

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin
Kuruluşunun 40. Yılı Etkinlikleri

Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan Takdim Töreni
Vesilesiyle Düzenlenen

**TÜRK CEZA HUKUKU REFORMUNUN
17. YILINDA, MUKAYESELİ HUKUK
BAĞLAMINDA HIRSIZLIK VE YAĞMA
SUÇLARI UYGULAMASININ
DEĞERLENDİRİLMESİ PANELİ**

Editör: Prof. Dr. Ahmet Gökçen

ADALET YAYINEVİ
Ankara - 2023

ADALET BASIM YAYIM DAĞITIM SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan Takdim Töreni Vesilesiyle Düzenlenen
Türk Ceza Hukuku Reformunun 17. Yılında, Mukayeseli Hukuk Bağlamında Hırsızlık
ve Yağma Suçları Uygulamasının Değerlendirilmesi Paneli
Editör: Ahmet Gökçen

Hukuk Yayınları Dizisi – 3674

Birinci Baskı : Kasım, 2023

ISBN : 978 – 605 – 264 – 645 – 8


ADALET YAYINEVİ

Merkez

Strazburg Caddesi No: 10/B Sıhhiye-Ankara
Tel : (0312) 231 17 00
Fax : (0312) 231 17 10

Dağıtım

Strazburg Caddesi No: 17/B Sıhhiye-Ankara

 : adalet.com.tr – adaletyayinevi.com

 : adalety@adaletyayinevi.com

İstanbul Şube

Mustafa Kemal Caddesi No: 60/C
(Anadolu Adliyesi Karşısı) Kartal-İstanbul
Tel : (0216) 305 72 81

Bursa Şube

Bursa Adliye Sarayı Zemin Kat Bursa

 : facebook.com/adaletyayinevi

 : twitter.com/adaletyayinevi

Sayfa Tasarımı:

Nimet Yıldız

Kapak Tasarımı:

Yasin Özbudak

Baskı:

Ay-bay Kırtasiye İnş. Gıda Paz. ve Tic. Ltd. Şti.

Sertifika No: 46661

Tel: (0 312) 472 58 55 - Ankara

ALMAN HUKUKUNDA HIRSIZLIK SUÇUNA GENEL BİR BAKIŞ

Doç. Dr. Selman DURSUN*

I. GENEL BİLGİLER

A. Kanuni Düzenlemeler

Alman Ceza Kanunu'nda (Alm. CK, *StGB*) hırsızlık suçu, Kanun'un özel kısmının on dokuzuncu bölümünde, "Hırsızlık ve Zimmete Geçirme" (*Diebstahl und Unterschlagung*)¹ başlığı altında kapsamlı bir düzenlemeye sahiptir. Kanun'un 242. paragrafında hırsızlığın temel şekline yer verilirken, takip eden maddelerde hırsızlığın özellikle ağır hali (§ 243), silahla hırsızlık, çete hırsızlığı, konuta girerek hırsızlık şeklindeki nitelikli haller (§ 244), daha ağır çete hırsızlığı (§ 244a) ve hal ve gidişat denetimi (§ 245, *Führungsaufsicht*) biçiminde güvenlik tedbiri düzenlenmiştir. Kanun'un 246. maddesinde zimmete geçirme suçu düzenlenirken devamında evde ve aile içinde hırsızlık (§ 247), değeri az mallarda hırsızlık ve zimmete geçirme (§ 248a) şeklinde suçların şikâyeti gerektiren hafif halleri ve nihayet hırsızlıkla ilişkili fiiller olarak izinsiz araç kullanma (§ 248b, kullanma hırsızlığı) ve hukuka aykırı elektrik enerjisi çekme (§ 248c) suçları öngörülmüştür. Hırsızlık ve zimmete geçirme için polis denetimini (*Polizeiaufsicht*) içeren 248. paragraf ise 1975'te ilga edilmiştir.

Alm. CK'nın özel hükümler kısmında, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK'da) olduğu gibi suçlar, mağdur ve korunan hukuki değer esas alınarak tasnif edilmiş olmasa da Alman hukukunda da bu suç, mülkiyet ve malvarlığı temelinde eşyaya ilişkin bir değeri (*Sachwert*) koruması itibariyle² kişilere karşı suç olarak kabul edilmektedir. Bazı görüşler malvarlığı (*Vermögen*) ile mülkiyet (*Eigentum*) kavramları arasında ekonomik değer ve ekonomik zarar unsurları yönünden fark gözetmekte ve hırsızlığı sırf mülkiyete karşı suç olarak

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

¹ "Unterschlagung" sözcüğü, malı hukuka aykırı olarak edinme ve güveni kötüye kullanma şeklinde de çevrilebilmektedir (*Yenisey/Plagemann*, 359, 568). Bu çalışmada, "Amtunterschlagung" veya "Unterschlagung im Amt" (kamuda zimmete geçirme, Alm. CK mülga § 350 ve 351) kavramı da dikkate alınarak "zimmete geçirme" şeklinde tercüme edilmiştir.

² Yine kişilere karşı suçlar içerisinde, eşyaya ilişkin değer karşısında hayat, vücut bütünlüğü, hürriyet gibi kişiye ilişkin değer (*Personwert*) yer almaktadır.

değerlendirebilmektedir. Genel olarak ise hırsızlık, malvarlığına karşı suçlar (*Vermögensdelikte*) içinde belirli bir malvarlığı değeri olarak mülkiyeti koruyan bir suç (*Eigentumsdelikt*) şeklinde kabul edilmektedir.

B. Korunan Hukuki Değer

Alman ceza hukuku öğretisinde hırsızlık suçuyla yalnızca mülkiyetin korunduğu fikri savunulduğu gibi baskın görüş; mülkiyetin yanı sıra veya ikincil olarak eşyayı fiilen elinde bulundurmamayı ifade eden ve zilyedlikten (*Besitz*) kısmen farklı bir kavram olan vaziülyedliğin (*Gewahrsam*)³ de korunduğu düşüncesindedir. Alm. CK § 242'de, mülkiyete işaret etmek üzere "başkasına ait" (*Fremd*) olma unsuru açıkça yer almakla birlikte vaziülyedlik deyimine rastlanmamakta, düzenlemedeki alma (*Wegnahme*) hareketinin öğretisi ve uygulama tarafından yorumu kapsamında söz konusu terim kullanılmaktadır.⁴

Vaziülyedlik, genel fikre göre bir kimsenin, bir eşya üzerinde, hâkimiyet iradesi taşıyan ve kapsamını mutlak anlayışın belirlediği fiilî hâkimiyetini ifade etmektedir. Zilyedlikle karşılaştırıldığında, doğrudan/dolaysız zilyedlik ile vaziülyedliğin kesiştiği ancak dolaylı zilyedliğin veya miras sebebiyle tereke üzerindeki otomatik veya fiktif zilyedliğin vaziülyedliği karşılamadığı belirtilmektedir. Miras yoluyla zilyedlikte terekedeki eşyaların mirasçılardan birinin fiilî hâkimiyetine girmesine kadar hırsızlık suç-

³ Vaziülyedlik deyimini, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 331'de, "*Vesikanın yedinde olduğunu inkâr eden tarafa hasmının talebiyle böyle bir vesikaya vaziülyed bulunmadığına ve itina ile aradığı halde bulamadığına ve hasmının istimaline imkân vermemek kasdiyle izaa veya imha veyahut ihfa etmediğine ve senedin nerede ve kimin yedinde olduğundan malumatı bulunmadığına dair yemin teklif olunur.*" şeklinde yer almaktaydı. Mevcut 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 220/2'de ise, "*Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir.*" biçiminde düzenleme yapılmıştır. Keza halen yürürlükte olan 1991 tarihli Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik m. 8'de silah taşımalarına izin verilen kamu görevlileri sayılırken, "*d) Paraya vaziülyed olanlardan*" icra müdürleri ve yardımcılarını ile veznedarlar ve tahsildarlardan söz edilmiştir. Türk eşya hukuku öğretisinde vaziülyedlik terimini, zilyed yardımcısıyla eş anlamlı kullanan (*Akipek*, 178) görüşlere de rastlanmaktadır.

⁴ Alm. CK'da vaziülyedlik yalnızca 168. paragrafta, ölmüş bir insanın vücudunu veya vücut parçalarını, ölü bir cenini veya bunun parçalarını ya da ölmüş bir insanın küllerini hakkı bulunan kişinin vaziülyedliğinden alma fiilinde düzenlenmiştir. Buradaki deyim "muhafaza" şeklindeki çevirisi için *Yenisey/Plagemann*, 263. Hırsızlıkta eşya üzerinde fiili hâkimiyet sahibi olma ve ayrıca polis nezareti anlamı için *a.y.*, 545. Vaziülyed (*Gewahrsam*) tabiri, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (*Strafprozessordnung*) ile özellikle Medeni Muhakeme Kanunu'nun (*Zivilprozessordnung*) çeşitli hükümlerinde de yaygın olarak yer almaktadır.

nun oluşmayacağı, bu aşamada gerçekleşen mal edinme fiillerinin, zimmete geçirme suçu (§ 246/1) kapsamında cezalandırılacağı kabul edilmektedir⁵. Buna karşılık eşya üzerinde fiilî hâkimiyetini başkasına bağımlı olarak kullanması sebebiyle zilyed sayılmayan zilyed yardımcısının (*Besitzdiener*, hizmet zilyedi, zilyed hadimi/hizmetçisi) ise fiilî hâkimiyeti elinde bulundurması itibariyle belirli şartlarda vaziülyed sayılabileceği ileri sürülmektedir. Bununla birlikte burada da vaziülyed yardımcısı/hizmetçisi/ koruyucusu (*Gewahrsamsgehilfe*, *-diener*, *-hüter*) ilişkisinden söz edilmekte ve bu kişilerin vaziülyedliği ya reddedilmekte ya da bağımlı oldukları üst konumundaki vaziülyede karşı vaziülyedlikleri ikincil kabul edilmektedir. Söz konusu kişilerin vaziülyed olana (veya üst vaziülyed konumunda bulunana) karşı mal edinme fiilleri, güveni kötüye kullanma suretiyle zimmete geçirme (§ 246/2) değil, hırsızlık olarak değerlendirilmekte yahut (üst) vaziülyedin bu kişilere karşı hırsızlık suçunu işleyemeyecekleri belirtilmektedir. Bu tartışmaya aşağıda tekrar değinilecektir.

II. SUÇUN TEMEL UNSURLARI

Alm. CK § 242'de hırsızlık suçunun temel şekli düzenlenmekte olup söz konusu paragraf şu şekildedir:

“(1) Her kim, başkasına ait taşınır bir eşyayı, hukuka aykırı olarak kendisine mal edinmek veya üçüncü bir kişiye mal edindirmek amacıyla alırsa beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Teşebbüs cezalandırılır.”⁶

A. Maddi Unsurlar (Objektif Tipiklik)

1. Hareketin Konusu: Başkasına Ait Taşınır Eşya

Alman hukukuna göre hırsızlık suçunun konusunu, “başkasına ait taşınır eşya” oluşturmaktadır. Eşya kavramı, cismani varlıkları, fiziki nesnelere ifade etmektedir. Cismani varlığı olmayan, gayri maddi mallar, ör. fikirler, haklar, talepler yahut bilgisayar programları veya verileri eşya değildir fakat bunların cisimleştiği belgeler veya veri taşıyıcıları eşya niteliğindedir. Eşyanın fiziki durumu; katı, sıvı veya gaz halinde olması önem taşımamaktadır. Enerji eşya sayılmayıp elektrik enerjisine ilişkin olmak

⁵ Türk hukukunda hırsızlık suçunun, kişinin ölmesinden yararlanarak (mirasçılara karşı) işlenmesi suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali (TCK m. 142/2-a) olarak düzenlenmiştir.

⁶ Krş. *Yenisey/Plagemann*, 355. Alm. CK § 12'de ceza miktarına göre öngörülen cürüm ve cünha ayırımına göre hırsızlık suçunun temel şekli cünha niteliğinde olup § 23/1 uyarınca cünhalara teşebbüsün cezalandırılabilmesi için bu yönde açık bir hüküm bulunmalıdır.

üzere § 248c'de özel bir düzenleme yapılmıştır. Eşyanın ekonomik değer taşınması gerekli değildir. Zira korunan değer malvarlığı değil, mülkiyettir. Özel mektuplar hırsızlığa konu olabilir.

Hakkın öznesi olan (yaşayan) insanın (bedeninin), hakkın konusu/nesnesi, dolayısıyla eşya sayılamayacağı, aynı hususun anne karnındaki emriyo için de geçerli olduğu ifade edilmektedir. Keza doğal (organik) vücut kısımları ve sabitlenmiş/ikame yapay vücut parçaları (ör. diş dolgusu, yapay kalça kemiği), vücuda bağlı oldukça eşya sayılmaz ancak vücuttan ayrılmaları halinde (ör. saç, diş) eşya olarak kabul edilir. Buna karşılık destekleyici parçalar (ör. kalp pili) eşya niteliğini haizdir.

İnsan cesedinin durumu tartışmalı olup eşya vasfını haiz olsa bile esasen başkasına ait olma unsurunun gerçekleşmeyeceği, buna ilişkin korumanın ölünün huzurunu bozma (§ 168) suçu kapsamında olduğu fakat istisnai olarak ör. bilimsel amaçlarla cesedin bir kuruma verilmesi halinde hırsızlık suçuna konu olabileceği belirtilmektedir.

Hayvanlar, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 90a'ya göre eşya sayılmakla beraber eşyalar için geçerli olan hükümler, aksi düzenlenmedikçe kıyasen onlara da uygulanmaktadır ve bu bağlamda hırsızlık suçunun da konusunu teşkil edebilmektedir.

Eşyanın taşınır olma özelliği, fiilen bir yerden bir yere nakledilebilir olmayı ifade etmekte olup bir taşınmazın mütemmim cüzünün (ör. kapı, pencere) de ondan ayrılması halinde taşınır sayılması mümkündür. Bu çerçevede bir meradan kesilen veya bir hayvan tarafından otlamasına izin verilen çayır, bir tarladan biçilen tahıl da taşınır eşya olarak hırsızlık suçuna konu olabilecektir.

Nihayet taşınır eşyanın başkasına ait olması vasfı, medeni hukukun mülkiyete ilişkin kurallarına göre belirlenecek olup sahipsiz olmayan, failin tek başına mülkiyetinde bulunmayan şeyleri belirtmektedir. Canlı bir insanın bedeninden ayrılan parça veya maddeler (ör. saç, diş, alınan kan) o kişinin mülkiyetindedir. Ortak (müşterek, iştirak halinde) mülkiyete konu taşınırlar da faile tek başına ait olmadığı için başkasına ait sayılır. Öte yandan herhangi bir kimsenin mülkiyetinde olmayan veya olamayacak olan (mülkiyete elverişli bulunmayan) taşınırlar, ör. vahşi hayvanlar, serbest hava, akarsu vb. başkasına ait sayılmaz. İnsan cesedinin durumu yukarıda açıklandığı gibidir. Belirtmek gerekir ki kaybolmuş, yanlış yere konmuş veya unutulmuş eşya, sahipsiz sayılmaz ancak vazıüyledik durumu ayrıca incelenmelidir. Buna karşılık eşyanın terk edilmesi (*Dereliktion*) halinde eşya sahipsiz hale gelir.

2. Hareket: Almak

Hırsızlık suçunun hareket unsurunu oluşturan almak; eşya üzerinde başkasının vaziülyedliğini ihlalini (bozulmasını, *Bruch*) ve yeni bir vaziülyedlik tesisini ifade etmektedir. Buna göre alma hareketinin gerçekleşip gerçekleşmediği incelenirken, öncelikle bir başkasının vaziülyedliğinin saptanması, devamında mevcut vaziülyedin (*Gewahrsamsinhaber*) vaziülyedliğinin, iradesi olmaksızın veya iradesine rağmen kaldırılarak ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi ve nihayet failin yeni ve fakat mutlaka kendisinin olması gerekmeyen bir vaziülyedlik oluşturup oluşturmadığının ortaya konması gerekmektedir.

a) Hırsızlık suçunun oluşabilmesi için alma hareketi anında eşyanın başkasının vaziülyedliğinde olması şart olup belirli bir kimsenin vaziülyedliğinde bulunmayan bir eşyanın mal edinilmesi halinde hırsızlık değil, zimmete geçirme suçu (§ 246) oluşacaktır. Vaziülyedlik, daha önce de değinildiği gibi bir eşya üzerinde doğal hâkimiyet iradesi taşıyan fiilî hâkimiyeti belirtmektedir.

Fiilî hâkimiyet, herhangi bir engel olmadan eşyayı doğrudan etkileme iradesini gerçekleştirme, bir eşyayı elinde bulundurma, üzerinde taşıma veya mekânsal hâkimiyet alanında (evde, evin bahçesinde) bulundurma manasındadır. Vaziülyedliğin manevi unsurunu teşkil eden hâkimiyet iradesi, doğal bir mahiyette kabul edildiğinden (*natürlicher Herrschaftswille*), buna uygun irade oluşturabilecek çocuk veya akıl hastası da söz konusu iradeye sahip olabilir. Fiil (işlem) ehliyeti şart değildir. Mezkûr irade, belirli bir alanda (ör. evde, dükkânda, arabada, posta kutusunda) bulunan eşyaya hâkim olmaya dair genel bir irade olup nesnelere bu manada somutlaşması gerekmez. Keza söz konusu iradenin her daim güncel ve bilinç halinde olması şart olmayıp potansiyel irade yeterlidir. Dolayısıyla uykudaki veya bilincini geçici kaybetmiş kimse de bu iradeye sahip kabul edilir, vaziülyedliğini kaybetmez.

Fiilî hâkimiyet ve buna ilişkin irade (vaziülyedlik), tek başına bir kişide bulunabileceği gibi birden fazla kişide ortak bir şekilde de mevcut olabilir. Müşterek vaziülyedlik (*Mitgewahrsam*), eşit dereceli (ör. eşlerin müşterek vaziülyedliği) olabileceği gibi üst-ast ilişkisi biçiminde kademeli (ör. ev sahibi veya dükkân sahibi ile hizmetçi veya tezgahkar ilişkisi) de olabilir. Eşit dereceli vaziülyedlerin birbirine, ast vaziülyedin üst vaziülyede karşı hırsızlık suçunu işleyebilecekleri ancak tersinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Öğretide ast konumundaki kişinin vaziülyedliğini reddeden, burada yalnızca üst olanın tek başına vaziülyedliğinin bulunduğunu, astın sadece vaziülyed yardımcısı olduğunu savunan görüşler de vardır.

Vaziülyedlik, fiilî hâkimiyetin kaybedilmesi veya hâkimiyet iradesinin ortadan kalkması halinde sona erecektir. Bu noktada bir eşyanın kaybedilmesi ile eşyanın bir yerde unutulması arasında ayırım yapılmaktadır. Kaybetme, eşyanın yerini bilmemeyi dolayısıyla vaziülyedliğin maddi unsuru olan fiilî hâkimiyetin de artık mevcut olmamasını ifade etmektedir. Bu ihtimalde eşya, bir başkasının vaziülyedliğine girmiş olabileceği gibi vaziülyedsiz (*Gewahrsamslos*) de kalmış olabilir. Buna karşılık unutmama, eşyanın yerini bilmeyi içermekte olup eğer eşyanın tekrar elde edilmesinde önemli bir engel bulunmuyorsa vaziülyedlik, gevşek bir şekilde devam edecektir. Ancak eşya, kamuya açık, herkesin el atabileceği bir yerde unutulmuşsa ve eşyaya etki edilemeyecek halde bulunuluyorsa vaziülyedliğin sona ereceği belirtilmektedir.

Bundan başka vaziülyedliğin gevşemesi (*Gewahrsamslockerung*) kavramı ayrıca ele alınmakta olup bu ihtimalde eşya üzerindeki hâkimiyetin yoğunluğunun yalnızca azaltılması söz konusudur. Ör. cep telefonunun birini araması için başkasına verilmesi, vaziülyedliğin kaybına sebep olmaz. Ancak telefonu alan kişi, gevşemiş vaziülyedliğe son verip hırsızlık suçunu işleyebilir. Bu bağlamda fail, vaziülyedliğin gevşemesine mağduru aldatarak neden olabilir fakat bu durumda failin, halen (gevşek de olsa) mevcut olan vaziülyedliği kesin olarak kaldırması için ilave bir eylemde bulunması (ör. kaçması) gerekmektedir. Ör. A, bir bahaneyle acil bir telefon görüşmesi yapması gerektiğini söyleyerek B'nin cep telefonunu alır ve sonra kaçar. Burada B, telefonun vaziülyedliğini tamamen ve doğrudan A'ya devretmiş değildir. B'nin yalnızca vaziülyedliğini gevşetme iradesi vardır. Vaziülyedlik değişimi, telefonu alma ve sonrasında kaçma şeklinde birden fazla hareketle gerçekleşmiş olup A hırsızlıktan sorumludur.

b) Alma hareketi açısından incelenmesi gereken ikinci temel husus, vaziülyedliğin ihlali (bozulması) olup mevcut vaziülyedin fiilî hâkimiyetinin, onun rızası olmaksızın veya rızası aleyhine kaldırılmasıyla gerçekleşir. Rıza burada tipikliği kaldıran bir mahiyet (*Einverständnis*) taşır. Söz konusu rıza, doğal bir iradeyi ifade etmekte olup çocukların veya akıl hastalarının da buna uygun doğal algılama yeteneklerinin olması kaydıyla bu yönde rıza gösterebilecekleri kabul edilmektedir. Tipikliği kaldıran rızanın, aldatma, tehdit veya zorlayıcı cebir halinde de etki göstereceği ve hırsızlık suçunun oluşumunu engelleyeceği, keza açıkça veya örtülü olarak açıklanmasının⁷ yahut faile bildirilmesinin gerekmediği, hareket anında gerçekten mevcut olmasının yeterli olduğu ileri sürülmektedir. Rızanın mevcudiyeti hususundaki hatanın kastı kaldıracağı, rızanın bulunmadığını sanarak hareket edilmesinin ise elverişsiz teşebbüsü gündeme getireceği belirtilmektedir.

⁷ Bir görüşe göre en azından zımni (*konkludent*) olarak açıklanmalıdır veya mevcut olmalıdır.

Öte yandan söz konusu rızanın şartlı olabileceği, bu bağlamda eşya otomatlarında esasen belirli bir miktar paranın ödenmesi koşuluyla malın alınmasına rıza gösterildiği dolayısıyla ör. sahte parayla veya ödeme yapmadan malın alınmasının hırsızlık teşkil edeceği ifade edilmektedir.

c) Nihayet alma hareketi açısından irdelenmesi gereken üçüncü temel nokta, yeni bir vaziüylediğin tesisidir. Fail, önceki vaziüylediği kaldırdıktan sonra kendisinin veya başkasının vaziüylediğini kurmalı yahut ortak veya alt vaziüyledikte bunu kuvvetlendirmelidir. Yeni bir vaziüylediğin oluşturulduğundan söz edilebilmesi için fiilî hâkimiyetin, o ana kadarki vaziüyledin gerçekleştirebileceği önemli bir engel olmaksızın kullanılabilmesi gerekir.

Yeni vaziüylediğin tesis edildiği an, eşyanın büyüklüğüne göre farklılık gösterebilir. Buna göre küçük, dikkat çekmeyen ve kolay taşınabilir eşyaların alınarak elbise içinde, pantolon veya ceket cebine ya da yanında bulunan bir kaba (ör. cüzdan veya çantaya) konulması yahut yüksek düzeyde kişisel veya mahrem bir bölgede saklanması yeterlidir. Bu hallerde eşyaların başka bir mekânsal hâkimiyet alanına kadar götürülmesi gerekmemektedir. Bunların ör. bir market içerisindeyken pantolon cebi gibi oluşturulmuş bir vaziüyledik bölgesinde (*Gewahrsamsenklave*) saklanması vaziüyledik tesis için yeterli görülmektedir. Buna karşılık ör. araba, televizyon, kasa gibi büyük eşyaların, başkasının hâkimiyet alanından (ör. konutundan, bahçesinden) çıkarılması, ör. market veya alışveriş merkezlerinde kasa alanından geçirilmesi gerekir.

Alma hareketinin dükkân veya market sahibi yahut güvenlik görevlisi tarafından gözetleniyor olması ya da eşyanın alarmlı olması, yeni vaziüylediğin tesis edilmiş bulunması (ör. küçük bir eşyanın vaziüyledik alanı olarak ceketin cebine konulması) halinde sonucu değiştirmeyecektir. Zira hırsızlık suçu yalnızca gizlice işlenen bir fiil değildir. Bu ihtimallerde gözetleyenlerin durumu görmeleri sebebiyle güvenli bir vaziüylediğin bulunmayışının, eşyayı hemen geri alabilecek olmalarının hırsızlık suçunun tamamlanmasını önlemeyeceği kabul edilmektedir. Hatta failin kasa yolunda pişman olup eşyanın parasını ödemesi veya eşyayı rafa geri koyması halinde suçun tamamlanmış olması itibariyle gönüllü vazgeçme olmayacağı, bu durumun yalnızca cezanın tayininde dikkate alınacağı belirtilmektedir.

Bu noktada hırsızlık suçunun tamamlanması ile sona ermesi ayırımına da işaret etmek gerekir. Yeni vaziüylediğin tesisıyla suç tamamlanırken, bunun kesinleştirilip güvence altına alınmasıyla suçun sona ereceği ifade edilmektedir. Bu ayırım, teşebbüsün yanı sıra zamanaşımı, nitelikli haller, iştirak, yağma, yağmaya dönüşen hırsızlık ve şantaj açısından önem taşımaktadır. Medeni Kanuna (BGB) göre zilyedin savunma hakkı devam edi-

yorsa eşya güvence altına alınamamıştır, suç sona ermemiştir. Öğretide suç tipinde açıkça böyle bir ayırım bulunmadığı için tamamlanma ve sona erme arasında iştirakin olamayacağı görüşü de ileri sürülmüştür.

Son olarak öğretide alma hareketinin ihmal yoluyla da gerçekleştirilebileceği ileri sürülmektedir. Buna göre ilgilinin vaziüyledliğini korumadan sorumlu garantörün, üçüncü kişiye mal edindirme amacıyla yükümlülüğünü ihlal ederek bir eşyanın alınmasına karşı önlem almaması, bunu engellememesi halinde suç ihmal suretiyle icra edilmiş olacaktır. Ör. tezgah-tar, tanıdığı müşteriye mal edindirmek amacıyla onun elbiseyi üstüne giyip gitmesine engel olmamışsa, birlikte suç işleme kararı varsa müşterek fail, yoksa yan yana fail olarak sorumlu olacaktır.

B. Manevi Unsurlar (Subjektif Tipiklik)

Hırsızlık suçunun manevi tipikliği, kast ve kendisine veya üçüncü kişiye hukuka aykırı olarak mal edin(dir)me amacından oluşmaktadır. Kastın, maddi unsurların yanı sıra mal edinmenin veya edindirmenin hukuka aykırılığını kapsamaması gerektiği ve en azından olası kastın (*bedinger Vorsatz, dolus eventualis*) varlığının yeterli olduğu kabul edilmektedir. Suça konu eşyanın başkasına ait olması, normatif nitelikte bir maddi unsur olup kast açısından uzman olmayan kişinin bilgisi kâfidir. Kastın suça konu belirli bir eşyada somutlaşması veya tüm eşyaları kapsamaması gerekmez. Keza kastın, tek bir fiille sınırlıyken genişlemesi veya değişmesi önemsizken, kastın tamamen kalkıp yeni bir karar alınması önem taşır.

Failin kendisine veya başkasına hukuka aykırı olarak edin(dir)me amacı, eşya üzerinde malik gibi tasarruf yetkisinin iddia edilmesini, başka bir deyişle malik pozisyonuna veya temellük iddiasına kıyamı ifade etmektedir. Hırsız malik olamayacağından burada özel hukuk anlamında malik olmadan değil, bu yönde bir eğilimden, eşya üzerinde malik gibi tasarruf yetkisini kullanma isteğinden söz edilmektedir. Suç tipinde mal edinme yalnızca bir amaç olarak düzenlenmiş olup bunun gerçekleşmesi gerekmemektedir. Bu haliyle hırsızlık suçu "kesik neticeli suç" (*erfolgskupiertes Delikt*) olarak nitelenmektedir.

Mal edinme kavramı tartışmalı olup genel olarak malikin (sürekli olarak) mülkünden, eşya üzerindeki tasarruf yetkisinden yoksun bırakılması (*Enteignung*) ve (en azından geçici olarak) eşyanın sahiplenilmesi, failin veya başkasının malvarlığına ilhak edilmesi (*Aneignung*) şeklinde iki unsurdan bahsedilmektedir. İlk durum için olası kast yeterli görülürken ikinci kısım için doğrudan kast (birinci derece, amaç) aranmaktadır. Bu iki unsur sayesinde salt kullanma, mala zarar verme, eşyadan mahrum etme (ör. kuşları salıverme), ilgilinin yararına el atma (ör. mağdurun köpeğini mağdurun yemiyle besleme) gibi fiiller hırsızlık suçundan ayrılır. "Kullanma

hırsızlığı" (*Gebrauchsdiebstahl, furtum usus*) olarak anılan fiiller, kısmen § 248b'de düzenlenmekte olup eşyanın sahibine iade edildiği hallerde kullanma mı yoksa sürekli olarak yoksun bırakma mı (mal edinme mi) olduğunu tespit güçlük arz edebilir. Eşyanın değerinde azalma meydana gelmişse veya eşya makul olmayan uzunca bir süre alıkonulmuşsa kullanma değil, mal edinme amacının olduğu, keza eşyayı kullandıktan sonra yok etme amacı varsa geçici sahiplenmenin bulunduğu kabul edilmektedir.

Mal edinmenin konusu, eşyanın kendisi veya eşyada cisimleşmiş ekonomik değer olabilir. Eğer eşya, kendisinde bulunan değeri elde etmek (*lucrum ex re*) için değil de sadece onun kullanımıyla başka bir yarar sağlamak (*lucrum ex negotio cum re*) için araçsa mal edinme amacı yoktur.

Amaçlanan mal edinmenin "hukuka aykırılığı", manevi unsur kapsamında incelense de kastın (en azından olası kast) kapsamında olan ve bu konudaki hatanın kastı kaldıran tipiklik hatası teşkil ettiği (normatif) bir maddi unsur olarak kabul edilmektedir.⁸ Malikin rızasının olması yahut failin veya üçüncü kişinin eşyayı mal edinme hakkı bulunuyorsa bu unsur gerçekleşmeyecektir. Vadesi gelmiş, serbestçe talep edilebilir bir alacak hakkının varlığı (ör. satın alınmış ve para ödenmiş bir eşyanın alınması) halinde mal edinmenin hukuka aykırı olmadığı kabul edilmektedir.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Mal edinme amacının hukuka aykırılığı ile alma hareketinin hukuka aykırılığı birbirinden ayrılmakta olup hukuka aykırılık unsuru kapsamında bu ikinci kısım ele alınmaktadır. Genel hukuka uygunluk nedenleri kapsamında özellikle hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinden ve varsayılan rızadan (*mutmaßliche Einwilligung*) bahsedilmektedir. Öte yandan alma hareketinin hukuk uygunluğu ile mal edinmenin hukuka uygunluğunun kesişmesinin zorunlu olmadığı, ör. hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali kapsamında geçici olarak bir başkasının eşyasının alınması hukuka uygun iken bunun devamlı surette mal edinilmesi hukuka aykırı olabilir.

III. SUÇUN ÖZELLİKLE AĞIR HALLERİ

A. Genel Olarak

Alm. CK § 243'te hırsızlık suçunun özellikle ağır halleri (*besonders schwere Fälle des Diebstahls*)⁹ öngörülmekte olup paragrafın 1. fıkrasına göre hırsızlığın

⁸ Öğretide bu unsuru, suçun genel unsuru olarak değerlendiren görüşler de bulunmaktadır.

⁹ Düzenlemedeki "*besonders schwerer Fall*" ifadesinin, "özellikle ağır hal" tabiri yerine "çok ağır hal" şeklindeki tercümesi için bkz. *Yenisey/Plagemann*, 356.

özellikle ağır hallerinde, üç aydan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Fıkranın devamında ise yedi bent halinde sayılan hallerde "kural olarak" özellikle ağır hallerin bulunduğu belirtilmektedir. Söz konusu hüküm, ayrı bir nitelikli unsur tipikliği olarak değil, (fıkroda öngörülen) "cezanın belirlenmesine" dair bir düzenleme (*Strafzumessungsregelung*) olarak kabul edilmektedir. Burada kanunilik ilkesi sebebiyle kazuistik nitelikli hal düzenlemesinin doğurduğu zorluklardan kaçınmak amacıyla bir yasama yöntemi olarak "kural örneği tekniği" (*Regelbeispielstechnik*) kullanılmıştır. Kural örneği olarak sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi yalnızca bir karine etkisi oluşturur, olayın bütünü değerlendirilerek "özellikle ağır hal" yok denilebilir. Bunun tersi de mümkün olup kural örnekleri arasında sayılmasa da benzer ağır hal kabul edilebilir. Bu durumun kanunilik ilkesiyle çelişmediği ileri sürülmektedir. Ancak uygulamada fiilen bu örneklerin, nitelikli unsurlar gibi değerlendirildiği, kastın kapsamında olması gerektiği ve bunlardaki hatanın kastı kaldıracağı belirtilmektedir.

B. Kural Örnekleri

Kanunda, özellikle ağır hal örnekleri olarak; 1) Zorla girerek veya taklit anahtarla hırsızlık, 2) Özel olarak koruma altına alınmış eşyayı çalma, 3) Meslek haline getirilmiş hırsızlık, 4) Dini mekân hırsızlığı, 5) Özel korumaya değer (kültür değeri olan) eşyayı çalma, 6) Kişinin yardıma muhtaçlığından yararlanarak hırsızlık ve nihayet 7) Tehlikeli silahları ve patlayıcı maddeleri çalma sayılmıştır.

Alm. CK § 243'ün 2. fıkrasına göre yukarıda sayılan ilk altı halde (silah ve patlayıcı maddelere ilişkin olan hariç), suça konu eşyanın değeri az ise bunların ağır hal olma vasfı ortadan kalkacaktır. Bu durum, benzer ağır haller için de geçerlidir. Bu durumun tespitinde eşyanın objektif piyasa değeri esas alınır. Uygulamada üst sınır (artan bir eğilimle) ortalama 25-30 veya 50 Avro arası değişmekte olup yukarıda dördüncü ve beşinci hallerde bu değer farklı değerlendirilir. Eşyanın kullanımıyla elde edilecek yüksek değer dikkate alınmaz.

IV. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

Alm. CK § 244'te suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri olarak silahla hırsızlık, çete hırsızlığı (*Bandendiebstahl*) ve konuta girerek hırsızlık (*Wohnungseinbruchdiebstahl*) düzenlenmiş, ceza olarak ise altı aydan on yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Buna karşılık paragrafın 3. fıkrasına göre hafif hallerde ceza üç aydan beş yıla kadar hapis cezası olacaktır. Bu hüküm de suçun ağır hallerine ilişkin düzenlemede olduğu gibi cezanın belirlenmesine ilişkin bir kural mahiyetindedir. Nihayet paragrafta yeni eklenen 4. fıkraya göre ise konuta girerek hırsızlık, devamlı olarak kullanılan özel bir konuta yönelikse ceza, bir yıldan on yıla kadar hapis cezasıdır.

Silahla hırsızlıkta silahın yanında bulundurulması (*Beisichführen*) suretiyle hırsızlık suçunun işlenmesi gerekmektedir. Kanunda silah (*Waffe*) kavramının yanı sıra bunu da kapsayan bir üst kavram olarak tehlikeli aletten (*gefährliches Werkzeug*) ve hatta tamamlayıcı bir ibare olarak diğer alet veya araçtan da söz edilmiştir.¹⁰ Çete hırsızlığında en az üç kişinin zincirleme şekilde hırsızlık (veya yağma) işleme iradesinin bulunması ve en az iki çete üyesinin birlikte bu suçu işlemesi lazımdır.¹¹ Konuta zorla, taklit anahtarla girerek veya içeride bekleyerek hırsızlık, konuta verilen önem dolayısıyla yukarıda değinilen kural örneklerinden ayrılarak özel olarak düzenlenmiştir.

V. ŞİKÂYETİN ARANDIĞI HALLER

Alm. CK § 247'de evde ve aile içinde hırsızlık suçu özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca hırsızlık (veya zimmete geçirme), bir akraba (yakın, aile mensubu, *Angehöriger*)¹², vasi (*Vormund*) veya kanuni müşavire (*Betreuer*)¹³ karşı işlenmişse veya fail ile suçtan zarar gören aynı evde (yurt dâhil) yaşıyorsa suç şikâyete tabi olacaktır. Alm. CK'daki 1975 Reformundan önce şikâyet düzenlemesinin yanı sıra şahsi cezasızlık hali de öngörülmüştü. Buna göre üst soyun alt soya¹⁴ ve eşlerin birbirine karşı işlemesi halinde cezasızlık söz konusuydu.

Bunun dışında Kanun'un 248a paragrafında, hırsızlık suçun temel şeklinde (veya zimmete geçirme suçunda) suça konu eşyanın değeri azsa ceza muhakemesi şikâyete tabidir. Ancak ceza muhakemesinde özel bir kamu yararı varsa (ör. tekerrür, meslek haline getirme) resen de harekete geçilebilir. Bu hükmün eski yiyecek hırsızlığı (*Mundraub*), zaruret veya acil haller hırsızlığı (*Notentwendung*) yerine ve hafif suçlulukla başa çıkmak için getirildiği ifade edilmektedir. Değer azlığına bağlanan sonuç suçun yalnızca temel şekli için geçerli olup ağır ve nitelikli hallerini kapsamaz. Hırsızlığın ağır halindeki değer azlığı düzenlemesinden (§ 243/2) farklı olarak burada eşyanın değeri manevi unsurun konusu olmadığından bu husustaki hata önemsizdir. Eşyanın fiilin işlendiği sıradaki değeri esas olup kişisel durum ve eşyada sonradan meydana gelen değer değişiklikleri önem taşımaz. Tartışmalı olmakla birlikte eşyanın objektif ölçülebilir piyasa değeri yoksa ve faile özel bir kullanım imkânı veriyorsa değeri az sayılmaz.

¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve Türk hukukuyla karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. *Durson/Hoffmanns*, 193 vd.

¹¹ Kanun'un 244a paragrafında çete hırsızlığının ağır hali ayrıca düzenlenmekte ve bir yıldan on yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Hafif hallerde ise ceza, altı aydan beş yıla kadar hapis olarak belirtilmiştir.

¹² Söz konusu kavram, Kanun'un 11. paragrafında özel olarak tanımlanmaktadır.

¹³ Vasi ve kanuni müşavir kavramları, Medeni Kanun'a göre belirlenecektir.

¹⁴ Buna karşılık alt soyun üst soya karşı bu suçu işlemesi şikâyet düzenlemesine tabiydi.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Akipek**, Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Bası, 1972.
- Artz/Weber**, Strafrecht Besonderer Teil, Lehrbuch, 2000.
- Dursun/Hoffmanns**, Der Waffenbegriff im türkischen und deutschen Strafrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung: Forschungsband zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht Alexander von Humboldt Stiftung Institutspartnerschaft (2009-2013), 2014, 193.
- Haft/Hilgendorf**, Strafrecht Besonderer Teil I, 9. Auflage, 2009.
- Hohmann**, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage, 2021.
- Jüchser**, Gewahrsam – ein Begriff, der es nicht leicht macht, Zeitschrift für das Juristische Studium, 2/2012, 195.
- Kindhäuser**, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 5. Auflage, 2008.
- Kindhäuser/Hoven**, Nomos Kommentar zum StGB, 6. Auflage, 2023.
- Krey/Hellmann**, Strafrecht Besonderer Teil, Vermögensdelikte, 15. Auflage, 2008.
- Lackner/Kühl/Heger**, StGB, 30. Auflage 2023.
- Mitsch**, Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte, 1998.
- Nomer/Ergüne**, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2014.
- Schmitz**, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage, 2021.
- Schönke/Schröder/Bosch**, Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2019.
- Yenisey/Plagemann**, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch, 2. Baskı, 2015.
- Wessels/Hillenkamp**, Strafrecht Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 38. Auflage, 2015.