

HIRSIZLIĞIN BİR İŞLENİŞ ŞEKLİ OLARAK “KAPKAÇÇILIK”

*Yrd.Doç.Dr. Mahmut Koca**

GİRİŞ

Türk Ceza Kanununun (TCK) cürümlere ait ikinci kitabının 10. babının konusunu “mal aleyhine işlenen cürümler” oluşturmaktadır. Bu cürümler, ceza kanunumuzun diğer bablarında yer alan fiiller içerisinde en sık işlenen suç grubunun başında gelmektedir¹. Mala karşı işlenen suçların, ülkede işlenen tüm suçlara oranı her dönemde yüksek olmuştur². Şüphesiz bu durum sadece bizim ülkemiz bakımından geçerli bir husus da değildir. Malvarlığına yönelik suçlar, pek çok yabancı ülkede de genel suçluluk içinde dikkati çeken bir kabarıklık göstermektedir³.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, savaş, ekonomik buhran gibi olağanüstü durumların ortaya çıkardığı güçlükler, hayat pahalılığı ve işsizlik, mala karşı suçları daha da artırmaktadır. Özellikle ekonomik krizin doğurduğu zorluklar, bir taraftan ihtiyaçları tatmin etmede yeterli olmayan gelir kaynaklarını genişletmeye sevk etmekte, diğer taraftan işsizliğin aşırı bir şekilde artması genel suçluluğun, özellikle de mala yönelik tecavüzler şeklinde gerçekleşen suçluluğun, çoğalmasına neden olmaktadır⁴. Mal aleyhine işlenen suçlar ile kişilerin ekonomik durumu arasında

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Örneğin 1999 yılında, TCK'nun cürümlere ait ikinci kitabındaki 11 bab içerisinde, 10. bapta düzenlenen mala karşı cürümlerden dolayı cezaevine giren hükümlülerin oranı % 42,4 dir (bkz. Adalet İstatistikleri 1999, T.C. Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü, Ankara, Nisan 2001, s. XVI). Demek ki, ülkemizde işlenen cürümlerin hemen hemen yarısını, mala karşı işlenen cürümler oluşturmaktadır. (Özel kanunlardaki suçlar, bu değerlendirmenin dışındadır).

² 1990-1999 yılları arasında cezaevine giren tüm hükümlüler içerisinde, mala karşı işlenen cürümlerden dolayı cezaevine giren hükümlülerin sayısı, diğer bablarda yer alan cürümlerden dolayı cezaevine giren hükümlülerden fazladır. Örneğin, 1999 yılında cezaevine giren toplam hükümlü sayısı 83.466 dir. Bunun 7471'ni kişilere karşı işlenen cürümlerden dolayı cezaevine girenler oluştururken, 12.498'ni mala karşı işlenen suçlardan mahkum olanlar oluşturmaktadır. Diğer dokuz yılda da mala karşı işlenen cürümlerden dolayı cezaevine girenler, en fazla sayıyı oluşturmaktadır (bkz. Adalet İstatistikleri, s.5).

³ Bkz. Naci Şensoy, Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar (Türk Ceza Kanununun 491, 492 ve 493. Maddeleri), 2. Bası, İstanbul, 1963, s.6; Fritjof Haft, Strafrecht, Besonderer Teil, München, 1982, s. 129; Timur Demirbaş, Kriminoloji, Ankara, 2001, s.216, 234.

⁴ Şensoy, s.5.

yakın bir ilgi bulunmakta, kişilerin ihtiyaçlarını tatmin etme gücüne göre, bu suçlar azalma veya artma eğilimi gösterebilmektedir.

Son zamanlarda, mala yönelik saldırının bir işleniş şekli olarak “kapkaççılık” olaylarının arttığı görülmektedir. Özellikle gençlerin, fiziki çevikliklerini de kullanarak, kendini savunamayacak durumda bulunan insanların çantalarını, cüzdanlarını, cep telefonlarını ve diğer herhangi bir eşyasını ani olarak kapıp hızla uzaklaştıkları, basın-yayın organlarında sıklıkla yer almaktadır. Çoğu durumlarda ise, mağdurun direnmesi üzerine ona zarar verici ve bazen de sonu ölümlle biten bir şiddetle bu fiiller gerçekleştirilmektedir.

Bu yazının amacı polis dilinde “kapkaççılık” olarak nitelendirilen bu tür eylemlerin önce hangi suçu oluşturduğunu incelemek ve bu tür fiillerle daha etkin bir şekilde mücadele etmek ve önlemek bakımından ceza kanunumuzda mevcut etkileri belirlemek ve bunun giderilmesi için gerekli düzenlemelerin neler olabileceğine işaret etmektir.

I- GENEL AÇIKLAMALAR

1-Kapkaççılık Kavramı

Zabita dilinde basit hırsızlığa (TCK m.491/1) verilen çeşitli isimler bulunmaktadır. Bunlar, hırsızlığın işleniş şekline göre, muslukçuluk, kaldırımcılık, tırnakçılık, söğüşçülük ve kapkaççılık olarak adlandırılmaktadır⁵. Basit hırsızlığın kapkaççılık suretiyle işlenmesi ise, “kalabalık yollarda ve mahallerde mağdurun elinde bulunan, mesela bir çanta veya paketi veya sair bir şeyi ani olarak kapıp kaçmak ve böylece ortadan kaybolmak suretiyle vaki olması” şeklinde tanımlanmaktadır⁶. 2001 TCK Tasarısının “Nitelikli hırsızlık” başlığını taşıyan 202. maddesinin 4. bendinde ise, hırsızlığın “elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle...” işlenmesinin, kapkaççılık olarak tanımlandığı görülmektedir⁷.

Kapkaççılık hakkında yapılan bu tanımlamaların yeterince kapsayıcı olduğunu söylemek güçtür. Her şeyden önce, kapkaççılık genelde kalabalık yollarda veya yerlerde işlenmekte ise de, bu fiilin تنها bir yerde işlenmesine bir engel yoktur. Bu itibarla, kapkaççılığa yer bakımından bir kaydın konulmaması gerekir. İkinci olarak, kapkaççılığın konusunu oluşturan eşyanın mağdurun elinde bulunması da zorunlu değildir. Elde, kolda, omuzda, boyunda ve hatta sırtta taşınan eşya da kapkaççılık suretiyle alınabilir. O halde eşyanın mağdurun vücudu üzerinde ve kapıp kaçmaya elverişli bir şekilde bulunması gerekir. Mağdurun vücuduyla bağlantılı bir şekilde bulunmayan bir eşyanın alınması kapkaççılık olarak nitelendirilemez. Ancak, mağdurun üzerinde bulunan bir eşyanın kapkaççılık

⁵ Bu kavramlar hakkında bkz. Şensoy, s.85.

⁶ Şensoy, s.87.

⁷ Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul, 2001, s.381.

yoluyla alındığını söyleyebilmek için, eşyanın alınmasının mağdur tarafından hissedilen bir kuvvetle yapılması gerekir. Aksi takdirde, yankesicilik suretiyle işlenen bir alma fiili akla gelecektir. Mağdurun vücudu üzerinde kapıp kaçmaya elverişli bir şekilde bulunan eşyanın türü önemli değildir. Bir başka ifade ile, hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilen ve mağdurun üzerinde taşınması mümkün her türlü taşınabilir eşya, kapkaççılığın da konusunu oluşturur. Bu itibarla, mağdurun elinde veya kolunda bulunan paranın, çantanın, cüzdanın, paketin veya sair herhangi bir şeyin alınması mümkündür.

Bu belirtilenler ışığında kapkaççılığı, “*mağdurun kapıp kaçmaya elverişli bir şekilde üzerinde bulunan herhangi bir eşyasını, vücut üzerinde etkisini hissettirecek bir kuvvetle ani olarak çekip kaçmak*” şeklinde tanımlayabiliriz.

2-Yasal Durum

Türk Ceza Kanununda bir kimsenin elindeki, omzundaki veya boynundaki bir eşyanın aniden çekilip alınmasını özel olarak cezalandıran bir hüküm bulunmamaktadır. *Majno*'nun belirttiğine göre⁸, mehz 1889 İtalyan Ceza Kanununun hazırlanmasında esas alınan kanunlardan Toskana Ceza Kanununun 395. maddesi, korkutma olmaksızın bir şahsın elinden veya sırtından bir şeyi alma ve gasp etmeye matuf zor kullanan hırsızın fiilini gasp olarak kabul etmekteydi. Bu anlayış, Sardunya Ceza Kanununun 604. maddesini yorumlayan mahkemeler tarafından da kabul olunmuştu. Şiddetle yapılmış hırsızlığın (yağma) hafif bir şekli olan bu gibi fiillere daha az şiddetli bir cezanın uygulanması ve bunun tarifinin 1889 İtalyan Ceza Kanununda yer alması, Meclisi Mebusan Komisyonu tarafından teklif edildi. Bu teklif Ayan Komisyonu tarafından da benimsendi. Tetkik alt komisyonu, bu şekildeki bir fiilin el çabukluğu ile yapılan hırsızlık muadili ve onun bir derecesinden ibaret bulunduğunu kabul ve cezayı ağırlatıcı hırsızlık gibi düşünülmesini teklif etti. Fakat sonuçta, el çabukluğuyla yapılan hırsızlık cürmüyle zorla yapılan hırsızlık (yağma) arasında ortalama bir görüş üstün geldi.

Bu görüş 1889 İtalyan CK'nun yağma suçunu düzenleyen 406. maddesinin son fıkrasında, “*Eğer cebir ve şiddet yalnız bir kimsenin elinden veya sırtından bir malı almaya müteveccih ise fail bir seneden beş seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır*” şeklinde ifadesini buldu⁹.

1889 İtalyan CK'nun 406. maddesi yağma suçunu düzenlemektedir. Bu maddenin 1. ve 2. fıkraları, bizim kanunumuzun 495. maddesine 1. ve 2. fıkra olarak aynen alınmıştır. Birinci fıkrada yağma, ikinci fıkrada ise hırsızlıktan dönüşen yağma suçu düzenlenmektedir. *Majno*'ya göre bu fıkralardaki cebir ve şiddet, malı almak için şahsa dönüktür. Toskana ve Sardunya Ceza Kanunlarının 393 ve 604. maddeleri ile bu maddelerden aktarılan 1889 İtalyan CK'nun 406. maddesinin son

⁸ Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.4, Ankara, 1981, s.29 vd.

⁹ Majno, s.68.

fıkrasında ise, şiddetin doğrudan doğruya mala yönelik olması itibariyle şahsın dolaylı (bilvasita) cebre maruz kaldığı kabul edilmektedir¹⁰.

Majno, bu iki durumun ne maddi nitelik ve ne de suçlunun sorumluluğunu belirlemek bakımından birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini; çünkü maddi nitelik bakımından bu cürüm, el çabukluğu ile yapılan hırsızlık (yankesicilik) ile şiddetle yapılan hırsızlık (yağma) arasında kalmakta, sorumluluk bakımından ise; hırsız kişiye saldırmak arzusunda olmadığını gösterdiği gibi, şiddetle yapılan hırsızlık suçuyla korunmak istenen konulara da tecavüz etmemektedir¹¹.

Demek ki, mağdurun zilyedi olduğu eşyayı vermemek veya alınmasına müsaade etmemek için gösterdiği mukavemeti kırmaya veya engellemeye yönelen cebir veya tehdit olmaksızın, doğrudan doğruya kişiye karşı vaki olmayıp, şahsın elinde veya sırtında bulundurduğu eşyayı almaya yönelik olan bir kuvvet kullanma suretiyle hırsızlık, basit hırsızlıktan ağır, ancak yağma cürmünden daha az cezayı gerektiren bir fiil olmaktadır¹².

Nitekim mehaz kanun bu durumu dikkate alarak, hırsızlıkla yağma arasında bir düzenleme öngörmüş, fakat fiili hırsızlık suçunu düzenleyen maddede değil, yağma suçunu düzenleyen maddede tarif etmiştir. Mehaz kanunun bu düzenlemesinden, eşyayı zorla almaya yönelik cebir ve şiddeti, yağma ve yağmaya dönüşen hırsızlığa nazaran, ayrı, özel bir yağma suçu olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim mehaz kanun, 406. maddenin 1. ve 2. fıkrasında düzenlenen suçlar için üç seneden on seneye kadar ağır hapis öngördüğü halde, son fıkrasında düzenlenen suça bir seneden beş seneye kadar ağır hapis öngörmüştür. 1930 tarihli Yeni İtalyan Ceza Kanunu ise, yankesiciliği düzenlediği 625. maddenin dördüncü bendine bir fıkra daha eklemek suretiyle, bir şahsın elinden veya üzerinden (herhangi bir el çabukluğu veyahut özel bir maharet söz konusu olmaksızın) bir şey alınması halini ve bu suretle cebir ve şiddete varmayan ve fakat basit hırsızlıktan da farklı bulunan bir durumu, nitelikli hırsızlık saymıştır¹³.

Bizim kanunumuzda ise, ne mehaz 1889 İCK'nun 406. maddesinin son fıkrasına, ne de 1930 İCK'nun 625. maddesinin 4. bendine eklenen fıkraya benzer bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlerden birisi bulunmuş olsaydı, kapkaççılık olaylarına uygulanma kabiliyeti olabilecekti. Böyle bir düzenleme mevcut yasadaki bulunmadığına göre, bir eşyanın bir kimsenin üzerinden aniden çekilip alınması, hırsızlık ve yağma suçları arasında tartışılacaktır. Nitekim 2001 TCK Tasarısı, eylemi 202. maddede düzenlenen "Nitelikli hırsızlık" olarak kabul etmiştir. Tasarının 202. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendine göre, hırsızlık "elde veya üstte taşı-

¹⁰ Majno, s.29.

¹¹ Majno, s.29.

¹² Aynı yönde Şensoy, s.207.

¹³ Şensoy, s.207.

nan eşyayı çekip almak suretiyle veya özel maharetle" işlenirse ceza artırılacaktır¹⁴. Tasarının gerekçesinde, "Hırsızlığın özel bir maharetle işlenmesi hali bilinmediği üzere yankesiciliktir... Bunun gibi yoldan giden bir kimsenin çantasını kapıp kaçan hırsız da bizce koşma yeteneğinden yani maharetinden yararlanan kişidir. Ancak duraksamalara yer vermemek için hırsızlığın bu işleniş şekline ayrıca bahsedilmesi uygun görülmüştür" denilmektedir¹⁵.

Tasarıda kapkaççılığın yağma değil, "nitelikli hırsızlık" olarak düzenlenmiş olması son derece isabetlidir. Gerçekten bu eylem aşağıda açıklanacağı gibi, yağma suçunun unsurlarını taşımamaktadır. Ancak bu tür fiiller basit hırsızlık da sayılamaz. Çünkü basit hırsızlığa nazaran doğurduğu tehlike daha fazla olduğu gibi, failin suç işlemede gösterdiği kararlılık ve suç kastındaki yoğunluk çok daha belirgindir. Ancak Tasarının bu maddeye ilişkin gerekçesindeki açıklamalara katılmak mümkün değildir. Her şeyden önce, kapkaççılık şeklindeki hırsızlık, "yankesicilik" olarak nitelendirilemez¹⁶. Çünkü koşma yeteneği, özel bir yetenek ve maharet değildir. Eğer öyle olsa, sözgelimi 15 ila 45 yaş arasındaki herkesi bu yetenekte kabul etmek

14 Dönmezer, s.381.

15 Dönmezer, s.383.

16 Yankesicilik, mağdurun mal üzerindeki her türlü uyanıklığını, becerisini ve dikkatini aşabilecek biçimde el çabukluğu ve ustalıklı kişi üzerinde işlenen hırsızlık anlamına gelmektedir (Y.6.CD. 12.10.1987, 7151/8424). Y.CGK. 14.2.1994, 6-23/122549 "24.3.1943 gün ve 15/13 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında ve öğretide yankesicilik "El çabukluğu ve maharetle şahıs üzerinden bir şeyin çalınması" biçiminde tanımlanmıştır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere yankesicilik suretiyle hırsızlık suçunun oluşması için eylemin; a) El çabukluğu ve özel maharetle b) Şahsın üzerinden gerçekleştirilmesi gerekmektedir. El çabukluğu ve özel maharet mağdurun eşyası üzerindeki her türlü dikkat, gözetim, denetim ve önlemlerini bertaraf eden hareket ve davranışlardır. Eşyanın şahıs üzerinden alınması ise eylemin mağdurun bedeni üzerinden veya bedeniyle doğrudan doğruya bağlantılı yerden ve şeyden gerçekleştirilmesidir" (bu kararlar ve daha fazla karar için bkz. Kubilay Taşdemir- Ramazan Özkeper, Uygulamada-Öğretide Belgelerde Sahtecilik, Mala Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara, 1998, s.454 vd.). Bu konuda ayrıca bkz. Şensoy, s.202 vd.; Dönmezer, s.413 vd.; Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s.324 vd. Bu itibarla yankesicilikte fail, mağdura hissettirmeksizin bir eşyayı çalmaktadır. Halbuki, kapkaççılıkta fail, mağdurdan el çabukluğu ve özel bir maharetle eşyayı almadığı gibi, mağdur da elinden bir eşyanın alındığını çok açık bir şekilde hissetmektedir. Nitekim Yargıtay da kapkaççılığın yankesicilik suretiyle hırsızlık değil, basit hırsızlık (m.491/1) olduğuna karar vermiştir. Y.2.CD. 28.6.1940, 5592/5685 "yankesicilik tabiri, sahibine hissettirmeksizin maharetle yapılan sirket fiillerine muzaf bir tabir olmasına ve hadisede ise, para çantası mağdurun elinden alenen kapılmak suretiyle alınmasına göre 491 inci maddenin ilk fıkrası yerine beşinci bendine tevfikan ceza tayini...yolsuzdur" (karar için bkz. Şensoy, s.207); Y.6.CD. 15.4.1997, 3959/4142 "Müştekinin elindeki çantayı kapıp kaçırmaktan ibaret eylemin T.C.Y.'nin 491/ilk maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde hüküm kurulması,"; Y.6.CD. 18.1.1990, 9205/177 "Sanığın müştekinin boynundaki altın zinciri alıp kaçırmaktan ibaret olan eyleminin T.C.Y.'nin 491/ilk maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden, T.C.Y.'nin 492/7. maddesine göre hüküm kurulması," bozmayı gerektirmiştir. Kararlar için bkz. Taşdemir-Özkeper, 456, 457.

gerekir ki, bunun “özel” bir yetenek olduğu tartışmalı hale gelir. Diğer taraftan yoldan giden bir kimsenin çantasını kapıp kaçan kimse, koşma yeteneğini kullanmak zorunda da değildir. Fail, motorlu bir araçla da mağdurun yanına yaklaşarak çantasını kapıp kaçabilir. Böyle olunca, Tasarımın düzenlenmesi, kapkaççılığın mutlaka araçsız olarak ve failin koşmak yeteneğini kullanarak eşyayı alıp kaçmasını suç haline getirdiği şeklinde anlaşılacak ve bunun dışında örneğin motorlu bir araçla aynı eylemin yapılması halinde, bu durumun basit hırsızlık suçunu oluşturacağı şeklinde hatalı yorumlara neden olabilecektir. Bu itibarla, kapkaççılığın “yankesicilik”ten ayrılması ve gerekçenin düzeltilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Diğer taraftan, kapkaççılığın zabıta dilinde basit hırsızlığın işleniş şekillerinden birisi olarak isimlendirilmesi, o fiilin hırsızlık suçu olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaz. İşlenen bir fiilin kanununda tanımlanan suç tiplerinden hangisinin tanımına uyduğunu (tipiklik) belirlemek için esas alınacak yegane ölçüt, kanunun yaptığı tanımlama olacak, bu konuda başka herhangi bir değer yargısı belirleyici olmayacaktır. O halde dış dünyada meydana gelen bir değişiklik, kanunda tarif edilen suçlardan hangisinin tanımına uygunsa, o fiil o suçu oluşturacaktır. Suçun unsurlarından birisi olan kanuni unsur veya tipiklik¹⁷ bu durumda gerçekleşmiş olur.

Kapkaççılık şeklindeki bir eylemin mal aleyhine bir suç oluşturduğunda tereddüt yoktur. Mal aleyhine işlenen çeşitli suçları ise kanunumuz, cürümlere ait ikinci kitabın 10. babında toplamış ve değişik suç tiplerini tanımlamıştır. Hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, emniyeti suiistimal, karşılıksız yararlanma vb. gibi. Bu suçların hepsi mal aleyhine işlenen suçlar olmakla birlikte, gerek unsurları, gerekse öngördükleri ceza itibarıyla her biri diğerinden farklılık göstermektedir. Dış dünyada gerçekleştirilen bir eylemin kanunda tarif edilen suç tiplerinden hangisine girdiğini belirlemek büyük önem taşımaktadır. Hırsızlık suçunun unsurlarını taşıyan bir fiilden dolayı, faile yağma suçundan ceza vermek veya bunun tersini kabul etmek mümkün değildir.

O halde bir fiilin kanunda tanımlanan suçlardan hangisini oluşturduğunu belirleyebilmek için, somut olayda öncelikle eylemin gerçekleştiriliş şekline bakmak gerekir. Özellikle mal aleyhine işlenen suçlarda bunun tespiti büyük önem taşır. Fiilin işleniş biçimi ve failin kastı o fiilin hangi suç tipine girdiğini veya girmediğini belirlememize yarar. Örneğin fail, mağdurun eşyasını cebir, şiddet veya tehdit kullanarak almışsa, ilk akla gelebilecek suç tipi yağma (gasp) olacaktır. Kandırarak nitelikte hile ve sania kullanarak bir menfaat elde etmişse dolandırıcılık, faydalanmak maksadıyla başkasının malını onun rızası olmaksızın almışsa, hırsızlık suçu düşünülecektir.

¹⁷ Bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 13. Bası, İstanbul, 1997, s.361 vd.; Kayıhan İçel/Füsun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Bası, İstanbul, 2000, s.81 vd.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara, 2002, s.423 vd.; Bahri Öztürk-Mustafa R. Erdem-Veli Özer Özbek, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 4. Bası, Ankara, 1998, s.116.

"Kapkaççılık" olarak nitelendirilen olayların ceza kanununda düzenlenen suçlardan hırsızlık ve yağma arasında tartışma yaratacağı açıktır. Bu nedenle, mal aleyhine işlenen diğer suçları böylece bir tarafa bırakarak, bu olayın hırsızlık mı, yoksa yağma suçunu mu oluşturacağı üzerinde durulmak gerekir. Kanunumuz hırsızlığın basit şeklini "Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa..." şeklinde tarif etmiştir (TCK m.491/1). Demek ki hırsızlık, başkasına ait taşınabilir bir malı, sahibinin rızası olmaksızın faydalanmak kastı ile bulunduğu yerden almaktır¹⁸.

Yağma ise ceza kanunumuzun 495. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasını gözönünde bulundurmak suretiyle, yağma cürmünü şu şekilde tarif etmek mümkündür: "Bir menkul malın zilyedini veya cürüm mahallinde bulunan bir başkasını cebir ve şiddet kullanarak veya şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit ederek o malı teslim yahut o malın kendi tarafından zaptına karşı sükut etmeye mecbur etmektir"¹⁹

Gerçekten kapkaççılık suretiyle (ani bir şekilde) malın alınması basit hırsızlığın tanımına uymaktadır. Çünkü fail, mağdurun zilyedi bulunduğu taşınabilir bir malı onun rızası olmaksızın almaktadır. Fakat kapkaççılık suretiyle bir malın alınması basit hırsızlığın bu tanımından fazlaca özellikler de taşımaktadır. Fail, mağdurun elinde veya kolunda bulunan bir eşyayı, ani bir çekme ile almaktadır. Failin, mağdurun üzerindeki bir eşyayı kapıp kaçmaya yetecek ölçüde bir gücü kullanması, dolaylı olarak mağduru etkilemektedir. İşte kapkaççılığın bu özelliği onu yağma suçuna da yaklaştırmaktadır. Gerçekten bir kimsenin üzerinde bulunan bir eşyanın aniden çekilip alınması, mağdur üzerinde hissedilen bir kuvvetin kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Yağma suçu da cebir, şiddet veya tehdit kullanılarak bir malın alınması olduğuna göre, kapkaççılık şeklinde bir malın alınması yağmanın da tanımına yaklaşıyor gözükmektedir.

O halde konunun açığa çıkması bakımından tartışılması gereken husus, yağma suçunda cebir ve şiddet kullanarak menkul bir malın alınmasının ne anlama geldiğidir. Bir başka ifade ile, bir kimsenin elindeki bir eşyanın aniden çekilip alınmasının, "kişiye karşı cebir ve şiddet kullanarak alma" sayılıp sayılmayacağıdır.

II- BİR EŞYANIN ANİ OLARAK (BİRDEN BİRE) ÇEKİLİP ALINMASI YAĞMA SUÇU ANLAMINDA "CEBİR VE ŞİDDET" KULLANARAK ALMA SAYILIR MI?

1-Yağma Cürmünde İcbar Vasıtası Olarak Cebir ve Şiddetin Anlamı

Bilindiği gibi yağma suçu, cebir kullanma (m.188) ve hırsızlık (m.491) suçlarının birleşmesiyle meydana gelmiş, fakat bu iki suçtan da bağımsız, mürekkep (bile-

¹⁸ Dönmezer, s.346.

¹⁹ Dönmezer, s.428.

şik) bir suçtur²⁰. Nitekim gerek doktrinde, gerek uygulamada yağma cürmü, cebir, şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle işlenen hırsızlık olarak tarif edilmektedir²¹. Gerçekten yağma ile hırsızlık cürümleri birbirlerine benzemektedirler. Sözelimi, her iki suç bakımından da, malın taşınabilir olması, mal sahibinin rızasının olmaması, malın alınması, faydalanmak kastının varlığı ortak unsurlardır. Yağma cürmünün hırsızlıktan tek farkı, malı almak için cebir, şiddet veya tehdit kullanılmasıdır²².

Yağma suçunun maddi unsuru cebir, şiddet veya tehdit kullanılarak taşınabilir bir malın alınmasıdır²³. Cebir veya tehdit, yağma suçunun araçlarıdır. Bir başka ifade ile, fail, asıl maksadı olan haksız bir menfaate ulaşabilmek için, cebir veya tehdidi araç olarak kullanmaktadır. Esasında cebir denilince, bu kavrama şiddetle birlikte tehdit de girmekte ve tehdit “manevi cebir”, şiddet ise “maddi cebir” anlamına gelmektedir²⁴. Gerek cebir (şiddet), gerek tehdit, farklı vasıtalar olmalarına rağmen, mağdurun karar ve hareket etme özgürlüğünü kaldırmaları ve failce istenilen neticeyi sağlamaları bakımından birleşirler²⁵. Dolayısıyla hem cebir (şiddet), hem de tehdit iradeyi baskı altına alan, ona yön veren ve bu nedenle de kişi özgürlüğüne karşı tecavüz oluşturan bir niteliğe sahiptirler²⁶. Cebir kullanma halinde, cebre maruz kalan kişinin iradesi belli bir davranışı, belli bir fiili gerçekleştirme doğrultusunda, halen hissedebileceği bir tecavüzle, kötülükle zorlanmaktadır²⁷.

-
- 20 Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. IV, Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 1985, s.795; Volker Krey, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, Vermögensdelikte, 6. Auflage., Stuttgart, Berlin, Köln, 1985, s.71; Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 20., neubearbeitete Auflage, München, 1980, § 249, k.n.1; Haft, s.149; Dönmezer/Erman, s.407; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler I, s.855-856; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözür/Mahmutoğlu/Ünver, s.470; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002, s.445.
- 21 Y.CGK. 20.6.2000, E.2000/6-120, K.2000/137 (YKD, C.26, Ekim 2000, sy.10, s.1600) “Yağma suçu, cebir-şiddet veya tehdit kullanarak yapılan hırsızlıktır. Malın elde edilmesine veya tesliminin sağlanmasına yönelik cebir-şiddet veya tehdit kullanılmalıdır”. Y.6.CD. 14.8.1975, E.1975/3158, K.1975/3688 (YKD, Ocak 1976, s.114) “Kanunumuzda “yağma” olarak kabul edilen suçlar, esasında cebir veya tehdit kullanmak suretiyle hırsızlıktan ibarettir. Yağma suçlarına “ceبری hırsızlık” da denilmektedir”.
- 22 Dönmezer, s.428; Erem, s.795; Schönke/Schröder, § 249, k.n.2,3.
- 23 Dönmezer, s.429; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 1999, s.227.
- 24 Faruk Erem, “Ceza Hukukunda “Cebir” Kavramı”, YD, C.16, Ocak-Nisan 1990, sy.1-2, s.94; Erol Cihan, Cebir Kullanma Cürmü (TCK.m.188), İstanbul, 1978, s.58; Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2000, s.63; Majno, s.74; İzzet Özgenç-Cumhur Şahin, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2001, s.408.
- 25 Erem, Cebir Kavramı, s.95.
- 26 Soyaslan, s.585.
- 27 Özgenç-Şahin, s.406.

Cebir, genel olarak, bir başkasının iradesi ve davranışı üzerinde mevcut bir fena-
nalık (kötülük) yoluyla zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir²⁸. Yağma aracı
olarak bir kişiye karşı cebir ve şiddet ise, bir başkası üzerinde doğrudan veya do-
laylı bir tesir yoluyla, ki bu etki failin düşüncesine göre fiilen yapılan veya bekle-
nen bir mukavemeti kırmaya veya imkansız hale getirmeye uygundur, sadece
fiziksel (bedensel) etki eden zorlamadır²⁹. Esas olan fail tarafından uygulanan
fiziksel güç kullanma değildir, bilakis mağdurda sağlanan zorlama etkisi, yani
fiziksel etki eden zorlama yoluyla mukavemetin herhangi bir türünü etkisiz hale
getirme veya kırmadır³⁰.

Görüldüğü gibi cebir, mağdur üzerinde bedensel etki eden bir zorlama yoluyla
onun mevcut veya beklenen bir mukavemetinin kırılması veya engellenmesi an-
lamına gelmektedir. Cebirin bir araç olarak yer aldığı suçlarda, ona yüklenen
fonksiyon, mağduru failin iradesine boyun eğdirmek, onu failin istek ve arzuları
doğrultusunda hareket etmeye icbar etmektir³¹. Bir başka ifade ile, cebir hareketi-
nin zorlayıcılık vasfına sahip olması gerekir. Cebir ve şiddet, bir kimsenin irade
özgürlüğüne yönelik bir saldırı oluşturması itibarıyla, adi bir kaba kuvvetten fark-
lılık taşır³². Bir eylemin yağma cürmünü oluşturması, bu nitelikteki bir hareketle
taşınır bir malın alınmasını zorunlu kılmaktadır. Mağdur, failin kullanmış olduğu
vasıtalarla (cebir veya tehdit) mevcut veya beklenen mukavemeti kırılarak veya
engellenerek, malı faile vermeğe veya onun tarafından malın alınmasına müsaade
etmeye mecbur kalmaktadır³³.

Yağma cürmünde araç olan cebir ve şiddet hafif olabileceği gibi, ağır da olabi-
rir. Kanunumuz, suçun oluşabilmesi için hareketin cebir niteliğinde olmasını ye-
terli görmüş ayrıca cebir ve şiddetin ağırlığı bakımından herhangi bir ölçü belirle-
memiştir. Bu itibarla maddi cebirin ağır veya hafif olması yağma suçunun esasına
etkili bir husus değildir³⁴. Ancak kişiye karşı yönelen herhangi bir etki de yağma
suçunu oluşturmaz³⁵. Bu itibarla, cebir, şiddet veya tehdit, mağdurun malı faile

28 Schönke/Schröder, Vorbem §§ 234 ff, k.n.6.

29 Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, Straftaten gegen
Vermögenswerte, 22., neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1999, k.n.319, s.125.

30 Wessels/Hillenkamp, k.n.320, s.126. Aynı yönde bkz. Schönke/Schröder, § 249, k.n.4; Önder,
s.344; Dönmezer, s.429; Krey, s.71.

31 Ayrıntılı bilgi için bkz. Klaus Dieter Knodel, Der Begriff der Gewalt in. Strafrecht, München
und Berlin 1962, s.20 vd.

32 Knodel, s.21.

33 Wessels/Hillenkamp, k.n.316, s.125.

34 Erem, s.798.

35 Krey, s.71.

bırakması veya vermesine yeterli gelmeli, malı almaya elverişli olmalıdır³⁶. Madde cebirin mutlaka müessir fiil derecesine ulaşması da şart değildir. Mağdurun ağzını bağlamak, tıkmak, başını herhangi bir şeyle kapatarak bağırmasını önlemek³⁷ şeklindeki hareketler de, cebir ve şiddet sayılır³⁸.

Demek ki yağma cürmü bakımından önemli olan, failin mağdur üzerinde uyguladığı bedensel etkinin onu failin isteğine boyun eğmeye zorlamasıdır. Yağmada zilyet veya diğer bir şahıs, teslim veya malın alınmasına karşı ses çıkarmamaya, cebir veya tehdit kullanılarak mecbur edilmelidir³⁹. Bir başka ifade ile, fail, malın zilyedine veya cürüm mahallinde bulunan bir kimseye karşı bu vasitalardan birisini kullanarak malı almalı, yapılan hareket ile malın alınması veya teslimi arasında bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır⁴⁰.

Bu durumda bir kimsenin elindeki bir eşyanın aniden çekilip alınması, “cebir ve şiddet” kullanarak alma mıdır? Böyle olduğu varsayılırsa, bu, kişiye karşı yönelmiş cebir ve şiddet sayılır mı?

2-Doktrin ve Uygulamadaki Görüşler

Erem-Toroslu’ya göre, “bir kimsenin elinde veya üzerinde bulunan şeyi zor ile almak eşya üzerinde değil, şahıs üzerinde cebir kullanmaktır. Kanunun bunu böyle kabul ettiği 495. maddeden de anlaşılmaktadır. *Bir şeyi, bir şahsın elinden kapmak zor ile almak sayılır*”⁴¹. *Dönmezer* ise, eserinin 15. basısında, “*otomobille mağdurun yanına yaklaşıp çantasını kapıp çeken kişinin fiili yağmadır*” demektedir. Ancak yazar, 16. (son) basıda bu cümleyi “*otomobille mağdurun yanına*

³⁶ Soyaslan, s.228; Schönke/Schröder, § 249, k.n.6; Krey, s.72. Bu itibarla, Yargıtay 6.CD.’nin, 18.4.1985 tarih ve 684/3243 sayılı kararındaki düşünceye katılmıyoruz (karar için bkz. Taşdemir-Özkepir, s.603). Daireye göre, “İşyerinden çıkıp evine gitmekte olan mağdure Fatma’nın çantasını kolundan almak istediği sırada direnmesi üzerine onu iteleyerek düşen çantasını alıp kaçırmaktan ibaret olan eyleminde T.C.Y. nin 495. maddesinde öngörülen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı, eylemin hırsızlık niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde (T.C.Y.’nin 495/1. maddesiyle) hükümlülüğüne karar verilmesi,” bozmayı gerektirmiştir. Olayın kapkaççılık boyutunu aştığı ortadadır. Çünkü fail, kapıp kaçmak istemiş ancak mağdurenin mukavemeti üzerine bu amacına ulaşamamıştır. Fail, mağdurenin direncini kırmak için onu itelemiş ve bu cebir, malı almasını sağlamıştır. Hırsızlık olarak başlayan eylem yağmaya dönüşmüştür (TCK m.495/2).

³⁷ Y.2.CD. 27.10.1948, 9210/10012 “Suçun, mağdurun başına pardösü kapatarak bağırmasını önlemek ve odadaki eşyanın zaptına karşı kendisini sükuta mecbur bırakmak suretiyle işlendiği kabul edilmesine göre, fiilin 495 nci maddeye temas edip etmediğinin ve vazife cihetinin düşünülmemesi yolsuzdur” (karar için bkz. Nejat Özütürk, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbi-katı, C.III, 2. Baskı, İstanbul, 1970, s.344).

³⁸ Dönmezer, s.429.

³⁹ Erem, s.797.

⁴⁰ Önder, s.343.

⁴¹ Faruk Erem-Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Ankara, 1978, s.240.

yaklaşıp çantasını kapıp zorla mağdurun direncini kırarak çeken kişinin fiili de yağmadır” şeklinde değiştirmiştir⁴². Bununla birlikte *Dönmezer*, “çantanın elden zorla çekilip alınması yeterli bir cebir ve şiddet uygulaması teşkil eder”⁴³ demektedir. *Soyaslan*’a göre de, bir şahsın elinden bir şeyi *zorla* almak eşya üzerinde cebir değil, kişi üzerinde cebir kullanmaktır⁴⁴. *Önder* ise, kişinin üzerinde bulunan eşyanın, mesela çantanın birden bire çekilip alınması eylemini yağma olarak kabul edenler olduğu gibi, cebir ve şiddetin mağdurun iradesi üzerinde herhangi bir etki yapmadığı gerekçesi ile yağmanın meydana gelmediğini kabul edenlerin de olduğunu belirtmekle yetinmiştir⁴⁵.

Alman doktrinindeki hakim görüş ise, bir kimsenin elinden çantasının aniden çekilip alınması olaylarında, yağmayı kabul etmemektedir⁴⁶. Çünkü bu durum, şayet mukavemet bulunmuyorsa, cebir vasıtasıyla alma olarak görülemez⁴⁷. Ayrıca, bu olaylarda mağdurun kullandığı zor eşyanın alınması içindir ve Alman CK. § 249’un (TCK m.495) tanımına uygun olarak kişiye karşı bir cebir ve şiddet derecesinde değildir. § 249’un anlamı ve amacı dikkate alındığında, bu tür çekip almalar cebir kullanma sayılmazlar⁴⁸. Keza bu durumda kişiye karşı cebir yoktur ve § 249’a göre kullanılacak araçlar, her durumda mukavemetten önce gelmektedir⁴⁹. Eğer mağdur failin amacını bildiği için, bir saldırı beklentisiyle, çantayı iki eliyle sıkıca tutuyor ve fail mağdurun elinden onu çekip alıyorsa, bu durumda yağma suçu oluşur⁵⁰.

Almanya’daki uygulama ise tam aksi yöndedir. İçtihatlara göre, şayet hırsız mağdurun çantasını aniden çalarsa veya elinden kaparsa yağma (StGB § 249) suçu gerçekleşir⁵¹. Alman Yargıtayı’na (BGH) göre, failin mağdurun omzunda asılı bulunan çantasını çekip alması cebir ile almadır; çünkü fail bu durumda, *mağdurun beklenen mukavemetini, hızı ve hareketindeki ani etki yoluyla ortadan kaldırmaktadır*⁵². Keza, sanığın mağdurun boynundaki gerdanlığı çekip alması

42 Dönmezer, (15. Bası, s.362), s.430.

43 Dönmezer, s.431, dn.13.

44 Soyaslan, s.501.

45 Önder, s.344.

46 Bkz. Krey, s.72; Schönke/Schröder, § 249, k.n.4a; Wessels/Hillenkamp, k.n.320, s.126.

47 Schönke/Schröder, § 249, k.n.4a.

48 Krey, s.72; Frank Schürmann, Der Begriff der Gewalt im Schweizerischen Strafgesetzbuch, Basel und Frankfurt, 1986, s.84.

49 Eser, Strafrecht 4, 4.Aufl. 1983, Fall 8 A 28 (nak. Krey, s.72).

50 Krey, s.72; Schönke/Schröder, § 249, k.n.4a.

51 BGHSt 18, 329 (Haft, s.151); OLG Saarbrücken NJW 1969, 621 f.; BGH St 18, 329 (Krey, s.71, dn.7, 8).

52 BGH MDR 1975, 22 (Krey, s.72).

olayında mahkeme, bunu “kişiye karşı cebir kullanarak” alma olarak görmüştür⁵³. Alman Yargıtayı’na göre mukavemet fiili olarak gerçekleşmez, bilakis sadece beklenen bir olaydır ve mukavemetin önceden (saldırı öncesi) yapılmasının mümkün olmaması, § 249’un (TCK m.495) uygulanmasına aykırılık oluşturmaz⁵⁴.

Türk Yargıtay’ı ise, bir kimsenin elinden veya üzerinden herhangi bir eşyasının çekilip alınmasını, hırsızlık olarak kabul etmektedir. Yargıtay’a göre, sanığın, “mağdurenin boynundaki altınları koparıp kaçması”⁵⁵, “mağdurenin boynunda asılı bulunan beş adet gümüş mecedeyesi ile kulağındaki küpeyi kulağını yırtmak suretiyle alması”⁵⁶, “başkasının idaresindeki motosikletle giderken yaya kaldırımının yanından geçmekte olduğu sırada orada bekleyen kişinin çantasını kapıp kaçması”⁵⁷, “mağdur Ahmet’e “paran var mı?” diye sordukları, mağdurun parayı cebinden çıkarıp gösterdiği sırada elinden alıp kaçmaları”⁵⁸ hırsızlık suçunu oluşturur. İfade edelim ki Yargıtay, bu tür olaylarda, failin kastının cebir ve şiddeti kapsamadığının yanısıra, uygulanan kuvvetin 495. maddede aranan boyutta cebir ve şiddet olmadığını ve cebir ve şiddetle malın alınması arasında nedensellik bağının bulunmadığını da belirtmektedir.

3- Yağma ve Kapkaçılığın Birbirinden Ayrımı

a-Korunan Hukuki Değer, Hareket ve Nedensellik Bağı Bakımından

Yağma suçunda, hukuki konuları birbirinden farklı iki suç (cebir kullanma ve hırsızlık) birleşerek, bu iki suçtan da bağımsız, ayrı bir suç oluşturmuşlardır. Yağma suçu, hem kişi özgürlüğünü, hem de zilyetliği aynı anda koruyan bir cürümdür⁵⁹. Dolayısıyla eylemin yağma suçunu oluşturabilmesi için, her iki hukuki değer de saldırıya uğraması şarttır. Cebir, şiddet veya tehdit kişinin irade oluşturma, iradi karar verme veya hareket etme özgürlüğüne yönelik bir tecavüz oluşturur. Şayet kapkaçılık şeklindeki almada “irade özgürlüğü” değeri saldırıya

⁵³ OLG Hamm, MDR 1975, 772 (Krey, s.72).

⁵⁴ BGHSt 4, 210, 212 (Krey, s.71).

⁵⁵ Y.1.CD. 14.6.1949, 624/1209 (Özütürk, s.344); Y.6.CD. 9.5.1996, 4698/4715 “Herhangi bir cebir ve tehditte bulunmadan 1981 doğumlu mağdurun boynundaki altın zinciri kopartarak alıp götürülen sanığın eylemi T.C.Y.’nin 491/ilk maddesine uyduğu halde yazılı madde ile ceza tayini” (bkz. Taşdemir-Özkeper, s.352); Y.6.CD. 12.3.1992, 1437/2138 “Otomobilin içerisinde oturmakta olan müştekinin yanına adres sorma bahanesi ile yaklaşıp boynundaki altın zinciri koparıp kaçarken yakalanan sanığın eylemi T.C.Y.’nin 491/ilk, 62. maddelerine uyduğu halde.” (bkz. Taşdemir-Özkeper, s.358).

⁵⁶ Y.6.CD. 16.11.1967, 5101/6038 (Özütürk, s.326 vd.).

⁵⁷ Y.6.CD. 8.12.1977, E.1977/6961, K.1977/7050 (YKD, C.IV, Şubat 1978, sy.2, s.299).

⁵⁸ Y.6.CD. 18.3.1986, 2270/2799 (karar için bkz. Yılmaz Güngör Erdurak, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 2.Bası, Ankara, 1991, s.1066).

⁵⁹ Schönke/Schröder, § 249, k.n.1; Dönmezer, s.428; Wessels/Hillenkamp, k.n.317, s.125; Haft, s.149.

uğramamışsa eylemi yağma olarak kabul etmek mümkün değildir. Genelde bu tür olaylarda kişinin özgürlüğüne yönelik bir saldırı söz konusu değildir⁶⁰. Fail mala karşı bir eylemde bulunmaktadır ve mağdurun elindeki bir eşyayı aniden çekip almaktadır. Hırsızlık suçunun gizli işlenmesi, bu suç için yasal bir nitelik olmadığına göre, kapkaççılık yoluyla aleni olarak bir eşyanın alınması halinde saldırıya uğrayan değer yalnızca zilyedlikten ibaret olacak ve eylem korunan hukuki yarar bakımından yağma teşkil etmeyecektir.

Cebir ve şiddet kavramının yağma cürmünde taşıdığı ve yukarıda belirtilen anlamı dikkate alındığında, bir kimsenin elindeki bir eşyanın ani olarak çekilip alınması eyleminin yağma cürmünü oluşturmadığı açıkça görülür. Her ne kadar bir kimsenin elinden bir şeyi (örneğin el çantasını) ani olarak çekip almada eşyaya değil, kişiye yönelik bir saldırı bulunuyorsa da, bu saldırı cebir ve şiddet niteliğinde değildir⁶¹ ve bu tür bir eylem yağma suçunu oluşturmaz⁶². Çünkü burada, mağdur, kendisine yönelik bir saldırı bilgisindeki eksiklik nedeniyle mukavemet etmediği için, normal olarak, halihazır bir mukavemeti kırma yoktur⁶³. Eşyanın *cebirle* alınması, mağdurun eşyayı vermemek için gösterdiği mukavemetin kırılmasını, bir başka deyişle irade özgürlüğüne yönelik bir tecavüzü gerektirir. Bir şahsın elindeki çantanın veya herhangi bir eşyanın, hiçbir mukavemet söz konusu olmaksızın, aniden çekilip alınmasında kişiye karşı yönelmiş bir cebir ve şiddet yoktur. Sırf eşyanın taşınmasına hizmet eden kas gücünün kırılması, burada rol oynamaz. Çünkü cebirin tanımında anılan “mukavemet”, yalnızca “icbar edenin hukuka aykırı talebine karşı mukavemet” olarak anlaşılabilir⁶⁴.

Halbuki yağma cürmünde cebir ve şiddetin kişiye karşı yönelmesi gerektiği, sırf eşyaya yönelik cebir ve şiddetin yağma cürmünü oluşturmayacağı kabul edilmektedir⁶⁵. Diğer taraftan kapkaççılık yoluyla bir eşyanın alınması halinde eşyaya karşı bir cebir ve şiddet de kullanılmış değildir. Çünkü eşya üzerinde cebir ve şiddet, eşyanın tahribi, yapısının değiştirilmesi veya zarar görmesi demektir⁶⁶. Bu nedenle, bir eşyanın, bir kimsenin elinden veya üzerinden aniden çekilip alınması, *cebir kullanarak* alma sayılamaz. Şüphesiz çantanın alınması için, elin çantayı bırakmasını sağlayacak bir kuvvet uygulanmakta ise de, bu kuvvet teknik anlamda

60 Knodel, s.87.

61 Schürmann, s.84.

62 İsviçre Federal Mahkemesinin bu tür bir saldırının “cebir” oluşturduğunu, fakat cebirin mağdurun tamamen mukavemet edemeyecek hale getirmediği için yağmayı kabul etmediği belirtilmektedir (bkz. Schürmann, s.84, dn.55).

63 Knodel, s.88.

64 Knodel, s.88, dn. 57.

65 Dönmez, s.429; Önder, s.344; Erem, s.799; Soyaslan, s.226.

66 Soyaslan, s.584.

“*cebir, şiddete*” eşit sayılamaz, zira mağdurun bir mukavemeti olmadığı için onun mukavemet edemeyecek hale getirilmesi bu halde söz konusu değildir.

Buna karşın mağdur, şayet önceden böyle bir saldırıyı hesap ediyorsa, örneğin güvenli olmayan bir yöne doğru gittiği için elindeki eşyayı olağandan daha sıkı olarak tutuyorsa, o zaman almaya karşı halihazır mukavemet ettiği söylenebilecektir⁶⁷. Aynı şekilde, şayet failin ilk seri hareketi başarısız olursa veya mağdur başka şekilde saldırının bilgisine ulaşır ve bu yüzden kendisi buna bilinçli olarak karşı korsa, yağma cürmü gerçekleşmiş olur⁶⁸. Demek ki, mağdurun zaten halihazır mukavemet ettiği böyle istisnai durumlar bir tarafa bırakılırsa, failin hareketinin beklenen bir mukavemeti esas itibarıyla tesirsiz kılıp kılmadığı, fiili bir sorun olmaktadır. Bu nedenle örneğin bir el çantasının alınmasının (Handtaschenraub) yağma veya hırsızlık olup olmadığı sorusuna yeknesak bir şekilde cevap verilemez. Burada her iki işleniş şekli de gözönünde tutulacaktır⁶⁹.

Failin, alma esnasında, sırf mağdurun bedeninden eşyanın uzaklaştırılmasını gerektirecek kadar güç kullandığı durumlarda, onun hareketi, yalnızca, mağdurun bedeninde asılı duran çantayı almak suretiyle, taşımaya hizmet eden kas gücünü kırmayı veya çantanın kayışını koparmayı gösterir. Burada failin hareketi sırf onun tarafından amaçlanan nihai gayenin, yani malın elde edilmesinin, doğrudan sağlanmasına hizmet etmektedir. Failin hareketi, mukavemeti kırma amacı için araç değildir ve bu yüzden de cebir yoktur. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin (RGSt 46, 403) isabetle belirttiği gibi, taşınan eşyanın zilyedini mücadelesiz ve taşıyanın kişi özgürlüğüne herhangi bir saldırı gerçekleştirmeksizin, eşyası çalınanın mukavemetinin ortaya çıkmasını hileli veya gafil avlayıcı bir hareket yoluyla gerçekleştiren fail, mağduru almaya müsaade etmeye bedensel cebir yoluyla zorlamış değildir, aksine alma öncesi ve almanın hazırlanmasında araç olarak kişiye karşı cebirden kaçınmaktadır⁷⁰.

Knodel'a göre, şayet fail, sırf ani olarak çekip almaya yeterli olandan daha yüksek bir ölçüde kuvvet kullanırsa, yukarıda söylenenler geçerli olmayacaktır. Çünkü her insan hareketi, normal olarak bir amaca sahip olduğu için, failin hedefini aşan kuvveti kullanmakla neyi amaçladığı sorulacaktır. Bu sorunun cevabı yalnızca şu olabilir: Fail şunu hesaba katmıştır; mağdur saldırıyı belki daha uygun bir zamanda farketmiş olsaydı, eşyayı bilerek sıkı tutabilecek ve böylece almaya mukavemet edebilecekti. Böylece saldırının ağırlığı, şiddeti bu beklenen mukavemeti ilk başta tesirsiz kılmaya hizmet etmelidir. Bu yüzden, fail, beklenen bir mukavemeti kırma maksadıyla hareket ettiği için, cebir vardır. Onun hareketi

67 Knodel, s.88.

68 BGH NJW 1955, 1238 Nr.16 (Knodel, s.88).

69 Knodel, s.88.

70 Knodel, s.89.

sadece doğrudan doğruya amaçlanan nihai neticeyi (almayı) sağlamaya yardım etmemekte, bilakis, bunun yanında, mukavemeti kırmayı da göstermektedir⁷¹.

Böylece *yazara* göre, failin malı almada ağır veya hafif kuvvetle hareket edip etmediğine, yani ağır veya hafif güç uygulayıp uygulamadığına göre, olayda yağma veya hırsızlık suçu söz konusu olabilecektir. Fakat burada cebrin varlığı için herhangi bir şekilde “kuvvet kullanma” kabul edilemez, bilakis sadece yüksek güç uygulama failin kastının varlığı için bir *belirti* (Indiz) oluşturacağından, failin hareketiyle beklenen bir mukavemetin kırılması söz konusu olabilir. *Müellif*, yaptığı bu ayrımın, uygulamada güç ispat problemlerini ortaya çıkaracağını da belirtmektedir. Bununla birlikte, fiilen yapılan veya ilerde beklenen bir mukavemeti kırma kastı olmaksızın sadece ani bir şekilde alma durumunda, bunu kişisel özgürlüğe karşı bir saldırı olarak görmek mümkün olmadığından, yalnızca mülkiyete yönelik bir saldırı vardır⁷².

Knodel'ın, kapkaççılık ile yağmanın ayrımında, failin beklenen mukavemeti kırma kastına sahip olup olmadığını belirlemek için, bir *belirti* olarak, kullanılan kuvvetin ağırlığına bakılması yönündeki düşüncesi dikkate değerdir. Gerçekten failin eylemi ani bir şekilde bir malın alınması şeklinde gözükmesine rağmen, bu eylemi gerçekleştirirken uyguladığı kuvvet mağdurun iradesi üzerinde tesir icra etmek suretiyle cebir mahiyeti kazanabilir. Bu durumda fail yoğun bir kuvvet uygulayarak, mağdurun beklenen mukavemetini engellemek maksadını taşıyorsa, eylem yağma cürmünü oluşturabilir.

Ancak hemen belirtelim ki, bir hareketin cebir olup olmadığı, kullanılan madde kuvvetin azlığı veya çokluğu ile ilgili bir husus değildir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, önemli olan bir cebrin varlığı veya yokluğudur. Bir saldırının cebir olduğu belirlendikten sonra, yağmanın varlığı için, onun ayrıca ağırlığına veya hafifliğine bakılmaz. Örneğin bir şey yapmaya, yapmamaya veya yapılmasına müsaade etmeye zorlamak için, bir kimsenin üzerine kapıyı kilitlemek cebir sayılmaktadır⁷³. Burada kullanılan kuvvet kapının kilidini çevirmekten ibarettir ve oldukça hafiftir. Bu durumda fail, bir kimseyi odadaki eşyaların alınmasına engel olmaması için onun beklenen mukavemetini sırf kapıyı kilitlemek suretiyle ortadan kaldırırsa, eylem yağma cürmünü oluşturacaktır.

Bu durumda kullanılan kuvvet ne kadar ağır olursa olsun, cebir niteliğine dönüşmedikçe, yani bir kimsenin iradesine tesir eden bir saldırı oluşturmadıkça o fiil yağma suçunu meydana getirmeyecektir. Buna karşın bir saldırı cebir niteliğine sahipse, ister ağır isterse hafif olsun, fiil yağma cürmünü oluşturacaktır. Ayrıca cebirin tanımındaki “beklenen mukavemet” kavramı geniş anlaşılmamalıdır. Aksi

71 Knodel, s.89.

72 Knodel, s.90.

73 Schönke/Schröder, Vorbem § 234, k.n.9; Knodel, s.59; Haft, s.159.

takdirde gizlice işlenen adi bir hırsızlığı dahi yağma saymak gibi bir sonuç doğabilecektir. Çünkü failin hırsızlığı gizli işlemekteki maksadı da, mağdurun beklenen mukavemetinden kaçınmak içindir. Hırsızlığın gizlice işlenmesi bu suçun bir unsuru olmadığına göre, bir kimsenin elindeki eşyanın hiçbir mukavemetle karşılaşmaksızın birden bire çekilip alınması da hırsızlık suçunu oluşturacaktır. Demek ki mukavemet beklenen de olsa, bunun mağdur üzerinde doğrudan veya dolaylı etki eden bir zorlama ile bertaraf edilmesi gerekir. Örneğin, bir otomobilin tekerleklerine sıkılan kurşunlarla araç durdurulmuş ve bunun etkisiyle araçtaki kişilerin paraları alınmışsa, eylem yağmadır. Keza fail, evde bulunan mağduru korku ve dehşet içinde bırakmak için evin mobilyalarını parçalasa ve böylece yağmaya mukavemetini önlemeye çalışsa, eşyaya yönelik cebir mağdur üzerinde etki edeceği için fiil yağma suçunu oluşturur⁷⁴. Aynı şekilde mağduru iterek veya eline vurarak veya tekmeleyerek elindeki eşyayı düşürtüp alıp kaçan veya doğrudan gelip mağduru tokatlayarak onun beklenen mukavemetini bu şekilde engelledikten sonra cebindeki cüzdanı alan kişinin eylemi de yağmadır⁷⁵. Tüm bu durumlarda beklenen mukavemet, mağdur üzerinde doğrudan veya dolaylı bir tesir yoluyla engellenmiş olmaktadır.

Knodel'ın failin olağandan yüksek derecede kuvvet kullanmasının mağdurun beklenen mukavemetini tesirsiz kılma kastına sahip olabileceğinin bir belirtisi olarak görülebileceği şeklindeki değerlendirmesi, özellikle motorlu araçlar kullanılarak yapılan kapkaççılık olaylarını nitelendirmede gözönünde tutulabilir. Şüphesiz bu şekilde gerçekleşen her eylem mutlaka yağma cürmünü oluşturacak değildir. Ancak, somut olayda, eylemin gerçekleştirilmesindeki ağırlık, failin beklenen mukavemeti engelleme kastına sahip olduğu konusunda, sadece bir belirtisi olarak hakim tarafından gözönünde tutulmalıdır. Örneğin, bir otomobille kaldırımında yürüyen mağdurun arkasından yaklaşarak kolundaki çantasının kolundan sıyırmak suretiyle alınması halinde eylem kapkaççılık suretiyle işlenen basit hırsızlık suçunu (TCK m.491/1) oluşturabilecekken, elinde tuttuğu veya boynuna astığı çantasının çekilip alınması halinde yağma olarak nitelendirilebilecektir. Çünkü bu son durumda fail, motorlu aracın gücünden de yararlanmak suretiyle mağdura o kadar yoğun bir kuvvet tatbik etmektedir ki, mağdurun böyle bir kuvvete mukavemet etmesi mümkün değildir. Şayet failin motorlu aracı kullanmasındaki maksat, mağdurun kendisine yapılan böyle bir saldırıyı farketse dahi eşyayı bırakmaya mecbur etmek ise, yağma suçu düşünülebilecektir. Aynı durum, kaldırımında yürüyen mağdurun kendisine hızla yaklaşan aracı farkederek elindeki eşyayı direnç göstermeden vermesi halinde de söz konusudur. Çünkü mağdur göstereceği bir direncin hayat veya vücut bakımından halihazır bir zarar doğurabileceğini gördüğü için, saldırıya mukavemet edememektedir. Cebir sadece mukavemetin kırılma-

⁷⁴ Örnek için bkz. Haft, s.159.

⁷⁵ Bkz. Schürmann, s.83-84.

sını değil, aynı zamanda mukavemetin engellenmesini de sağlayabileceğine göre, mağdura yönelen ve onun üzerinde fiziksel bir etki meydana getiren böyle bir zorlama ile (üzerine doğru hızla aracı sürmek) mal alındığı takdirde fiil yağma suçunu oluşturabilecektir.

Diğer taraftan, yağma suçunda, kullanılan cebir ve şiddetle malın alınması arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır⁷⁶. Kanunumuza göre, kullanılan cebir, şiddet veya tehdidin, mağduru menkul malı "teslime" veya malın fail tarafından alınmasına karşı onu "sükut etmeye" "mecbur kılması" gerekir. Böylece cebir, şiddet veya tehdidin kullanılması ile malın alınması arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği açıkça ifade edilmiş olmaktadır. Esasen fiilin yağma olarak nitelendirilmesi de bu ilişkinin tespitine bağlıdır. Bu durumda, mağdura malı teslim etmesi veya malın alınmasına müsaade etmesi için yönelmiş cebir veya tehdit yoksa, yağma suçundan da bahsedilemez. Cebir şiddet veya tehdit malın alınmasının bir aracı olmalıdır⁷⁷. Şayet kullanılan araç ile fail malı almış veya mağdur malı teslim etmişse, bu suçta vasitanın, netice bakımından nedensellik değeri taşıdığı kabul edilecektir⁷⁸. Yargıtay da aynı kanaattedir. "Yağma suçunu tanımlayan TCK'nun 495. maddesi hükmüne göre; sanığın, kullanmış olduğu cebir ve şiddet etkisiyle, mağdurun taşınır malını teslim veya malın sanık tarafından alınmasına karşı koyamama durumuna getirilmesi gerekmektedir"⁷⁹. Kapkaççılık olaylarında ise, genel olarak, yağma suçundaki gibi, malın zilyedi failin kullandığı cebir ve şiddetin etkisine mukavemet edemediği için malı faile vermek zorunda kalmaktadır. Çünkü ortada bir cebir hareketi yoktur. Şayet kapıp kaçmak istenilmesine rağmen bu başarılamamış ve mağdurun mukavemeti ile karşılaşılırsa, bunun kırılarak malın alınması halinde yağma cürmü işlenmiş olacaktır.

Kullanılan cebir, şiddet veya tehditle malın teslimi veya malın fail tarafından alınması arasında bir nedensellik ilişkisinin bulunması şart olduğuna göre, mağdura esasen tehdidi algılama kabiliyeti veya cebir ve şiddete mukavemet etme yeteneği yoksa, fiil yağma suçunu oluşturmaz. Örneğin, felçli olan bir kadının kolundan bileziklerinin alınması durumunda, ortada yağma değil, hırsızlık suçu vardır (491/4)⁸⁰.

76 Schönke/Schröder, § 249, k.n.6a.

77 Schönke/Schröder, § 249, k.n.6; Haft, s.150.

78 Önder, s.347; Schönke/Schröder, §. 249, k.n.6a.

79 Y:CGK. 29.6.1981, 6-188/263 (Vural Savaş- Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.IV, Ankara, 1995, s.5046).

80 Yargıtay böyle bir olayda eylemin hırsızlık suçunu oluşturacağına karar vermiştir. 6.CD., 5.10.1989, 6273/7543 "TCK.nun 495. maddesindeki yağma suçunun maddi unsuru, cebir, şiddet veya tehdit kullanılarak zilyedin menkul malı teslimi veya fail tarafından zaptına karşı sükut etmeye mecbur kılmasıdır. Bilindiği gibi cebir ve şiddet, mağduru fizik yönden etkileyen yani onun mukavemetini bertaraf eden her türlü maddi tazyik hareketleridir. Tehdit ise,

Bu görüşler çerçevesinde Yargıtay'ın konuya ilişkin iki kararı üzerinde durmak gerekir. Olaylardan birincisinde Yargıtay, mağdurenin boynunda asılı bulunan beş adet gümüş mecideyesi ile kulağındaki küpeyi kulağını yırtmak suretiyle zorla almak eyleminin gasp (yağma) değil, hırsızlık suçunu oluşturduğuna karar vermiştir. Yargıtay'a göre, olayda, sanık tarafından fiilin işlenmesinden evvel veya fiilin işlenmesi sırasında veya suçun işlenmesini müteakip mağdura 495. maddede sayılan ve suçun unsurlarından olan hareketlerden hiçbirisi yapılmamıştır. Her ne kadar sanık mağdurenin boynundaki mecideyeleri alırken ve kulağındaki küpeyi de koparıırken mağdur üzerinde bir eza oluşturmuşsa da, bu eza mukavemeti bertaraf etmek için kullanılması gereken cebir ve şiddetten sayılmaz⁸¹.

Yerel mahkemenin yağma olarak nitelendirdiği bu olayda, Yargıtay'ın eylemin hırsızlık olduğuna ilişkin görüşü doyurucu bir gerekçeden yoksundur⁸². Çünkü cebir, yukarıda belirtildiği gibi, sadece halihazır bir mukavemetin kırılması veya engellenmesini değil, beklenen bir mukavemetin kırılması veya engellenmesini de hedef alabilir. Olayda fail, mağdurun yalnızca boynunda asılı bulunan takıları aniden çekip alsaydı, olayın hırsızlık suçunu oluşturduğu kolaylıkla söylenebilecekti. Fakat fail bununla yetinmeyerek ve bu ilk hareketi ile mağdurun beklenen mukavemetini engellemek suretiyle kulağındaki küpeleri de çekip almıştır. Failin gerdanlığı ani olarak çekip alma hareketinin mağdurun irade hürriyeti üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirmek kastı ile yapılıp yapılmadığının kararda tartışılması gerekirdi. Şayet failin ilk hareketi mağduru direnmeye geçirmiş ve buna rağmen fail kulağındaki küpeleri çekip almışsa, eylem yağma suçunu oluşturacaktır. Böyle bir olayda bunun aksinin düşünülmesi mümkün gözükmemektedir. Yağma cürmünün oluşabilmesi için failin hareketine karşı mağdurun mutlaka fiziksel bir karşı koyma eyleminde bulunması da şart değildir. Cebirin varlığı, bizatihi mağdurun mukavemetini bertaraf edecektir. Olayda failin mağdurun boynundaki takıları aniden çekip alma hareketinin, kulaktaki küpelerin koparılmasını sağlamak bakımından cebir mahiyetini alıp almadığı tartışılmalıydı.

mağduru şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile yapılan manevi cebirdir. Olayımızda sanığın, ...doğum sırasında oluşan felç nedeniyle hareket ve konuşma yeteneği bulunmayan ve evde yalnız başına yatmakta olan mağdurenin kolundaki bilezikleri ile parmağındaki yüzüğü, hiçbir cebir ve tehdit kullanmadan ve hiçbir direnme ile karşılaşmadan alıp gitmekten ibaret olan eylemi yağma suçunu değil TCK.nun 491/4. maddesindeki hırsızlık suçunu oluşturur." (Savaş-Mollamahmutoğlu, s.5050).

81 Y.6.CD. 16.11.1967, 5101/6038 (Özütürk, s.326-328); Y.1.CD. 14.6.1949, 624/1209 "...sanığın, mağdurun boynundaki altınları koparıp kaçtığı cari tahkikattan anlaşılmasına ve sanığın mağdureyi altınları vermeye icbar maksadıyla tehdit ettiğine dair delil bulunmamasına mebni fiilin ...adi hırsızlık mahiyetinde olduğu düşünülmeksizin yazılı şekilde 495. madde ile ceza tayini yolsuzdur" (Özütürk, s.344).

82 Majno'ya göre, bir kadının kulaklarına takılı küpelerin çekilerek kulak memelerinin yırtılmak suretiyle alınması yağmadır (bkz. Majno, s.31).

Diğer taraftan Yargıtay’ın olayda hırsızlık suçunun işlendiğine ilişkin kararın doğru kabul edilse bile, eksiktir. Çünkü, sanık gerek mağdurun boynundaki gümüşleri, gerekse kulağındaki küpeleri çekip alırken, mağdura bir zarar verebileceğini fiilen tasavvur edebilecek durumdadır. Buna rağmen hareketinden vazgeçmeyecek, bundan doğabilecek belirsiz neticeleri kabullendiğine göre, gayri muayyen kastla mağdurun vücut bütünlüğüne zarar vermiş olmaktadır. Müessir fiil, gayri muayyen kastla da işlenebileceğine göre, failin hem hırsızlık, hem de müessir fiil suçundan mahkum edilmesi gerekirdi. Gerçekten bir kimsenin kulağındaki küpelerin çekilip alınması halinde, onun kulağının yırtılabileceği öngörülmüş ve olursa olsun denilerek küpeler çekilip alınmıştır. Olayda suçların içtimamı gerektiren bir durum olmadığına göre, gerçek içtima kuralları uygulanmalıydı.

Bir başka olayda Yargıtay, yine aynı yönde karar vermiştir. “Başkasının idaresindeki motosikletle giderken yaya kaldırımının yanından geçmekte olduğu sırada orada bekleyen kişinin çantasını kapıp kaçan sanığın suçu yağma değil, hırsızlıktır. Çanta sapının mağdurun parmağına dolanmasından meydana gelen arıza sanık tarafından önceden tasarlanmış bir irade ve kastın eseri değildir. Mağdurun direnişini ortadan kaldırmak için gereken cebir, şiddet ve tehditten sayılmaz”⁸³. Yargıtay bu olayda da, sanığın mağdurenin mukavemetini bertaraf etmek için cebir ve şiddet kullanmadığı gerekçesiyle eylemin yağma değil, hırsızlık olduğu görüşündedir. Çanta sapının o anda mağdurenin parmağına dolanmış olması ve motor sürücüsünün de motoru sürmeye devam etmesi nedeniyle de meydana gelen eldeki arızanın mağdureyi çantayı vermeye zorlamak için sanığın iradesine dahil bulunmadığını, bir başka ifade ile, sanığın çantayı kapıp kaçarken meydana gelen olayın sanık tarafından önceden tasarlanmış bir irade ve kastın eseri olmayıp fiilin icrası sırasında sanık tarafından alınması kastolunan çantanın mağdurenin parmağına takılı olması sebebiyle kolaylıkla çıkmamasından ileri geldiğini belirtmiştir.

Bu karara muhalif kalan üye ise, “sanık çantayı kaptığı sırada mağdurenin çantayı kaptırmama iradesinden doğan bir anlık mukavemet ile karşılaşmış ve bu mukavemet mağdurenin parmağının kırılmasıyla önlenebilmiştir. Mukavemet ve bunu önlemenin kısa bir süre içinde cereyanı suç niteliğini değiştirmeye yetmemektedir. Esasen sanık; işin başından beri, çantayı zorla almayı, icabında mağdureyi sürükleyip onu ele geçirmeyi tasarlayarak fiile yönelmiş ve parmağını kırarak derecede çekişmeyi sürdürüp mukavemetini cebir ve şiddetle beraber bertaraf etmek suretiyle sonuca ulaşmıştır. Bu olayın kanunumuzda yeri olmayan basit bir kapkaç tarzında basit bir hırsızlık sayılmasına olanak yoktur. Kapı ve pencere kırma suretiyle eşya üzerinde gösterilen şiddet sonucu işlenen hırsızlıklar dahi mevsuf sayıldığı halde şahsa karşı gösterilen ve parmağın kırılmasına müncer olacak nitelikte bulunan cebir ve şiddetin kanun koyucu tarafından gözetilmediği

⁸³ Y.6.CD. 8.12.1977, E. 1977/6961, K.1977/7050 (YKD, C.4, Şubat 1978, sy.2, s.299 vd.).

düşüncesine yer verilmemelidir. Bu itibarla sanığın eyleminin gasp niteliğinde kabul edilmesi gerektiği"ni ileri sürmüştür.

Dönmezer de, Yargıtay'ın bu kararını eleştirerek, olayda yağma suçunun oluştuğu görüşündedir. Yazara göre, olayda mağdurun mukavemetini gerektiğinde kırmak kastının ve amacının da öngörülmesi kabul edilerek, yağma suçunun oluştuğunu tespit etmek gerekirdi. Çantanın elden zorla çekilip alınması yeterli bir cebir ve şiddet uygulaması teşkil edecektir⁸⁴.

Yargıtay'ın bu kararı bir öncekine göre daha doyurucu olmakla birlikte isabetli değildir. Yüksek Mahkemenin, olayda failin kullandığı kuvvetin münhasıran malı almaya yönelik olduğunu, failin mağdurun iradesine etki etmek kastı ile hareket etmediğini belirtmek suretiyle, failin kullandığı kuvvetin cebire dönüşmediğini tartışması yerindedir. Ancak olayda failin motosikletle giderken mağdurun elindeki çantasını kaptıktan sonra, çantanın sapının mağdurun parmağına dolalı olması nedeniyle ani olarak alınması ve eylemini devam ettirmek suretiyle çantayı ele geçirmesi yağma cürmünü oluşturur. Burada da Yargıtay'ın, cebirin varlığı için mağdurun failin mukavemet göstermesini araması isabetli değildir. Belirttiğimiz gibi, mağdurun beklenen mukavemetinin de fiziksel etki eden bir zorlama yoluyla ortadan kaldırılması veya engellenmesi mümkündür. Olayda failin kullandığı kuvvetin şiddeti, onda failin beklenen mukavemetini bertaraf etme maksadına sahip olduğunu açıkça göstermektedir. Diğer taraftan olayda hırsızlığın varlığı kabul edildiği takdirde, ayrıca müessir fiilden dolayı da failin cezalandırılması gerekirdi.

b-Kast Bakımından

Yağma suçu kasten işlenebilir, taksirle bu suç işlenemez. Yağma suçunun mürekkep bir suç olması nedeniyle, kastın bu suç tipini oluşturan unsurlara yönelik olması, bu unsurların bilinip istenmesi de gerekir. Suçun maddi unsuru cebir, şiddet veya tehdit kullanarak malın alınması olduğuna göre, bu suç bakımından kastın hem cebir ve şiddeti, hem de malın alınmasını kapsamına alması zorunludur. Yani fail, cebir, şiddet veya tehdit kullanarak, malı aldığını bilecek ve isteyecektir. Ayrıca failin, kendisi veya başkası için haksız bir menfaat sağlamak maksadıyla hareket etmesi de gerekir. Bu itibarla yağma suçu da, hırsızlık suçu gibi, özel kastla işlenebilen bir suçtur⁸⁵.

Bu özel kast, failin cebir şiddet kullanarak malı faydalanmak maksadıyla almıştır. Şayet kendi malı olduğu iddiasıyla veya zarar vermek maksadıyla alıyorsa,

⁸⁴ Dönmezer, s.431, dn. 13. Yazar, Yargıtay'ın bu tür kararlarının, İstanbul'u kapkaççıların mekanı haline getirdiğini de belirtmektedir.

⁸⁵ Erem, s.802; Önder, s.347-348; Dönmezer, s.435; Soyaslan, s.228; Schönke/Schröder, § 249, k.n. 8.

başka suçlar (kendiliğinden hak alma (TCK 308/2) veya nası ızzar (TCK 516/b.2) suçları) işlenmiş olur. Faydalanmak maksadına, geçici yararlanmalar da dahildir⁸⁶.

Cebir ve şiddetin yağma maksadına yönelmiş olması zorunludur. Bu nedenle, cebir ve şiddet malın alınması için değil de, başka maksatlar için kullanılmışsa, yağma suçu oluşmaz⁸⁷. Örneğin, Yargıtay'a göre, fail mağdureyi kaçırıp ırzına geçmek istediği halde etraftan yetişenlerin müdahalesi üzerine işlemeyi kastettiği bu cürmü tamamlayamayıp ve fakat bu arada mağdurenin boynundaki altınları alıp kaçarsa, eylem yağma değil, ırza geçmeye eksik teşebbüs ve hırsızlık cürümlerini oluşturur. Yargıtay'a göre, her ne kadar cebir ve şiddet mevcut ise de, bu cebir ve şiddet mağdurenin ırzına geçmek içindir. Altınlar mağdurenin boynundan alınırken, fail cebir ve şiddet kullanarak altınları almayı düşünmemektedir⁸⁸.

Kapkaççılık şeklindeki olaylarda ise, failin malı vermesi veya malın alınmasına ses çıkarmaması için mağdura karşı cebir, şiddet kullanma kastı yoktur. Failin kastı sadece malın alınmasına yöneliktir. Bu tür olaylarda failin malı almak için kullandığı kuvvet dolaylı olarak mağduru etkilemiş olsa bile, failin kastı bunu kapsamadığı için, eylem yağma suçunu oluşturmaz⁸⁹. Yağma suçunda kastın cebir ve şiddeti de kapsamaması zorunludur. Yağma suçu, gayri muayyen kastla işlenemez. Fail mağdur üzerinde malı almak için cebir ve şiddet kullandığını bilmeli ve istemelidir.

Fail, bir kimsenin elindeki, kolundaki veya boynundaki eşyayı almak kastı ile hareket ederken o kişiye bir zarar verebileceğini fiilen tasavvur etmiş ve meydana

⁸⁶ Erem, s.802; Dönmezer, s.435; Önder, s.348; Soyaslan, s.229; Yargıtay da aynı görüştedir: "Yerel mahkeme kararında da değinildiği gibi, olay yerinden kaçmak için sanığın bu şekilde hareket etmesi ve otoyol geçici olarak elde etmesi gasp suçunun oluşmasına engel değildir, başka bir deyişle kullanma kastı ile de olsa, koşullarının varlığı halinde fiil gasp suçunu oluşturur. Zira bir şeyin alınması gerçek zilyedinin o şey üzerindeki tasarruf imkan ve egemenliğini kaldırır, en azından tatil eder. Böylece gerçek malik o anda zilyetliğinin verdiği yetkiyi kullanamaz hale girmiş olur. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına göre, hırsızlık suçunda olduğu gibi sahibinin rızası olmadan veya cebir-şiddet ve tehdit ile bir şeyin kullanma maksadı ile alınması ve iadesi hallerinde de cürmün oluştuğu kabul edilmektedir" Y.CGK. 14.12.1981, E.1981/1-345, K.1981/424 (YKD, C.8, Nisan 1982, sy.4, s.563).

⁸⁷ Y.1.CD. 21.12.1949, 3425/3010 "Sanık savunmasında maksadının jandarmanın silahını gasbetmek olmayıp, ancak kaçarken kendisini arkasından vurmasını diye silahını almış olduğunu ileri sürmesine ve mağdura ait başkaca bir eşya dahi almamış bulunmasına göre; hadisede 495 nci maddede yazılı suç unsurları bulunmadığı gözetilmeksizin suçun gasp mahiyetinde kabul ve tavsif olunması ve kabule göre de cezanın 273 üncü madde ile arttırılmaması yolsuzdur" (Özütürk, s.343).

⁸⁸ Y.1. CD. 14.6.1949, 624/1209 (Özütürk, s.344).

⁸⁹ Y.6.CD. 13.10.1987, 7447/8472 "Mağdura karşı gasp niyetiyle cebir ve şiddet veya tehdit bulunulduğuna, sanıklarda mevcut olduğu kabul edilen kapkaç hırsızlığı niyetinin ne suretle gaspa dönüştüğüne dair deliller gösterilip açıklanmadan hırsızlıktan cezalandırılmaları yerine yazılı şekilde hükümlülüklerine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir" (bkz. Erdurak, s.1066).

gelen belirsiz neticeleri kabullenmişse, ortada iki suç vardır; birincisi gayri muayyen kastla işlenen müessir fiil, diğeri ise kapkaççılık suretiyle işlenen hırsızlık suçu. Örneğin fail, otomobil ya da motosikletle mağdurun yanına yaklaşarak elindeki çantayı kapmak isterken, aracın kontrolünü kaybederek mağdura çarpmış ve onun yaralanmasına ya da ölümüne sebebiyet vermişse; failin neticeyi fiilen tasavvur edip etmemesine göre durumu değerlendirmek gerekir. Somut olayın gerçekleştiği yere, aracın konumuna ve mağdurun bulunduğu yere göre, bu gibi olaylarda, adi veya bilinçli taksirle müessir fiil ya da adam öldürme veya gayri muayyen kastla müessir fiil ya da adam öldürme suçları, hırsızlıkla içtima ederler.

4- Kapkaççılığın Yağmaya Dönüşmesi

Görüldüğü gibi kapkaççılık ile yağma cürmü arasında çok ince bir çizgi bulunmakta ve eylemin yağmaya dönüşmesi her an mümkün gözükmektedir. Bu itibarla örneğin fail kapıp kaçmak maksadıyla mağdurun eşyasını almak ister, fakat mağdurun direnmesi üzerine bu eşyayı cebir, şiddet veya tehdit kullanarak alırsa, hırsızlık olarak başlayan eylem yağma suçuna dönüşmüş olur⁹⁰. Yargıtay benzer bir olayda şu kararı vermiştir; “Sanıklar, çaldıkları otomobille geceleyin evlerine gitmekte olan mağdurelerin yanlarına yaklaşp çantalarını kapıp çektikleri, mukavemet etmeleri üzerine otomobilin yanı sıra sürükledikleri, birinin çantasını aldıkları, diğerinin çantasının sapı kopmasıyla alamadıkları anlaşılmasına göre, eylemleri yağma ve yağmaya eksik kalkışmadır. “Cebri hırsızlık” da denilmekte olan yağma suçundaki “cebir” mağdureleri yerde sürüklemeleri ve bu şekilde mukavemetlerini kırmalarıyla oluşmuş; *kapkaç suretiyle hırsızlık suçu niteliğini aşmış bulunmaktadır*. Mahkemenin yağma olarak kabulü yasaya uygundur”⁹¹. Nitekim bu durum, 495. maddenin ikinci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, “Bir malın yağması esnasında veya akabinde fiili icra veya itmam etmek veya malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için mal sahibine veya vaka mahalline gelen başkasına karşı cebir ve şiddet veya tehdit icra eden kimse hakkında da aynı ceza hükmolunur”.

Her ne kadar fıkra “bir malın yağması esnasında” ibaresi kullanılmışsa da, gerek doktrin⁹², gerekse Yargıtay⁹³, bu deyim “hırsızlık fiili esnasında” kullanı-

⁹⁰ Y.6.CD. 27.11.1967, 6235/6341 “Sanık müdahilin elinde gördüğü parayı hemen alıp kaçsaydı mahkemenin kabulü gereğince fiil hırsızlık suçunu teşkil ederdi. Mağdurun parayı vermek istememesi karşısında onu yere yıkıp altına alarak avcunu açmak için tınaklarıyla cebir ve şiddet istimal ve bu suretle avcunun açmasını mümkün kılması ve bundan sonra parayı alıp kaçması gasp suçunu teşkil ettiğinden 495. madde ile mahkumiyet hükmü tesisi gerekirken hırsızlıktan ceza tayini, kanuna aykırı ve hükmün bozulmasını gerektirmektedir” (bkz. Özütürk, s.144-145).

⁹¹ Y.6.CD. 14.8.1975, E. 1975/3158, K.1975/3688 (YKD.C.2, Ocak 1976, sy.1, s.114).

⁹² Erem, s.802; Önder, s.350; Dönmezer, s.433, dn.19; Soyaslan, s.229;

lan cebir, şiddet veya tehdit olarak anlamaktadır. Nitekim mehz kanunda bu ibarenin “taşınır bir şeyin sahiplenmesi esnasında” olarak yer aldığı, bu ibarenin kanunumuza yanlış tercüme edildiği belirtilmektedir⁹⁴. Gerçekten bu fıkra, şahıslara karşı cebirsiz ve tehditsiz başlayan hırsızlığın icra edilmesi veya tamamlanması veyahut malın kaçırılması ya da cezadan kurtulmak maksadıyla cebir veya tehdit kullanılması halinin, yağma sayılacağı anlatılmak istenmektedir.

Doktrinde “dolaylı yağma”⁹⁵, “yağma benzeri”⁹⁶, “tam olmayan yağma”⁹⁷, “yağmaya dönüşen hırsızlık”⁹⁸ olarak da adlandırılan “hırsızlıktan dönüşen yağma suçu”, malın alınması esnasında veya akabinde cebir ve şiddet veya tehdidin kullanılması anında değil⁹⁹, malın failin egemenlik alanına geçmesi ile tamamlanır.

Ancak hemen belirtelim ki, hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, artık bu fıkranın uygulanması mümkün değildir. O halde bu fıkranın uygulanabilmesi için, failin, hırsızlık fiilinin tamamlanmasından önce cebir veya tehditte bulunması şarttır.

⁹³ Y.CGK. 18.6.1996, 6-131/139 “T.C.Y.’nin 495/2. maddesi Kaynak 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasasının 406/2. maddesinden çevrilmiştir. İtalyan Ceza Yasasının 406/2. maddesinde, “taşınır bir şeyin sahiplenilmesi...” biçiminde yer alan kavram T.C.Y.’nin 495/2. maddesine hatalı olarak “bir malın yağması...” biçiminde aktarılmıştır. Sonradan yağmaya dönüşen bir suçun evveliyatının da yağma biçiminde tanımlanması mantığa aykırıdır. Bu itibarla, T.C.Y.’nin 495/2. maddesinde, yağma suçunun maddi unsuru genişletilerek failin hırsızlık suçunu işlediği esnada veya hemen akabinde eylemini sürdürmek veya tamamlamak veya malı kaçırmak ya da kendisini veya suç ortaklarını cezadan kurtarmak amacıyla mal sahibi veya olay yerine gelen başkalarına karşı maddi veya manevi cebir kullanması durumunda suç yağmaya dönüşür” (Taşdemir-Özkepir, s.588). Aynı yönde bkz. Y.CGK. 3.12.1996, 6-244/253 ve Y.CGK. 3.12.1996, 6-242/264 (Taşdemir-Özkepir, s.585 vd.); Y.6.CD. 30.3.1965, 1054/1984 “Her ne kadar maddede yağma esnasında denilmekte ise de henüz yağma fiili mevcut olmayıp hırsızlık fiili ve bu fiilin işlenmesi için icra edilen cebri şiddet ve tehdit mevcuttur. Şahıslara karşı cebri şiddet veya tehditsiz olarak başlayan hırsızlık fiili, mal sahibinin vaka mahalline gelerek müdahalesi üzerine malı kaçırmak için cebir ve şiddet göstermesi veya tehditte bulunması sonunda yağmaya inkilab etmiştir” (Özütürk, s.332); aynı yönde 6.CD. 28.6.1968, 4097/4042 (Özütürk, s.325); Ancak Y.CGK. 24.10.1988 tarih ve 6-305/389 sayılı kararında farklı bir görüş ortaya koymuştu: “T.C.Y.’nin 495/2. maddesinde öngörülen suçun işlenebilmesi için öncelikle ortada işlenen veya henüz işlenmiş bir yağma suçunun bulunması, failin de bu suça bağlantılı olacak şekilde madde sayılan fiil ve maddede sayılan fiil davranışlarda bulunması gerekir. Bu husus maddede “YAĞMA ESNASINDA VEYA AKABİNDE” sözcükleriyle ifade olunmuştur” (karar için bkz. Taşdemir-Özkepir, s.595).

⁹⁴ Önder, s.350; Dönmezer, s.433, dn. 19.

⁹⁵ Abdullah Pulat Gözübüyük, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalya Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C.IV, 5. Bası, basım yeri ve yılı yok, s.656; Yargıtay da aynı kavramı kullanmaktadır. Bkz. Y.6.CD. 31.5.1978, E.1978/3791, K.1978/3812 (YKD., C.5, Temmuz 1979, sy. 7, s.1086 vd.).

⁹⁶ Erem, s.802.

⁹⁷ Soyaslan, s.229.

⁹⁸ Önder, s.350.

⁹⁹ Krş. Dönmezer, s.433-434; Soyaslan, s.230; Schönke/Schröder, § 252, k.n. 8.

Hırsızlık suçunun tamamlanma anı bakımından, yani bu suçun maddi unsuru- nu oluşturan “alma”nın ne zaman gerçekleşeceği hususunda çeşitli fikirler ileri sürülmüştür¹⁰⁰. Doktrinde¹⁰¹ ve bir çok ülke yasalarında¹⁰² hırsızlık suçunun tamamlanma anı bakımından kabul edilen görüş, “egemenlik alanı” teorisidir. Bu görüşe göre almak unsuru, malın bulunduğu yerden kaldırılması suretiyle zilyedin egemenlik alanından çıkartılması ve failin veya üçüncü bir kişinin egemenlik alanına sokulması ile tamam olur¹⁰³. Failin kendi egemenlik alanından maksat ise, mutlaka kendi yeri değildir. Malikin egemenlik alanının bitiminde failin egemenlik alanı başlar. Bu itibarla fail, mal üzerinde tasarruf iradesini açıklamaya imkan veren fiil ve hareketleri işlemedikçe zilyetliğini tesis etmiş sayılmaz¹⁰⁴.

Kanunumuzun hırsızlık suçunu düzenleyen 491/1. maddesinde (mehaz kanundaki “alıp sahip olmak isterse” ibaresi kullanılmamış olmasına rağmen) benimsenen görüşün de, “egemenlik alanına geçirme” olduğu, doktrin¹⁰⁵ ve Yargıtay¹⁰⁶ tarafından kabul edilmektedir.

Ancak hırsızlık suçunun tamamlanma anı bakımından, menkul malın zilyedin veya sahibinin egemenlik alanından çıkarılıp failin kendi egemenlik alanına sokması görüşünü kabul eden kanun ve doktrin bakımından mesele bitmiş sayılmaktadır. Bu görüşün benimsenmesi durumunda cevap bekleyen soru şu olmak-

¹⁰⁰ Bu fikirler hakkında bkz. Majno, s.9 vd.; Dönmezer, s.346 vd; Şensoy, s.54 vd; Önder, s.291 vd.

¹⁰¹ Bkz. Şensoy, s.55; Majno, s.10; Dönmezer, s.347; Önder,s.292.

¹⁰² Mukayeseli hukukta kanunlar hırsızlık suçunu tarif ederken suçun tamamlanma anı bakımından menkul malın sahibi veya zilyedinin nüfuz alanından çıkıp failin nüfuz alanına girme görüşünü benimsediklerini gösteren ifadeler kullanmışlardır. Örneğin mehaz 1889 İtalyan CK. m. 402/1’de “sahip çıkarsa”, 1930 tarihli Yeni İtalyan CK. m. 624’de “alarak zilyetliğine geçirmek”, Alman CK. ise 242. maddesinde “temellük kastı ile almak” tabirini kullanmıştır (bkz. Şensoy, s.56).

¹⁰³ Dönmezer, s.347; Schönke/Schröder, § 242, k.n.27, 28.

¹⁰⁴ Dönmezer, s.349.

¹⁰⁵ Dönmezer, s.347; Önder, s.292; Erem, s.757;Çağlayan, s.461; Gözübüyük, s.583; Soyaslan, s.205; karşı görüş Şensoy, s.59, 61. Yazara göre kanunumuz sadece “alırsa” tabirini kullandığı için, egemenlik alanına geçirme görüşü kanunilik ilkesi karşısında kabul edilemeyecek ve almakla, yani kaldırmakla birlikte suçta tamamlanacaktır.

¹⁰⁶ Y.6.CD. 26.1.1987, 297/565 “T.C.K.’nun 491. maddesinde tanımlanan hırsızlık cürmünün oluşabilmesi için, mağdurun fiili egemenlik ve tasarruf alanında bulunan bir malın failin egemenlik alanına geçmesi gerekir. Olayda eksik kaydedilen ve böylece kaydedilen dışındaki para mağdurun henüz egemenlik alanına geçmemiş, tersine failin egemenlik alanında kalmıştır” (Savaş-Mollamahmutoglu, s.4929); Y.CGK. 4.2.1991, E.1990/6-364, K.1991/6 “...sanıklar orman içi istif yerinden, emvali kamyonlara yükleyerek hareket ettikten sonra ... sürekli ve kesintisiz izleme sonucunda ve olayın hemen akabinde suça konu emvali hakimiyet sahalarna sokmadan yakalandıklarından suç, tam kalkışma aşamasında kalmıştır” (YKD, Aralık 1993, s.1864 vd.); aynı yönde bkz. Y.6:CD. 18.4.1989, 2807/3813 (YKD, Ekim 1989, s.1501); Y.6.CD. 27.8.1988, 6554/10132 (YKD, Aralık 1988, s.1705).

tadır: Mal ne zaman zilyedin egemenlik alanından çıkıp failin egemenlik veya tasarruf alanına sokulmuş sayılacaktır? Bir başka ifade ile, malikin veya zilyedin egemenlik alanının bittiği nokta, sınır neresidir? Bu sınırın belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Gerçekten mal, malik veya zilyedin hakimiyet sahasının sona erdiği noktanın dışına çıkarılmışsa suç da tamamlanmış olmaktadır. Şayet mal, bu sınırın dışına çıkarılmamışsa zilyet veya malikin ona her an sahip olma, malı failin elinden alma ihtimal ve imkanı mevcut olduğundan suç da tamamlanmamış, teşebbüs derecesinde kalmış demektir.

Hemen belirtelim ki, menkul mal üzerindeki hakimiyetin mal sahibinden hırsıza geçtiği anı kesin ve açık bir formülle tespit etmek mümkün değildir. Bu itibarla her somut olayda, olayın gerçekleştiriliş şekline göre, menkul malın ne zaman zilyedin hakimiyet sahasından çıkıp, failin hakimiyet alanına girdiğini ayrı ayrı incelemek ve belirlemek gerekir¹⁰⁷. Ancak kesin olan şudur ki, failin mal üzerinde zilyetliğini tesis etmiş, bir başka deyişle, egemenlik kurmuş olması şarttır.

Majno, bu konuda kesin olmamakla birlikte şu formülü önermektedir: "Mal sahibi tarafından maddeten tasarruf imkanı buldukça hırsızlık itmam ve ikmal edilmiş olmayıp, fiil ancak kanunen sahibi bulunan kimselerden tasarruf maddi imkanı yok olduğu zaman itmam ve ikmal edilmiş olur"¹⁰⁸. *Önder*'e göre ise kural olarak, fail aldığı mal üzerinde eski zilyedin herhangi bir müdahalesi olmadan egemenliğini kullanabiliyor veya eski zilyet yeni zilyedin mal üzerindeki egemenliğini bertaraf etmeden o mal üzerinde tasarrufta bulunamıyorsa, failin mal üzerinde egemenlik kurduğunu kabul etmek gerekir¹⁰⁹.

Kanaatimizce de, hırsızlık failinin tamamlanabilmesi için, malın bulunduğu yerden alınması yeterli olmamakta, ayrıca menkul üzerinde fiili bir hakimiyetin kurulması da gerekmektedir¹¹⁰. Eşya üzerinde hakimiyetin kurulması ise, failin menkul malı mağdurun egemenlik alanı dışına çıkarması, kendi egemenlik alanına sokmasıyla gerçekleşir. Şayet mal mağdurun kontrol ve hakimiyetinden çıkmamış ise, mağdurun zilyetliği devam ediyor demektir. Zilyetliğin mağdurdan faile geçtiğinden söz edebilmek içinse, mağdurun artık zilyetliğini koruma hakkının bulunmaması gerekir. Mağdur, eğer hukuken bu hakka sahip değilse, zilyetlik hırsıza geçmiş demektir¹¹¹.

¹⁰⁷ *Majno*, s.10; *Şensoy*, s.57; *Önder*, s.292.

¹⁰⁸ *Majno*, s.10.

¹⁰⁹ *Önder*, s.292.

¹¹⁰ *Erem*, s.757; *Dönmezer*, s.347; *Şensoy*, s.57; *Önder*, s.292; *Soyaslan*, s.206; *M. Muhtar Çağlayan*, "Basit Hırsızlık Cürmü ve Tatbikatımız", AD, yıl: 72, Temmuz-Ağustos 1981, sy.4, s.461; *Özütürk*, s.139.

¹¹¹ *Soyaslan*, s.205.

Bu itibarla, mal failin egemenlik alanına bir an için olsa bile geçtikten sonra, malı almaya yönelik davranışlara karşı fail tarafından kullanılan cebir ve şiddet, yağma suçunu oluşturmaz. Bu durumda faili hırsızlık ve duruma göre müessir fiil, memura aktif mukavemet veya adam öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutmak gerekir¹¹².

495. maddenin ikinci fıkrasına göre, cebir, şiddet veya tehdit malın alınması esnasında veya alınmasını takiben kullanılmalıdır. Kanunda geçen “akabinde” ibaresi, “suçüstü” (meşhut suç) olarak anlaşılmalıdır¹¹³. Bu itibarla, bir kimsenin elinden veya üzerinden eşyasının kapıp alınması esnasında veya akabinde, mağdur veya olay yerine gelen bir başkasının hemen malı almak için hırsıza müdahale etmesi üzerine, hırsızın malı kaçırmak veya kendisini cezadan kurtarmak maksadıyla bu kişilere karşı cebir ve şiddet kullanması veya tehditte bulunması halinde eylem yağmaya dönüşecektir. Nitekim Yargıtay bu tür olaylarda benzer yönde kararlar vermektedir. “Dolmuşu binmek üzere olan ve kimliği belirlenemeyen bir kadının çantasını alan sanığın kaçmaya başladığı ve durumu gören şikayetçiler... tarafından kovalanarak az ilerde yakalanacağı sırada, üzerindeki bıçağı çekeerek şikayetçilere bıçakla maddi ve manevi cebir kullandığı, buna rağmen etkisiz hale getirilerek yakalandığı ...anlaşılmaktadır. Somut olayda, sanık kimliği belirlenemeyen bir kadının çantasını kapıp kaçtığı sırada şikayetçiler tarafından yakalanacağını anlayınca, onlara karşı bıçakla maddi cebir kullandığından eylemi silahlı yağma suçunu oluşturur”¹¹⁴

Şayet fail olay yerini terketmiş ve mağdur veya üçüncü kişiler tarafından da kesintisiz olarak takip edilmemişse, örneğin fail otomobille mağdurun yanına yaklaşarak aniden elindeki çantayı alıp uzaklaşmışsa, artık hırsızlık suçu tamamlanmış olur. Failin malı egemenlik alanına bir an için olsa bile geçirdikten sonra, o eşyadan yararlanmaya zaman bulup bulmamasının, hırsızlık suçunun tamamlanması ile bir ilgisi yoktur¹¹⁵.

¹¹² Dönmezer, s.434; Önder, s.351. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında bu durumu açıkça belirtmiştir. Karara göre “Maznunlardan Muzaffer K'nun taayyün eden fiili, mağdurların elinden tüfeklerini kapıp kaçtıktan sonra Yusuf'un elinden aldığı tüfeği diğer maznun Mustafa'ya vermekten ibaret olmasına, tüfekleri geri almak için peşlerinden gidip mağdurlara her iki maznunun (gelmeyin, sizi vururuz) şeklinde söz sarfetmeleri gasp suçunun unsurlarından olan cebri şiddet ve tehdidi teşkil etmeyip, işlenmiş oldukları hırsızlık fiillerinden elde ettikleri menfaatin kendilerinde kalmasını teminden ibaret bulunmasına göre, yazılı şekilde (m.495/1-2, 59, 64, 525) mahkumiyetlerine karar verilmesi yolsuzdur” (Y.6.CD. 30.9.1959, 41/10; karar için bkz. Özüttürk, s.341).

¹¹³ Soyaslan, s.230. Nitekim Alman Ceza Kanununun 252. maddesinde düzenlenen bu suçun, suçüstü rastlanan hırsızlık esnasında cebir ve şiddet veya tehdit kullanılması ile işlenebileceği açıkça belirtilmiştir. Bkz. Schönke/Schröder, § 252, k.n. 1,4.

¹¹⁴ Y. CGK. 23.12.1997, 6-341/338 (karar için bkz. Engin Şafak, Hırsızlık, Yağma (Gasp) ve Dolandırıcılık Suçları ile Müşterek Hükümler, Açıklamalı ve İçtihatlı, Ankara, 2002, s.127-128).

¹¹⁵ Dönmezer, s.350.

Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir¹¹⁶. Yüksek Mahkemeye göre "...sanığın eve girmek ve çalınacak bir şeyler aramakla başlayıp müştekinin karısının bağırması üzerine kaçmasıyla biten hareket ve davranışlarından oluşan eylemi hırsızlık suçunu oluşturur. Bu fiil çalınacak bir şeyi alamadan kaçmakla son bulmuştur. Bundan sonraki devrede kaçarken kendisini yakalamak isteyen müştekiye direnmesi ve bıçak çekmesi ne hırsızlık suçunu yağmaya dönüştürür, ne de bunu birinci eylemiyle bağlantılı kılar. Sanık ikinci eylemi yeni, değişik, ayrı bir kastla işlemiştir"¹¹⁷. Yargıtay'ın konuya ilişkin şu kararı ise son derece isabetlidir¹¹⁸. "Oluşa göre sanık mağdurenin boynundaki zinciri çekip almaya çalışırken zor kullanmamış ve tehditte bulunmamış, tanığın bağırması ve mağdurun bayılması üzerine zinciri bırakarak kaçmıştır. Sanığın tanıklarca izlendiği, yakalandığı ve yakalandığında bıçak çektiği gözetilerek eylemin hırsızlık cürmü sırasında ya da yakalandığı an ile suça kalkışıldığı an saptanılarak suçun akabinde olmuş sayılıp sayılmayacağına karar yerinde tartışılarak suç niteliğinin ve dolayısıyla eylemin T.C.Y.'nin 491/ilk ya da 495. maddelerinden hangisine girdiğinin belirlenmesi" gerekir.

Fail, mağdurun eşyasını kapmış, ancak mağdurun mukavemet göstermesi üzerine, bu mukavemeti kırmaya yönelik cebir veya tehditte bulunmadan bırakmışsa, eylem yağmaya değil, hırsızlığa eksik teşebbüs olarak değerlendirilmelidir. Şayet aynı olayda, fail, mukavemet gösteren mağdura bu mukavemetini kırmak için cebir veya tehditte bulunmuş, ancak mağdur veya olay yerine gelen bir başkasının karşı koymasına üzerine eylemini tamamlayamamışsa, fiil yağmaya eksik teşebbüs olarak nitelendirilmelidir¹¹⁹.

Bu durumda ne hırsızlık, ne de yağma cürmüne tam teşebbüs mümkün olmak gerekir. Ancak Yargıtay, "alma"nın her iki suç bakımından da ortak unsur olduğunu ve dolayısıyla yağmaya tam teşebbüsün mümkün olamayacağını belirt-

¹¹⁶ Y.CGK. 3.12.1996, 6-244/253 "İncelenen olayda, sanık 05.00 sıralarında, mağdurede para olabileceğini düşünerek, parasını çalmak kastıyla onun evine girmiş, mağdure onu görüp tanıdığını söyleyince, kendisini cezadan kurtarmak amacıyla maddi ve manevi cebir uygulayarak etkisiz hale getirdikten sonra, hiçbir şey alamadan evi terketmiş olduğundan, hırsızlık biçiminde başlayan eylemi T.C.Y.'nin 495/2. maddesi yollamasıyla yağmaya eksik kalkışma suçuna dönüşmüştür" (Taşdemir-Özkepir, s.585); aynı yönde Y.CGK. 3.12.1996, 6-242/264 (Taşdemir-Özkepir, s.586).

¹¹⁷ Y.CGK. 24.10.1988, 6-305/389 (Taşdemir-Özkepir, s.595).

¹¹⁸ Y.6.CD. 22.3.1988, 39021/3652 (Taşdemir-Özkepir, s.601-602).

¹¹⁹ Doktrinde (Şafak, s.125), "hırsızlık tam teşebbüs aşamasında kalmışsa, gasp suçu tamamlanmış kabul edilecektir. Zira çalınmak istenen mal (şey) sanığın yedindedir" şeklindeki düşünceye katılmıyoruz. Çünkü çalınmak istenen şey failin elinde iken cebir, şiddet veya tehdit kullanılmış olsa bile, o şeyin failin egemenlik alanına geçtiğini söylemek mümkün değildir. Gerçek hırsızlık suçunda gerekse yağmada malın failin egemenlik alanına geçmesiyle suçun tamamlanmış kabul etmek gerekir.

mesine rağmen¹²⁰, hırsızlık suçuna tam teşebbüsü kabul etmektedir¹²¹. Hırsızlık suçunun neticesi harekete bitişik bir suç olması nedeniyle, doktrindeki hakim görüş de, bu suça tam teşebbüsü kabul etmemektedir¹²².

SONUÇ

Kapkaççılık, failin, mağdurun hissedebileceği bir kuvvetle, onun elinde veya üzerinde bulunan eşyasını ani olarak çekip kaçmaktır.

Türk Ceza Kanununa göre, böyle bir eylem, yani bir kimsenin elindeki veya üzerindeki bir eşyanın kapıp kaçılması, 491/1. maddede düzenlenen basit hırsızlık suçunu oluşturur. Çünkü yağma suçu (TCK m.495), menkul bir malın faydalanmak amacıyla, cebir, şiddet veya tehdit kullanarak alınmasıyla oluşur. Kapkaççılık şeklindeki almalarda ise mağdur üzerinde, malı almaya yönelik cebir, şiddet veya tehdit kullanılmış değildir. Bu tür olaylarda da bir saldırı veya kuvvet kullanma varsa da, bu saldırı, yağmadaki gibi kişi özgürlüğünü ortadan kaldırmaya yönelik değildir. Yağma suçunda cebir veya tehdidin malı teslim etmeye zorlamaya veya malın alınmasını sağlamaya yönelik olması gerekir. Bir başka ifade ile, kullanılan cebir veya tehditle malın alınması arasında nedensellik bağının bulunması şarttır. Ayrıca, failin malı almak için cebir veya tehdit kullandığını bilmesi ve istemesi de gerekir.

¹²⁰ Y.CGK. 16.3.1987, E.1986/6-497, K.1987/118 (YKD, C.13, Ağustos 1987, sy.8, s.1231 vd.) "Hırsızlıkta olsun, gaspta olsun suçun tamamlanması anını belirleme bakımından ortak unsur olan (almak) büyük önem taşır. Burada sözü edilen (almak) Medeni Hukuk anlamında zilyetlik nakli ya da devri değildir. Ceza Hukuku yönünden söz konusu olan yok edilen ve kurulan zilyetliktir. Mal, fail tarafından asıl zilyedin ya da malikin tasarruf alanından çıkarıldığı, onun tasarruf imkanının yok edildiği ve böylece kendi tasarruf alanına sokulduğu anda suç tamamlanmış olur. Şu hale göre suçun işlenme yani tamamlanma zamanı mal üzerinde zilyedin (malikin) tasarruf imkanının yok edildiği ve failin malı kendi tasarruf alanına soktuğu andır. Şayet fail mal üzerinde zilyedin tasarruf imkanını yok edememiş ve bu suretle malı kendi egemenlik (tasarruf) alanına sokamamış ise; suçun tamamlandığından söz etmek mümkün değildir. bu durumda suç teşebbüs derecesinde kalmıştır".

¹²¹ Y.11.CD. 28.9.2000, E.2000/3919, K.2000/3968 (YKD, C.26, Aralık 2000, sy.12, s.1876) "Sanığın, hırsızlık kastıyla kıyma, sucuk, diş macunu ve çikolatayı alıp gömleğinin içine saklamak şeklinde oluşan eylemi, icrai hareketlerin tamamlanması nedeniyle hırsızlığa tam teşebbüs suçunu oluşturur. Reyonu terketmeden ve ödeme kasalarına gelmeden vaki vazgeçme nedeniyle TCK.nun 61/son maddesi uygulanmaz". Y.CGK. 26.11.1973, 220/479 "...sanık kamyonundan mağdura ait kazağı alırken görülmüş kaçarken izlenmiş ve 400 m. ileride kazak elinden geri alınmış olduğundan sanık kazak üzerinde mutlak bir hakimiyet kuramamış ve mağdurun suç konusu eşya üzerindeki zilyetliği tamamen münkati olmamıştır. Böylece sanık...kastettiği cürmün icrasını taalluk eden bütün fiilleri bitirmiş fakat takip edilip yakalanarak ihtiyarında olmayan bu nedenle cürüm meydana gelmemek suretiyle eylemi tam teşebbüs derecesinde kalmıştır" (Savaş-Mollamahmutoğlu, s.4913).

¹²² Şensoy, s.62; Dönmezer, s.354; Önder, s.294; Soyaslan, s.231; Yaşar Öztürk "Hırsızlık Cürmüne Teşebbüs", AD, yıl:62, Haziran 1971, sy.6, s.380. Hırsızlık suçuna teşebbüsün her iki şeklinin de mümkün olduğu görüşü için bkz. Gözübüyük, s.584; Öztürk, s.140; Asım Kaya Bekman, "Hırsızlık Suçlarında Teşebbüs ve Tamamlanmış Fiilin Hududu", ABD, yıl:19, 1962, sy.4, s.435.

Ancak bir kimsenin elindeki eşyanın ani olarak çekilip alınması eylemi ile karşılaşıldığında, somut olayın gerçekleşiş biçimine göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Sırf eşyanın mağdurun bedeninden uzaklaştırılmasına yetecek kadar bir kuvvet kullanarak veya halihazır hiçbir mukavemet sözkonusu olmaksızın bir eşyanın alınması durumunda kapkaççılık yoluyla işlenen bir hırsızlık cürmü vardır. Buna karşın mağdur üzerinde bedensel etki eden bir zorlama yoluyla onun mevcut ya da beklenen mukavemeti kırılarak veya engellenerek bir eşyanın alınması halinde ise, yağma cürmü işlenmiş olur. Bu iki ihtimal dışında failin birden bire bir kimsenin eşyasını almak için uyguladığı kuvvetin şiddeti, onun bu yolla mağdurun beklenen mukavemetini engelleme kastına sahip olduğu konusunda bir belirti olarak görülebilecektir.

Bu ihtimalde yağmanın oluşup oluşmayacağı, cebirin yukarıda verilen tanımında geçen "beklenen mukavemetin kırılması veya engellenmesi" ifadesine verilecek anlama bağlı olacaktır. Hemen belirtelim ki şayet ani olarak çekip alma eylemi, mağdurun malı vermeye yönelik mevcut bir mukavemetinin kırılması suretiyle gerçekleştirilmişse, hiç tereddütsüz eylem yağma cürmünü oluşturacaktır. Yukarıda belirtildiği gibi, mağdur elindeki bir eşyanın alınmasını engellemek için bu eşyayı sıkıca tutuyor, fail de mağdurun elindeki eşyayı çekip almak suretiyle, bu mukavemeti tesirsiz hale getiriyorsa eylem yağmadır. Yine belirttiğimiz gibi, yağma cürmünde cebirin mutlaka kuvvet kullanma şeklinde gerçekleşmesi şart değildir. Cebir bakımından önemli olan, failin fiziksel güç kullanması değil, mağdurun bedensel bir etki yoluyla bir malı vermeye zorlanmasıdır. Mağdur üzerindeki bu etki onun mevcut veya beklenen mukavemetinin kırılması veya engellenmesi sonucunu doğurmak suretiyle malı vermesine yeterli gelmişse, yağma cürmü tamamlanmış olur. Ani olarak çekip alma eylemlerinde, genelde failin kastı beklenen mukavemeti kırmaya veya engellemeye yönelik olmadığından yağma cürmü oluşmaz. Fakat birden bire almada uygulanan kuvvetin ağır olması durumunda, failin beklenen mukavemeti engellemeye yönelik iradeye sahip olup olmadığı somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir.

Diğer taraftan kapkaççılık şeklinde başlayan hırsızlık eyleminin, yağmaya dönüşmesi mümkündür. Somut olayda bu ihtimalin dikkatlice değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, fail mağdurun arkasından yaklaşarak elinde veya kolundaki çantasını alıp kaçmak istemiş, fakat mağdurun direnmesi ve çantayı bırakmaması üzerine çantayı zorla çekip almışsa, artık eylem yağma suçuna dönüşür. Bu durumda hırsızlık olarak başlayan eylem, mağdurun mukavemeti ve failin eşyayı almak veya kendini cezadan kurtarmak maksadıyla cebir veya tehditte bulunması üzerine yağmaya dönüşmüş olur (TCK m.495/2). Esasında, hırsızlık suçu, malın failin egemenlik alanına girmesiyle tamamlandığından, malın egemenlik alanına sokulmasına kadar kullanılacak cebir ve şiddet veya tehdit, yağma suçunu oluşturur. Bu itibarla 495/2. fıkra olmasaydı dahi, bu tür eylemler yağma suçunu oluştur-

rurlardı. Burada önemli olan, cebir, şiddet veya tehdidin kullanıldığı anda, malın failin egemenlik alanına henüz geçmemiş olmasıdır.

Eylemin kapkaççılık suretiyle hırsızlık sayıldığı durumlarda ise, failin eyleminden mağdurun yaralanması veya ölümü gibi sonuçlar doğmuşsa, hırsızlıkla birlikte bu suçlardan da, kastına göre, sorumlu tutulacağı açıktır. Sözgelimi fail, motorlu bir vasıta ile mağdurun yanına yaklaşmış ve elindeki çantayı kapıp kaçmak istemiş, fakat çantayı çekerken mağduru aracın altına doğru sürükleyerek ölümüne yol açmışsa, faili hem hırsızlık, hem de gayri muayyen kast veya taksirle (bilinçli) adam öldürmeden dolayı ayrı ayrı cezalandırmak gerekir.

Ancak belirtelim ki, kapkaççılık şeklinde işlenen hırsızlığın, basit hırsızlık sayılması da kabul edilmemelidir. Kanunumuza göre bu tür olaylara, 491/1. maddede düzenlenen basit hırsızlığın cezası verilmektedir. Halbuki, bu şekilde işlenen hırsızlık basit hırsızlığa göre daha tehlikeli ve faildeki suç işleme kastı daha yoğundur. Bu itibarla, kapkaççılığın “nitelikli hırsızlık” sayılması ve dolayısıyla basit hırsızlığa göre daha fazla ceza ile cezalandırılması gerekir. Nitekim 2001 TCK Tasarısı, 202/4. maddesi ile, hırsızlığın kapkaççılık şeklinde işlenmesini nitelikli hırsızlık olarak öngörmüştür. Tasarının tümünün yasalaşması beklenmeden, tasarıdaki bu hükmün mevcut yasaya hemen alınması gerekir. Son zamanlarda oldukça artan bu tür eylemlerin önlenmesi bakımından cezanın ağırlaştırılması bir caydırıcılık fonksiyonu görebilecektir.