

**ALMAN CEZA KANUNU § 242’DE DÜZENLENEN
HIRSIZLIK SUÇUNDA MALIN BULUNDUĞU YERDEN
ALINMASININ VE MAL EDİNMENİN
KONUSU HAKKINDA HATA***

*Prof. Dr. Martin BÖSE***

*(Çev.) Arş. Gör. Serkan MERAĞLI****

I. GİRİŞ

Aberratio ictus ve şahısta ya da objede hata kavramları ile ifade edilen hata halleri bu zamana dek diğer suç tiplerine oranla¹ genellikle insan öldürme ve yaralama suçları ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır². Bu bakımdan aşağıda yapılacak olan açıklamalarda hırsızlık (Alm.C.K. § 242) ve yağma (Alm.C.K. § 249) suçlarında “*bulunduğu yerden alma*” eyleminin ve “*mal edinme*” eyleminin konusu hakkında tipikliğin sübjektif yönüne ilişkin hata ile ilgili hangi çıkarımlara ulaşılabileceği ele alınacaktır. Yeni bir

* Makalenin “*Der Irrtum über den Gegenstand von Wegnahme und Zueignung beim Diebstahl (§ 242 StGB)*” isimli özgün metni *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)* isimli derginin 5/2010 sayısında 249 ila 258’inci sayfalar arasında yayımlanmıştır.

** Almanya Bonn Ren Friedrich-Wilhelms Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza, Ceza Muhakemesi, Uluslararası Ceza ve Avrupa Ceza Hukuku Anabilim Dalı

*** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. Çevirmen, makalenin Türkçe’ye çevrilmesi konusunda yakın ilgi gösteren Sayın Prof. Dr. Martin BÖSE’ye değerli desteği için içten teşekkürlerini sunar. (*Der Übersetzer bedankt sich ganz herzlich bei Herrn Prof. Dr. Martin BÖSE für sein nettes Interesse zur Übersetzung des Textes und für seine wertvolle Unterstützung.*)

¹ Örneğin hakaret suç tipi ile ilgili olarak (Alm.C.K. § 185) bkz. KG, GA 69 (1919), s. 117; **Streng**, BayOLG, JR 1987, s. 431; ayrıca krşl. yanlış şüphelenme suç tipi ile ilgili olarak (§ 164): BGHSt 9, 240, 242; **Roxin**, AT I, § 12 kn. 170.

² Örneğin bkz. **Roxin**, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Auflage, 2006, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.

içtihata konu olan aşağıdaki örnek olaya sorunu somutlaştırmak bakımından yer verilebilir³:

A ve B, C'yi dövmüşler ve C'ye ait arabanın bagajından içinde 160.000 Avro civarında bir tutarın bulunduğu tahmin ettikleri karton kutuyu alarak oradan uzaklaşmışlardır. Daha sonra ise karton kutunun kağıt banknotlar değil birkaç şişe şarap içerdiğini tespit ederek hayal kırıklığına uğramış bir şekilde kutuyu atmışlardır.

Söz konusu olayda Alman Federal Yüksek Mahkemesi, suçun konusu karton kutunun kastın yöneldiği ve failer tarafından içinde bulunduğu tahmin edilen banknotları içermiyor olmasından ötürü ve kutunun asıl içinde bulunan şarap şişelerinin mal edinilmesine yönelik failerin hiçbir isteklerinin bulunmuyor olmasından ötürü sadece teşebbüs aşamasında kalmış bir yağma suçunun varlığını kabul etmiştir. Bu bakımdan yüksek mahkeme olayda bulunduğu yerden alınan mallar bakımından hukuka aykırı şekilde mal edinme özel kastının oluşmadığı düşüncesini benimsemiştir⁴. Bulduğu yerden alma ve mal edinme eylemlerinin konusu hakkındaki hata yağma ve hırsızlık suçlarının subjektif tipe uygunluğunun oluşmasına mani olmaktadır. İşte bu düşüncenin haklılığı aşağıda II numaralı başlık altında incelenecektir. Bu husustan keskin bir şekilde ayrılması gereken bir husus ise olaydaki karton kutunun konusunu oluşturduğu hırsızlık ve yağma suçlarının cezalandırılabilirliği sorunudur. Bu nedenle mal edinme maksadı ile ilişkili olarak ortaya çıkan sorunlara çalışmada III numaralı başlık altında sadece kısaca işaret etmekle yetinilecektir.

II. KARTON KUTUNUN İÇİNDE BULUNAN MAL HAKKINDA HATA

Sadece teşebbüs aşamasında kalmış bir yağma veya hırsızlık eyleminin kabulü eylemin konusunu oluşturan malın genel olarak kartonun içinde bulunan başkasına ait bir mal olarak değil failin tasavvuru nasıl idiye o doğrultuda somutlaştırılacak mal (makaleye konu olayda banknot para)

³ Bkz. BGH, NStZ 2006, s. 686 vd.; ayrıca benzer içerikteki bir olay ile krşl. LG Duesseldorf, NStZ 2008, s. 155.

⁴ Bkz. BGH, NStZ 2006, s. 686, 687.

olduğu anlamını taşımaktadır. Bu ikinci yaklaşım hemen hemen hiç temellendirilmemektedir. Yargı içtihatlarının mevcut durumu, kutuların bulunduğu yerden alınmaları esnasındaki mal edinme iradesinin sadece bu kutunun içinde yer aldığı düşünülen/ varsayılan malı kapsadığını kabul etmekte olup failin mal edinme iradesinin örneğin kutunun içinde fiilen bulunmakta olan malı kapsamadığı düşüncesini taşımaktadır⁵. Şayet fail tarafından, bulunduğu yerden alınmak istenen mal, bulunduğu yerden alınan kutunun (ya da diğer bir koruyucu eşyanın) içinde değilse (örneğin bir el çantası⁶, bir para kasası⁷, bir evrak çantası⁸, bir plastik torba⁹ veya bir ceket¹⁰) mal edinilmek istenen malın bulunduğu yerden alınması eyleminin sona ermesinde bir eksiklik ortaya çıkmış olduğu için sadece teşebbüsün varlığı söz konusu olur. Öğretide bu görüş hemen hemen bütün yazarlarca savunulmuştur¹¹. Sadece birkaç yazar tarafından hata önemsiz görülerek tamamlanmış fiilden ötürü cezalandırmanın söz konusu olması düşüncesi benimsenmiştir¹². Yargı içtihatlarına bakıldığında ise son zamanlarda vermiş olduğu bir kararında Düsseldorf Eyalet Mahkemesi şimdiye dek baskın görüş olarak kabul edilmekte olan görüş bakımından önemli bir çekince dile getirmiştir¹³. Mahkemenin bu eleştirisine aşağıda ayrıntılarıyla değinilecektir.

⁵ Bkz. BGH GA 1989, s. 171; StV 1990, s. 408; JR 1999, s. 336, 338; NSTZ 2004, s. 333; ayrıca içinde para bulunduğu düşüncesiyle aslında içinde kozmetik eşyaları bulunan bir çantanın bulunduğu yerden alınması ile ilgili olarak bkz. BGH NJW, 1990, s. 2569.

⁶ Bkz. BGH StV 1983, s. 460; 1990, s. 205, 206; ayrıca bkz. (cüzdan örneği için) BGH MDR/Dallinger 1968, s. 372; (askılı çanta örneği için) StV 1990, s. 408; (malzeme çantası örneği için) NSTZ 2004, s. 333.

⁷ Bkz. BGH MDR/ Dallinger 1975, s. 543; NSTZ 2000, s. 531.

⁸ Bkz. BGH GA 1989, s. 171; NSTZ-RR 2000, s. 343.

⁹ Bkz. BGH GA 1989, s. 171; StV 1990, s. 408.

¹⁰ Bkz. BGH StV 1987, s. 245.

¹¹ **Eser**, in: Schönke/ Schröder, StGB, 27. Auflage (2006), § 242 kn. 63; **Fischer**, StGB, 57. Auflage (2010), § 242 kn. 41a; **Maiwald**, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte (1970), s. 277; **Meyer-Goßner**, NSTZ 1986, s. 103, 106; **Otto**, JZ 1985, s. 21, 23; ayrıca daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Streng**, JuS 2007, s. 422 vd.

¹² **Arzt/Weber**, Strafrecht BT (2000), § 13 kn. 131; ayrıca bkz. **Graul**, JR 1999, s. 338, 341.

¹³ Bkz. LG Düsseldorf, NSTZ 2008, s. 155, 156; Ayrıca krşl. RGSt 52, 147.

1. “Suçun Konusunda Hata” ve “Hedefte Sapma”

Genel olarak kabul gören ilkelere göre yukarıda yer verilen örnek olaydaki eylem tamamlanmış bir malın bulunduğu yerden kasten alınması eylemi niteliği taşımaktadır. Bu bakımdan fail herhangi bir hata hali altında hareket etmiş olmadığından bu durum karton kutu bakımından sorun taşımaz. Öte yandan yine genel olarak kabul gören ilkeler uyarınca bulunduğu yerden alınan kutunun içinden tasavvur edilenin aksine banknot para yerine şarap şişelerinin çıkmış olması failin kastının ortadan kalkmasına yol açmaz; çünkü, her iki olasılıkta da başkasına ait bir taşınır mal söz konusu olup bu yönüyle her iki malın da hırsızlık suçunun oluşabilmesi bakımından elverişli mal niteliği taşıdığı söylenmelidir. Dolayısıyla olaydaki hata bakımından - hem kutunun içinde bulunduğu tasavvur edilen hem de gerçekte kutunun içinde bulunan mal bakımından hırsızlık suç tipine uygun bir eşdeğerlik mevcut olduğundan- kastın varlığını ortadan kaldırmayan nitelikte bir “suçun konusunda hata” durumunun söz konusu olduğu söylenmelidir¹⁴. Bu ilkeler hırsızlık suç tipi bakımından geçerlidir. Bu bakımdan failin eylemin konusu hakkındaki hatası, failin tasavvuru başkasına ait taşınır bir mala ilişkin olduğu sürece önemsiz nitelikte olacaktır¹⁵. Eğer hata suçun konusunda hata niteliğinde değil de hedefte sapma niteliğinde görülerek bilindiği üzere hakim görüşe göre kastı ortadan kaldıracak şekilde nitelendirilmek istenseydi farklı bir sonuca ulaşıldı¹⁶. Bu türden bir konumlandırma, fail

¹⁴ **Streng**, JuS 2007, s. 422, 423; ayrıca bu hususta daha fazla bilgi için bkz. **Puppe**, in: NK- StGB, 3. Auflage (2010), § 16 kn. 93.

¹⁵ **Mitsch**, Strafrecht BT- Vermögensdelikte, Band 2/1, 2. Auflage (2002), § 1 kn. 93; malın özelleikleri veya değeri hakkındaki hata ile ilgili olarak bkz. **Schmitz**, in: MK- StGB, Band 4 (2003), § 242 kn. 105.

¹⁶ RGSt 3, 384; 58, 27, 28; BGHSt 34, 53, 55; 37, 214, 219; NStZ 1998, 294, 295; **Baumann/Weber/ Mitsch**, Strafrecht AT, 11. Auflage, 2003, § 21 kn. 13 vd.; **Cramer/ Sternberg- Lieben**, in: Schönke/ Schröder, § 15 kn. 57; **Jakobs**, Strafrecht AT, 2. Auflage, 1991, Abschnitt 8 kn. 80; **Jescheck/ Weigend**, Strafrecht AT, 5. Auflage, 1996, s. 313 vd.; **Kindhäuser**, Strafrecht AT, 4. Auflage, 2009, § 27 kn. 57; **Kühl**, Strafrecht AT, 6. Auflage, 2008, § 13 kn. 38; **Roxin**, AT I, § 12 kn. 149 vd.; **Rudolphi**, in: SK_ StGB (Stand: 116. Lieferung- November 2008), § 16 kn. 33; karşı görüş için bkz. **Frister**, Strafrecht AT, 4. Auflage, 2009, 11. Kapitel, kn. 60; **Kuhlen**, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, s. 479 vd., 493; **Puppe**, in: NK- StGB, § 16 kn. 95 vd.

bunu suçun işlenmesi sırasında doğrudan fark etmediği sürece mağdurun veya suçun konusunun somutlaştırılmasının mağdurun ne tasavvur ettiği üzerinden değil, mağdurun ya da suçun konusunun aslında ne olduğu üzerinden gerçekleştirilmesini gerektirir¹⁷.

Somutlaştırma bakımından getirilen kriterlerin bu şekildeki değişimi keyfi gözükmemekte olup mağdurun şahsına ilişkin sıradan bir hatanın şahısta veya konuda hata bakımından kastı etkilemediğinin; hedefte sapma bakımından ise kastı ortadan kaldırdığının kabulüne yönelik herhangi bir gerekçe oluşturmaz. Şayet bu tür durumlarda söz konusu olan sınırlandırma sorunu hedefte sapma öğretisinden vazgeçilmesi bakımından vesile sayılmaz ise¹⁸ failin tasavvurundaki yanlışlık durumunda somutlaştırma bakımından çeşitli başka kriterlere dayanılması neticesinden hiçbir şekilde kaçınılamayacaktır. Mağdur ya da suçun konusu bu tür durumlarda eylemin planlanmış olan nedensel süreci ya da nasıl programlanmış olduğu üzerinden somutlaştırılır (örneğin içine zehir konan bir içkiden kim içtiyse gibi)¹⁹. Buna göre Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir arabayı patlatma eyleminde öldürülmek istenen mağdur yerine bir başkasının arabaya binerek kontağı çevirip patlamada hayatını kaybetmesinde göz önüne alınması gerekmeyen bir şahısta hata halinin söz konusu olduğuna hükmetmiştir²⁰. Bu kriter girişte ifade edilen örnek olaya uygulanırsa bu olayda da suçun konusunda hatanın söz konusu olduğu söylenebilir. Çünkü, suçun konusu, fail tarafından mal edinildiği karton kutunun içinde ne bulunuyorsa o olacak şekilde somutlaştırılır²¹.

¹⁷ Aynı yönde **Herzberg** JA 1981, s. 470, 473.

¹⁸ Aynı yönde (daha geniş kapsamlı dayanaklarla) **Puppe**, Strafrecht AT- 1, 2002, § 20 kn. 37 vd.

¹⁹ **Kindhäuser**, AT, § 27 kn. 60; **Kühl**, AT, § 13 kn. 27; **Roxin**, AT I, § 12, kn. 197; **Stratenwerth**, FS für Baumann, 1992, s. 57, 61.

²⁰ BGH NSTZ 1998, s. 294, 295.

²¹ Aynı düşünce için bkz. **Streng**, JuS 2007, s. 422, 423. Hedefte sapma bakımından karşı örnek olarak **Streng** tarafından failin olayın telaşı içinde tasarladığından farklı şekilde hareket ederek asıl mal edinmek istediği kutu yerine başka bir kutuyu mal edindiği ihtimal ele alınmıştır. Bu yaklaşım suçun konusunun bu ihtimalde de ilk olarak malın alındığı anda (buna bağlı olarak temasın algılandığı anda) somutlaştırılacağı kabul edildiği takdirde tartışmalı gözükmemektedir.

Ara sonuç olarak karton kutunun içindekiler hakkındaki hatanın suçun konusunda hata olarak hırsızlık suçunun objektif tipikliği bakımından (başkasına ait taşınır bir malın bulunduğu yerden alınması) kastı kaldırmayacağı söylenmelidir.

2. Mal Edinme Amacının Göreceliliği

Suçun konusu hakkındaki hata malın bulunduğu yerden alınması kastını ortadan kaldırmıyor ise bu durumda bu hatanın mal edinme iradesi bakımından da bir etki doğurmayacağı sonucuna ulaşılması akla yakın bir nitelik taşıyacaktır. Zira, bulunduğu yerden alınan mal aynı zamanda mal edinme amacının da konusunu oluşturmaktadır (malı kendisine ya da bir başkasına hukuka aykırı olarak mal edinme amacı). O halde örnek olayımızda fail karton kutunun içinde yer alan malları sadece kendisi tarafından tasavvur edilen nakit paranın kutunun içinde bulunma ihtimali ile sınırlı olarak mal edinmek isteyecek idi ise bu durumda bulunduğu yerden alınan malın sahiplenilmesine yönelik mutlak irade eksik olduğundan mal edinme amacının bulunmadığı söylenebilir. Bu bakımdan tıpkı teşebbüste olduğu gibi kararın göreceliliği ile kararın uygulanmasının göreceliliği arasında bir ayrım yapılmalıdır. Buna göre, fail ilk olayda malın edinilmesi hakkındaki kararını (mutlak) bir mal edinme iradesi mevcut olmadığı sürece saklı tutarken ikinci olayda mal edinmeyi (sadece) dışsal bir şarta bağlı kılmaktadır; ancak, bu durumda malı mal edinmeye kararlıdır²². Buna göre failin kutunun içinde ne olduğunu bilmediği ve ilk olarak kutunun içindekileri gördükten sonra kutunun içindeki malları mal edinip edinmeyeceği hakkında karar vermek istediği hallerde mal edinme iradesinin bulunduğu söylenemez. Bu nedenle ne teşebbüs aşamasında kalmış ne de tamamlanmış bir hırsızlık suçundan söz edilebilir. Fail malı bulunduğu yerden aldıktan sonra kutunun içindekileri kısmen veya tamamen mal edinirse bu durumda sadece Alman Ceza Kanunu § 246/1'deki hukuka aykırı şekilde mal edinme suçunu işlemiş olur²³. Fail net bir şekilde karton kutunun içinde mal edinmeye kesin kararlı olduğu belirli bir malın bulunduğu varsayımından hareket ettiği için yukarıda verilen örnek olayda bu tür bir belirsizlik mevcut değildir. Son olarak, failin

²² **Graul** JR 1999, s. 338, 340; **Gropp** JR 1985, s. 518, 519.

²³ RGSt 54, 227, 229.

kutunun içerisinde değer taşıyan herhangi bir eşyanın bulunuyor olduğundan tamamen bağımsız olarak kutuyu (malı) bulunduğu yerden alması halinde artık mal edinme iradesine yönelik mutlak bir iradesinin varlığını kabul etmek gerekir²⁴. Bu nedenle failin içinden bir çekince koyarak hareket etmiş olması mal edinme iradesinin varlığının kabulüne engel oluşturmaya yeterli olmayacaktır.

3. Mal Edinilen Eşyanın Failin Saiki Doğrultusunda Somutlaştırılabilirliği Sorunu

Öğretide mal edinme amacının somutlaştırılması malvarlığına karşı işlenen suçların temel düşüncesi doğrultusunda failin tasavvuru aracılığı ile temellendirilmektedir. Bu nedenle yalnızca failin bencilliğini ve egoistliğini üzerinde gerçekleştirdiği malın (çalmayı tasavvur ettiği mal) mağdurun kullanımından mahrum bırakıldığı mal ile özdeş olması halinde tamamlanmış bir eylem söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda da failin özelliklerinden faydalanmak istediği mal somut olayda var olmak zorundadır²⁵. Hırsızlık suç tipini mal edinme amacı ile özdeşleştirme düşüncesinden, belirli olan ya da belli özellikleri ile ayırt edilebilen eşyayı mal edinme isteği anlamını taşıyan ve eylemi işleme gayesi tarafından sevk edilen tasavvurun, mal edinilen eşyanın somutlaştırılması bakımından da göz önüne alınması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bunun anlamı ise bu somutlaştırmanın fail tarafından malın bulunduğu yerden alınmasının temeline yerleştirilen “malın özelliği” aracılığıyla yapılmasıdır²⁶. Konuya amaçsal açıdan yaklaşıldığında da amaçsal nitelikteki yaklaşımların bu düşünceyi destekler nitelikte olacağı görülebilir. Şöyle ki, hırsızlık suç tipinin sadece bir mal edinme amacını gerektirdiği kabul edilseydi mağdurun zilyetliğinin sona erdirilmiş olması neticesinin oluşmasından kanunun vazgeçmiş olması ve bu yolla da cezalandırılabilirliğin daha öne çekilmesi sonucu ortaya çıkardı. Bu bakımdan faile malın bulunduğu yerden alınmasından sonra mal edinmeye değmeyecek nitelikte gözükür ve bunun sonucu olarak da mal edinmeye konu bir eşya olma özel-

²⁴ **Graul**, JR 1999, s. 338, 340; **Gropp**, JR 1985, s. 518, 519.

²⁵ **Maiwald**, s. 277.

²⁶ **Streng**, JuS 2007, s. 422, 424.

liği gerçekleşmeyen eşyalar bakımından buldukları yerden alınırken bir mal edinme iradesinin var olduğunu söylemek anlamsız olacaktır²⁷.

Hırsızlık suçunda malvarlığına karşı bir suçun söz konusu olmasını sağlayan koşullardan mal edinilen eşyanın eylemi gerçekleştirme saikinin üzerinden belirlenmesinin gerekli olduğu çıkartılamaz. Gerçi her ne kadar hırsızlık saiki kural olarak bulunduğu yerden alınan malın belirli bir amaç doğrultusunda kullanımında (bu bakımdan mal edinilmesinde) bulunuyor olsa da bu amacın (objektif olarak) gerçekleştirilebilir olup olmadığı henüz mal edinme amacının bir unsuru haline gelmemiştir. Bu bakımdan mal edinilen eşyanın eylemi gerçekleştirme saiki üzerinden somutlaştırılması yaklaşımı yerinde değildir. Bu yaklaşım, ulaştığı sonuçlardan hareketle de tatmin edici gözükmemektedir; zira, mal edinilen eşyanın özellikleri veya değeri hakkında, eylemi gerçekleştirme saiki bakımından önem taşıyan her hatanın mal edinme amacını ortadan kaldıracağı sonucuna yol açmaktadır. Şöyle ki bu yaklaşım kabul edildiği takdirde:

Şayet failin çaldığı para koleksiyonunun aslında failin beklentisinin sadece çok küçük bir kısmını karşılayacak değere sahip olması; çalınan taşıtın fail tarafından fark edilmeyen bir motor arızasının bulunuyor olması; fail tarafından çalınan pilin kendi oto-teybine uymaması gibi durumlar sonradan ortaya çıkmışsa artık failin sadece elverişsiz bir hırsızlık teşebbüsünden ötürü cezalandırılması gerekecektir. Failin tüm bu örneklerde malın bulunduğu yerden alındığı esnada mal edinme amacı ile hareket ettiğinden hiçbir şekilde şüphe edilemez. Bu nedenle de tamamlanmış hırsızlık suçundan cezalandırılması gerekir²⁸. Failin çaldığı eşyayı belirli bir şekilde kullanma amacı mal edinme amacının tespiti çerçevesinde önemsiz niteliktedir²⁹.

Yukarıda yer verilen amaçsal yaklaşımlar da daha ayrıntılı bir incelemede etkili bir nitelik taşımamaktadır. Fail malı bulunduğu yerden aldığı esnada başkasına ait bir mülkiyet hakkını zedelediği için failin mal edinme

²⁷ **Streng**, JuS 2007, s. 422, 424.

²⁸ Son olarak anılan örnek için bkz. **Graul**, JR 1999, s. 338, 340. Sonuç olarak *Streng* de mal edinilen eşyanın cinsine (Banknotlar) uygun somutlaştırılmasını tercih etmekte olup uygun bir kriter olarak torbanın değerine başvurmaktadır (**Streng**, JuS 2007, s. 422, 426).

²⁹ Krşl. (tipiklik dışındaki amaçların önemsizliği ile ilgili olarak) BGH NJW 1985, s. 812.

iradesinden vazgeçtiği daha sonraki bir zaman dilimine işaret etmek herhangi bir etkide bulunamaz. Malı bulunduğu yerden alma, mal edinmenin önünde konumlandırılmaz; aksine malı bulunduğu yerden almak mal edinme iradesinin hayata geçirilmesi olarak bizatihî mal edinme hareketinin kendisidir³⁰. Kaldı ki “önünde konumlandırma tezi” hırsızlık suçunun, kendisine mal teslim edilen kişinin sonradan bu malın kendisine ait olduğunu iddia etmesi şeklindeki mal edinmeden yani güveni kötüye kullanma suçundan daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiriyor olduğu gerçeğine de aykırı düşer³¹. Bununla birlikte malın bulunduğu yerden alınması ile ortaya çıkan mülkiyet hakkı ihlali failin işlediği eylem ile izlediği amacına ulaşır ulaşmadığından bağımsız olarak oluşmaktadır. Bu noktada tek şart failin bulunduğu yerden aldığı esnada malı mal edinmek istemesidir. Eylemi ile izlediği amacına artık ulaşamayacağından ötürü onun bu iradede daha sonra vazgeçmiş olması malı bulunduğu yerden aldığı esnada sahip olduğu mal edinme iradesini ortadan kaldırmaz. Örneğin bir video oyununun bulunduğu yerden alınması örneğinde eğer fail kendi bilgisayarını bu video oyununu çalıştırmak için yeterli sistem özelliklerine sahip olmadığından hayal kırıklığı içerisinde CD’yi çöpe atarsa da tamamlanmış bir hırsızlık suçundan söz etmek gerekir. İşte tüm bu sebeplerden ötürü mal edinilen eşyanın eylemi işleme saiki odaklı bir şekilde somutlaştırılması yerinde olmayacaktır.

4. Mal Edinilen Eşyanın Somutlaştırılması Zorunluluğu

Failin bulunduğu yerden aldığı eşyanın sadece bir kısmını mal edinmek istediği durumlarda mal edinmenin konusu -bulduğu yerden alma eyleminin konusundan farklı olarak- bir somutlaştırmaya ihtiyaç duyabilir. Diğer bir deyişle mal edinme amacının tespitinde her bir eşya arasında fark gözetebilmek için bir somutlaştırma yapılması zorunludur. Bu anlamda hakim görüş uyarınca Alman Ceza Kanunu § 246’da yer alan güveni kötüye kullanma suçu çerçevesinde de bir eşya topluluğunun belirsiz bir parçasının mal edinmenin konusunu oluşturmayacağı kabul edilir ve failin mal edinmek

³⁰ Bkz. **Kindhäuser**, FS für Gössel, 2002, s. 451 vd.; **Kindhäuser**, in: NK-StGB, § 242 kn. 4 vd.

³¹ **Kindhäuser**, in: NK- StGB, § 242 kn. 6; diğer sistematik eleştiriler için bkz. **Kindhäuser**, FS für Gössel, s. 451, 453.

istediği eşyaların ayırt edilmesi yoluyla somutlaştırmaya ihtiyaç duyulur³². Bu düşünce doğrultusunda öğretide failin bir cüzdanın bulunduğu yerden alınmasında sadece cüzdanın içerisinde bulunan nakit para bakımından mal edinme amacı ile hareket ettiğini; mağdurun bu cüzdan içerisinde bulunan evrakları (örneğin sürücü ehliyeti, kimlik vs.) bakımından ise bir mal edinme iradesinin kural olarak söz konusu olmadığına dikkat çekilmiştir³³. Bu nedenle çalınan cüzdanın içerisinde hiç para yoksa yalnızca hırsızlık suçuna elverişsiz teşebbüs söz konusu olur³⁴. Ancak eğer mal edinme amacı genel olarak cüzdanın içerisinde bulunanlara indirgenir ise bu türden bir ayırım yapmak artık mümkün olmayacak ve failin kutunun içinde bulunan her bir eşya hakkındaki tasavvurunun incelenmesine ihtiyaç duyulacaktır. Girişte yer verilen örnek olay bakımından buradan hareketle ilk olarak herhangi bir sonuca ulaşılmaz. Çünkü, fail kutunun içinde bulunan her şeyi mal edinmek istemiştir ve bu nedenle bu örnek olay bakımından da fark gözetmeye dayalı herhangi bir yaklaşıma gerek bulunmamaktadır³⁵. Ancak, failin kutunun içerisinde nakit paranın yanı sıra başka eşyaların (örneğin evraklar vs.) da bulunduğunu tasavvur ettiği şeklinde olay değiştirilseydi dile getirilen çekinceler dolayısıyla mal edinme amacının kutunun tamamına ilişkin olduğundan hareket edilemeyecekti.

Bunun yanı sıra eylemin konusunu oluşturan malın somutlaştırılması daha ayrıntılı bir inceleme yapılarak mal edinme amacının fark gözetilen bir araştırmaya dayalı olarak belirlenmesi zorunluluğu ile temellendirilemez. Bu düşünce şu şekilde somutlaştırılabilir:

A, B'yi akşam yemeği için evine davet eder. B, A'ya puro tiryakisi olduğunu söyleyince A, B'ye ikram etmek için o esnada tatilde olan komşusu N'nin evine girerek bir paket puroyu alıp misafiri B'ye verir. B puro

³² Krşl. Alman Medenî Kanunu § 243/ II. Hakim görüş bu şekildedir. Ayrıca bkz. RG JW 1934, s. 614 vd.; OLG Düsseldorf StV 1992, s. 422 vd.; **Eser**, in: Schönke/ Schröder, § 246 kn. 4; **Hohmann**, in: MK- StGB, § 246 kn. 8; **Kindhäuser**, in: NK- StGB, § 246 kn. 3; **Ruß**, in: LK- StGB, 11. Auflage (1994), § 246 kn. 3; aksi görüş için bkz. RGSt 73, 253, 254.

³³ **Graul**, JR 1999, s. 338, 340.

³⁴ **Graul**, JR 1999, s. 338, 340.

³⁵ Aynı yönde (konuda hataya ilişkin olarak) bkz. **Graul**, JR 1999, s. 338, 341.

paketinin içinden bir tane puro aldıktan sonra A, puro paketini bulunduğu yerden alırken planladığı şekilde paketi N'nin evindeki yerine geri koyar.

Bu olay bakımından hakim olan görüşe göre, malın bulunduğu yerden alındığı esnada mal edinme amacı henüz yeterince somut olmadığı için B'nin bulunduğu yerden aldığı puro paketi bakımından mal edinme amacının bulunmadığı kabul edilmektedir³⁶. Fakat, A'nın paketin içinde yer alan tüm purolar bakımından mal edinme amacıyla hareket ettiği düşüncesine A bunu sadece geçici olarak kendi malvarlığına kattığı için karşı çıkılmalıdır³⁷. Bu bakımdan A, olası mal edinme kastı ile hareket etmiştir. A'nın, N'nin kaybının neticede sadece tek bir puro ile sınırlı olacağı düşüncesinden hareket etmiş olması da bu düşünceye engel değildir. Çünkü, A, B'nin herhangi bir purodan birini seçip içebileceğini göze almış olup N'nin bu purolar hakkındaki zilyetliğinden sürekli bir şekilde mahrum kalması bakımından alternatif kastla hareket etmiştir³⁸. Sonuç olarak mülkiyet hakkının ihlalinin sadece belirli bir puro ile sınırlı olması cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulmalıdır³⁹. Bu nedenle A, tamamlanan hırsızlık suçundan sorumludur.

Öte yandan şayet fail A, üçüncü bir kişiye puroyu ikram ederek bir tanesini seçme imkanı sunmayıp bunun yerine kendisi ilerleyen bir zaman diliminde bir veya birden fazla puroyu paketten çıkarıp içmek isteseydi de

³⁶ Bu anlamda bkz. LG Düsseldorf NStZ 2008, s. 155, 156. Duesseldorf Eyalet Mahkemesi (LG Düsseldorf) haklı olarak Celle Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin (OLG Celle) ilk başta belirsiz olan hırsızlık kastının ilk olarak kutunun açıldığı esnada belirli bir mal bakımından somutlaşacağına ilişkin kararını eleştirmiştir. Bu bakımdan Celle Yüksek Eyalet Mahkemesi (OLG Celle) mal edinme amacı bakımından uygun olan anın malın bulunduğu yerden alındığı an olduğunu gözden kaçırmıştır (Bkz. LG Duesseldorf, NStZ 2008, s. 155).

³⁷ Güveni kötüye kullanma suçunun bir eşya birliğinin ayrılmamış kısmı bakımından işlenebilirliği hakkında krşl. RGSt 73, 253, 254.

³⁸ Alternatif kast kavramı genellikle şu şekilde ifade edilmektedir: Failin kastının eylemin gerçekleştirilme tarzına göre birden fazla tipe uygun eylemi; hareketin sayısına göre ise sadece tek bir suç tipini kapsamaması durumu. Bu hususta krşl. **Kindhäuser**, AT § 14 kn. 33; **Puppe**, in: NK-StGB, § 15 kn. 115; **Roxin**, AT I, § 12 kn. 93.

³⁹ Alternatif kast kavramının farklı suç tipleri bakımından ortaya çıkması ile ilgili olarak bkz. **Puppe**, in: NK-StGB, § 15 kn. 116; **Roxin**, AT I, § 12 kn. 94.

aynı düşünceler geçerli olurdu. Şüphesiz bu düşünce, malın bulunduğu yerden alındığı esnada doğrudan bir mal edinme amacının bulunuyor olmasını gerektirir. Bunun anlamı kutunun içindekiler failin beklentilerine uyduğu sürece failin kutunun içindekileri mal edinme bakımından kesin bir şekilde kararlı olması gerektiğidir (bkz. yukarıda 2 numaralı başlık altında yapılan açıklamalar). Bu koşullar failin kutunun içerisinde yer alan eşyaların ne olduğunu bilmediği ve kutunun içindekilerin kendi düşüncesine göre “*çalınmaya değer*” eşyalar olup olmadığını daha sonra araştırmak amacıyla bunları bulunduğu yerden aldığı hallerde söz konusu olur⁴⁰. Fail kutunun içindeki eşyaların değerlendirilebilirliğini araştırmayı planlayarak aslında yukarıda belirtilen anlamda “*kutunun içindekileri bir eşya birliği olarak mal edinmek amacıyla*” hareket etmiş olmaktadır⁴¹. Kutunun içerisinde yer alan eşyaları bütüncül bir şekilde “*içerik*” kavramıyla özetleyen bu türden genelleme bir bakış açısı yalnızca mağdurun duyuşsal olarak farkına varması ile yani eylemin dış seyri aracılığıyla meydana gelen ve sadece kutu ile kutunun içindekiler arasında bir ayırım yapma imkanına sahip olan “*malın bulunduğu yerden alınması eyleminin konusunun somutlaştırılmasına*” uygun bir nitelik taşır (bkz. yukarıda II. 1 numaralı başlık altında yapılan açıklamalar). Bulunduğu yerden alınan ve mal edinilen eşyanın suç tipi tarafından belirli bir ayırt edici özelliğe sahip olması arandığından bulunduğu yerden alınan eşyanın somutlaştırılması da mal edinilen eşyanın belirlenmesi için bir çıkış noktası oluşturmaktadır. Eğer bu paralelliğin varlığı kabul edilirse bu, failin kutunun içeriği hakkında gerçekte örtüşen bir tasavvurunun bulunduğu (para ve evrakların bulunmakta olduğu) ve bu şekilde tasavvur ettiği içeriği sadece kısmen (sadece para bakımından) mal edinmek istediği yukarıdaki örneğe yönelik atılan yalnızca küçük bir adım olacaktır. Bu durumda da fail kutunun tüm içeriğini incelemeye kalkacaktır. Aradaki fark ise sadece inceleme için geçerli olan kriterlerin cins kavramına başvurmak suretiyle (çalmaya değer veya çalmaya değer olmayan eşyalar yerine “*para*” ya da “*evraklar*” kavramları) daha açık olmasında bulunmaktadır. Bu nedenle mal edinme amacının tespit edilmesi için failin tasavvurunun yeniden incelenmesi aracı-

⁴⁰ Gropp, JR 1985, s. 518, 520 vd.

⁴¹ Krşl. BGH GA 1969, s. 306, 307; NJW 1985, s. 812, 813; Ruß, FS für Pfeiffer, 1988, s. 61, 66.

lığıyla mal edinilen eşyanın daha ayrıntılı şekilde somutlaştırılmasına ihtiyaç yoktur.

5. Sonuç: “Kutunun İçeriğinin” Tamamlanan Hırsızlığa Konu Olması

Şayet kutunun içeriği hakkındaki hata mal edinme amacı çerçevesinde de kendisini suçun konusundaki önemsiz hata olarak gösteriyorsa burada incelenen olayda sona ermiş bir hırsızlık suçunun bulunduğu söylenmelidir. Teşebbüsün varlığı ise yalnızca kutunun başkasına ait olmayan taşınır malları içermesi halinde ya da bulunduğu yerden alınan para cüzdanının tamamen boş olması halinde kabul edilmelidir⁴². Buna karşın para cüzdanının içinde tek bir tane dahi olsa (başkasına ait) madeni para ya da sadece bir pantolon düğmesi bulunuyor olduğunda tamamlanan bir hırsızlık eyleminin söz konusu olduğunun kabul edilmesi gerektiği düşüncesi⁴³ bu çözüm yolunun kısmen akıldışı bir sonucu olarak eleştirilmektedir⁴⁴. Bu çözüm yolu tarafından önerilmekte olan düşünce, mal edinme eyleminin konusunun failin saikine dayalı olarak somutlaştırılmasının sonuçlarının güçlü çekincelerle karşılaşması muhakkak olduğu için (bkz. yukarıda II. 3 numaralı başlık altında yapılan açıklamalar) yukarıdaki eleştiri yeterince ikna edici gözükmemektedir. Öte yandan yukarıdaki eleştirinin yeterince ikna edici gözükmemesinin diğer bir sebebi de failin tıpkı örnek olayda da olduğu gibi kutunun içinde büyük miktarda paranın bulunduğunu tasavvur ettiği; ancak, gerçekte kutunun içinde sadece beş Avro değerinde banknotun bulunduğu hallerde de tamamlanmış bir hırsızlık suçunun bulunduğunun kabul edilmesi gerekir ise bu çözüm yolunun da benzer nitelikte sınırlandırma sorunları ortaya koyacak olmasıdır⁴⁵, ⁴⁶. Bu örnek göstermektedir ki, failin tasavvuru

⁴² Bu olay bakımından bkz. **Eser**, in: Schönke/ Schröder, § 242 kn. 63; **Fischer**, § 242 kn. 41; ayrıca bkz. 5 numaralı ve devamındaki dipnotlardaki destekleyici açıklamalar.

⁴³ İçinde sadece birkaç madeni para bulunan para cüzdanının yağmalanması hakkında hrşl. BGH NSTZ 1996, s. 599.

⁴⁴ **Streng**, JuS 2007, s. 422, 424.

⁴⁵ Sonuç olarak aynı yaklaşım için bkz. **Streng**, JuS 2007, s. 422, 424.

⁴⁶ Tamamlayıcı olarak Düsseldorf Eyalet Mahkemesi, biraz farklı bir olayda Alm.CK. § 249'daki yağmanın değil de § 255'teki yağma niteliğindeki tehditin uygulama alanı

üzerinden mal edinmenin konusu olan eşyanın somutlaştırılmasına yönelik kesin bir ölçüt oluşturulmaması gerekmektedir. Ayrıca yine bu örnek, son tahlilde “*değerli eşyanın*”, “*paranın*” veya sadece “*banknotların*” önemli, belirleyici türler olarak görülüp görülmemesinin ya da bunun dışında fail tarafından belirlenen ve somutlaştırmaya yönelik anlamlı görülen özelliklerin öne sürülüp sürülmeyeceğinin keyfi nitelik taşıyacağını ortaya koymaktadır⁴⁷. Alman Ceza Kanunu § 242’de düzenlenen hırsızlık suç tipinin ne malın bulunduğu yerden alınmasını ne de belirli bir eşyanın mal edinilmesini gerektiriyor olması⁴⁸ hesaba katıldığında bu yalnızca, fail tarafından tasavvur edilen ve fiiliyatta da bulunduğu yerden alınan mal bakımından başkasına ait bir taşınır malın söz konusu olup olmadığına bağlı olabilir (bkz. yukarıda II. 1 numaralı başlık altında yapılan açıklamalar)⁴⁹. Hangi unsurlarda failin tasavvurunun somut olaydaki suçun konusu ile örtüşmek mecburiyetinde olduğunu fail değil kanun belirlemektedir⁵⁰. Bu bakımdan boş olup birkaç madenî para ile doldurulmuş olan cüzdanın (bunun anlamı başkasına ait taşınır mal değildir) farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulması tipe uygun haksızlığın kanunî tanımına uymaktadır. Tamamlanmış bir hırsızlık eyleminin varlığının kabulüne rağmen fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığın ağırlığının failin planladığı eylemin oldukça altında kalmış olması Alman Ceza Kanunu § 46/II uyarınca cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulacaktır. Bu noktada eylemin haksızlık içeriğinin azalması karşısında tıpkı Alman Ceza Kanunu § 249/II’de düzenlenen ve yağma suçuna ilişkin verilecek

bulması halinde bir teşebbüsün varlığının kabul edilebilmesinin sistematik olarak tatmin edici olmayacağına ve bu nedenle de tamamlanmış suçtan ötürü cezalandırma yapılması gerektiğine dikkat çekmiştir (Bkz. LG Düsseldorf, NStZ 2008, s. 155, 156).

⁴⁷ Tıpkı her somut olaya özgü tatmin edici olmayan çözümlerde olduğu gibi Düsseldorf Eyalet Mahkemesi’nin kararı da göstermektedir ki bulunduğu yerden alınan kutunun içinde (içinde bulunduğu tahmin edilen nakit para yerine) bulunan fotokopi kağıtları bakımından da ekonomik bir değer taşıyan kullanım eşyasının söz konusu olduğu gerekçesiyle bir mal edinme amacının bulunduğu kabul edilmektedir (LG Düsseldorf, NStZ 2008, s. 155, 156).

⁴⁸ **Graul**, JR 1999, s. 338, 340; **Kühl**, AT, § 15 kn. 37.

⁴⁹ Kanun’da belirtilen özelliklerin (başkasına ait, taşınır olma) dışındaki özelliklerin önem taşımadığına ilişkin bkz. **Schmitz**, in: MK- StGB, § 242 kn. 105.

⁵⁰ **Kuhlen**, s. 483 vd.; **Puppe**, in: NK- StGB, § 16 kn. 103.

cezanın hafifletilmesini gerektiren nitelikli hale benzer bir durum ortaya çıkmaktadır⁵¹.

III. KUTU BAKIMINDAN MAL EDİNME AMACININ BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU

Son olarak kutu bakımından mal edinme amacının bulunup bulunmadığı sorununa kısaca değinmekte fayda vardır. Genel kaniya göre eğer kutu eylemin ardından tahrip edilmiş ya da çöpe atılmışsa bu türden bir mal edinme amacının bulunduğu düşüncesi reddedilmelidir. Ancak, eğer fail kutuyu bir taşıma aracı olarak kullanmış ve bu yolla onu (en azından geçici olarak) kendi malvarlığına dahil etmek istemişse artık bu türden bir mal edinme amacının bulunduğu kabul edilmelidir⁵². Yargı içtihatları bu hususu failin çalınan ganimetin taşınması için kutuya ihtiyaç duyup duymadığına ya da failin kutunun içindekileri başka bir şekilde de olay yerinden uzaklaştırma imkanının bulunup bulunmadığına göre karara bağlamaktadır⁵³. Eğer fail hakimiyetine geçirmek istediği kutunun içindeki malı başka türlü yeterince hızlı bir şekilde olay yerinden uzaklaştıramayacağı için kutuyu beraberinde götürmüşse yargı içtihatlarının yukarıda belirtilen ikinci yaklaşımı öğretide de kabul görmektedir⁵⁴. Bu doğrultuda daha küçük boyuttaki kutular söz konusu olduğunda (örneğin evrak çantası ya da el çantası, para cüzdanı vs.) failin bunlar için kural olarak mal edinme amacının bulunmadığı kabul edilmektedir⁵⁵. Buna karşın failin örneğin bir otel müşterisinin tüm eşyalarını kaçıırken taşıma aracı olarak kullandığı valiz bakımından ise artık mal edinme amacının bulunduğu kabul edilmelidir⁵⁶.

⁵¹ Genel olarak krşl. **Sander**, in: MK- StGB, § 249 kn. 45.

⁵² BGH MDR/**Dallinger** 1975, s. 22; StV 1990, s. 205, 206.

⁵³ BGH MDR/**Dallinger** 1975, s. 22.

⁵⁴ **Graul**, JR 1999, s. 338, 341; **Otto**, Jura 1989, s. 137, 143; ayrıca krşl. BGH JZ 1987, s. 52.

⁵⁵ (Para Cüzdanı ile ilgili olarak) BGH MDR/**Dallinger** 1968, s. 372; (el çantası ile ilgili olarak) BGH MDR/**Dallinger** 1975, s. 22, (küçük para kasası ile ilgili olarak) s. 543; (el çantası ile ilgili olarak) StV 1990, s. 205- 206; (küçük kutu ile ilgili olarak) NStZ 2000, s. 531; (evrak çantası ile ilgili olarak) NStZ- RR, 2000, s. 343.

⁵⁶ **Graul**, JR 1999, s. 338, 341; **Gropp**, JR 1985, s. 518, 521; **Otto**, Jura 1989, s. 137, 143; bu hususta ayrıca krşl. BGH NJW 1985, s. 812.

Bu şekilde yapılan ikili bir ayırım eleştiriye açık gözükmektedir; zira, maldan faydalanma amaçlarına yönelik geçici bir mal edinmenin varlığının kabulü için failin kutuya bir taşıma aracı olarak başvurması gerekli olmayıp eşyayla birlikte olay yerinden uzaklaşmanın amaçlanmış olmasının “*kendi amaçları için kullanma*” olarak görülmesi yeterlidir⁵⁷. Eğer fail kutuyu yanına almak suretiyle olay yerinde kutunun içindekilerin belirli bir değere sahip eşya olup olmadığını araştırmak yerine kaçarak zaman kazanmak istemiş ise bu durumda kutudan fiili işlerken yararlanma amacıyla ve bu kutuyu bu yönüyle geçici olarak mal edinmeyi amaçlayarak hareket etmiş olur⁵⁸. Makalenin giriş kısmında belirtilen örnek olayda da karton kutu bakımından failin mal edinme amacının bulunduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan - Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin görüşünün aksine- tamamlanmış bir hırsızlık ya da her somut olayın özelliğine göre yağma suçu söz konusu olacaktır.

IV. SONUÇ YERİNE

Yukarıda ifade edilen açıklamalar bir kutunun içeriği hakkında düşülen hatanın failin eyleminin tamamlanmış hırsızlıktan ya da tamamlanmış yağmadan cezalandırılabilirliğini ortadan kaldırmadığını; herhangi bir etki doğurmayan nitelikte “*suçun konusunda hata*” olarak failin kastını da etkilemeyeceği sonucunu ortaya koymuştur. Yargı içtihatları ve öğretideki hakim görüş tarafından benimsenen düşünce olan “*fail tarafından kutunun içinde bulunduğu tahmin edilen eşyalara dayalı olarak kastın somutlaştırılması*” hata teorisinin temel ilkeleri ile bağdaşmamakta olup bu nedenle reddedilmelidir⁵⁹. Bu ilkelerin tutarlı bir şekilde uygulanması kendi yapısı içerisinde daha ziyade malvarlığına karşı işlenen suçlara yönelik olarak benimsenebilir çözümler geliştirilebileceğini göstermektedir.

⁵⁷ **Ruß**, FS für Pfeiffer, s. 61, 65.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. **Ruß**, FS für Pfeiffer, s. 65 vd.; aynı yazı için bkz. **Ruß**, in: LK- StGB, § 242 kn. 59.

⁵⁹ Şahısta hatanın sadece en üst derecedeki kişilik haklarına ilişkin hukukî menfaatlerle sınırlı olarak kastı ortadan kaldırıcı etkiye sahip olduğu düşüncesine ilişkin benzer yöndeki eleştiri için bkz. **Kindhäuser**, AT § 27, kn. 58.