi türü olursa olsun 144. maddede düzenlenen hallerin gerçekleşmesi durumunda fail hakkında daha az ceza uygulanacaktır. Bu durumun adalet duygusunu rencide ettiği iddia edilmekte ise, kanun koyucunun 144. madde ile ilgili yeniden düzenleme yapmasının kaçınılmaz olduğunu, aksi uygulamanın “*suçta ve cezada kanunilik*” prensibini ve bu prensibin doğal sonucu olan fail lehine uygulama esasını ihlal ettiğini belirtmek isteriz. Örneğin, kullanma hırsızlığı suçunu düzenleyen 146. madde de ayrı bir ceza gösterilmeyip, temel cezalar üzerinden yarı oranında indirim yapılacağı öngörülmüştür. İşte buna benzer bir düzenleme 144. maddede yapılmış olsa idi, bu halde suçun nitelikli halleri ile basit hali bakımından farklı cezaların tatbiki gündeme gelebilecekti. Ancak kanun koyucu, suçun işleniş şekli ve özelliklerini değil, hırsızlık suçuna konu olan malın hukuki durumuna önem vermiştir.

Kanun koyucu suça konu malın hukuki niteliğini dikkate alarak, failin bu mal üzerinde müşterek (paydaş) veya iştirak (elbirliği) halinde malik sıfatını taşımamasını cezanın hafifletici sebebi olarak öngörmüştür.

Fail, bir mal üzerinde ortak malik sıfatını taşıyabilir. Paydaş, müşterek mülkiyette, birkaç kişinin bir mala ortak sıfatıyla malik olmaları ve paylarının fiilen bölünmemiş olması durumundaki ortaklık sözkonusudur. Örneğin, bir malın üç kişi tarafından payları belli olacak şekilde ortak satın alınması paydaş mülkiyet sayılır. Elbirliği, yani iştirak halinde mülkiyette ise, yasadan veya sözleşmeden dolayı bir ortaklık bağı ile bağlı bulunan kimselerin, bu ortaklıkları sebebiyle bir malın mülkiyetine elbirliğiyle sahip olmaları ve herbirinin hakkını o malın tamamını kapsadığı mülkiyet biçimi olarak tanımlanabilir. Elbirliği mülkiyetine miras ortaklığı örnek verilebilir.

Bir taşınır malın 144/1, a'da gösterilen hukuki statüye girip girmediği, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 688 ila 703. maddelerine göre belirlenir. 144. maddenin tatbiki için, suçun işlendiği anda taşınır malın statüsünün paydaş veya elbirliği mülkiyetten birisinin kapsamında bulunması gerekir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, failin mal üzerinde aynı zamanda zilyetliğinin bulunmasına ihtiyaç yoktur. Ancak fail, suça konu mal üzerinde paydaş veya elbirliğiyle malik olduğunu ispatlamalıdır. Bir başka ifadeyle, failin bu yöndeki savunmasının doğruluğu savcılık makamı ve/veya mahkeme tarafından araştırılmalıdır. Failin üstleneceği ispat külfetini de bu şekilde anlamak gerekir.

Hükmün (a) bendi ile ilgili gerekçede, "Suçun bu şeklinin oluşması için, failin malın hukuki durumunu bilmesi gerekir." ifadesine yer verilerek, failin taşınır mal üzerinde paylı veya elbirliğiyle malik olduğunu bilmemesinin daha az cezayı gerektiren hallerin uygulanmasını engelleyeceği anlamı ortaya konulduğunu görmekteyiz. En azından sözkonusu gerekçe bu şekilde yanlış anlaşılmaya elverişli gözükmemektedir. Failin, hırsızlık suçuna konu mal üzerinde paylı veya elbirliği biçiminde maliklik sıfatını bilip bilmemesi suçun manevi unsuru, suç işleme saiki ve faildeki kast unsuru ile ilgilidir. Bunun dışında failin, hırsızlık suçuna konu taşınır malın hukuki durumunu bilmemesi, suçun maddi unsurunu etkilemeyi engellemeyecektir. Bu sebeple her ne kadar fail, üzerinde kendisine ait bir hak bulunmadığını düşündüğü ve bildiği bir malı çaldığına inansa da, bu durum mal üzerindeki mülkiyetin niteliğini etkilemeyecek ve TCK m.144/1, a'nın uygulanmasının da önüne geçemeyecektir. Faildeki suç işleme kastı ve subjektif olarak taşıdığı tehlikelilik hali, tek başına hırsızlık suçunun maddi unsurunun gözardı edilmesi suretiyle daha ağır cezanın uygulanmasına yeterli olmayacaktır.

Hükmün (b) bendinde; hırsızlık suçunun, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlenmesi de daha az cezayı gerektiren hal olarak tanımlanmıştır. Fail, hukuki ilişkiye dayanan alacağının varlığını ortaya koymak ve

bunu kanıtlamak zorundadır. Bu noktada, hukuki ilişkiden kaynaklanmayan, bir başka ifadeyle hukuki dayanağı olmayan alacak iddialarının bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu, bu hükümle bir tür ihkakı hak düzenlemesi öngörmüştür. Bir kişinin hukuki ilişkiye dayanan alacağının olması, elbette bu alacağın tahsili amacıyla hukuka aykırı yol ve yöntemlere başvurmaya imkan tanımaz. Fail, alacağını hukuk sisteminin ortaya koyduğu meşru yol ve yöntemlerle tahsil etmek zorundadır. Bir ceza normunu ihlal ederek alacağını tahsil etmeye çalışan failin, hukuki açıdan haklı görülmesi mümkün değildir. Failin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağının varlığını kanıtlaması ve bu maksatla failin hırsızlık suçunu işlediğinin anlaşılması durumunda, fail hakkında suçun temel haline nazaran (basit ve nitelikli halleri dahil) daha az ceza içeren 144. maddenin tatbiki yoluna gidilecektir.

144. maddede gösterilen her iki halde de soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdurun şikayetine bağlı tutulmuştur. Mağdur şikayet etmediği sürece, fail hakkında soruşturma ve kovuşturma açılması mümkün değildir. Mağdur, şikayet ile başlayan soruşturma ve devam eden kovuşturma aşamalarında TCK m.73 çerçevesinde şikayetinden vazgeçme hakkına da sahiptir.

Malın Değerinin Az Olması

MADDE 145–(1) Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de gözönünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Açıklama: Hükmün gerekçesine göre, “Madde metninde, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle cezada indirim yapılması veya ceza vermekten sarfinazar edilmesi konusunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır”. Kanun koyucu, korunan hukuki yararın malvarlığı olduğu hırsızlık suçunda, malın değerindeki azlığı bir ceza indirimi ve hatta suçun işleniş şekli ve özellikleri yönünden faile ceza vermekten vazgeçilmesi sebebi olarak kabul etmiştir. Bu noktada kanun koyucu, malın değerindeki azlığın ne olduğuna, ceza indirim miktarı ile suçun işleniş şekli ve özelliklerinin göz önünde bulundurulması suretiyle ceza vermekten vazgeçilmesindeki takdir yetkisini hakime bırakmıştır. Hakim, somut olayda malın değerindeki azlığı, suçun işleniş şeklini ve özelliklerini dikkate almak suretiyle karar verme yetkisine sahiptir. Malın değerindeki azlık, her somut olaya ve olayın özellikleri ile Ülke veya bölgenin içinde bulunduğu iktisadi şartlara göre değişkenlik gösterebilir de, bu konuda ortaya çıkan emsal yargı kararlarıyla ölçütlerin tespiti, özellikle “eşitlik” ilkesinin zedelenmemesi açısından önem taşımaktadır. Her ne kadar hakim, her somut olayın özelliğine göre hırsızlık suçuna konu malın değerindeki azlığı ayrıca tespit edebilir veya ettirebilirse de, bu konuda bir takım somut

ölçütlerin kabulü kaçınılmazdır. Bu ölçütlere 145. maddede yer verilmediğini ve konunun tümüyle yargı makamına bırakıldığını görmekteyiz.

145. maddenin ortaya koyduğu yegane ölçüt, malın değerindeki azlık sebebiyle faile ceza vermektен vazgeçilmesi ile sınırlı tutulmuştur. Bu ölçüte göre hakim, suçun işleniş şekli ve özelliklerini gözönüne almak ve bu hususu kararında gerekçelendirmek suretiyle ceza vermektен vazgeçebilecektir. Hakimin ceza vermektен kaçınabileceği hali suçun basit hali olarak gösterilen m.141 ve daha az cezayı gerektiren halleri düzenleyen m.144 ile sınırlı anlamak gerekir. Kanununun 142 ve 143. maddelerinde sayılan nitelikli haller yönünden, hatta Kanununun 144. maddesinde gösterilen hallerden birisinin dahi gerçekleşmiş olması durumunda, hakim tarafından ceza vermektен tümü ile vazgeçilmesi sözkonusu olmayacaktır. Çünkü kanun koyucu, hükümde yer verdiği “*suçun işleniş şekli ve özellikleri*” ibaresi ile cezadan muafiyet konusunda hakimın takdir yetkisine yönelik bir sınırlama getirmiştir.

Fail, değerini çok zannederek mal çalabileceği gibi, değerini çok az zannederek kıymetli bir mal çalabilir veya TCK m.147'nin aradığı şartlara uygun düşmeyen bir ihtiyacı gidermek amacıyla, değerini az zannettiği bir eşyayı alabilir. Tüm bu hallerde fail, içine düştüğü hatadan TCK m.30 kapsamında yararlanacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 13.11.2007 gün, 2007/6-210 E. ve 2007/234 K. sayılı kararına göre, “*Madde ile, hırsızlık suçlarına konu değerın azlığı nedeniyle yargıca, cezada indirim yapma veya ceza vermeme yönünde geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'nin, “değer azlığı” ile ilgili olan ve içtihadada “daha çoğunu alabilme olanağı varken, yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak az olan şeyi alma” halleri ile sınırlı imişçesine yansıtılan görüşünün, 145. madde uygulamasında bütünüyle reddedilmesi mümkün görülmemekte ve maddenin uygulanabileceği hallerden bir tür olarak kabul edilmekte ise de, maddenin, sadece ve yalnız bu tanımlamayla sınırlandırılması olanaklı değildir. 145. maddenin gerek ilk şekli, gerekse değiştirilmiş biçimi; ortak tanımlama ile hırsızlık suçunun konusunu oluşturan değerın az olmasını temel almaktadır. Değer azlığı ile yasa koyucu tarafından neyin kastedildiği, duraksamaları önleyecek biçimde açıklığa kavuşturulmamış, rakamsal bir sınırlandırma getirilmemiş ve fakat yargıca, yargılama konusu maddi olayla ilgili olarak takdir ve değerlendirme yetkisi tanınmıştır. Ne var ki yasa koyucu, yargıcın takdirini, soyut ve farklı bir disiplinle sınırlandırmıştır. O da; “az olarak kabul edilecek değerın” yargıcın takdirinde, ceza vermektен vazgeçmesini gerektirecek ehemmiyetsiz ölçüde olması, başka bir ifade ile değere dayalı ihlalin ceza verilmemeyi nasafeten haklı saydıracak alt düzeyde bulunmasıdır. Yargıç, çalınan veya çalınmaya kalkışılan bu değerın azlığını ya indirimli bir cezayla ya da suçun işlenmesindeki özellikler itibarıyla ceza vermektен vazgeçebilecektir.*

Maddenin ilk metninden sonraki değişiklikte; “suçun işleniş şekil ve özellikleri gözönünde bulundurularak” ibaresinin, “cezada indirim” seçeneğinden sonra ve “ceza vermektен vazgeçilebilir” seçeneğinden önce yazılmasının, suçta konu malın değerini farklılaştırmayacağı açıktır. Bu nedenle; “az ceza verme” seçeneğinde daha yüksek değer aranacağı, “ceza vermektен vazgeçme” halinde ise, daha az bir değer aranmasının gerekli olduğu düşünülmemelidir. Bu itibarla, 5237 sayılı Yasanın 145. maddesinin uygulanmasında, 765 sayılı TCK’nun 522. maddesinde öngörülen “hafif” ya da “pek hafif” kavramlarıyla irtibatlı bir yoruma girilmemeli, Yargıtay’dan, anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde, yıllık değer ölçülerini belirlemesi beklenmemelidir. 5237 sayılı Yasanın 145. maddesinin vazediliş amacı gözetilmeli, normların yekdiğerinden farklı olduğu kabul edilmelidir. Yargıç, bu değerlendirmenin yanı sıra her somut olayda, suçun işleniş şekli, mağdur veya sanığın konumu, olayın gerçekleştiği yer ve zamanı dikkate alacak, 5237 sayılı TCK’nun 3. maddesinde öngörüldüğü üzere, “işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı” olacak şekilde ceza adaletini sağlayacaktır. Görüldüğü gibi madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim veya ceza verilmemesinden ibaret değildir. Olayın özelliği, mağdurun konumu, failin kişiliği ve suçun işleniş şekli, her olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek, maddenin uygulanıp uygulanmaması ve özellikle ceza verilmeme haliyle ilgili seçeneğin, eylemin failine uygun düşüp düşmeyeceği belirlenecek ve muhakkak şekillenen takdirin gerekçesi kararda gösterilecektir. Ancak burada, 5237 sayılı TCK’nun 147. maddesinde düzenlenmiş bulunan “ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için hırsızlık suçunun işlenmesi” hali ile 145. maddede öngörülen “değer azlığı” kavramı karıştırılmamalıdır. 145. maddede öngörülen değer azlığı ile zorunluluk halini düzenleyen 147. maddenin uygulanma koşulları birbirinden farklı olup, 147. maddenin ayırıcı ölçütü hırsızlığın ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için yapılmasıdır. Burada hırsızlığın konusu olan malın değerinin az veya çok olmasının herhangi bir önemi yoktur. Örneğin ölümcül bir hasta için eczaneden çok pahalı bir ilacın çalınması söz konusu olabilir. Buradaki ölçü değer değil, ağır ve acil bir ihtiyaç için bu malın çalınmasıdır. Buna karşılık 145. maddenin uygulanmasındaki en önemli kriter, kuşkusuz değer ölçüsüdür ve bu değer “ceza vermeme” halini haklı saydıracak düzeyde az olmasıdır”.

Ceza Genel Kurulu kararına konu edilen, Yargıtay 6. Ceza Dairesi’nin “değer azlığı” hususundaki 145. madde ile ilgili yorumuna katılmamız mümkün değildir (bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 10.07.2007 gün, 2007/14367 E. ve 2007/8625 K. sayılı kararı). Suçta ve cezada kanunilik prensibi uyarınca, yargı makamları dahil hiç kimsenin ceza normları ile ilgili kıyasa varan veya normun anlamını aşan uygulamalar içinde bulunmaması ve kararlar vermemesi gerekir.

145. maddeye göre, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerindeki azlık, ceza indirimine ve hatta ceza vermekten vazgeçilmesine dahi dayanak oluşturabilecektir. 6. Ceza Dairesi'nin, 145. maddenin tatbikinde “*daha çoğunu alabilme olanağı varken, yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak az olan şeyi alma*” kriterini yerinde kabul edebilme imkanı bulunmamaktadır. 145. madde, bu anlama gelebilecek bir ölçüt öngörmemiştir. Hatta öngörmediği gibi, hükmün gerekçesinde de bu yönde bir ibare bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 145. maddenin tatbikinde ceza normunun lafzından ve sonrasında da kanun koyucunun amacından hareket etmek gerekir. Kanun koyucunun amacı ise, suça konu malın değerinin azlığından dolayı ceza indirimine gidilmesi ve hatta suçun işleniş şekli ve özelliklerinden hareketle cezadan vazgeçilebilmesi imkanının hakime tanınmasıdır.

145. madde, emredici nitelik içermeyen ve takdir yetkisi tanıyan bir düzenleme öngörmüştür. Hakim, suça konu malın değeri az olsa da, gerekçe göstermek suretiyle 145. maddeyi uygulamayabilir. Ancak bunun dışında, örneğin fail girdiği bir evde ya da işyerinde bulunan düşük miktardaki tüm parayı veya mağdurun üzerinde bulunan bir adet kalemi çaldığı için 145. madde uygulamasından mahrum bırakılamaz. Evde veya işyerinde bulunan sadece 50-TL'yi veya şahsın üzerinde bulunan bir kalemi çaldığından bahisle, 6. Ceza Dairesi'nin ortaya koyduğu ölçütten hareketle 145. maddeyi tatbik etmemek, hem suçta ve cezada kanunilik prensibine ve hem de ceza siyasetine aykırı olacak, ayrıca adalet anlayışını da bozacaktır. Evde veya işyerinde sadece 50-TL'nin bulunması veya şahsın üzerinde sadece bir kalemin bulunması ve bunların fail tarafından bulunduğu yerden alınması, “*değer azlığı*” hükmünün uygulama alanı bulmasına engel değildir. Fail, evde veya işyerinde 1000-TL bulursa yine de 50-TL alacağını ve şahsın üzerinde dört adet kalem bulursa da bir kalem alacağını söylediğinde Dairenin, kanaatimizce 145. madde ile ilgisi de bulunmayan ölçütü anlamını yitirecektir. Fail, hiçbir şekilde mağdurda bulunan eşyanın tümünü aldığından bahisle 145. madde uygulaması dışında tutulamaz. 145. madde, suça konu malın değerinin az olup olmadığının belirlenerek, fail hakkında ceza indirimine gidilip gidilmeyeceği hususunun hakim tarafından karara bağlanması olarak anlaşılmalıdır.

147. maddenin düzenlediği “*zorunluluk hali*” nin varlığına ilişkin şartların oluşmadığı durumlarda, 145. maddede yer alan “*suçun işleniş şekli ve özellikleri*” kapsamında, duyduğu ihtiyaç sebebiyle değeri az olan malı zilyedinin rızası olmaksızın bulunduğu yerden aldığından faile ceza verilmeyebilir. Kanun koyucu, 145. madde vasıtasıyla sadece değer azlığını değil, bununla birlikte gerçekleşen hırsızlık suçunun işleniş şekli ve özelliklerinin de faile ceza verilmemesinin dayanağı olabileceğini ortaya koyarak, ihtiyacı sebebiyle değeri az miktarda olan eşya çalan kişinin cezalandırılmayabileceğine işaret etmiştir. Yukarıda

işaret ettiğimiz Yargıtay 6. Ceza Dairesi kararını bu şekilde anlamak gerekir. Bir başka ifadeyle, “*daha çoğunu alabilme imkanı varken, sadece ihtiyacı kadar ve değer olarak az olan şeyi alma*” kriterini, 145. maddenin son kısmında yer alan “... suçun işleniş şekli ve özellikleri de gözönünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir.” hükmü yönünden uygulayabilmek mümkündür. Ancak bu kriteri tek bir ölçüt kabul edip, 145. maddenin tatbikinde sınırlamaya gitmek hukuka uygun olmayacaktır.

Kullanma Hırsızlığı

MADDE 146–(1) Hırsızlık suçunun, malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek üzere işlenmesi halinde, şikayet üzerine, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. Ancak malın suç işlemek için kullanılmış olması halinde bu hüküm uygulanmaz.

Açıklama: Hükümde, kullanma hırsızlığı suçu tanımlanmıştır. Gerekçeğe göre, “*Bu hırsızlık şeklinin oluşması için kişi, sahibinin rızası olmaksızın malı alırken, bunu belli bir süre kullandıktan sonra iade etmelidir. Kullanma hırsızlığında, kullanmanın her halde kısa sayılacak bir süre devam etmesi genel koşuldur. Malın suç işlemek için kullanılması halinde bu madde hükmü uygulanmaz, yani hırsızlık suçundan dolayı verilecek cezada indirim yapılamaz*”.

Hükümde, kullanma hırsızlığı suçunun tanımı yapılarak, bu suç ile klasik hırsızlık suçu arasındaki farka işaret edilmesi amaçlanmıştır. Kullanma hırsızlığında, her ne kadar zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın bulunduğu yerden alınıp kullanılması suretiyle 141. maddede gösterilen tanıma uygunluk var ise de, taşınır malın geçici, yani kısa bir süre kullanan failin kendi istek ve iradesiyle malı zilyedine iade etmesini dikkate alan kanun koyucu, bu suç yönünden hem takipte şikayete bağlılık ve hem de cezada yarı oranında indirim öngörmüştür.

Kanaatimizce kanun koyucunun bu düzenlemesi, bir anlamda etkin pişmanlık haline işaret etmektedir. Gerçi kullanma hırsızlığı, etkin pişmanlıktan farklılık gösterir. Çünkü kullanma hırsızlığında fail, daha suç yoluna girmeden evvel veya en geç girdiğinde çalacağı malı geçici bir süre elinde buldurmaya ve makul süre kullanıp iade etmeye niyetlenmiş ve karar vermiştir. Etkin pişmanlıkta ise, failde suçu işleme kastı olup, iade fikri daha sonra duyduğu pişmanlık veya korku ile gündeme gelmektedir.

Kullanma hırsızlığında manevi unsur, fail tarafından zilyedinin rızası olmaksızın taşınır malın geçici bir süre kullanılmak üzere bulunduğu yerden alınması, yani kullanma hırsızlığı suçunu işleme kastıdır. Eğer failde, çaldığı malı geçici bir süre kullandıktan sonra iade etme istek ve niyeti bulunmamakta ise, bu halde kullanma hırsızlığı suçundan bahsetmek de mümkün olmayacaktır.

Kullanma hırsızlığında suçun maddi unsuru, başkasına ait bir malın zilyedinin rızası olmaksızın bir müddet kullanıldıktan sonra mağdura iade edilmesi amacıyla bulunduğu yerden alınması ile tamam olur. Fail, kullanma hırsızlığı maksadıyla malı aldığı sırada veya alıp da kullanırken yakalanabilir. Bu durumda fail pek muhtemeldir ki, hırsızlık suçuna teşebbüs veya hırsızlık suçu ile itham edilecektir. Somut olayın özellikleri, failin beyan ve durumu dikkate alınarak, burada kullanma hırsızlığı suçunun mevcut olup olmadığının araştırılıp tespit edilmesi gerekir.

Fail, belirli bir süre kullanıp iade etme maksadıyla malı zilyedinin rızası olmaksızın bulunduğu yerden alıp kullanmaya başlar ve bu aşamada yakalanırsa, kullanma hırsızlığı suçu tamamlanmış sayılır. Böylece, somut olayın özellikleri ve ispat hukukunun kuralları ışığında, malı kullanmak amacıyla çalıp, daha kullanmaya başlayamayan veya kullanırken yakalanan fail ile belirli bir süre kullanıp iade eden fail arasında ceza sorumluluğu açısından, etkin pişmanlık hükümleri dışında bir fark olmayacaktır.

Yukarıda işaret ettiğimiz üzere, kullanma hırsızlığı suçundan dolayı uygulanacak ceza indirimi ile TCK m. 168'de düzenlenen etkin pişmanlık hükmünü birbirine karıştırmamak gerekir. Kullanma hırsızlığında, suçun özelliği gereği suç tamamlandığında veya bu suça teşebbüs edildiğinde TCK m. 146 ve TCK m. 35 uyarınca fail hakkında ceza tayin edilecektir. Etkin pişmanlıkta ise, hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, fakat kovuşturma başlamadan önce veya kovuşturma başladıktan sonra, ancak hüküm verilmeden evvel pişmanlık gösteren fail tarafından mağdurun zararının giderilmesi veya mağdurun rızasıyla kısmen giderilmesi durumunda cezada yapılacak kademeli indirim düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık hükmü, hırsızlık suçunda uygulanabileceği gibi, kullanma hırsızlığı suçunda da tatbik imkanı bulacaktır. 168. madde incelendiğinde, her ne kadar “*hırsızlık*” kavramına yer vermişse de, bu kavramın bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini, TCK m. 141 ila 146. maddeyi kapsadığını düşünmekteyiz.

Kanun koyucu gerekçe, “*Kullanma hırsızlığında, kullanmanın her halde kısa sayılacak bir süre devam etmesi temel koşuldur.*” cümlesine yer vererek, esas itibarıyla hükümde “*geçici bir süre*” şeklinde yer alan ibareye yorum yoluyla farklı bir anlam yükleyip, “*kısa sayılacak bir süre*” ifadesini kullanmıştır. Ancak gerekçe, “*kısa sayılacak bir süre*” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda bir ölçüt ortaya koymadığı gibi, sürenin ne kadar olacağından da bahsetmemiştir.

Belirtmeliyiz ki, gerekçe yoluyla ceza normuna farklı anlam vermek, hükmün lafzını değiştirmek, genişletmek veya daraltmak hukuka uygun değildir. Gerekçe, sadece kanun koyucunun hükmüyle neyi amaçladığını ortaya koymaya yardımcı olur. Gerekçe, bağlayıcılık özelliği de taşımaz. Kullanma hırsızlığı suçunda, failde geçici bir süre kullanmak amacıyla taşınır malı bulunduğu yerden almak niyet ve kararı bulunmalı, bu süre makul olmalı ve suça konu

mala, malın kullanma özelliğine ve niteliğine uygun düşmelidir. Bu sebeple, kullanma süresi her olay ve mal bakımından değişkenlik gösterebilir.

146. maddenin son cümlesinde, malın bir başka suçu işlemek için kullanılması halinde, kullanma hırsızlığı suçundan bahsedilemeyeceği ve ceza indirimi yapılmayacağı ifade edilmiştir. Böylece kanun koyucu, en azından failin kullanımının suç teşkil etmemesi gerektiğine işaret etmiştir. Fail, kullanmak amacıyla çaldığı malı, bir başka suçun işlenmesi sırasında kullandığı takdirde, somut olayın özelliklerine göre hırsızlık suçunun basit hali ve nitelikli halinin tatbiki gündeme gelecektir. Dolayısıyla fail, bir başka suçu işlemek ve o suçta vasıta olarak kullanıp iade etmek maksadıyla malı bulunduğu yerden zilyedinin izni olmaksızın aldığı anda, 146. madde değil, somut olayın özelliklerine göre 141 ve 142. maddeler uygulama alanı bulacaktır.

Zorunluluk hâli

MADDE 147–(1) Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense de vazgeçilebilir.

Açıklama: Maddeye göre, hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla işlenmesi durumunda, somut olayın özelliğine göre hakim tarafından faile verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense dahi vazgeçilebilecektir. Kanun koyucu hükümde, ağır ve acil ihtiyacın ne olduğuna, olayın özelliklerinden ne anlaşılması gerektiğine, hangi hallerde indirim yapılabileceğine ve hangi hallerde ceza vermektense vazgeçilebileceğine dair herhangi bir açıklamaya veya somut ölçüte yer vermeyip, bu konudaki tüm takdir ve değerlendirme yetkisini hakime bırakmıştır.

Esas itibarıyla zorunluluk hali, “*Genel Hükümler*” başlığı altında TCK m.25/2’de düzenlenmiştir. Zaruret hali veya ıztırar hali adlı hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenen TCK m.25/2’ye göre, “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*”. Kanun koyucunun “*Genel Hükümler*” başlığı altında düzenlediği bu hukuka uygunluk sebebi, 147. maddede yer alan özel zorunluluk halini de kapsayıcı nitelik taşımaktadır. Ancak buna rağmen, 765 sayılı mülga Kanunun m.494/3 hükmünde yer alan hükme benzer bir düzenlemeye, 5237 sayılı Kanunda da yer verildiğini görmekteyiz.

Ancak, 765 sayılı Kanun ile 5237 sayılı Kanun arasında bu konu ile ilgili iki önemli fark olduğunu belirtmek isteriz. 765 sayılı Kanunun m.49/2’de düzenlenen zaruret halinde, kendisinin veya başkasının canına yönelik bir

tehlikeden korunmak şartına yer verildiği halde, bu sınırlı şartın 5237 sayılı Kanunun m.25/2'de düzenlenen zorunluluk halinde yer almadığını, tehlikeye karşı korunacak “hak” kavramının geniş tutulduğunu görmekteyiz. İkinci olarak, 765 sayılı Kanunun m.494/3 hükmü zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacın karşılanması için mal çalınması ile ilgili şikayete bağlı ceza indirimi getirdiği halde, bu sınırlamaya 5237 sayılı Kanunun 142. maddesinde yer verilmediğini de görmekteyiz. 765 sayılı Kanunun hükümleri kendi içinde tutarlıdır. Bununla birlikte, bu tutarlılığı 5237 sayılı Kanunda görememekteyiz. Çünkü 5237 sayılı Kanun, bir taraftan 25/2. maddede zorunluluk halini düzenlerken, diğer taraftan bu kapsamda kalan özel bir zorunluluk haline de 147. maddede yer vermiştir. 147. madde düzenlenmese idi dahi, hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi durumunda, fail hakkında TCK m.25/2'de öngörülen zorunluluk halinin tatbiki mümkün olabilecekti.

147. maddenin gerekçesine göre, “Madde metninde, hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılanması için işlenmesi halinde, zaruret halinin varlığı kabul edilmektedir. Ağır ve acil ihtiyaç, örneğin hasta olan çocuk için ilaç çalınması, açlık nedeniyle gıda maddesi çalınması gibi halleri kapsar. Ancak bu durumda hakime, olayın mahiyetine göre verilecek cezada indirim yapma veya ceza vermekten sarfınazar etme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır”.

Gerçektende madde sübjektif anlamda hakime geniş takdir yetkisi vermiştir. Hakim, hem somut olayın özelliklerine göre failin kabul edilebilir ağır ve acil ihtiyacını karşılama maksadı içinde hırsızlık suçu işleyip işlemediğini ve hem de cezada yapılacak indirimin miktarı ile ceza vermekten vazgeçme yetkisine sahip kılınmıştır.

Kanun koyucu, ağır ve acil bir ihtiyacın hukuki açıdan meşru olup olmadığını belirtmemiştir. Buna göre failin, meşru olamayan ağır ve acil bir ihtiyacının karşılanması amacıyla da hırsızlık suçu işleyebileceği anlamı çıkmaktadır ki, elbette bunun kabulü mümkün değildir. Failin ihtiyacının hukuki açıdan kabul edilebilir olması gerekir. Örneğin, uyuşturucu krizine giren bir kişinin eczaneden uyuşturucu madde çalmak suretiyle acı ve ihtiyacını dindirmesi durumunda, ihtiyacı itibarıyla meşruluk yok gibi gözükse de, hukuki açıdan sağlığını ilgilendirmesi, acı ve ihtiyacını dindirmesi itibarıyla bu çalma eylemi kabul edilebilir sayılmalıdır. Meşru savunma şartlarının varlığı halinde, failin kendisini saldırıdan korumak maksadıyla bir başkasına ait silahı alıp kullanmasında da yine 147. maddenin tatbiki gündeme gelecektir. Bunun dışında hukuki meşruluk taşımayan, sadece faile göre ağır ve acil ihtiyaç olarak kabul edilen nedenler, örneğin, herhangi bir sağlık krizi yaşamadığı halde alkol almak zorunda olduğunu söyleyen failin bir büfeden içki çalması durumunda 147. madde uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak bunun yanında, uzun bir müddet birşey yemeyen, bu sebeple sağlıklı ve dengeli hareket edebilme

imkanını kaybeden bir kişinin yiyecek maddesi çalıp karnını doyurmasında, elbette hukuki meşruluk mevcut olduğu gibi, 147. maddede gösterilen tüm şartlar gerçekleşmiş olacaktır.

Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'nın 60, 62 ve 63. maddeleri ile hırsızlık suçları ile ilgili bazı değişikliklere gidilmesinin amaçlandığı görülmektedir.

Tasarının 60. maddesine göre, “5237 sayılı Kanunun 142 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ‘ikinci fıkraya göre cezaya’ ibaresi ‘beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına; ‘onbeş yıla kadar hapis’ ibaresi ise ‘ceza yarı oranında artırılır’ şeklinde değiştirilmiştir”. Bu hükmün gerekçesine göre, “Maddeyle, Ülkemizin coğrafi konumu ve enerji köprüsü olmasına yönelik stratejik hedefi neticesinde birçok sıvı veya gaz hâlindeki enerji hatlarının kısa sürede faaliyete geçecek olması nedeniyle bu hatlara karşı işlenen suçlarla mücadele daha önemli hâle gelmiştir. Son yıllarda artan boru hatlarına zarar vermek suretiyle yapılan hırsızlığın ekonomik ve Ülkemizin stratejik hedeflerine verdiği zararlar ciddi boyutlara ulaşmıştır. Sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında işlenen suçlar ile mücadelede başarı sağlanması ise ancak ek güvenlik tedbirlerinin alınması ve bu suçlara daha caydırıcı cezaların verilmesiyle mümkün olabilecektir. Sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında işlenen suçlar neticesinde oluşan zarar ile tehlikenin ağırlığı uygulamada cezaların alt sınırdan uzaklaştırılarak verilme gerekçesi olsa da caydırıcılığın sağlanması açısından yeterli olmamaktadır. Bu nedenle, sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında işlenen hırsızlık suçları için öngörülen ceza, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmekte ve bu suçun örgütlü olarak işlenmesi halinde ise cezanın yarı oranında artırılması öngörülmektedir”.

Tasarının 62. maddesine göre, “5237 sayılı Kanunun 163 üncü maddesinin ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir. (3) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğalgazın sahibinin rızası olmaksızın tüketilmesi hâlinde kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”. Bu hükmün gerekçesine göre, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ‘Karşılıksız yararlanma’ başlıklı 163 üncü maddesinde; otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişiler ile telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişilerin cezalandırılması hüküm altına alınmıştır. Maddenin gerekçesinde ise, bu durumlarda ortada taşınabilir bir mal olmadığından hırsızlık suçunun olduğundan söz edilemeyeceği ve karşılıksız

yararlanmanın tipik bir örneğinin düzenlendiği ifade edilmiştir. Maddeyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun karşılıksız yararlanma başlıklı 163 maddesine yeni bir fıkra eklenmek suretiyle esas itibarıyla karşılıksız yararlanma kapsamında değerlendirilmesi gereken ve abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğalgazın sahibinin rızası olmaksızın tüketilmesi eylemleri de karşılıksız yararlanma olarak düzenlenmektedir. Yapılan düzenlemeyle, sözkonusu eylemlerin cezası, bu suçlarla mücadelede etkinliğin sağlanabilmesi amacıyla iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmektedir”.

Tasarının 63. maddesine göre, “5237 sayılı Kanunun 168 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘ve karşılıksız yararlanma’ ibaresi madde metninden çıkartılmış; dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir. ‘(5) Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, tamamen tazmin etmesi hâlinde kamu davası açılmaz. Açılmış olan kamu davası düşer, mahkûm olunan ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar. Bu fıkra hükmü uyarınca Cumhuriyet savcılığınca veya mahkemelerce verilen kararlar adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme beş yıl süreyle kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından istenmesi halinde verilebilir. Bu fıkra hükmünden yararlananlar, beş yıl içinde bir daha karşılıksız yararlanma suçunu işlediklerinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamazlar”. Maddenin gerekçesinde ise, “Maddeyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 163 üncü maddesinde yer alan karşılıksız yararlanma suçunda yapılan değişikliğin sonucu olarak, 168 inci maddede düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinde değişiklik yapılmaktadır. Bu kapsamda karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin ayrı bir fıkra halinde etkin pişmanlık hükmü öngörülmesi nedeniyle maddenin birinci fıkrasında yer alan ‘ve karşılıksız yararlanma’ ibaresi madde metninden çıkarılmaktadır. Karşılıksız yararlanma suçunu işleyen faillerin, mağdurun kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı gidermesi durumunda, haklarında ceza takibatı yapılmasında hukuki bir yarar bulunmamaktadır. Bu nedenle mağdurun zararını gideren failler bakımından kamu davasının açılmaması, açılmış olan kamu davasının düşmesi veya mahkûm olunan cezanın tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması hüküm altına alınmaktadır. Öte yandan, karşılıksız yararlanma suçundan mahkûm olan kişilerin, yeniden bu etkin pişmanlık hükmünden yararlanmamaları amacıyla karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin hükümlerin adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme beş yıl süreyle kaydedilmeleri öngörülmüştür. Ayrıca, bu kayıtların ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından istenmesi halinde verilebileceği düzenlenmiştir. Düzenlemeyle bu fıkra hükmünden yararlananlar, beş yıl içinde bir daha karşılıksız yararlanma suçunu işlediklerinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmamaları amaçlanmıştır”.

Özetle; Tasarının 60. maddesinde, enerjiye karşı işlenen nitelikli hırsızlık suçlarının cezası artırılmış (TCK m.142); Tasarının 62. maddesinde elektrik enerjisinin izinsiz tüketilmesi karşılıksız yararlanma olarak kabul edilmiş (TCK m.163) ve Tasarının 63. maddesi ile TCK m.168'e, karşılıksız yararlanma suçunu ilk defa işleyenlerle ilgili soruşturma ve kovuşturma aşaması dahil mahkumiyetin kesinleşmesi hallerini de kapsayan tam bir etkin pişmanlık hali öngörülmüştür.

