

T.C.
DİCLE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

YAĞMA SUÇU

EYÜP SAVCI

DANIŞMAN

DOÇ. DR.RECEP GÜLŞEN

DİYARBAKIR

2010

ÖZET

Yağma suçu, TCK'da 2. kitap 1. kısımda 'Kişilere Karşı Suçlar' kısım başlığı altındaki 10. bölümde 'Malvarlığına Karşı Suçlar' bölüm başlığı altında 148, 149, 150. maddelerinde yer almaktadır. Yağma suçu kişinin sahip olduğu taşınır malı veya senedi tehdit ve cebir kullanarak almak olarak tanımlanabilir. Yağma suçunda kişilerin sahip olduğu malvarlığı değeri ile birlikte kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığı hakları ihlal edilmektedir. Bu bakımdan yağma suçu kişilerin birden fazla hukuksal değerlerini ihlal etmesi bakımından tarihsel süreç içerisinde hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde yaptırım altına alınmıştır.

Tez konumuzu yağma suçu oluşturmaktadır. Tezimiz üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde yağma suçu kavramı, tarihçesi, mukayeseli hukuktaki konu ile ilgili düzenlemeler ve yağma suçunun benzer suçlardan ayrımı ile korunan hukuki değer konuları incelenmiştir. Tezimizin ikinci bölümünde ise klasik suç teorisi çerçevesinde yağma suçunun unsurları açıklanmıştır. Tezimizin son bölümünde yağma suçunun nitelikli halleri özel görünüş şekilleri, etkin pişmanlık, soruşturma ve kovuşturma usulü ile suçun yaptırımı irdelenmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun yağma suçu ile ilgili düzenlemeleri ise daha faydalı olacağı düşüncesi ile ayrı bir konu başlığı altında değil, yeri geldiğinde ilgili konular ile irtibat kurularak karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

ABSTRACT

Plundering is regulated under Article 148, 149 and 150 of the Turkish Criminal Court under title of crime against individuals in the first chapter and title of crime against property under the tenth chapter. Plundering can be defined as a crime of taking a movable belonging which an individual has by using force and threat. The property rights which individuals have as well as freedom of individual and untouchable nature of body are violated in plundering. In this regard, criminal sanction is imposed in almost all legal orders in historical process, since it violates more than one right of individuals.

The subject of my thesis is the crime of plundering. The thesis is composed of three chapters. In the first chapter, the concept of plundering, its history, comparative provisions on it, the distinction between it and other crimes and the rights protected are elaborated. In the second chapter, the elements of plundering are examined within the framework of the classic crime theory. In the last chapter, I focus on special appearances of plundering, effective remorse, procedure on investigation and judgment and its sanction. I do not analyze relevant provisions of old penal code under different chapter. Instead, I make a comparative analysis by linking it to relevant issues .

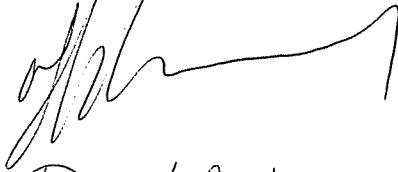
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Bu çalışma jürimiz tarafından KAMU HUKUKU Anabilim Dalında YÜKSEK
LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan: Doç.Dr. Recep GÜLEEN



Üye: Doç.Dr. Hakan Yokus SEVÜK



Üye: Doç.Dr. Recep KORKUSUZ



ONAY:

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

...../...../2010

.....

ÖNSÖZ

Çağımızın getirdiği yeniliklere cevap verebilmesi amacıyla sosyal hayat ve hukuk alanındaki gelişmelere paralel olarak düzenlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Haziran 2005 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Yağma suçu malvarlığına karşı işlenen suçlar içerisinde önemli bir yer tutmaktadır. Bu bakımdan inceleme konumuzu oluşturan suçun, tüm yönleri ile bilinmesi ve benzeri diğer suçlardan farklılığının ortaya konulması, suç ve suçlularla mücadele bakımından önem arz etmektedir.

Bu tez çalışmasının hazırlanmasında her türlü katkı ve yardımlarından ötürü değerli hocam Doç. Dr. Recep GÜLŞEN'e teşekkürlerimi sunarım. Bu tezin oluşabilmesi için fikirlerinden istifade ettiğim Doç. Dr. Handan Yokuş Sevük'e ve manevi desteğini esirgemeyen eşime teşekkür ederim.

Eyüp SAVCI

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	II
ÖNSÖZ	III
İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR	VIII
GİRİŞ	X

I. BÖLÜM

YAĞMA SUÇUNUN TARİHÇESİ, BENZER SUÇLARDAN AYRIMI VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

I- GENEL OLARAK	1
II.- YAĞMA KAVRAMI.....	4
III- TARİHÇE	7
1. Genel Olarak	7
2. Roma Hukukunda Yağma Suçu.....	8
3. İslam Hukukunda Yağma Suçu.....	9
4. Eski Türk Hukukunda Yağma Suçu.....	10
a- Osmanlı Dönemi Öncesinde	10
b- Osmanlı Döneminde	11
IV.-MUKAYESELİ HUKUKTA YAĞMA SUÇU.....	13
1. Genel Olarak	13
2. Almanya	15
3. İsviçre.....	16
4.İtalya.....	17
5. Fransa	18
V- YAĞMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN AYRIMI	19
1.Genel Olarak	19

2. Hırsızlık Suçundan Ayrımı	20
3. Dolandırıcılık Suçundan Ayrımı	22
4. Tehdit Suçundan Ayrımı	24
5. Mala Zarar Verme Suçundan Ayrımı	27
6. İcbar Sureti ile İrtikap Suçundan Ayrımı	28
7. Cebir Suçundan Ayrımı	34
8.Şantaj Suçundan Ayrımı	37
VI- YAĞMA SUÇU İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER	40

II. BÖLÜM

YAĞMA SUÇUNUN UNSURLARI

I- GENEL OLARAK	42
II- KANUNİ UNSUR	43
III- SUÇUN MADDİ UNSURU	45
1.Hareket Ögesi.....	45
a- Tehdit Etmek.....	46
aa- Tehdit Kavramı ve Kapsamı	46
bb- Yağma Suçunda Unsur Olarak Tehdit	48
b- Cebir Kullanmak.....	57
aa- Cebir Kavramı ve Kapsamı	57
bb- Yağma Suçunda Unsur Olarak Cebir	62
cc- Cebir Karinesi	66
2. Netice	69
a- Genel Olarak	69
b- Ceza Hukukunda Zilyedlik Kavramı	71
c- Tehdit veya Cebirin Amacı ve Gerçekleştirilme Zamanı	75
d- Cebir ve Tehdit ile Netice Arasındaki Zaman Sorunsalı.....	87
3. Nedensellik Bağı	91

4. Fail	94
5. Mağdur	95
6. Konu	96
a- Genel Olarak	96
b- Mal	98
aa- Malın Taşınır Niteliğe Sahip Olması	101
bb- Malın Başkasına Ait Olması	102
c- Senet.....	104
V- MANEVİ UNSUR.....	108
VI- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	110

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAĞMA SUÇU AÇISINDAN NİTELİKLİ HALLER, ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, ETKİN PİŞMANLIK HALİ, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ, YAPTIRIM

I- YAĞMA SUÇU AÇISINDAN NİTELİKLİ HALLER.....	113
1. Daha Ağır Cezayı Gerektiren Haller.....	113
a- Genel Olarak	113
b- Suçun Silahla İşlenmesi	114
c- Suçun Failin Kendini Tanınmayacak Bir Hale Koyması Suretiyle İşlenmesi	117
d- Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi	118
e- Yağmanın Yol Kesmek Suretiyle İşlenmesi	119
f- Yağma Suçunun Konut veya İşyerinde İşlenmesi.....	121
g- Yağma Suçunun Beden ve Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi.....	122
h- Yağma Suçunun Var Olan veya Var Sayılan Suç Örgütlerinin Oluşturduğu Korkutucu Güçten Yararlanılarak İşlenilmesi	125

1- Yağma Suçunun Suç Örgütüne Yarar Sağlamak	
Maksadıyla İşlenmesi.....	125
i- Yağma Suçunun Gece Vakti İşlenmesi	127
2. Neticesi Sebebi ile Cezanın Arttırılmasını Gerektiren Durumlar	127
3. Cezanın Azaltılmasını Gerektiren Nitelikli Haller.....	128
a- Suçun Hukuki İlişkiye Dayanan Alacağın Tahsili Amacıyla	
İşlenmesi	128
b- Suç Konusunu Oluşturan Malın Değerinin Az Olması	132
II-SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	134
1. Teşebbüs	134
2. İştirak.....	136
3. İctima.....	138
III- ETKİN PİŞMANLIK HALİ	140
IV- SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM	143
1. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü	143
2. Yaptırım.....	144
SONUÇ	146
KAYNAKÇA.....	150

KISALTMALAR

bkz:	Bakınız
C:	Cilt
CD :	Ceza Dairesi
CMK:	Ceza Muhakemesi Kanunu
E:	Esas
ETCK:	Eski Türk Ceza Kanunu
F :	Fıkra
GÜHFD:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HUMK:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K:	Karar
m:	Madde
s:	Sayfa
sy	Sayı
TCK:	Türk Ceza Kanunu
TL:	Türk Lirası
TCY:	Türk Ceza Yasası
TBMM:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
Y:	Yargıtay
YCGK:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YTCK:	Yeni Türk Ceza Kanunu
YD:	Yargıtay Dergisi
vb:	ve benzeri
vd:	ve devamı

GİRİŞ

Ceza Hukuku, ceza müeyyidesinin uygulanmasını gerektiren hukuki ihlallerin ve sapmaların nelerden ibaret olduğunu, bu ihlalleri ve ihlalleri gerçekleştirenlere yani suçluya karşı Devletin tepkisini belirten kuralları ve esasları gösteren hukuk dalı olarak tanımlanmaktadır¹. Ceza Hukuku bireylerin ulusal ve ulusüstü belgeler ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere karşı meydana gelebilecek ihlalleri önleme ve yaptırım altına alma bakımından önemli bir araçtır. Nitekim bu hususun önemi vurgulamak için, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 1. maddesinde ‘kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak ve suç işlemesini önlemek’ ceza kanunun amacı olarak kabul edilmiştir².

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 5. maddesinde herkesin kişi güvenliğine ve özgürlüğüne saygı gösterilmesi hakkında sahip olduğu hükmü mevcuttur. Sözleşmenin Ek protokolünün 1. maddesinin başlığı ise ‘Mülkiyetin Korunması’ dır. Bu maddede, her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini istemek hakkının bulunduğu belirtilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 19. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, herkesin kişi hürriyetine ve güvenliğine sahip olduğu ifade edilmektedir. Yine Anayasamızın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu düzenlenmiştir. Yağma suçunu da içine alan malvarlığına karşı suçlar, teminat altına alınan bu hak ve hürriyetleri ihlal eden fiillerdir³.

Siyasi ve hukuki rejimlerin temeli bireyciliğe dayanan sistemlerde mülkiyet hakkı, Anayasalarda temel haklar arasında yer almış ve özel hukuk tarafından korunmuştur. Ancak mülkiyet hakkının hile, cebir, şiddet veya sahibinin rızası olmadan ihlali halinde

¹ DÖNMEZER SULHİ/ERMAN SAHİR, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 12. bası, İstanbul, 1997, s. 4

² Ceza Kanunun Amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAKICI SEDAT, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 1. bası, Ankara, 2007, s. 1

³ NOYAN ERDAL, Hırsızlık Suçları, 2. Bası, Ankara 2007, s. 1

özel hukukun yaptırım ile yetinilmemiş, kamu düzeni bozulduğu ve toplumsal endişe doğduğu için bu durum Ceza Hukuku aracı ile de yaptırım altına alınmıştır⁴. Gerçekten Anayasanın 35. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek Protokolünün 1. maddesi ile teminat altına alınan mülkiyet hakkına karşı yapılacak ihlaller, TCK.'nın ikinci kitabında '*Kişilere Karşı Suçlar*' başlıklı ikinci kısmının onuncu bölümünde düzenlenen '*Malvarlığına Karşı Suçlar*' başlığı altında tanımlanan suçlar⁵ ile yaptırım altına alınmış ve bu hakkın korunması amaçlanmıştır⁶.

Yağma suçu, TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmında onuncu bölümde 148-150. maddelerinde düzenlenmiştir. 148. maddede yağma sunun basit hali, 149. maddede nitelikli halleri düzenlenmiş, 150. maddede ise hafifletici sebepler öngörülmüştür. Yasanın 168. maddesinde ise etkin pişmanlık başlığı altında ortak hüküm düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da ise yağma suçu, Kanunun 2. kitabında '*Mal Aleyhine Cürümler*' isimli 10. babının 2. faslında '*Yağma ve Yol Kesmek ve Adam Kaldırmak*' fasıl başlığı altında 495, 496, 497, 498, 499, 500 ve 502. maddelerinde düzenlenmiştir.

Yağma suçunun hırsızlık, tehdit veya cebir kullanma suçlarının bir araya gelmesinden oluşması ve bu suçlarında farklı hukuki değerleri koruma altına almış olması nedeniyle, bu suçun karma nitelikte bir suç olduğu kabul edilmelidir. Yağma suçu ile hem zilyetlik ve mülkiyet hakkı, hem de kişi özgürlüğü hakkının ihlali koruma altına almıştır. Ancak zilyetlik ve mülkiyet hakkının ön planda olması, yağma suçunun '*Malvarlığına Karşı Suçlar*'⁷ başlığı altında⁸ düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Zira

⁴ SOYASLAN DOĞAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. bası, Ankara, 2006, s. 244

⁵ Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı Suçlar olarak; Hırsızlık (m. 141-147), Yağma (m. 148-150), Mala Zarar Verme (m. 151-152), İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme (m. 153), Hakkı Olmayan Yere Tecavüz (m. 154), Güveni Kötüye Kullanma (m. 155), Bedelsiz Senedi Kullanma (m. 156), Dolandırıcılık (m. 157-159), Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçirilmiş Eşya Hakkında Tasarruf (m. 160), Hileli İflas (m. 161), Taksirli İflas (m. 162), Karşılıksız Yararlanma (m. 163), Şirket ve Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi (m. 164), Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi (m. 165), Bilgi Vermeme (m. 166) suçları düzenlenmiştir. Öte yandan TCK'nın 167, 168 ve 169. maddelerinde bu suçlara ilişkin ortak hükümler yer almıştır.

⁶ CENTEL NUR/ZAHER HAMİDE/ÇAKMUT ÖZLEM, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 1. bası, İstanbul, 2007, s. 269

⁷ 765 Sayılı TCK'da, malvarlığına ilişkin suçlar '*Mal Aleyhinde Cürümler*' başlığı altında, İkinci Kitabın Onuncu Babında düzenlenmiştir. Zanardelli Kanunu, bu grup suçları, 'mal' terimi kullanarak ifade etmiş ve o dönemde bu terim tartışılmıştır. Rocco Kanunu, bu suçları ifade ederken, mal teriminin yetersiz kaldığı düşüncesinden hareket etmiş ve 'malvarlığı' terimini kullanmıştır. Yeni Türk Ceza

cebir ve tehdit, hırsızlık suçunda bir araç olarak malın rıza dışında alınmasında karşımıza çıkmaktadır⁹.

Yağma suçunu suç teorisi çerçevesinde üç bölüm altında ayrıntıları ile irdelemeye çalışacağımız tez çalışması kapsamında, ilk olarak 'yağma' kelimesinin ifade ettiği hukuki kavram ve tanımı anlatılmaya çalışılacak, ardından yağma suçunun tarihsel süreçteki gelişimi açıklandıktan sonra mukayeseli hukuk ile Türk hukukundaki durum açısından ayrı ayrı incelenecektir. Yine bu bölümde yağma suçunun karma nitelikte bir suç olması, içerisinde suçun unsurunu oluşturacak başka suçları da barındırması nedeni ile benzer suçlardan farkları genel olarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Tezimizin ikinci bölümünde yağma suçunun unsurları açıklanmaya çalışılacak, bu kapsamda benzer suçlardan ayırımı tespit edebilmek bakımından, tartışmalı konularda doktrin görüşlerinden ve bu konulara Yargıtay'ın yaklaşımını ortaya koyabilmek için içtihatlarından yararlanılacaktır.

Tezimizin son bölümü olan üçüncü bölümünde ise yağma suçu açısından, suçu nitelikli halleri, özel görünüş şekilleri, soruşturma ve kovuşturma usulü ile suçun yaptırımı ayrıntıları ile açıklanacaktır.

Kanunu da eski düzenlemeyi terk etmiş ve malvarlığı terimini kullanmıştır. TAŞKIN AHMET, Yağma Suçunda Mal Kavramı, Terazî Dergisi, Yıl 3, Sayı 20, Ankara, 2008, s. 95

⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, malvarlığın karşı suçları, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı düzenlemiştir. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, malvarlığı değerlerine karşı suçları, kişinin bir niteliği saymamış; bunlara kişilere karşı suçlar arasında yer vermemiş, malvarlığını, kişinin dışında, kişiden bağımsız bir hukuki değer olarak algılayarak 'Mala Karşı Suçlar' adı altında, İkinci Kitabın Onuncu Babında düzenlemiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununu, suçun hukuki konusu esas olmak üzere oluşturulmuş söz konusu bu düzenlemeye itibar etmeyerek, suçların geçerliliği kendisinden menkul bir tasnife yer vermiş, dolayısıyla malvarlığını kişinin bir niteliği olarak değerlendirmiştir. HİFZIOĞULLARI ZEKİ/KURŞUN GÜNAL, Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Yapısı, Prof Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Ankara, 2006, s. 146

⁹ KOCA MAHMUT, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, s. 2801

I. BÖLÜM

YAĞMA SUÇUNUN TARİHÇESİ, BENZER SUÇLARDAN AYRIMI VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

I. GENEL OLARAK

Haksız bir menfaatin elde edilmesi amacı ile cebir veya tehdidi, hırsızlık suçunda araç olarak kullanmak sureti ile birden fazla hukuki menfaatin zedelenmesine yol açan yağma suçu, tarihsel süreç içerisinde malvarlığına karşı işlenen suçların en tehlikelisi olarak kabul edilmiştir¹⁰.

Son yıllarda ülkemizde malvarlığına karşı olan suçlarda önemli artış gözlenmektedir. Örneğin ülkemizin en yoğun nüfusuna sahip olan şehri İstanbul'da 2005 yılında yapılan bir araştırmaya göre adli makamlara yansıyan 2161 yağma vakası olmuş ve ancak bunlardan sadece 1265'i aydınlatılabilmektedir¹¹. Öte yandan bu sayının her yıl tırmanış içerisinde olduğu gözlenmektedir¹².

Malvarlığına karşı suçlarda genellikle kişinin maddi değerlerine karşı haksız bir fiil söz konusudur. Ancak yağma suçunda alma fiili, cebir veya tehdit kullanılarak gerçekleştirildiğinden, tipe uygun eylem kişinin hem maddi hem de kişisel değerleri aleyhine gelişmekte, bu şekilde kişinin malvarlığı ile kişi özgürlüğü ve/veya vücut dokunulmazlığı değerleri de zedelenmektedir. Malvarlığına yönelik saldırıların en ağırını oluşturan yağma cürümlerinde, suçun yapısında birden çok hareketin bulunması, bunların birbirleri ile etki-sonuç içerisinde gerçekleşme zorunluluğu, kastın her iki eylemi de kapsamaması nedeni ile suçun karmaşık bir yapıya sahip olduğu ifade

¹⁰ KOCA MAHMUT, Yağma Cürümleri, 1. bası, Ankara, 2003, s. 18

¹¹ www.tuik.gov.tr

¹² Türkiye'de yağma suçlarında örneğin 1992 yılına oranla 1999 yılında %119 artış olmuştur. KOCA, Yağma Cürümleri, s. 19.

edilmektedir¹³. Bu nedenle suçun maddi unsurlarının benzer suçlardan mümkün olduğunca sağlıklı bir şekilde ayırt edilebilmesi için, Ceza Kanunlarında suçun sistematik açısından düzenlenmesinde değişik yaklaşımlar sergilenmiştir.

01.06.2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile 13.03.1926 tarihinden beri uygulanan 765 sayılı TCK'nın uygulanmasına son verilmiştir. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da yağma suçu farklı bir sistematik içerisinde düzenlenmiş olup, bazı önemli değişiklikler getirilmiştir. Bu bakımdan yağma suçuna ilişkin olarak uygulama istikrar kazanmış, ancak çalışmamızın ileriki bölümlerinde de değinilecek yağmaya ilişkin bir kısım hususların 5237 sayılı TCK kapsamında yeniden sorgulanması zarureti doğmuştur.

765 sayılı TCK'da yağma suçu onuncu babın ikinci faslında düzenlenmişti. Bu kanunun 495/1. maddesinde '*klasik yağma*', 495/2. maddesinde '*hırsızlıktan dönüşen yağma*', 496. maddesinde '*senedin yağması*', 498. maddesinde '*korkutarak faydalanma*', 499. maddesinde '*adam kaldırma*', 500. maddesinde ise '*adam kaldırmada muhabere nakli*' suçu şeklinde bir düzenlemeye gidilmişti. Yine bu kanunun 497. maddesinde 495 ve 496. maddedeki suçların ağırlaştırıcı nedenleri, 501. maddesinde cebir karinesi, 502. maddede ise gece vaktini tarif eden hüküm bulunmaktaydı.

5237 sayılı TCK'da ise yağma suçu 2. kitap 1. kısımda '*Kişilere Karşı Suçlar*' kısım başlığı altındaki 10. bölümde '*Malvarlığına Karşı Suçlar*' bölüm başlığı altında 148, 149, 150. maddelerinde yer almaktadır. Malvarlığına karşı suçlar içerisinde en önemli değişiklik yağma suçları bakımından yapılmıştır. Yeni Kanunun 148. maddesinin 1. fıkrasında yağma suçunun temel şekli "*Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmak*" şeklinde tanımlanmıştır. Kanunun 148/2. maddesinde

¹³ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 16

ise '*senedin yağması*' düzenlenmiş olup anılan maddenin 3. fıkrasında '*cebir karinesi*' açıklanmıştır. Kanunun 149. maddenin ilk fıkrasında suçun nitelikli halleri sayılmış, ikinci fıkrasında ise yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu kanunun 150. maddesinin ilk fıkrasında kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacı ile tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanabileceği belirtilmiş olup, anılan yasa maddesinin ikinci fıkrasında ise suç konusu malın değerinin azlığı nedeni ile indirim yapılabileceği hükmü düzenlenmiştir.

TCK'nın 148. maddenin 1.2. ve 3. fıkrası sırasıyla 765 sayılı TCK'nın 495/1, 496. ve 501. maddelerinin karşılığıdır¹⁴. Bu bakımdan TCK'nın bu düzenlemesinin 765 sayılı TCK'nın sadeleştirilerek bir araya getirilmiş hali olduğu ve 765 sayılı TCK'da farklı müeyyidelere tabi tutulan yağma suçunun değişik tezahürlerinin aynı madde altında toplandığı ve aynı cezaya tabi tutulduğu ifade edilmiştir.¹⁵ Öte yandan yağma suçunun eski düzenlemede olduğu gibi farklı maddelerde değişik maddi unsurlar içerecek şekilde kazuistik metottan vazgeçilerek, yeni yasada 148. maddede tek bir torba madde içerisinde düzenlenmesi, kişi hak ve özgürlükleri bakımından kazuistik yöntemin hiçbir tehlikesi bulunmadığı halde, soyut hükümler koyarak suçta ve cezada kanunilik ilkesinin getirdiği güvenceyi bertaraf ettiği için eleştirilmiştir¹⁶.

Ayrıca yeni düzenlemedeki önemli bir değişiklik, ileride ayrıntıları ile üzerinde durulacağı üzere 765 sayılı TCK'nın 495/2. maddesinde düzenlenen '*hırsızlığın yağmaya dönüşmesi*' 498. maddesinde yer alan '*korkutarak faydalanma*', 499. maddesinde yer alan '*adam kaldırma*' ve 500. maddesinde yer alan '*adam kaldırma suçunda muhabere nakli*' suçlarına yer verilmemesidir.

¹⁴ PARLAR ALİ/HATİPOĞLU MUZAFFER, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. III, 2. Bası, Ankara, 2008, s. 2254

¹⁵ ASLAN ÇETİN/AZİZOĞLU BAHATTİN, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Bası, Ankara, 2004, s. 645

¹⁶ KOCA MAHMUT, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu, s. 2800

Yeni düzenleme ile getirilen diğer bir diğer önemli değişiklik ise, 765 sayılı TCK'da bu suç bakımından 10 yıldan 20 yıla kadar olan hapis cezasına ilişkin cezai yaptırımın, Kanunun 148. maddesinde 6 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmesidir¹⁷.

TCK'nın 148/2. maddesinde çalışmamızın ileriki kısımlarında da ayrıntıları ile inceleyeceğimiz '*senedin yağması*' suçu düzenlenmiştir. Senedin yağması her ne kadar suçun konusu yönünden ve bazı maddi unsurları yönünden suçun temel şeklinden ayrılrsa da, bize göre yağma suçunun özel bir düzenlemesi olduğundan, bu kapsamda suçun temel şekli için yapılacak tüm açıklamalar senedin yağması suçu için de geçerli olacaktır.

Konuya ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce bir hususu açıklamakta fayda görmekteyiz. Biz çalışmamızda, esas olarak TCK'nın ilgili maddelerinde düzenlenen yağma suçu inceleyecek, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'nın yağma suçu ile ilgili maddelerine ise konu başlıkları içerisinde yeri geldikçe değinerek her iki yasa düzenlemesini açıklamaya çalışacağız.

II. YAĞMA KAVRAMI

Yağma suçunun temel şekli Türk Ceza Kanunun 148/1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "*Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

TCK'nın 148/2. maddesinde ise yağma suçunun özel bir şekli olan senedin yağması düzenlenmiştir. Buna göre, "*Cebir ve tehdit kullanarak mağdurun, kendisini veya*

¹⁷ Bu konudaki eleştiriler için bkz. ASLAN /AZİZOĞLU, s. 645

başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi halinde de aynı ceza verilir.”

Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, TCK'nın 148/3. maddesine göre yağma suçunda cebir olarak tanımlanmıştır. Kanunun 148. maddesinde suç olarak yaptırım altına alınan ve tanımlanan fiiller, madde başlığında 'yağma' olarak nitelendirilmiştir.

Yağma, ceza hukuku terminolojisinde kullanılan bir terim olmakla beraber gündelik hayatta, ceza hukukundaki anlamı da içerecek şekilde insanların yaygın olarak kullandığı bir kelimedir¹⁸. O halde 'yağma' sözcüğü gündelik hayatta kullanılan manalarını da kapsar nitelikte geniş anlamda ve ceza hukuku terminolojisi içerisinde dar anlamda kullanılmaktadır.

Eskiden savaş alanlarında ya da kılıç zoruyla alınan yerleşim yerlerinde bulunan malvarlıklarının önceden komutanlarca vaat edilerek askerler arasında paylaşılması durumuna da 'yağma' denilmekteydi. Önceleri suç olmayan bu eylemler daha sonra, her devletin Askeri Ceza Kanunlarında özel surette cezalandırılan askeri bir cürüm haline getirilmiştir. Nitekim 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunun birinci kısmının üçüncü babının 'Seferberlikte İnsanlar ve Mallar Aleyhine Yapılan Cürümler' başlığını taşıyan yedinci faslında, yağmacılık ve yağma sayılan fiillere yer vermiştir¹⁹. Hiç kuşkusuz özel ceza yasası niteliğinde olan Askeri Ceza Kanununda tanımlanan yağmacılık suçu, suçun unsurları bakımından TCK'da düzenlenen yağma suçundan tamamen ayrılmaktadır.

¹⁸ Bir ülkede savaş, iç karışıklık veya isyan gibi otoritenin kaybolduğu, zamanlarda, insan yığınlarının başkalarının işyerlerine, evlerine saldırarak içerde bulunan eşyaları almaları şeklindeki eylemler günlük dilde 'yağma' olarak ifade edilmektedir. KOCA, Yağma Cürümleri, s. 29

¹⁹ KIYAK FAHRETTİN, Türk Askeri Ceza Kanunlarında Yağma Cürümleri ve Tatbikatı, Ankara, 1955, s. 67

Yağma, kelimesi Farsça kökene sahip bir kelime olup, ‘Çapul, zorla mal alma’, ‘bir malı zorla alıp kaçma veya zorla sahip olma’, ‘bir yeri topluca basıp orda bulunan malları şiddet kullanarak alıp kaçma; çapul, talan’ manalarına gelmektedir²⁰. Gündelik hayatta yağma kelimesinin karşılığı olarak yaygın olarak gasp sözcüğünün kullanıldığı görülmektedir. Hatta ülkemizde kolluk kuvvetlerinin yapılanmasında dahi gasp kelimesinin tercih edildiği ve uygulamada da kullanıldığı gözlemlenmektedir²¹. Arapça kökene sahip bir kelime olan gasp sözcüğü ise, ‘zorla alma, zapt etme, kapma’ anlamına gelmektedir²². Görüldüğü üzere farklı dil kökenlerine sahip olsalar da, yağma ve gasp kelimeleri arasında ifade ettikleri mana yönünden fark bulunmamaktadır. Ancak gündelik yaşamda daha çok gasp kelimesi tercih edilmektedir. Yağma sözcüğü ise daha çok bu kelimenin ifade ettiği fiilleri karşılamak üzere hukuki tabir olarak kullanılmaktadır.

Yağma kelimesi hukuk sözlüğünde, “*Taşınır bir malı, sahiplerinden veya zilyedinden baskı ve tehdit suretiyle alıp götürme, ağır baskı ve cebirle çok kıymetli bir malı insanların huzurundan alıp gitme ve el koyma*” olarak tanımlanmaktadır²³. Doktrinde yapılan kapsamlı bir tanımda ise yağma, “*Bir başkasının şahsının veya yakınlarının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da mal varlığı itibarı ile büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak bir malı teslim, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye yahut imhasına ya da malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılması.*” şeklinde ifade edilmiştir²⁴. Bir başka tanımda ise yağma suçu, “*Şiddet ve*

²⁰ DEVELLİOĞLU FERİT, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Eski ve Yeni Harflerle, 18. Bası, Ankara, 2001, s. 1155

²¹ 1980 yılından sonra Emniyet Teşkilatında uygulamaya konulan Teşkilat-Malzeme-Kadro (TMK) sisteminde Asayiş Şubesi Müdürlüğü bünyesinde Gasp Büro Amirliği birimleri yer almaktadır. Bu konudaki ayrıntılı açıklama ve eleştiriler için bkz. BİYİKLİ HÜDAVERDİ, Yanlış Kullanılan Suç Sözcükleri Müessir Fiil-Darp Yağma-Gasp, 2009, www.mercek.net

²² DEVELLİOĞLU, s. 279

²³ ŞAFAK ALİ, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Bası, Ankara, 2002, s. 565

²⁴ ERTOSUN ALİ SUAT/TAŞKIN AHMET, Yağma Suçu, Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C. II, Ankara, 2008, s. 780

tehdit kullanarak başkasına ait malın zilyetliğini elde etme'' olarak tanımlanmıştır²⁵. Yargıtay ise bir kararında²⁶ yağma suçunu *“Cebir ve tehdit kullanılarak yapılan hırsızlık”* suçu olarak tanımlamıştır²⁷. Yağma suçunun tanımı birbirinden farklı olsa da, ortak olan noktanın, malın cebren veya tehditle alınması olduğu ifade edilmiştir²⁸.

Kanaatimizce yağma suçu kavramı, bünyesinde barındırdığı zorlama ögesi esas alınarak; taşınabilir bir malın veya senedin zilyedinden, cebir ve tehdit kullanılarak onun iradesini etkisiz hale getirmek sureti tesliminin ya da alınmasına karşı koyulmamasının istenmesi olarak tanımlanabilir.

III. TARİHÇE

1- Genel Olarak

Yağma suçu, haksız bir menfaatin elde edilmesinde cebir veya tehdidin araç olarak kullanılması ve dolayısıyla birden çok hukuksal değere saldırı içermesi nedeni ile tarihsel süreç içerisinde malvarlığına karşı işlenen suçların en tehlikelisi olarak kabul edilmiştir. Kişilerin temel haklarından olan mülkiyet hakkının korunması amacı ile devletler, yağma suçu olarak tanımladıkları fiilleri yaptırım altına alarak suçun işlenmesini önlemeye çalışmışlardır.

Biz çalışmamızın bu bölümünde, yağma suçunun tarihsel süreç içerisinde nasıl algılandığını, farklı devirlerde ve farklı hukuk sistemlerinde nasıl düzenlendiğini ortaya koymaya çalışacağız. İlk olarak konunun Roma Hukukunda nasıl ele alındığını açıkladıktan sonra, bu suçun Türk Hukukuna önemli etkileri bulunan İslam Hukukunda

²⁵ TOROSLU NEVZAT, Ceza Hukuku Özel Kısım, 3. Baskı, Ankara, 2008, s. 145

²⁶ YGCK, 02.07.1996 tarih ve 1996/153E-1996/163K. sayılı kararı, www.kazancı.com.tr

²⁷ Hırsızlık suçunda failin, kendisine veya başkasına yarar sağlama maksadının zorunlu olması ve yeni TCK'nun 148. maddesinde düzenlenen yağma suçunda failin yarar sağlama kastından söz edilmediği için, söz konusu karar eleştirilmektedir. ERTOSUN ALİ SUAT/TAŞKIN AHMET, s. 781

²⁸ TAŞKIN, s. 98

nasıl düzenlendiğini, ardından Cumhuriyet dönemi öncesinde Türk Hukukunda nasıl ele alındığını açıklamaya çalışacağız.

2- Roma Hukukunda Yağma Suçu

Roma Hukuku kendi dönemi içerisinde en gelişmiş hukuk sistemi olarak kabul edilen ve bu günkü hukuka kaynaklık eden hukuk sistemi olarak, yağma (rapina) suçunu da cezalandırılmaktaydı²⁹. Roma Hukukunda en önemli borç kaynaklarından birini haksız fiiller oluşturmaktaydı. Ancak Roma Hukukunda bugünkünden farklı olarak her haksız fiil suç sayılıyordu. Suçlarda kamu (delicta publica-crimina) ve özel (delicta privata) olmak üzere ikiye ayrılıyordu. Toplumsal düzeni bozduğu kabul edilen, vatana ihanet, aile reisinin öldürülmesi gibi suçlar devlet tarafından kovuşturulmaktaydı. Buna karşılık kişilere karşı işlenen suçlar ise, şahsi dava yolu ile kovuşturulmaktaydı³⁰.

İmparatorluğun en eski kanunlaştırma hareketi olan XII Levha Kanununda, malvarlığına karşı yapılan her saldırı, hırsızlık içerisinde kabul ediliyor ve yağma suçunu işleyen kişi, hırsızlık suçundan dolayı sorumlu tutuluyordu. XII Levha Kanununda hırsızlığın işlenme şekli önem taşımadığından, şiddet veya tehdit yoluyla alınsa dahi hırsızlık olarak kabul ediliyordu. Malın cebir ve şiddet kullanarak alınması, hırsızlığın ağırlaştırıcı sebebi olarak kabul ediliyor ve bu kişiye '*namussuz hırsız*' anlamına gelen '*improbis fur*' deniliyordu³¹.

Roma Hukukunda yağma suçunun bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi, milattan önce 76 yılında yayımlanan bir beyanname ile (edictum) ile gerçekleşmiştir³². İmparatorluk devrinden itibaren ise büyük yollarda yapılan yağma, yol kesme ve yağma

²⁹ KİYAK, s. 12

³⁰ UMUR ZİYA, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1987, s. 181-390

³¹ UMUR, s. 393

³² DÖNMEZER SULHİ, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 11. Bası, İstanbul, 1981, s. 368

esnasında adam öldürme gibi fiiller kamu suçu haline getirilmek suretiyle devlet tarafından doğrudan kovuşturulmaya başlanmıştır³³.

Roma Hukukunda yağma suçunun unsurları bugünkü ceza kanunlarında düzenlenen yağma suçu ile hemen hemen aynıdır. Bu bağlamda, yağma suçunun konusunu menkul mallar oluşturmaktaydı. Malın ele geçirilmesinde cebir ve şiddet kullanılması aranmaktaydı. Suç ancak kasten işlenebilirdi. Ancak burada aranan kast hırsızlık suçunda olduğu gibi faydalanma, menfaat sağlama kastı olmayıp, malikin iradesine aykırı hareket etme kastıydı³⁴.

Yağma suçunun Roma Hukukunda bu şekilde algılanmış ve düzenlenmiş olması, o devirde dahi bu suça verilen önemi göstermekle birlikte, kendisinden sonra oluşan hukuk sistemlerine de ışık tutucu mahiyettedir.

3- İslam Hukukunda Yağma Suçu

İslam Hukukunda '*yağma ve yol kesme*' had cezasını gerektiren, hırsızlıktan ayrı ve bağımsız bir suç olarak kabul edilmiştir. İslam hukukunda yağma ve yol kesme suçuna '*hırab*', bu suçu işleyene ise '*harami*' denilmektedir. Bu hukuk sisteminde de, malın gizlice alınması şartı dışında, hırsızlık suçu için gerekli tüm şartların yağma suçu bakımından da aranacağı belirtilmektedir. İslam hukukçuları yol kesme ve yağma suçunu '*zorla mal almak amacıyla yollara çıkmak*' olarak tanımlamaktadırlar. Bu amaçla yola çıkış, yoldan geçenleri korkutmaya, mal almaya veya adam öldürmeye neden oluyorsa, eylem yol kesme ve yağma olmaktadır. Bu şekilde bu suçun asıl unsurunun mal almak kastıyla yollara çıkmak olduğu, malın alınıp alınmamasının önemli olmadığı; buna karşın mal alma kastı olmayan yol kesmelerin adam yaralamaya veya öldürmeye sebep olsa da, yağma ve yol kesme suçunu oluşturmayacağı belirtilmektedir. Buna göre yol kesme ve yağmanın cezası suçun ağırlığına göre değişecektir. Fail yalnızca yolcuları korkutur mal almaz ve adam öldürmez ise, sürgün

³³ İPEK NURCAN, Roma Hukukunda Gasp (rapina), İstanbul, 2001, s. 16-44

³⁴ İPEK, s. 75

ile cezalandırılır. Fail yol keser ve sadece malı alır ve başka bir suç işlemez adam öldürmez ise, sağ eli-sol ayağı çapraz olarak kesilir. Fail yol keser, mal almaz fakat adam öldürürse idam edilir. Hem soygun yapıp hem de adam öldürenlere ise, el ve ayakları kesilmek suretiyle asmak veya öldürmek cezası verilir³⁵.

Görüldüğü üzere, İslam Hukukunda yağma suçu Allah (kamu) haklarına yönelik suç olarak nitelenmiş ve suçun önlenmesi amacı ile ağır şekilde yaptırım altına alınmıştır.

4- Eski Türk Hukukunda Yağma Suçu

a- Osmanlı Dönemi Öncesinde

İslamiyetin kabulünden önce kurulan Türk Devlet ve toplumlarında bazı ceza hukuku müesseselerinin bulunduğu ancak bu konu hakkında yeterli bilgi bulunmadığı, buna karşılık İslamiyet'ten önce kurulan Türk Devlet ve topluluklarında suçların ağır ve hafif olarak ikiye ayrıldığı, bu kapsamda adam öldürme, vatana ihanet, ırza geçme, bağlı atı çalmak gibi fiillerin idam cezasını gerektirir ağır suçlar, bağısız atı çalmak, diğer malları çalmak, yaralama gibi fiillerin mali tazminatı gerektiren hafif suçlar olduğu ifade edilmiştir³⁶. Bununla beraber, İslamiyet'ten önceki Türk Devletlerinde bir malın cebir kullanılarak alınmasına bağımsız bir suç tipi olarak rastlanılmadığı da belirtilmektedir³⁷.

Türkler İslamiyet'i kabul ettikten sonra İslam Hukukunun uygulanması zorunlu olmuştur. İslam Hukukunun esasları ile birlikte, kanunnamelere dayanan bir ceza hukuku da ortaya çıkmıştır. Gerek Selçuklu Sultanları, gerek Osmanlı Padişahları

³⁵ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 37-38

³⁶ CİN HALİL/AKGÜNDÜZ AHMET, Türk Hukuk Tarihi, C. I, 3. Baskı, İstanbul, 1995, s. 39

³⁷ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 39

tarafından yayınlanmış bazı kanunnamelerdeki hukuki esasların Türklerin örf ve adet hukukundan doğmuş oldukları ifade edilmiştir³⁸.

b- Osmanlı Döneminde

Türkler İslamiyet'i kabul ettikten sonra İslam Hukuku devletin her alanına egemen olmuş, İslam Ceza Hukuku da tabii olarak uygulanmıştır. Ancak Osmanlı Devletinde, İslam hukukunun yanı sıra padişahların emir ve fermanlarından oluşan ve ceza hukuku da dahil, çeşitli alanlarda düzenlemeler öngören örfi-sultani hukukun da uygulandığı ifade edilmiştir³⁹.

Osmanlı Devletinde ceza hukuku alanında ilk düzenlemelerin Fatih Sultan Mehmet döneminde yapıldığı, bu dönemde iki kanunname yapıldığı, birinci kanunnamenin Teşkilat Kanun'u olduğu, ikinci kanunun ise askeri, mülki ve cezai hükümler içeren ve daha sonraki tüm genel Osmanlı Kanunlarının esasını oluşturan kanun olduğu belirtilmektedir⁴⁰. Bu kanunlarda zina, dövüşme, sövüşme, şarap içme, hırsızlık ve devlete isyan eden kardeşlerin öldürülmesinden söz edilmektedir⁴¹.

II. Bayezid'e ait Kanun ise, üç bab ve 19 fasıldan oluşmaktadır. Birinci babın dört faslı ceza hukukuna ait hükümler taşımaktadır. Birinci fasıl zina, ikinci fasıl dövüşme, sövüşme ve katle, üçüncü fasıl içki içme, hırsızlık, gasp ve tecavüze ait suçlara, dördüncü fasıl rüşvet ve yankesicilik gibi tazir suçlarına ayrılmıştır. Yavuz Sultan Selim'in hazırlattığı Umumi Osmanlı Kanunnamesi de öngördüğü cezai hükümler bakımından II. Bayezid'in kanunnamesi ile aynı hükümleri taşımaktadır⁴².

³⁸ DÖNMEZER/ERMAN, s. 115

³⁹ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 39

⁴⁰ CİN/AKGÜNDÜZ, s. 331-332

⁴¹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 121

⁴² CİN/AKGÜNDÜZ, s. 332

Kanuni devrinde ise cezalar Fatih Kanunnamesindeki gibidir. Ancak Kanuni döneminde çıkartılan Kanunnamelerde, Fatih Kanunnamesinde bulunmayan kadın kız kaçırmak, esir çalmak, pezevenklik etmek, suçtan elde olunan eşyayı satın almak, yangın çıkartmak gibi suçlara da yer verildiği görülmektedir⁴³. Bunun yanında yağma suçuna ilişkin şu hükmün, hemen hemen tüm sancak ve eyalet kanunnamelerinde yer aldığı görülmektedir: *“Uğrının (hırsızın) ve haraminin ve kanlının bi-hesabi’ il meratip siyaseti ancak sancak beğinindir. Ve zikrolunan yerlerde bedel-i siyaset akçe almak kanuna muhaliftir. Ve siyaset olunan kimselerden cürüm almak yokdur. Amma afv olınacak cürm sahibi timarındır.”* Yine Kanunnamelerde *‘Bir kişi yoldan geçerken zulm ile yoğurt ve etmek alsa, tazir edüp ağaç başına bir akçe cürm alına.’*, *‘Her kim yol kesüp haramilik etse boğazından asub ziyade zecr ederler.’*⁴⁴

Ülkemizde tanzimat fermanı sonrası dönemde yapılan hukuki düzenlemelerde yağma suçuna yer verildiği görülmektedir. 1256/1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun, toplu hükümler içeren ilk ceza kanunu olarak ve insan hak ve hürriyetlerini güvence altında bulundurmak maksadı ile yayınlanmış olduğu kabul edilmektedir⁴⁵. Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun on birinci faslında, yağma ve yol kesme suçları şu şekilde düzenlenmiştir: *“Bazı yollarda kutta-ı tarik olanlar (yol kesenler) eğer itlaf-ı nüfusu beşeriye etmeyerek (adam öldürmeyerek) fakat adam soymak fazihasına (rezaletine) cesaret etmişler ise, yedi sene müddet için küreğe vaz’oluna’, ‘Bu makulelerin adam itlaf ettiklerine cezı ve yakın hasıl olduğu halde on sene için küreğe konula’, ‘Adam telef ettikleri halde bit-tahkik sabit olduktan sonra mesele-i kısısiye icra oluna.’*⁴⁶ Bu maddelerden de anlaşılacağı üzere 1256/1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu içeriğinde İslam Hukuku’nda düzenleniş şekline paralel olarak yol keserek adam soymak ve buna teşebbüs etmek veya bu sırada adam öldürmek yağma suçuna dayanak fiiller olarak gösterilmiştir.

1267/1851 tarihli ‘Kanun-ı Cedid’, 1256/1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun noksanlarını ortadan kaldırmak maksadı ile düzenlendiği,

⁴³ DÖNMEZER/ERMAN, s. 123

⁴⁴ AKGÜNDÜZ AHMET, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyyatı, Diyarbakır, 1986, s. 805

⁴⁵ DÖNMEZER/ERMAN, s. 123-124

⁴⁶ AKGÜNDÜZ, s. 818

Kanunnamenin esas itibari ile Ceza Kanunname-i Hümayunu'ndaki suçları içerdiği ancak bundan farklı olarak katlin neveleri, kız kaçırmak, sarkıntılık, sarhoşluk, kumarbazlık, sahtecilik, kalpazanlık, noksan dirhem kullanmak gibi suçların eklendiği anlaşılmaktadır. Yağma suçu ile ilgili olarak, birinci faslının 9. maddesinde yol kesme ve yağma suçu, 1256/1840 tarihli Kanunname'deki yağmaya ait hükümler birleştirilerek ve aynen tekrar edilmiş, 10. maddede ise silahlı olarak yol kesenlerin öldürülmesinin hukuka uygunluğu düzenlenmiştir⁴⁷.

1274/1858 tarihli 'Ceza Kanunname-i Hümayunu' 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunun aynen Türkçe'ye çevrilmek sureti ile oluşturulduğu, bu kanunun ülkemizin batı hukuk anlayışına intibakında öncülük ettiği ve laik Türk hukukunun alt yapısını hazırladığı öne sürülmüştür⁴⁸. 1274/1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun ikinci babının yedinci faslını hırsızlığa ayrılmıştır. 216 ile 230. maddeler arasında hırsızlığın değişik şekilleri düzenlenmiştir. 217. ve 218. maddelerde, hırsızlığın şiddet kullanılarak ve silah teşhir edilerek korkutmak suretiyle yapılması, hırsızlığın ağırlaştırıcı bir sebebi sayılmıştır. Bu şekilde 1274/1858 sayılı Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda yağma suçu bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiş, hırsızlık suçunda şiddet ve silah teşhiri ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmiştir⁴⁹.

IV. MUKAYESELİ HUKUKTA YAĞMA SUÇU

1- Genel Olarak

Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerine baktığımızda, yağma suçunun aralarında farklılıklar bulunsa da tüm ülkelerde düzenlendiğini görmekteyiz. Biz bu çalışma kapsamında Kara Avrupa'sı hukuk sistemine dahil olan ve Türk ceza hukukunda etkileri bulunan, Almanya, İsviçre, İtalya ve Fransa ceza kanunlarında yağma suçunun ne şekilde ele alındığını kısaca belirtmeye çalışacağız.

⁴⁷ AKGÜNDÜZ, s. 823

⁴⁸ DÖNMEZER/ERMAN, s. 126-127

⁴⁹ AKGÜNDÜZ, s. 868-869

Aşağıda yapılacak açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, yağma suçu mukayeseli hukuk içerisinde de malvarlığına karşı suçlar içerisinde düzenlenmiştir. TCK'nın 148. maddesinde düzenlenen yağma suçunda, unsur olarak aranan cebir ve tehdit öğelerine mukayeseli hukukta da yer verilmiştir (Alman Ceza Kanunu §249, Avusturya Ceza Kanunu §142, İsviçre Ceza Kanunu §140, Fransız Ceza Kanunu m.312-1, İtalyan Ceza Kanunu m.628).

İsviçre Ceza Kanunu (m.140/1) dışında, yağma suçunun öğeleri arasında “hırsızlık” kavramı kullanılmamıştır. Sadece İsviçre Ceza Kanunu hırsızlığın cebir, şiddet veya tehditle işlenmesinin yağma suçunu oluşturacağını madde metninde belirtmiştir. Yağma suçlarında genel olarak her kanun taşınabilir bir eşyanın cebir veya tehditle alınmasından söz etmektedir. Yalnızca Fransız Ceza Kanunu (m.312-1), suçun konusu olan hususları ayrıntılı olarak madde metninde belirtmiştir.

Yağma suçunun ağırlatıcı nedenleri en geniş olarak Fransız Ceza Kanununda (m.312-2 ile 312-9) düzenlenmiştir. Mukayeseli hukukta genel olarak tüm kanunlar silah taşıma veya silah kullanmayı, fiilin sağlık bakımından ağır bir zarara neden olmasını, ağır müessir fiil veya ölüm ya da ölüm tehlikesi sonucunu doğurmasını, bir çetenin mensubu ile birlikte diğer bir çete mensubu tarafından suçun işlenmesini yağma suçu açısından ağırlatıcı neden olarak kabul etmişlerdir. TCK'nın 149/2. maddesinde yağma suçunda, kasten yaralama suçunun neticesi sebebi ile ağılaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, kasten yaralama suçunda ayrıca ceza verileceği belirtilmektedir. Bunun yanında TCK'nın 149/1-c maddesinde düzenlenen suçun gece vakti işlenmesi ve 149/1-d maddesinde suçun yol kesmek sureti ile işlenmesi ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Bu hususlar ise diğer ülkeler tarafından ağırlatıcı sebep olarak belirtilmemiştir. 765 sayılı TCK'da 495/2. maddesinde düzenlenmiş iken TCK'da yağmaya dönüşen hırsızlık suçuna yer verilmemiştir⁵⁰. Yağmaya dönüşen hırsızlık fiili,

⁵⁰ Hırsızlığın yağmaya dönüşmesi ayrı bir suç olarak düzenlenmemesi kanun gerekçesinde “Mal, zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalktığı anda alınmış olacağından, bu ana kadar yapılan cebir veya tehdit, hırsızlığı yağmaya dönüştürür. Mal alındıktan yani hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, bunu geri almak isteyen kişiye karşı cebir veya tehdide başvurulması halinde, artık yağma suçundan söz edilemez. Hırsızlık suçuna konu malın geri alınmasını önlemek amacıyla yönelik olarak kullanılan cebir veya tehdit ayrı suçların oluşmasına neden olur. Bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanması

Alman, İtalyan, Avusturya ve İsviçre Ceza Kanunlarının madde metinlerinde bağımsız bir suç olarak yer almıştır.

2- Almanya

Yağma suçu, Alman Ceza Kanununun özel hükümlere ait kısmının 20 bölümünde, 'yağma ve şantaj' başlığı altında düzenlenmiştir. Alman Kanunu bu suçların hangi hukuksal değere yönelik olduğunu genel bir başlık altında belirtmiş değildir. Ancak yağma suçunun kanunda düzenlendiği yer ele alınırsa, bu suçların malvarlığına karşı işlenen cürümlerden olduğu söylenebilir.

Alman Ceza Kanununun 249. paragrafında (Raub) yağma suçunun temel şekline yer verilmiştir. Buna göre "Her kim, bir kişiye karşı cebir kullanarak veya vücut ya da hayat bakımından hali hazır bir tehlike ile tehdit ederek, bir başkasının taşınabilir bir eşyasını kendisi veya üçüncü bir kişiye haksız mal edinmek maksadıyla alırsa, bir yıldan aşağı olmamak üzere hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır." "Hafif hallerde ceza, altı aydan beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezadır."

Alman Ceza Kanununun 250. maddesinde ise yağma suçuna ilişkin ağırlaştırıcı sebeplere yer verilmiştir. Alman Ceza Kanunun 250/1. maddesine düzenlemeye göre "Aşağıdaki hallerde özgürlüğü bağlayıcı ceza üç yıldan aşağı olamaz: 1. Fail veya diğer bir suç ortağı, a) Silah veya başka bir tehlikeli alet taşıyorsa, b) Bir başkasının mukavemetini cebir veya tehdit yoluyla engellemek veya kırmak için, başkaca bir alet ya da araç taşıyorsa, c) Eylem nedeni ile bir kimse sağlığa zarar veren ağır bir tehlike içine düşürülmüş ise ya da; 2. Fail, yağmayı, yağma veya hırsızlık suçlarını sürekli işlemek için oluşmuş bir çetenin üyesi olarak diğer bir çete üyesinin iştiraki ile işlerse, (2) Aşağıdaki hallerde özgürlüğü bağlayıcı ceza beş yıldan aşağı olamaz; şayet fail veya bir başka şerik, 1. Eylemde bir silah veya diğer bir tehlikeli alet kullanırsa, 2.

gerekir." şeklinde açıklanmıştır. Kanun gerekçesinin tamamı için bkz., EROL HAYDAR, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Bası, Ankara, 2007, s. 1649

Başka bir kişiye a) Fiil sırasında bedensel ağır kötü muamele ediyorsa veya b) Fiil nedeni ile ölüm tehlikesi içine düşürüyorsa. (3) 1ve 2. fıkralarda hafif hallerde ceza bir yıldan on yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı cezadır.”

Bu maddelerden de anlaşılacağı üzere, Alman Ceza Kanununda yağma suçlarında araç olarak kullanılan tehdidin yöneldiği konular sınırlandırılmış ve eşyanın fail veya üçüncü bir kişiye mal edinmek maksadıyla alınması gerektiği belirtilmiştir.

Alman Ceza Kanununun 251. maddesinde bizim ceza kanunumuzdaki düzenlemeden farklı olarak, yağmanın ölüm sonucunu doğurması ayrı bir suç olarak düzenlemiştir. Buna göre fail yağma yoluyla en azından ağır bir taksirle bir başka insanın ölümüne neden olursa, ömür boyu veya on yıldan aşağı olmamak üzere özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılacaktır⁵¹.

765 sayılı TCK'nın 495/2. maddesinde düzenlenen, ancak TCK' da düzenlenmeyen yağmaya dönüşen hırsızlık suçuna Alman Ceza Kanununun 252. paragrafında yer verilmiştir. Bu maddeye göre, suçüstü hırsızlık esnasında rastlanan failin, çalınan eşyanın zilyetliğini muhafaza etmek için, bir kişiye karşı cebir, şiddet veya hayat ya da vücut bakımından mevcut bir tehlikeyle tehditte bulunması halinde, yağma suçunu işleyen faille aynı ceza ile cezalandırılacağı belirtilmektedir⁵².

3- İsviçre

İsviçre Ceza Kanununun 'Malvarlığına Karşı Suçlar' başlığını taşıyan ikinci kitabında yağma suçuna yer verilmiştir. Yağma suçunun temel şekli kanunun 140/1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede “Her kim, hırsızlığı, bir kişiye karşı cebir ve şiddet kullanarak veya hayat veya vücut bütünlüğü bakımından mevcut bir tehlike ile tehdit ederek veya mukavemet edemeyecek hale getirdikten sonra işlerse, on yıla kadar

⁵¹ KOCA, Yağma Cürümleri, 46-47

⁵² YENİSEY FERİDUN/PLAGEMANN GOTTFRIED, Strafgesetzbuch (Stgb), Alman Ceza Kanunu, İstanbul, 2009, s. 328

ağır hapis veya altı aydan aşağı olmamak üzere hapis ile cezalandırılır. Suçüstü halinde rastlanan hırsız, 1. fıkrada geçen cebir fiillerini, çalınan malı muhafaza etmek amacıyla işlemiş olursa aynı cezaya çarptırılır.” denilmektedir. Maddenin son fıkrası ile yağmaya dönüşen hırsızlığında bağımsız bir suç olarak düzenlendiği görülmektedir.

Öte yandan İsviçre Ceza Kanununun 140. maddesinde yağma suçunun ağırlaştırıcı nedenleri düzenlenmiştir. 140/2. maddeye göre, failin ateşli bir silah veya diğer bir tehlikeli silah taşınması, 140/3. maddeye göre failin suçu, hırsızlık veya yağma suçunu işlemek için oluşturulmuş bir çetenin üyesi sıfatı ile işlemesi veya ayrıca bir tehlike doğurmaya elverişli diğer durumlardan birisinin söz konusu olması, 140/4. maddesine göre, failin, mağduru ölüm tehlikesi içinde bırakması; mağduru, ağır bir müessir fiile veya zalimce bir muameleye maruz bırakması ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir⁵³.

4- İtalya

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu yağma suçunu ‘*Malvarlığına Karşı İşlenen Cürümler*’ babında düzenlemektedir. İtalyan Ceza Kanununun 628/1. maddesinde yağma suçunun temel şekli düzenlenmektedir. Anılan yasa maddesinde yağma suçu “*Her kim bir kişiye karşı cebir, şiddet veya tehdit yoluyla kendisi veya başkasına haksız bir menfaat sağlamak için, başkasının taşınabilir bir eşyasını elde ederek hakimiyetine alırsa, üç yıldan on yıla kadar hapis ve 200 bin lireden 800 bin lireye kadar para cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Bunun yanında İtalyan Ceza Kanununun 628/2. maddesinde yağmaya dönüşen hırsızlık suçu bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu kanunun 628/3. maddesinde ise, yağma suçunda cebir, şiddet veya tehdidin silahla, kıyafetini değiştirmiş biri

⁵³ KOCA, Yağma Cürümleri, 52-53

tarafından veya birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir⁵⁴.

5- Fransa

Fransız Ceza Kanunu, yağma suçunu ve özellikle suçun ağırlaştırıcı sebeplerini, diğer ülkelerin ve bizim kanunumuzun düzenlemesine nazaran daha ayrıntılı bir şekilde belirlemiştir⁵⁵. Fransız hukukunda yağma suçlarına ‘*extorsion*’ adı verilmektedir. 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanunu ‘*Mala Karşı Cürümler*’ başlığını taşıyan üçüncü kitabının, ‘*hileli edinmeler*’ başlığını taşıyan birinci babının, ikinci faslında bu suç dokuz madde halinde düzenlenmiştir⁵⁶. Kanunun 312-1.maddesinde (geniş anlamda yağma) suçunun tanımı yapılmaktadır. Buna göre yağma suçu “ *şiddet, şiddet tehdidi ve cebir yolu ile bir imzayı, bir taahhüdü veya bir vazgeçmeyi, mesela senedin imhası veya bir sırrın açıklanmasını veya para veya diğerlerini ve herhangi bir malın elde edilmesinden ibarettir*” şeklinde tanımlanmıştır. Böylece Fransız Ceza Hukukunda bir sırrın açıklanması da suçun netice unsuruna eklenmiştir. Suç, suç kurbanı uygulanan şiddet sonucu bizzat kendisi istenilenleri yaptığı için, şiddet yolu ile işlenen hırsızlıklardan daha ağırdır⁵⁷.

Fransız Ceza Kanununda yağma suçunun ağırlaştırıcı sebepleri 312/2 ve devamı maddelerinde sayılmıştır. Bu maddelere göre; 1- *Suçun bir kimse üzerinde suçtan önce veya suçla birlikte veya suçtan sonra sekiz güne kadar iş ve gücünden yoksun kalma sonucunu yaratacak şekilde bir şiddet eylemiyle işlenmesi*; 2- *failce bilinen veya açıkça görülen hallerde, özellikle yaşlı, hasta, engelli, bedensel veya zihinsel özürlü veya gebenin zararına işlenmesi durumunda faile verilecek ceza on yıl hapis ve 1 milyon Frank para cezasıdır (m.312/2). Eğer bu suç, bir kimse üzerinde suçtan önce, suçla birlikte veya suçtan sonra sekiz günden fazla iş ve gücünden yoksun kalma sonucunu yaratacak şekilde bir cebir ve şiddet eylemiyle işlenirse, faile verilecek ceza on beş yıl*

⁵⁴ KOCA, Yağma Cürümleri, s.54-55

⁵⁵ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 52

⁵⁶ DÖNMEZER SULHİ, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul, 2001, s. 437

⁵⁷ DÖNMEZER, s. 437

ağır hapis ve bir milyon Frank para cezası olmaktadır(312/3). Yine eğer bu şekildeki bir şiddete başvurma bir kimsede organ tatiline veya daimi bir sakatlığa neden olursa, ceza yirmi yıl ağır hapis ve bir milyon Frank para cezası olmaktadır (m.312/5). Teşekkül oluşturarak işlenen yağma suçu, 20 yıl ağır hapis ve bir milyon Frank para cezası ile cezalandırılır. Şayet suç, bir kimse üzerinde, organ tatiline veya daimi bir sakatlığa neden olacak şekilde fiilden önce, birlikte veya sonra cebir ve şiddete başvurmak sureti ile işlenirse, faile otuz yıl ağır hapis ve bir milyon Frank para cezası verilir. Yine eylem silah kullanarak veya silah tehdidi ile; ya da taşınması yasak veya taşıma ruhsatı olan bir silahla işlenirse, ceza ömür boyu ağır hapistir (312/6). Bir diğer ağırlatıcı neden ise , suçun fiilden önce, fiille birlikte veya fiilden sonra ölüm sonucunu doğuran cebir ve şiddete başvurarak ya da işkence veya zalimce kötü muamele sureti ile işlenmesidir. Bu durumda faile verilecek ceza ömür boyu ağır hapis ve bir milyon Frank para cezasıdır(312/7) ⁵⁸.

Fransız ceza kanunundaki dikkat çekici bir husus da, kanunun 312/9. maddesine göre *'bu fasılda belirtilen cürümlere teşebbüs, aynı ceza ile cezalandırılacaktır'* hükmünün yer almasıdır. Bu şekilde kanunun, suça teşebbüs ile suçun tamamlanmasına aynı cezayı öngördüğü belirtilmiştir⁵⁹.

V. YAĞMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN AYRIMI

1- Genel Olarak

Yağma suçu, bünyesinde birden fazla hukuka aykırı fiil barındırması nedeni ile malvarlığını korumaya yönelik diğer suçlardan ayırt edilmesi her zaman kolay bir mesele olmamaktadır. Gerçekten yağma suçu bir kişinin malını almak için cebir ve tehdit fiillerinin araç olarak kullanılması nedeni ile kişinin hem mülkiyet hakkını hem de kişi özgürlüğü hakkını zedelemektedir. Bu bakımdan yağma suçunun ayırt edici en önemli özelliği hukuki menfaat elde etmek amacı ile cebir ve tehdit fiillerinin araç

⁵⁸ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 51

⁵⁹ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 51

olarak kullanılmasıdır. Bunun yanında yağma suçu yapısı, konusu, koruduğu hukuki değerler bakımından da diğer suç tiplerinden farklılıklar göstermektedir. Biz çalışmamızın bu bölümünde yağma suçunun benzer suçlardan ayırt edici özelliklerini genel olarak açıklamakla yetineceğiz. Yağma suçunun diğer suç tipleri ile karışma olasılığı bulunan durumları ve bu konudaki tartışmaya açık konuları ise çalışmamızın ileriki bölümlerinde özellikle suçun unsurlarını açıklamaya çalıştığımız kısımlarda yer geldikçe değineceğiz.

Diğer yandan şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren şahsi sebepler, yağma suçu bakımından malvarlığına karşı işlenen diğer suçlardan farklılık arz eder. Gerçekten TCK'nın 167. maddesi 765 sayılı TCK'nın 524. maddesini kısmen değişik biçimde karşılayan bir hüküm olup, maddede yağma ve nitelikli yağma dışında, malvarlığına karşı işlenen diğer suçların belirli akrabalar arasında işlenmesi şahsi cezasızlık sebebi ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiştir. Şahsi cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesine de gerek olmadığı ifade edilmektedir⁶⁰. İzlenen suç politikası nedeniyle aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin birbirlerinin malvarlığına karşı işlemiş bulundukları suçlardan dolayı cezalandırılmamaları kabul edilmiştir. Ancak, yağma ve nitelikli yağma suçları açısından bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanma kabul edilmemiştir⁶¹.

2- Hırsızlık Suçundan Ayrımı

Hırsızlık suçunun temel şekli TCK'da, 2. kitap, 1. kısım '*Kişilere Karşı Suçlar*' kısım başlığı altındaki 10. bölümde '*Malvarlığına Karşı Suçlar*' bölüm başlığı altında 141 ila 147. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TCK'nun 141/1. maddesinde hırsızlık suçunun temel şekli, "*Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir*" şeklinde düzenlenmiştir. Kanunun 141/2.

⁶⁰ ARTUK MEHMET EMİN/GÖKCEN AHMET/YENİDÜNYA AHMET CANER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, 2007, s. 699

⁶¹ TCK'nun 167. maddesine ilişkin Kanun gerekçesi, ÖZGENÇ İZZET, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Bası Ankara, 2006 s. 882

maddesinde ise *'Ekonomik değer taşıyan her türlü enerji de, taşınır mal sayılır.'* denilmektedir.

Hırsızlık; *"Başkasının zilyetliğindeki taşınabilir malı zilyedin rızası olmaksızın ve faydalanmak amacı ile cebir ve tehdit kullanmadan almaktır."* şeklinde tanımlanmaktadır⁶². Yağma suçu ise çalışmamızın ilgili bölümünde açıklandığı üzere⁶³, taşınabilir bir malın veya senedin zilyedinden, cebir ve tehdit kullanılarak onun iradesini etkisiz hale getirmek sureti tesliminin ya da alınmasına karşı koyulmamasının istenmesi olarak tanımlanmaktadır.

Her iki suçun kanunda düzenleniş şekli ve tanımlamaları nazara alındığında, suç konusu malın taşınabilir olması, suç konusu malın zilyedinin rızasının bulunmaması, suç konusu malın alınması, malın faydalanma kastı ile alınması hususlarının her iki suçta da müşterek olduğu belirtilmektedir⁶⁴. Öte yandan yağma suçu ile hırsızlık suçu arasındaki farkın ise, cebir ve tehdit kullanılması zorunluluğu olduğu, hırsızlıktan farklı olarak yağmada malın alınması amacıyla cebir veya tehdit kullanılması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurul'unun bir kararında⁶⁶ *"Bu suç, cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle yapılan bir hırsızlıktır. Hırsızlık ve yağma aynı ortak unsurlara sahip olmakla beraber, ayrıldıkları tek nokta malın alınması için cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmasıdır. Hırsızlık ve cebir veya tehdit olan iki ayrı suç tipi tek ve bağımsız bir suç haline gelmiştir. Bu haliyle yağma suçu karma suçlardan olup bu nedenle cebri hırsızlık olarak da adlandırılmaktadır."* denilmektedir. TCK'nın 148. maddesinin kanun gerekçesinde bu husus *"Hırsızlık suçunda olduğu gibi, yağma suçunda da, taşınır malın alınması ile ilgili olarak zilyedinin rızasının bulunmaması gerekir. Ancak, hırsızlık suçundan farklı olarak, bu suçun oluşabilmesi için, mağdurun rızasının cebir veya tehdit kullanılarak ortadan kaldırılması gerekir."*

⁶² NOYAN, s. 40

⁶³ Yağma kavramı ve bu konulardaki açıklama ve diğer tanımlar için bkz. s. 4 vd.

⁶⁴ ESEN SİNAN, Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, 1.Bası, Ankara, 2007, s. 164

⁶⁵ ÖZBEK VELİ ÖZER, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C. II, 1. Bası, Ankara, 2008, s. 1050

⁶⁶ YGCK, 05.12.2004 tarih ve 2002/98-227E, 2004/283-320K. (NOYAN, s. 415)

denilmek sureti ile açıklanmıştır⁶⁷. Bu suretle hırsızlığın, yağma suçunda bir unsur olduğu ve yağma suçunun bağımsız bir suç olması nedeni ile hırsızlık suçunun nitelikli bir hali olmadığı, ortada iki farklı suç olması nedeni ile yağma ve hırsızlık suçlarının zincirleme suç ilişkisine giremeyeceği belirtilmektedir⁶⁸.

Yağmanın yapısal özelliği nazara alındığında, her iki suç koruduğu hukuki değer bakımından da bir farklılık göstermektedir. Buna göre, yağma suçu cebir kullanma ve hırsızlık suçlarının bir araya gelmesinden dolayı çok hukuksal konulu bir suç olmakta, yağma suçuyla hem hırsızlık suçunda olduğu gibi zilyetlik ve mülkiyet, hem de kişi özgürlüğü korunmaktadır⁶⁹.

3- Dolandırıcılık Suçundan Ayrımı

Dolandırıcılık suçu TCK'da, 2. kitap, 1. kısım '*Kişilere Karşı Suçlar*' kısım başlığı altındaki 10. bölümde '*Malvarlığına Karşı Suçlar*' bölüm başlığı altında 157 ve 158. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TCK'nın 157/1. maddesinde suçun temel şekli "*Hileli davranışlarla bir kimseyi, aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir*" şeklinde düzenlenmiştir.

Yağma suçu ile dolandırıcılık suçları, her iki suçunda malvarlığına karşı işlenmesi, mağdurun iradesinin hukuka aykırı olarak etkisizleştirilmesi sağlanarak menfaat temin edilmesi bakımından benzeşmektedirler. Buna karşılık her iki suç arasındaki temel farkın suçların maddi unsurları göz önünde bulundurularak tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle yağma suçunda, başkasının zilyetliğindeki malın, mağdura veya yakınının yaşamına, vücut dokunulmazlığına yönelik bir tehditle veya cebir

⁶⁷ Kanun gerekçesinin tamamı ve madde üzerinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılan görüşmeler için bkz. GÜNEY NİYZAİ/ÖZDEMİR KENAN/BALO YUSUF SOLMAZ, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Bası, Ankara, 2004, s. 442-449

⁶⁸ TEZCAN DURMUŞ/ERDEM MUSTAFA RUHAN/ÖNOK MURAT, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2010, s. 515

⁶⁹ AYDIN NURULLAH, Türk Suç ve Ceza Hukuku, Genel Hükümler Özel Hükümler, 1.Bası, Ankara, 2008, s. 246

kullanılarak tesliminin veya alınmasına karşı konulmamasının sağlanmasına, bu şekilde mağdurun iradesinin zorla bertaraf edilmesine karşılık; dolandırıcılık suçunda, malın teslimine ilişkin iradenin fesada uğratıldığı, dolayısı ile dolandırıcılık ve yağma suçları arasında, hareket ve kullanılan araçlar açısından farklılık bulunduğu ifade edilmektedir⁷⁰. Gerçekten de yağma suçunda fail cebir veya tehditle mağdurun direnci kırarak bir yarar elde ederken, dolandırıcılık suçunda malı elinde tutan kişinin rızasını hile ile sakatlayarak malın zilyetliğini elde etmektedir.

Yağma suçunun maddi konusunu taşınabilir mal oluşturduğu halde, dolandırıcılık suçunun konusu taşınır veya taşınmaz bir mal olabilir⁷¹. Bu nedenle her iki suç arasında, hukuki korumalarına aldıkları konular bakımından da bir fark bulunduğu söylenebilir.

Diğer yandan, yağma suçunda korunan hukuksal değer konusunun malvarlığı ve kişi özgürlüğü olmasına karşılık, dolandırıcılıkta malvarlığı ve irade özgürlüğü olduğu da ileri sürülmektedir⁷². Bu durumda yağma ve dolandırıcılık suçlarının üçüncü kişilerin iyi niyetini, irade özgürlüğünü ve rıza serbestisini koruyan çok hukuki konulu suçlar olduğu için birbirlerine benzediği belirtilmektedir⁷³. Bir görüşe göre⁷⁴, yağmada kişi özgürlüğü, dolandırıcılık da ise irade ve karar özgürlüğü hedef alındığı için, korunan hukuksal değer yönünden farklılık göstermektedirler. Başka bir görüşe göre ise,⁷⁵ her iki suçta da irade özgürlüğüne yönelik bir saldırı olmasından dolayı korunan hukuksal değer yönünden bir farklılığın bulunmadığı fakat yağma suçunda yapılan hareketlerin, irade özgürlüğünün her üç şeklini de ihlal ettiği halde, dolandırıcılık suçunda yalnızca iradi karar özgürlüğünü zedelediği belirtilmiştir. Aynı görüşe göre, iki suç arasındaki asıl farklılık, irade özgürlüğüne yönelik saldırıda kullanılan araçlarda kendisini gösterir, dolandırıcılıkta bu araç hile iken, yağmada cebir ve tehdittir.

⁷⁰ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 338

⁷¹ Yağma suçunda mal kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., TAŞKIN, s. 95-101

⁷² PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2846

⁷³ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 62

⁷⁴ SELÇUK SAMİ, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986, s. 26

⁷⁵ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 62

Kanaatimizce, her iki suçun da malvarlığı aleyhine işlenen suçlar olması nedeni ile mülkiyet hakkını koruduğu yönünde bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu konudaki tek fark dolandırıcılık suçunda mülkiyet hakkı kapsamında taşınır ve taşınmaz tüm malvarlığı değerleri girerken, yağma suçunda sadece taşınır mallar mülkiyet hakkı kapsamında korunmaktadır. Yine yağma suçunda doğrudan, dolandırıcılık suçunda ise dolaylı olarak malvarlığı değerinin mağdurun rızası hilafında tesliminin sağlandığı için, her iki suçun irade özgürlüğünü sakatladığı nazara alınmalıdır. İradi hareket etme serbestisi ise kişi özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğundan, her iki suçun kişi özgürlüğünü koruduğunda da bir tereddüt bulunmaması gerekir. Korunan hukuksal değer bakımından her iki suç arasındaki asıl fark, suçların hareket ögesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre dolandırıcılık suçunda kullanılan hile ve yağma suçunda kullanılan zorlama unsurunu oluşturan cebir ve tehdit, yukarıda ifade edildiği gibi kişi özgürlüğü içerisinde değerlendirilmesi gereken irade özgürlüğünü zedeler iken, yağma suçunda kullanılan cebir ve tehdit aynı zamanda vücut dokunulmazlığı ve kişi hürriyetini de ayrıca zedelemektedir.

4- Tehdit Suçundan Ayrımı

Tehdit suçu, TCK'da, 2. kitap, 1. kısım '*Kişilere Karşı Suçlar*' kısım başlığı altındaki 7. bölümde '*Hürriyete Karşı Suçlar*' bölüm başlığı altında 106. madde de düzenlenmiştir. TCK'nın 106/1. maddesinde suçun temel şekli "*Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikayeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*" şeklinde tarif edilmektedir.

Tehdit, kişilere karşı yapılan kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceği ya da malvarlığı itibarıyla büyük

bir zarara uğratacağı iddiası ile yapılan manevi bir baskı olarak tanımlanmıştır⁷⁶. Bunun için gelecekteki bir kötülüğün tehdit edilecek kişiye bildirilmesinin gerektiği, tehdidin objektif olarak ciddi bir nitelik taşıması, istenilenin yerine getirilmemesi durumunda tehdit konusu kötülüğün gerçekleşeceği ihtimalinin objektif olarak bulunması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷. Tehdit suçunun mağdur üzerinde onun iç huzurunu bozmaya, onda korku ve endişe yaratmaya elverişli olması gerektiği, ancak suçun oluşması için mutlaka mağdurun iç huzurunu bozarak onda korku veya endişe meydana getirmesinin aranmayacağı, tehdidin mağdurun korku ve endişeye düşmesine elverişli olmasının suçun oluşmasında yeterli olacağı, bu nedenle failin hareketlerinin mağdurda korku yaratmaya elverişli olmaması durumunda tehdit suçunun gerçekleşmeyeceği de belirtilmektedir⁷⁸. Bu gerçekten hareketle, yağma suçunda kullanılan tehdit içerir fiilin de objektif olarak belli bir ciddilik ve yoğunluk boyuta ulaşması, suçun kanuni tanımında belirtilen unsurları gerçekleştirmeye elverişli olması gerekecektir⁷⁹. TCK'nın tehdit suçunu düzenlediği ve yukarıda zikredilen metninde tehdidin yöneleceği hukuksal değerler olarak, hayata, vücut ve cinsel dokunulmazlığa ya da malvarlığına yönelik bir kötülük olması gerektiği aranmıştır⁸⁰. Bu nedenle sayılanlar dışında başka hukuki değerler tehdit fiiline konu yapılmış ise, suç oluşmayacak yerine göre başka suçlar oluşabilecektir.

Yukarıda açıklandığı gibi tehdit, kişilere karşı yapılan kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceği ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağı iddiası ile yapılan manevi bir baskı

⁷⁶ EKİNCİ MUSTAFA/ESEN SİNAN, Anlatımlı ve Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yer Alan, Hırsızlık, Yağma, Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, 2. Bası, Ankara, 2005, s. 93

⁷⁷ GÜLŞEN RECEP, Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, 1. Bası, Ankara, 2007, s. 160

⁷⁸ ARTUK MEHMET EMİN/GÖKCEN AHMET/YENİDÜNYA A. CANER, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara, 2006, s. 161-162

⁷⁹ Yargıtay bu konuya yaklaşımını ortaya koyan bir kararında "Yolda karşılaştıkları mağdurdan para isteyen ve parasının olmadığını söylemesi üzerine, parmağını gömlek cebine sokarak 4.250.000 lirayı alan sanığın eyleminde yağma boyutuna ulaşan cebir, şiddet ve tehdit bulunmadığı gözetilmeden, hırsızlık (TCK. 491/ilk md.) yerine, ne şekilde zor kullanıldığı karar yerinde açıklanmadan, yazılı biçimde yağma suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır" şeklinde görüş belirtmiştir. Yargıtay 6. CD., 12.10.2004 tarih, 2004/6618E, 2004/10858K, (PARLAR/HATİPOPLU, s. 2264)

⁸⁰ 5237 sayılı TCK'da, tehdidin yöneldiği hukuki değerler kişinin hayatı, vücut ve cinsel dokunulmazlığı ve malvarlığı olarak açıkça belirtilmesine rağmen, 765 sayılı TCK'nun 191. maddesinde, tehdidin hedef aldığı hukuki değerler açıkça belirtilmemiştir. Mağdurun hukuken korunan her türlü hukuki değerine karşı yapılacak saldırı tehdit suçu içerisinde değerlendirilmiştir.

iken; yağma cebir ve tehdit kullanarak başkasına ait malın zilyetliğini elde etmek amacı ile işlenen bir suçtur. Bu nedenle yağma suçu hırsızlık, cebir ve/veya tehdit suçlarından oluştuğundan, zilyetliği ve kişi özgürlüğünü ihlal eden bileşik bir suçtur⁸¹. Yağma suçunda fail, taşınır bir malı almak amacı ile mağduru bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya zorlamaktadır⁸². Nitekim bu husus bir YGCK'da⁸³ *"Yağma, esasında cebir veya tehdit kullanmak suretiyle yapılan hırsızlıktan ibarettir. Yani cebri hırsızlıktır. Şu hale göre yağma; bir kimsenin menkul malını cebir, tehdit kullanarak almaktır. Hırsızlık ile yağma suçları aynı ortak unsurlara malik olup ayrıldıkları tek nokta ya da başka bir deyişle yağmanın, hırsızlığa oranla sahip olduğu ilave unsur, malı almak için cebir veya tehdit kullanılmasıdır. Failin malı almak için mağdura karşı cebir veya tehdit kullanması yağma suçunu hırsızlıktan ayırır."* şeklinde ifade edilmektedir. Anılan karardan da anlaşılacağı üzere tehdit, yağma suçunun içerisinde eriyerek bağımsız suç olma vasfını yitirmekte ve mağdurdan malın teslimini ya da malın alımına karşı koyulmamayı sağlayacak araç bir suç haline gelmektedir.

Öte yandan yağma suçu ile tehdit suçu arasındaki bir başka ilişki, çalışmamızın ileriki bölümlerinde ayrı başlık altında inceleyeceğimiz, TCK'nın 150/1. maddesinde düzenlenen ve yağma suçuna ilişkin, *'daha az cezayı gerektiren hal'* başlığı altında düzenlenen haldir. TCK'nın anılan maddesinde *"Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacı ile cebir veya tehdit kullanılması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."* şeklinde düzenleme bulunmaktadır⁸⁴. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, mağdurdan cebir veya tehdit kullanılarak hukuki ilişkiden kaynaklanan bir alacağı tahsil etmek amacı ile hareket edilmesi durumunda, cebir ve tehdit, yağma suçunun birer unsuru olmaktan çıkmakta ve bağımsız suç olma vasfını tekrar kazanmaktadır.

⁸¹ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 146

⁸² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 516

⁸³ YCGK., 27.01.2009, 2008/6-203 E.-2009/3 K, www.kazancı.com.tr

⁸⁴ Bu husus kanun gerekçesinde *"Madde metninde yağma suçunun daha az cezayı gerektiren halleri belirlenmiştir. Bu hükme göre, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanılması halinde, tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Böylece, Kanunda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunun 308 inci maddesinde tanımlanan ve ihkakı hak veya kendiliğinden hak alma diye ifade edilen suç tanımına ayrıca yer verilmemiştir."* şeklinde ifade edilmiştir.

5- Mala Zarar Verme Suçundan Ayrımı

Mala zarar verme suçları TCK'da, 2. kitap, 1. kısım '*Kişilere Karşı Suçlar*' kısım başlığı altındaki 10. bölümde '*Malvarlığına Karşı Suçlar*' bölüm başlığı altında 151 ila 153. maddeler arasında düzenlenmiştir. TCK'nın 151. maddesinde mala zarar vermenin basit şekli, 152. maddesinde suçun nitelikli halleri, 153. madde de ise mala zarar verme suçunun özel nitelikteki bir hali olan ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçları düzenlenmiştir. TCK'nın 151/1. maddesinde suçunun temel şekli, "*Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır*" denilmek suretiyle ile düzenlenmiştir.

Mala zarar verme ve yağma suçları arasındaki en önemli fark suçun maddi unsurlarında ortaya çıkmaktadır. Mala zarar verme suçunda, başkasına ait taşınır, taşınmaz mallara veya hayvanlara karşı, yıkmak, tahrip etmek, yok etmek, kirletmek ya da kullanılamaz hale getirmek sureti ile zarar verme söz konusu iken, yağma suçunda cebir veya tehdit kullanılarak bir taşınır malın alınması veya teslimine karşı koyulmamasını sağlamak söz konusudur.

Yağma suçu ile mala zarar verme suçu arasındaki diğer bir fark da her iki suçun koruma alanına aldığı konular bakımından ortaya çıkmaktadır. Buna göre mala zarar verme suçlarının kapsamına, başkasına ait maddi ve manevi değere sahip taşınır, taşınmaz ve hayvanların girdiği ifade edilmektedir⁸⁵. Yağma suçlarında ise suçun konusunu sadece taşınır mallar oluşturmaktadır.

Mala zarar vermenin kişilere karşı cebir kullanılarak işlenmesi halinde yağma ile arasındaki ayrım, suçun manevi unsuru bakımından yapılabilecektir. Buna göre mala zarar verme suçunda fail, kişilere karşı cebir kullanarak onun taşınır bir malını yıkar,

⁸⁵ TURABİ SELAMİ, Mala Zarar Verme Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007 s. 112

yok eder, bozar veya zarar verebilir. Eğer kişilere karşı kullanılan cebrin amacı menkul bir malı alıp faydalanmak maksadını taşıyorsa yağma suçu, mala zarar vermek maksadını taşıyorsa mala zarar verme suçunun oluşacağı belirtilmektedir⁸⁶.

6- İcbar Suretiyle İrtikap Suçundan Ayrımı

İcbar suretiyle irtikap suçu, TCK'da, 2. kitap, 4. kısımda '*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*' kısım başlığı altındaki 1. bölümde '*Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*' bölüm başlığı altındaki 250. madde de yer almaktadır. TCK'nın 250/1. maddesinde suçun temel şekli "*Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak sureti ile kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Madde metninden de anlaşılabacağı üzere icbar sureti ile irtikap suçunda, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlaması veya bu yolda vaatte bulunması için bir kimseyi zorlaması, buna mecbur etmesi söz konusudur. İcbar suretiyle irtikap suçunun maddi unsurlarından birini oluşturan '*icbar*', mağdurun iradesinin baskı altında tutmaya elverişli, doğrudan doğruya veya dolayısıyla her türlü zorlayıcı hareketin yapılması şeklinde tarif edilmektedir⁸⁷. İcbar oluşturan fiillerin etkisi ile mağdur, hukuka aykırı olduğunun farkında olarak, daha ağır bir zarardan kaçınmak için, kamu görevlisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlamak veya bu yolda bir vaatte bulunmaktadır. Bu suçun işlenebilmesi için fiilin kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kullanmak sureti ile gerçekleştirmesi gerekir. Nüfuzun kötüye kullanılmasından; kamu görevlisinin görev alanına giren bir işi yaparken iş sahibini, yetkiyi kötüye kullanabileceği tehdidiyle ya da davranış veya iması ile zorlayarak çıkar sağlamak şeklinde anlaşılması gerektiği öne

⁸⁶ KOCA, Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaşgünü Armağanı, C., II, İstanbul 2002, s. 1487

⁸⁷ ERMAN SAHİR/ÖZEK ÇETİN, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1992, s. 72

sürülmüştür⁸⁸. Yine nüfuz kavramı ile ilgili olarak yapılması gereken işlemin yasa, tüzük veya yönetmelikler uyarınca kamu görevlisinin yetki ve görev alanına girmesinin gerekmediğine, kamu görevlisinin yürüttüğü bu görevin sağladığı kamu gücünü kötüye kullanmak suretiyle eylem gerçekleştirmesinin de suçun oluşumuna yeterli olacağı ileri sürülmektedir⁸⁹. Kanaatimizce bir fiilin icbar sureti ile irtikap suçunu oluşturabilmesi için, yapılması gereken işin kamu görevlisinin görev ve yetki alanına girmesi zorunludur. Zira fail ancak bu durumda suç mağdurunun üzerinde gerçek bir baskı oluşturabilecektir. Failin görev ve yetki alanına girmeyen bir konuda zorlamada bulunması yapılacak işleme hukuki bir varlık kazandırmayacağından, icbar suretiyle irtikap suçunun oluşması için bu husus zorunluluk arz edecektir.

İcbar sureti ile irtikap suçuna ilişkin genel nitelikteki bu açıklamalardan sonra; yağma suçunun oluşabilmesi için bir kimseden taşınabilir bir malın, cebir kullanarak teslim alınması veya malın alınmasına karşı koymaması şeklinde düzenlenen maddi unsurları ile, icbar sureti ile irtikap suçuna ilişkin yukarıda açıklandığı üzere, kamu görevlisinin, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak sureti ile kendisine veya başkasına yarar sağlaması şeklindeki maddi unsurları karşılaştırmalı olarak birlikte değerlendirildiğinde; her iki suçta da zorlama ögesi (tehdit), amaç (yarar sağlama) ve konu (bir malın teslimi) yönünden benzerlikler olduğu görülecektir. Özellikle icbar sureti ile irtikap suçunun failinin işlemiş olduğu fiilin yağma suçundan ayrımında her iki suçta temel teşkil eden fiiller birbirlerine oldukça yaklaştığından ayırt edici ölçütleri ortaya koymak güçleşmektedir. Bununla beraber her iki suçun ayrımında göz önünde bulundurulması gereken temel kriterler de bulunmaktadır.

Her şeyden önce, her iki suç ile korunmak istenilen hukuki menfaatler birbirinden farklılık göstermektedir. Buna göre, her ne kadar irtikap suçu ile kamu görevlisinin görevini ve sıfatını kötüye kullanarak, kişilerin zarara uğramasını önlemek ve dolayısı ile kişilerin malvarlığına ilişkin haklarının korunmasını sağlamak maksadı varsa da, asıl korunmak istenilen hukuksal değer, kamu idaresinin itibarı, saygınlığı ve ona

⁸⁸ MALKOÇ İSMAİL, Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. II, 1. Bası, Ankara, 2008, s. 2248

⁸⁹ AKÇİN İHSAN, Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, 1. Bası, Ankara, 2007, s. 137

duyulması gereken güven olduğu belirtilmektedir⁹⁰. Yağma suçu ile korunmak istenilen hukuki menfaat ise daha önce belirtildiği gibi, kişi özgürlüğü ve mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen malvarlığının korunmasıdır.

TCK'nın 250/1. maddesine göre suç failinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Yağma suçunda ise suç failinin bir malı cebir ve tehdit kullanarak teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmaktan söz edilmektedir. Buna göre irtikap suçunda suçun konusu '*yarar*' ile ifade edilirken yağma suçunda '*taşınır bir mal*' söz konusu olmaktadır. Bu nedenle her iki suç konu yönünden de farklılaşmaktadır. Buna göre irtikap suçunun konusu olan '*yarar*' teriminin geniş yorumlanması gerektiği, sağlanan veya vaat edilen yararın para veya başka bir menfaat olabileceği, bu kapsamda borcun silinmesi, eşyanın kullandırılması, meskende kira ödemeksizin oturulması, eğlence mekanından bedel ödenmeksizin yararlanılması, cinsel arzuların tatmin edilmesi durumlarının menfaat kavramı içerisinde değerlendirilebileceği ifade edilmiştir⁹¹. Bu nedenle irtikap suçunun konusunu oluşturan '*yarar*', yağma suçundaki hukuki konu olan '*taşınır mal*' kavramını da içine alacak geniş bir anlama sahiptir. Elde edilen fayda '*taşınır mal*'⁹² kavramı içerisinde değerlendirilemiyorsa yağma suçunun oluşmayacağı söylenebilecektir.

Yağma ve irtikap suçları, her iki suçun failinin taşınması gerektiği sıfat bakımından da farklılık göstermektedir. TCK'nın 250/1. maddesinde tanımlanan icbar sureti ile irtikap suçu ancak bir kamu görevlisi⁹³ tarafından işlenebilir. Bu nedenle bu suç özgü suç niteliğine sahiptir. Buna karşılık yağma suçunun ise herhangi bir kişi tarafından işlenebileceği, başvuru cebrin bir görevin kötüye kullanılmasından kaynaklanmadığı ifade edilmektedir⁹⁴. Bu itibarla kamu görevlisi niteliğine haiz olmayan bir kişinin icbar sureti ile irtikap suçunun faili olamaz. Ancak kamu görevlisi sıfatını taşıyan bir kişinin

⁹⁰ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 70

⁹¹ ÖZGENÇ İZZET, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, 1. Bası, Ankara, 2002, s.1729

⁹² Malvarlığı ve mal kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HİFZIOĞULLARI/KURŞUN, s. 148-151

⁹³ TCK'nın 6/1-c maddesinde kamu görevlisi "*Kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" olarak tanımlanmıştır.

⁹⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 339

yağma suçunu işleminde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu bakımdan suçun failinin niteliği de her iki suç arasındaki farkı tam olarak tespit etmede tek başına her zaman yeterli bir kriter olmamaktadır.

Yağma suçu ile icbar sureti ile irtikap suçu arasındaki en temel farklardan biriside her iki suçun maddi unsurları bakımından ortaya çıkmaktadır. İrtikap suçunu düzenleyen TCK'nın madde gerekçesinde *“İcbar suretiyle irtikap suçunun oluşabilmesi için; kamu görevlisinin bir başkasını kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yolda vaatle bulunmaya icbar etmesi gerekir. Bu icbarın, yürütülen görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş olması gerekir. Ancak, bu icbarın, yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir ve tehdit boyutuna ulaşmaması gerekir”* şeklinde bir açıklama yer almaktadır. Açıklamaya bakılarak maddi cebirle de irtikap suçu işlenebileceği anlaşılmakta ise de, bu husus bizimde katıldığımız bir görüşe göre, madde gerekçesindeki ifadenin teknik anlamda cebri (TCK m.108) değil, icbar kavramından hareketle zorlamaları ifade etmek için kullanılmıştır⁹⁵. Gerçekten de eğer kanun koyucu maddi cebri irtikap suçunun oluşmasında bir araç olarak öngörse idi, bunu kanun gerekçesinde değil, maddeyi düzenleyen metinde açıkça belirtirdi. Aksi durumun kabulü kanun yapma tekniğine aykırı olacağı gibi, kamu görevlisinin cebir kullanarak menfaat temin etmesi halinde yağma suçunun uygulanamayacağı sonucu çıkardı. Ayrıca her iki suçun alt ceza miktarları nazara alındığında, kamu görevlisinin cebir kullanarak menfaat temin etmesi halinde, yağma suçunu işleyen kişiye nazaran daha az ceza alırdı. Sonuç olarak, yağma suçunda malın alınması için cebir kullanılması durumunda herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Zira cebir yağma suçunda bir unsur iken, icbar sureti ile irtikap suçunun düzenlendiği kanun metninde, suçun maddi unsurları içerisinde değerlendirilmesi gereken hareket ögesi olarak sayılmamıştır. Bu nedenle kamu görevlisi cebir kullanarak bir malın teslimini sağlamış ise yağma suçu oluşacaktır.

İcbar suretiyle irtikap suçunda, fail görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak sureti ile bir yarar sağladığından, muhatabının iradesini zorladığı, bu nedenle tehdit

⁹⁵ MALKOÇ, s. 2251

şeklinde bir manevi cebir söz konusu olduğu belirtilmektedir⁹⁶. Gerçekten de icbar suretiyle irtikap suçunda kamu görevlisi sıfatını taşıyan fail, kendisi ya da bir başkası lehine bir yarar tesis edilmemesi durumunda, muhatabının aleyhine olarak görevini kötüye kullanacağını ifade etmekte olup, bu husus muhatabı üzerinde tehdit suçunun oluşumuna sebebiyet verebilecek fiil niteliğinde olmaktadır. Bu şekilde tehdit (manevi cebir) söz konusu olması durumunda her iki suç birbirine çok yaklaşacağından, kamu görevlisinin tehdidi (manevi cebir) ile menfaat temin etmesi durumunda, hangi suçun oluşacağını tespit etmek güçleşmektedir. Nitekim, TCK'nın 250/1. maddesinin düzenlendiği kanun gerekçesinde *"İcbar sureti ile irtikap suçunun oluşabilmesi için; kamu görevlisinin, bir başkasını kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yolda vaatle bulunmaya icbar etmesi gerekir. Ancak, bu icbarın, yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerekir. Aksi takdirde, gerçekleşen suç, icbar suretiyle irtikap değil, gasp suçu oluşur."* denilmek sureti ile bu ayrım ifade edilmiştir.

Kanaatimizce kanun gerekçesinde ortaya konulan bu kriter, bu husustaki ayrımı ortaya koymada yeterli olmaktan uzaktır. Zira TCK'nın 106/1. maddesinde düzenlenen tehdit suçunun oluşması için, kişinin kendisine veya yakının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı yapılacağı ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratılacağı muhatabına bildirilmesi gerekir. İcbar sureti ile irtikap suçunda ise, kamu görevlisi bu sıfatından kaynaklanan görevini kötüye kullanarak muhatabı üzerinde manevi bir baskı oluşturarak bir 'yarar' temin etmektedir. Görevin kötüye kullanılması durumunda muhatap üzerinde oluşturulan manevi baskı, çok büyük bir ihtimalle muhatabın hayatı, vücut veya cinsel dokunulmazlığı ya da malvarlığı itibarı ile büyük bir zarara uğratılacağı ile ilgili olacaktır⁹⁷. Bu nedenle kanun gerekçesinde yer

⁹⁶ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 339

⁹⁷ Doktrinde aynı yöndeki bir görüşte bu husus şu gerekçeler ile ifade edilmiştir: *"Yağma suçunun oluşumuna neden olmayan tehdit boyutuna varmayan cebir kavramı dayanaksızdır. Çünkü eski TCK açısından, tehdit suçunun maddi unsurunu oluşturan manevi cebir ile yağma suçunu oluşturan manevi cebirin düzeyi farklı düzenlenmişti. Oysa YTCK. açısından madde 106 daki cebir suçu ile madde 148 deki yağma suçunun maddi unsurunu oluşturan 'manevi cebir', 'tehdit' aynıdır. Bu durumda gerekçedeki açıklamaların yanlış olduğu sonucuna varmak ve buna itibar etmemek gerekecektir."* TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 658

alan ‘*tehdidin boyutu*’ gibi, ucu açık ve subjektif olarak yorumlanmaya müsait bir kriter gere göre ayırım yapmak her zaman mümkün olmayacaktır⁹⁸.

Bu durumda ortaya konulması gereken ayırıcı kriter bizim de katıldığımız bir görüşte⁹⁹ şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bir fiilin irtikap olarak kabul edilebilmesi için, icbarın konusunun failin görevi veya sıfatı ile ilgisi olması gerekir. İrtikapta failin tehdit hareketinin konusunu oluşturan zarar ile failin memuriyet görev veya sıfatının kötüye kullanılması arasında bir bağın bulunması şarttır. Şayet tehdidin konusunu oluşturan zarar ile memurun görevi veya sıfatı arasında bir bağ yoksa, eylem irtikap suçunu değil yağma suçunu oluşturur. Acil bir ameliyatın yapılması için doktorun hastadan para istemesi durumunda bu zorlamayı ancak kamu görevlisi olan bir doktor yapabilir. Zira ancak onun görevini yapmaması durumunda mağdur üzerinde bir zorlama durumu yaratılabilir. Eğer doktor hastaya ‘para vermezsen seni öldürürüm’ demiş olsaydı, öldürmek doktorun görevine girmediği ve böyle bir zorlamayı herkes yapabileceği için eylem irtikap değil, yağma suçunu oluştururdu’*”. Gerçekten de bir araç olarak görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak muhatap üzerinde oluşturulan baskı, kamu görevlisinin görev alanı içerisinde görevine ilişkin ise, yani menfaat temin edilmediği takdirde görevin kötüye kullanılacağı iletiliyorsa irtikap suçu oluşacaktır. Başka bir ifade ile mağdurun iç dünyasında, istenilen yarar sağlanmaz ise kamu görevlisinin görev alanına giren iş yapılmayacak veya mağdur aleyhine bir durum oluşturulacak hissi oluşturulması gerekmektedir. Görevin kötüye kullanılması sonucu, işin yapılmaması ve aleyhe bir durum oluşturulmasının yani manevi cebrin belli bir boyuta ulaşarak¹⁰⁰, ister hayat, vücut ve cinsel dokunulmazlık ister malvarlığına ilişkin olsun, sonuç fark etmeyecek ve irtikap suçu oluşacaktır. Aksi takdirde kamu görevlisi tarafından, görev

⁹⁸ Aynı doğrultudaki görüş için bkz. KOCA, Yağma Cürümleri, s. 72-73

⁹⁹ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 74

¹⁰⁰ İkna ve icbarın belli bir boyuta ulaşmaması durumunda görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Nitekim Yargıtayın bir kararında “Yüksekova devlet hastanesinde doktor olan sanığın mart 2003 tarihinde ölen Safiye Sattaş’ın bacağındaki cilt kanseri rahatsızlığı nedeni ile 2001-2002 yıllarında özel muayenhanesinde yapmış olduğu muayeneleri için hastanın eşi ve kardeşi olan müştekilerden aldığı ücretlerin dışında, hastanede yapmış olduğu ameliyatların sonrasında icbar veya ikna boyutunda söz ve hareketlerde bulunmadan müştekilerden hastalarıyla ilgilenmesi nedeniyle minnet altında ödedikleri anlaşılan bir kısım paraları almak suretiyle haksız çıkar sağlamasından ibaret eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” denilmek sureti ile icbar boyutuna ulaşmayan fiilin söz konusu olması durumunda görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu belirtmiştir. Y. 5. CD, 13.11.2006, 315E/8838K, (MALKOÇ, s. 2252)

ile ilgili olmayacak bir konuda zorlama söz konusu ise, şartların oluşması durumunda manevi cebir kullanılarak menfaat temin edilmiş ise yağma suçu oluşabilecektir¹⁰¹.

7- Cebir Suçundan Ayrımı

Cebir suçu, TCK'da, 2. kitap, 1. kısım '*Kişilere Karşı Suçlar*' kısım başlığı altındaki 7. bölümde '*Hürriyete Karşı Suçlar*' bölüm başlığı altında 108. madde de yer almaktadır. TCK'nın 108/1. maddesinde suçun temel şekli "*Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması, halinde kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.*"¹⁰² şeklinde düzenlenmiştir.

Arapça kökenli olan cebir kelimesi Türkçe olarak '*zor ve zorlayış*' anlamlarına gelmektedir¹⁰³. Cebir kavramı hukuki terim olarak, harici olarak herhangi bir harekete maruz bulunan bir başka şahsın kendi iradesine uygun şekilde hareketini, hareket etme yeteneğini kaldıran, o kişiyi hareket etmeye veya hareketten alıkoymaya zorlama konusunda elverişli bulunan harici araç olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁴. Cebir fiili, bir işi veya davranışı yapması ya da yapmamasını sağlamak üzere kişiye karşı maddi zor kullanılmasını ifade etmektedir. Böylece kişinin iradesi zorlanarak failin iradesine göre hareket etmesi sağlanmaktadır. Suç cebir ile kasten maddi zorlamaların yapılması ile

¹⁰¹ Doktrinde aynı yöndeki bir görüşte bu husus "*Cebirin memuriyet vazifesinin suistimalini teşkil etmesi halinde irtikap suçu meydana gelir. Yağmada da cebir, suçun unsurudur. Fakat irtikapta vazifinin suistimalinden gelen bir cebir bahis konusudur. Bu itibarla bir zabıta memurunun, mağduru döverecek parasını alması irtikap değil, yağmadır.*" şeklinde ifade edilmektedir. TOROSLU NEVZAT, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara, 2003 s. 508

¹⁰² Cebir kullanma suçunu düzenleyen TCK'nın 108. maddesi, 765 sayılı TCK'nın 188/1. fıkrasının karşılığı olmakla beraber, bu suç tipi ile ilgili olarak YTCK'da köklü değişiklikler getirilmiştir. 765 sayılı TCK'nın 188/1. maddesinde cebir kullanma suçu şartlı tehdit suçu ile birlikte düzenlenmişti. YTCK'nın 108. maddesinde ise cebir kullanma suçu bağımsız bir suç olarak kabul edilmiş ancak cezası kasten yaralama suçu dikkate alınarak tespit edilmek sureti ile daha isabetli bir kriterle bağlanmıştır. Diğer yandan TCK'nın 108. maddesinde cebir kullanma suçunun maddi unsuru içinde yalnızca cebir kullanmaya yer verilmiş, tehdit unsuruna yer verilmemiştir. Bu nedenle şartlı tehdit suçu bağımsız bir suç olmaktan çıkarılarak tehdit suçu (TCK106. m.) içinde düzenlenmiştir. GÖKCEN AHMET, Hürriyete Karşı Suçlar, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/117.doc, s. 8

¹⁰³ Cebir kelimesinin tüm anlamları için bkz., www.tdk.gov.tr

¹⁰⁴ ERTOSUN/TAŞKIN, s. 784

oluşur ve tamamlanır. Ayrıca ulaşılmak istenen sonuca varılması gerekli değildir¹⁰⁵. Cebir kullanma suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, kasten yaralama suçundan farklı olarak, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasında müsaade etmesi için kişiye karşı cebir tatbik edilmektedir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir halinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır¹⁰⁶. Uygulamada cebir suçuna ilişkin içtihatlarla rastlanılmamaktadır. Zira mahkemeler cebir suçu söz konusu olduğunda da kasten yaralama suçuna ilişkin hükümleri uygulamaktadırlar.

Cebir aynı zamanda yağma suçunun maddi bir unsurunu oluşturmakta, bu suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmaktadır. Her iki suçta da fail amacına ulaşmak için zorlama ögesini kullanmaktadır. Bu bakımdan her iki suçun ayrımı için objektif kriterlerin tespiti gerekmektedir.

Suçların konuları göz önünde bulundurulduğunda, her iki suç her şeyden önce korudukları hukuki değer bakımından farklılık göstermektedir. Nitekim cebir suçunda fail, mağduru bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için onun iradesini baskı altına almakta, bu nedenle cebir uygulamaktadır. Bu itibarla bu suçla korunmak istenilen hukuksal yararın, bireyin karar verme ve hareket özgürlüğünü her türlü saldırıya karşı korumak olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁷.

Gerçekten her iki suça ilişkin kanun metinleri incelendiğinde, her iki suçun kapsamına aldıkları hukuki konuların farklı olduğu tespit edilebilecektir. Buna göre cebir suçunun düzenlendiği TCK'nın 108. maddesinde "*Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi*" suçun konusu olarak düzenlenmiştir. Kanunun bu düzenlemesi yağma suçunun konusunu oluşturan '*taşınır mal*' kavramından farklılık göstermektedir. Zira cebir suçunun hukuki konusu, maddi menfaat içermeyen talepler de olabilecektir.

¹⁰⁵ MALKOÇ, s. 1020

¹⁰⁶ Madde gerekçesi, ÖZGENÇ İZZET, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 812

¹⁰⁷ TEZCAN/ERDEN/ÖNOK, s. 287

Her iki suçun maddi unsurunda, zor kullanarak bir menfaat elde etmek söz konusudur. Ancak cebir suçunda fail, mağdurdan bir şeyin yapılması, yapılmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etme konusunda zorlayıcı etkide bulunarak bir istemde bulunmaktadır. Yağma suçunda ise bir malın teslimi ya da malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmak söz konusudur. Kanaatimizce yağma suçundaki *'malın teslimi ya da alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakma'* durumu, cebir suçundaki *'bir şeyi yapma, yapmama ya da kendisinin yapmasına müsaade etme'* fiilleri içerisinde değerlendirilmeye müsaittir. Bu nedenle maddi unsurlar bakımından belirleyici bir ayırım yapmak her zaman mümkün olmayacaktır.

Bu durumda cebir kullanarak mağdurdan bir menfaat temin edilmesi durumunda esas belirleyici ölçüt suçların konusunda ortaya çıkacaktır. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre; cebir suçu, müessir fiil suçunun özel kasta dayanan nitelikli halini oluşturmaktadır. Bu açıdan cebir suçu, bir anlamda maddi menfaat içermeyen hususları kapsayacağından, maddi menfaate yönelik yağma suçundan farklılık gösterecektir. Ancak bu farklılığı ortaya koyacak somut ölçüleri belirlemek kolay olmayacaktır. Konusunu maddi menfaatin oluşturmaması durumunda yapılan fiziki güç kullanımı TCK'nın 108. maddesi kapsamında değerlendirilmeli, aksi ortaya çıktığında da bu değerlendirme TCK'nın 148. maddesi çerçevesinde yapılmalıdır¹⁰⁸. Gerçekten de cebir kullanarak taşınır bir malın teslimi sağlanmakta ise yağma suçu oluşacak, taşınır mal dışında cebir kullanarak muhataptan bir şeyin yapılması, yapılmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade edilmesi isteniyorsa cebir suçu oluşacaktır.

Öte yandan TCK'nın 148/3. maddesinde cebir karinesi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi hali de yağma suçunda cebir olarak kabul edilmiştir. Ancak, TCK'nın 148. maddesinde düzenlenen hükmün yağma suçları bakımından uygulanarak bu şekilde sınırlama konulması eleştirilmektedir. Bizim de katıldığımız bu eleştirilere göre; cebrin unsur veya nitelikli hal oluşturduğu başka suçlarda(örneğin cinsel saldırı), bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, bu suçlar bakımından

¹⁰⁸ ŞEN ERSAN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, 1. Bası, İstanbul, 2006, s. 436

bu tür araçlara başvurulmasının cebir sayılmayacağı biçiminde yanlış bir izlenim uyandırmaktadır.¹⁰⁹

8- Şantaj Suçundan Ayrımı

Şantaj suçu, TCK'da, 2. kitap, 1. kısım '*Kişilere Karşı Suçlar*' kısım başlığı altındaki 7. bölümde '*Hürriyete Karşı Suçlar*' bölüm başlığı altında 107. maddede yer almaktadır. TCK'nın 107/1. maddesinde suçun temel şekli "*Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 107/2. maddesinde¹¹⁰ "*Kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması halinde de birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.*" hükmüne yer verilerek şeref ve saygınlığı zedeler nitelikteki isnatlar da madde kapsamına dahil edilmiştir¹¹¹.

Şantaj suçunda da, cebir suçunda olduğu gibi kişiyi yapmaya veya yapmamaya zorlama söz konusudur. Ancak, şantaj suçunda kişiye bir kötülük yapılacağından, kişinin sahip bulunduğu bir değere saldırıda bulunulacağından bahisle bir zorlamada bulunulacağı söz konusu değildir. Aksine, kişi hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle başkasını zorlamaktadır. Örneğin, kişinin

¹⁰⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 520

¹¹⁰ 5377 sayılı kanunla eklenen bu madde olmasaydı, söz konusu fiiller YTCK'nun 106. maddesinin 1. fıkrasında kalan sair kötülük hükmü kapsamında az bir ceza ile kalacaktı. Hafif bir yaptırımla karşılamanın sakıncasını gidermek için bu fıkra 5377 sayılı kanunla madde metnine eklenmiştir. MALKOÇ, s. 1017

¹¹¹ Şantaj suçunu tanımlayan YTCK'nun 107. maddesi 765 sayılı TCK'nun 192. maddesinin karşılığı olarak düzenlenmiştir. Yeni düzenlemede suçun maddi unsuru değiştirilmiş, suçun kapsamı, hangi fiillerin suç sayıldığı ve şantaj suçunun diğer suç tiplerinden farkı net bir şekilde ortaya konulmuştur. Diğer tarafından 765 sayılı TCK'nun 192/2. fıkrasında failin arzu ettiği para veya diğer bir menfaati elde etmiş olması cezayı ağırlatıcı bir sebep sayılmış olmasına karşın, YTCK'da böyle bir nitelikli hale yer verilmemiştir. Ayrıca YTCK' da 111. maddesinde şantaj suçunun işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı hükmü getirilmiştir. GÖKCEN, s. 7

suç işlemiş olan bir kimseyi ihbar edeceğinden bahisle, kendisine bir menfaat temin etmeye zorlaması halinde, şantaj suçu oluşur. İşlenmiş olan bir suç vakıası karşısında ihbarda bulunmak, kişiler açısından hem bir haktır hem de bir yükümlülüktür¹¹².

TCK'nın 107/2. maddesinde düzenlenen şantaj suçunun ise TCK'nın 106. maddesinde korunan hukuksal değerler dışında kalan mağdurun '*şeref ve saygınlığına zarar verebilecek nitelikteki hususların açıklanacağı ve isnat edileceği*' şeklinde tehdittir. Bu tehdidin failin kendisine ya da bir başkasına yarar sağlamak maksadı ile yapılması gerektiği ifade edilmektedir¹¹³. Öte yandan, fail zaten başkasının şeref ve saygınlığına zarar vermek hakkına sahip olmayacağından bu fıkra kapsamında '*hakkı olmak*' ve '*yükümlülüğünden*' söz edilemeyeceği belirtilmektedir¹¹⁴.

Uygulamada şantaj suçu ile yağma suçunun bir unsuru olan tehdit suçunun da birbirleriyle karışması söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle yağma suçu ile şantaj suçu arasında ayrımın daha iyi anlaşılabilmesi için yağma suçunun unsuru olan tehdit suçu ile şantaj suçunun ayrımını da belirlemek gerekir. Buna göre, şantaj suçu ile tehdit suçunun farkı, tehdit suçunda haksız olarak kişisel değerlere saldırıda bulunulacağı veya herhangi bir kötülük yapılacağından bahisle bir zorlamanın söz konusu olmasıdır. Esasen şantaj suçu, tehdit suçunun özel bir şekli olarak nitelendirilebilir. Tehdit fiili TCK'nın 107. maddesinde belirtilen şekilde gerçekleştiğinde eylem şantaj olarak değerlendirilecektir¹¹⁵.

Yağma ve şantaj suçlarında hukuka aykırı olarak kişiler üzerinde manevi baskı kurarak menfaat sağlamak söz konusu olduğundan, her iki suçta benzerlik söz konusudur. Ancak her iki suç, koruduğu hukuki değerler bakımından farklılık göstermektedir. Buna göre her iki suçta da, kişinin irade özgürlüğü ve malvarlığı değerleri, yani birden çok hukuksal değer korunmasına rağmen, kanun koyucunun

¹¹² Madde gerekçesindeki bu örnek için bkz., EROL, s. 413

¹¹³ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 892

¹¹⁴ MALKOÇ, s. 1017

¹¹⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 87

şantaj suçunu yağmanın aksine özgürlüğe yönelik saldırıyı egemen unsur kabul ederek hürriyet aleyhine işlenen suçlar arasında düzenlediği belirtilmektedir¹¹⁶.

Bunun yanında her iki suç konu bakımından da farklılaşabilmektedir. Şantaj suçun da mağdur üzerinde hukuka aykırı olarak manevi baskı oluşturmak sureti ile TCK'nın 107/1. maddesindeki ifadesi ile '*haksız çıkar*' sağlanmakta iken, yağma suçunda '*taşınabilir bir mal*'ın teslimi söz konusu olmaktadır. Hiç kuşkusuz haksız çıkar geniş bir kavram olup, içerisinde maddi menfaatleri barındırabileceği gibi, maddi nitelikte olmayan, sırrın açıklanması, cinsel istekler gibi manevi menfaat de söz konusu olabilir. Bu durumda elde edilmek istenen menfaat '*taşınır bir mal*' dışında bir çıkarı gerektiriyorsa yağma suçu oluşmayacaktır. Ayrıca yağma suçunda failin hedef aldığı değerler kişinin hayatı, vücut ve cinsel dokunulmazlığı ya da malvarlığı değeri iken, şantaj suçunda böyle bir sınırlama yoktur. Bu kapsamda kişilerin onur, şeref ve saygınlığı tehdit konusu yapılıyorsa yağma suçu oluşmayacaktır. Örneğin elinde bulunan mağdura ait çıplak resimlerin ifşa edilmemesi karşılığında maddi menfaat temin edilmesi halinde, tehdit konusu kişinin onur, şeref ve saygınlığını ilgilendirdiği için yağma suçu değil, şantaj suçu oluşacaktır.

Öte yandan suç unsurları itibarı ile, şantaj suçunda failin hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle mağduru zorlama söz konusudur. Yağma eyleminde ise, böyle bir durumun değil, aksine kişinin hayatına, vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik veya malvarlığı itibarı ile bir kötülük yapılacağından, kişinin sahip bulunduğu bu değerlere saldırıda bulunacağından bahisle bir saldırı, zorlamanın söz konusu olduğu belirtilmektedir¹¹⁷. Gerçekten de şantaj suçunda kişi hakkı ya da yükümlülüğü olan bir konuda bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle muhatabı üzerinde manevi bir baskı kurarak haksız çıkar sağlamaktadır. Nitekim Yargıtay bir kararında¹¹⁸, "*Sanığın yakınına telefonla arayarak benimle olmazsan önceki ilişkilerini eşine söylerim*" demesi biçimindeki eyleminin TCK'nın 107. maddesinde düzenlenen şantaj suçunu oluştuğuna hükmetmiştir. Buna

¹¹⁶ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 67

¹¹⁷ EKİNCİ/ESEN, s. 100

¹¹⁸ Y. 5. CD, 06.03.2007, 13082E/2180K, (MALKOÇ, s. 1018)

karşılık, kişinin hayatına, vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik veya malvarlığı itibarı ile bir kötülük yapılacağından, kişinin sahip bulunduğu bu değerlere saldırıda bulunacağından bahisle bir saldırı tehdidi ile malın teslimi ya da malın alınmasına karşı koymamaya mecbur tutulma durumunda ise yağma suçu oluşacaktır. Örneğin yukarıda belirtilen karara konu olay, failin mağdura kendisine para verilmemesi durumunda cinsel saldırıda bulunacağı şeklinde olsa, bu kez yağma suçunun gerçekleşeceği söylenebilir.

VI. YAĞMA SUÇU İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kanun koyucu, suç tipi şeklinde bir hukuka aykırılık alanı oluşturmak suretiyle, korunması gereken bir takım değerleri o suç tipinde somutlaştırmıştır. Bu itibarla, her suçun mutlaka en az bir hukuksal değere ilişkin olduğu, suç teşkil eden her eylemin aynı zamanda hukuken korunan bir değer ihlalini oluşturduğu ve hukuksal değerlerin toplumsal düzenin manevi değerleri olduğu ifade edilmektedir¹¹⁹.

Yağma, cebir kullanma ve hırsızlık suçlarının bir araya gelmesinden oluşan bir suçtur. Bu bakımdan çok hukuksal konulu bir suç olan yağma suçuyla bir taraftan hırsızlıkta olduğu gibi zilyetlik ve mülkiyet, diğer taraftan kişi özgürlüğü korunmaktadır. Burada cebir ve tehdit, malvarlığına yönelik olarak işlenen suçta araç olduğundan, yağma suçuna malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında yer verilmiştir.¹²⁰ Cebir ve tehdit kullanılarak başkasına ait malın zilyetliğini elde etmek olarak tanımlanan yağma suçlarının hırsızlık ve cebir veya tehdit suçlarından oluşan ve dolayısıyla zilyetliği ve kişi özgürlüğünü koruyan bir bileşik suç olduğu belirtilmektedir¹²¹. Şüphesiz yağma suçu birden fazla suçun kaynaşarak bağımsız bir suç haline gelmesinden dolayı karma niteliğe sahip bileşik bir suçtur. Bileşik suçta, başlı başına bağımsız bir suç teşkil eden netice, diğer bir neticenin içinde erimekte ve faile yalnızca en ağır neticenin karşılığı olan cezanın verilmesi ile yetinilmektedir¹²².

¹¹⁹ ÜNVER YENER, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003, s. 130-135

¹²⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 515

¹²¹ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 145

¹²² DÖNMEZER/ERMAN, s. 406

Nitekim TCK'nın 42/1. maddesinde bu açıklamaya uygun olarak “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz*” hükmüne yer verilmiştir.

Hiç kuşku yok ki, ceza kanunları ile suç olarak tanımlanarak yaptırım altına alınan bir fiille, kanun koyucu birden fazla hukuki değeri koruma altına almak isteyebilir. Bu durumda kanun koyucunun hangi hukuki değere daha fazla önem atfettiği kanun sistematigi içerisinde o suçun nerede düzenlendiği incelenerek tespit edilebilir. Bu itibarla yağma, cebir ve/veya tehdit ile hırsızlık eylemlerinin bir araya gelmesinden oluşan bir suç olduğu için, hukuki konusu çok olan yağma suçuyla, bir taraftan hırsızlık suçunda olduğu gibi zilyetlik ve mülkiyet; diğer taraftan kişi özgürlüğünün korunduğu, burada kullanılan cebir veya tehdit, malvarlığına yönelik olarak işlenen suçta araç olduğundan, yağma suçunun malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında düzenlendiği belirtilmektedir¹²³.

Kanaatimizce cebir ve tehdit fiilleri malın alınmasında araç suç niteliğine bürünerek bağımsız nitelikte başka bir suç olan yağma suçunu oluşturduklarından, bu suça maruz kalan kişilerin birden fazla hukuki menfaatinin zedelendiği muhakkaktır. Kişilerin bir yandan tehdit fiili ile serbestçe karar verme ve hareket etme özgürlükleri zedelenirken, diğer taraftan cebir fiili ile kişinin vücut dokunulmazlığı ihlal edilmektedir. Malın rızaya aykırı olarak alınmasında ise, hukuki bir durum olan mülkiyetin fiili nitelikte bir yansıması olduğu için hem zilyetlik hem de mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir. Bu şekilde mağdurun birden çok hukuki menfaati ihlal edilse de yağma suçlarında asıl ulaşılacak istenilen amaç mağdura ait malvarlığı değeridir. Bu nedenle TCK'da da yağma suçu ‘*Malvarlığına Karşı Suçlar*’ başlığı altında ihdas edilmiştir.

¹²³ MERAN NECATİ, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, 2. Bası, Ankara, 2008, s. 106

II. BÖLÜM

YAĞMA SUÇUNUN UNSURLARI

I. GENEL OLARAK

Suçun genel unsurları teorisi, bir fiili suç haline sokan, onu diğer hukuka aykırı fiillerden ayıran hususların nelerden ibaret olduğunu açıklamak amacını güder. Her hukuk disiplini gibi, ceza hukuku da normlarla meşguldür ve suçu da kriminolojik veya sosyolojik açıdan değil, norm teşkil etmesi açısından incelemek zorundadır. Suçun organik olarak bir bütün olduğu ve kısımlara bölünemeyeceği bir gerçek ise de, mantıki bir incelemeye tabi tutulmasının bir zorunluluk olduğu, suçun genel unsurlarının, bu inceleme işin gerekli kıldığı bir ayırım ve tasnif yolunda elde edilen esaslar olduğu ve suçun bu esasların bir araya gelmesiyle ortaya çıkan bir hukuki fiil olduğu belirtilmektedir¹²⁴. Öte yandan suçun unsurlarının da kendi içerisinde genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılabilceği, genel unsurların bütün suçları kapsadığı, özel unsurların ise, ceza kanunlarının özel kısımlarında yer alan çeşitli suçlarda öngörülen unsurlar olduğu da ifade edilmektedir¹²⁵. Buna göre örneğin yağma suçunda cebir veya tehdit kullanarak başkasına ait malı alma fiili, genel unsur içerisinde yer alan maddi unsur oluşturmakta iken, suç konusunun '*taşınabilir bir mal*' olmasının sırf bu suç için aranması gereken özel bir unsur olduğu söylenebilir.

Suç genel teorisi içerisinde suçun unsurlarının nelerden ibaret olduğu hususunda doktrinde tam bir birlik yoktur. Bazı yazarlar iki unsura taraftar oldukları halde, bazı yazarlar tarafından suçun unsurlarının sekize kadar çıkarttıkları belirtilmektedir¹²⁶. Klasik suç teorisine göre suçun unsurları maddi unsur, manevi unsur, kanuni unsur (tipiklik) ve hukuka aykırılık unsuru olarak kabul edilmiştir. TCK'nın sisteminde esas

¹²⁴ DÖNMEZER/ERMAN, s. 307-308

¹²⁵ DÖNMEZER/ERMAN, s. 309

¹²⁶ Bu konudaki açıklamalar için bkz. ARTUK /GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 380 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, s. 307 vd.

alınan suç teorisinde suçun unsurlarının ise, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru olarak üçe ayrıldığı, kusurluluğun, suçun unsuru olmadığı¹²⁷, kusurluluğun, işlediği suç dolayısı ile fail hakkında bulunulan bir değerlendirme yargısı olduğu belirtilmektedir¹²⁸.

Biz çalışmamızın bu bölümünde yağma suçunun unsurlarını suç teorisi içerisinde ayrıntılı olarak incelemeye çalışacağız. Bunu yaparken ilgili bölümlerde yağma suçu ile ilgili tartışmalı konuları 765 sayılı Türk Ceza Kanununu da göz önünde bulundurarak mümkün olduğunca karşılaştırmalı olarak ve bu konulardaki doktrin görüşlerini, bunun yanında uygulamanın ne yönde olduğunu göstermek amacı ile Yargıtay'ın yaklaşımlarını da belirteceğiz.

II. KANUNİ UNSUR

Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için öncelikle dış âlemde değişiklik meydana getiren hareketin, ceza kanunundaki tarife yani model veya tipe uygun olması zorunludur. Böyle bir uygunluk bulunmadığı zaman suçun kanuni unsurlarının bulunmadığı ve yapılan hareketin suç olarak vasıflandırılmasının imkânsız olduğu söylenir. Eğer işlenmiş olan fiilin kanundaki suç tanımına uygun olduğu tespit edilirse, fiilin tipik olduğu kabul edilir¹²⁹.

Bununla birlikte suçun genel unsurları içerisinde başta gelen unsur, yapılan hareketin kanuni tarife uygun olmasıdır. '*Kanuni unsur*' denilen¹³⁰ bu husus, bireyin hak ve özgürlüklerinin otoriteye karşı güvenceye alınmasının garantisidir¹³¹. Anayasanın 38. maddesinde, "*Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç*

¹²⁷ Suçun manevi unsuru ile kusurluluğun birbirleri ile irtibatlı ve fakat, içerik ve fonksiyonları bakımından birbirinden ayrı kavramlar olduğu ifade edilmektedir. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi s. 233 vd.

¹²⁸ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz., ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 194 vd.

¹²⁹ EREM FARUK/ DANIŞMAN AHMET/ARTUK MEHMET EMİN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 1997, s. 255

¹³⁰ DÖNMEZER/ERMAN, s. 361

¹³¹ BAKICI, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s. 13

saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.'' hükmü düzenlenmiştir. Yine TCK'nın 2. maddesinde bu husus *"Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz."* hükmü yer almaktadır. Bu hükümler aynı zamanda ulusalüstü belgeler ve uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin iç hukuktaki yansımalarını oluşturmaktadırlar¹³².

Bu ilke ışığında yağma suçunu incelediğimizde; yağma suçunun basit şeklinin TCK'nın 148/1. maddesine göre oluşabilmesi için, bir kişiye karşı cebir kullanılması veya o kişinin, kendisinin ve yakının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden veya malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğrayacağına ilişkin tehdit edilmesi sureti ile taşınır bir malının teslim edilmesi veya malın alınmasına karşı konulmamasının sağlanması gerekmektedir. TCK'nın 148/2. maddesinde yer alan ve yağma suçunun özel bir görünüş şekli olan senedin yağmasında ise tipiklik gerektiren eylemler, bir kişiye karşı cebir veya tehdit kullanarak kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ileride böyle bir senet haline getirilebilecek bir kâğıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur etmektir. Buna göre cebir veya tehdit kullanarak bir başkasının taşınabilir bir malının alınmasının, yağma suçunun tipe uygun eylem unsurunu oluşturduğu belirtilmektedir¹³³. Başka bir ifade ile yağma suçunda kanuni unsur ancak bir kişinin yukarıda sayılan fiilleri gerçekleştirmesi ile oluşacaktır. Aksi takdirde yağma suçundan söz edilemeyecektir.

¹³² 10.01.1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 11/2. Uluslararası Siyasi Ve Medeni Haklar Sözleşmesinin 15., ve 04.10.1950 tarihli İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinin 7/2. maddesinde bu ilkeye yer verilmiştir.

¹³³ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 127

III. SUÇUN MADDİ UNSURU

1- Hareket Ögesi

Yağma suçunun temel şeklinin düzenlendiği TCK'nın 148/1. maddesinde “*Bir başkasını kendisini veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” denilmektedir. Yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, yağma suçunda hareket ögesini, cebir veya tehdit kullanarak, bir başkasına ait malın teslim alınması ya da malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmak oluşturmaktadır. Bu itibarla, yağma suçunun hareket kısmının mağdurun iradesini etkileyerek malın alınması olduğundan icrai davranışla işlenen bir suç olduğu belirtilmektedir¹³⁴. Yine, yağma suçunda failin cebir veya tehdit oluşturan hareketinden başka malın alınması da gerektiğinden yağma suçu çok hareketli bir suçtur. Öte yandan bu suç, cebir kullanarak işlenebileceği gibi tehditle de işlenebileceğinden yağma suçu seçimlik hareketli bir suçtur¹³⁵. Aynı şekilde yağma suçunda cebir veya tehdit hareketin niteliğini oluşturmaktadır. Kanun maddesinde malın alınması bakımından cebir veya tehdidi arandığı, bunların dışında örneğin hile, hırsızlık, sövme gibi hareketler kullanılması durumunda yağma suçunun oluşmayacağı için, yağma suçunun hareketin önemine göre bağlı hareketli bir suç olduğu söylenmektedir¹³⁶.

Bu arada belirtelim ki, yağma suçu araç ve amaç hareketlerden oluşan iki hareketli bir suçtur. İlk önce alma fiilini gerçekleştirmek için cebir veya tehdit hareketine geçirilmektedir. Buna bitişik olarak mal üzerinde yeni bir fiili egemenlik oluşturmak için alma fiili gerçekleştirilmekte olup, ayrıca neticenin gerçekleşmesi (örneğin maldan

¹³⁴ NOYAN, s. 423

¹³⁵ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 129

¹³⁶ ÖZTÜRK BAHRİ/ERDEM MUSTAFA RUHAN/ÖZBEK VELİ ÖZER, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri, 5. Bası, Ankara, 2001, s. 118

faidalanılması) aranmamaktadır. Bu nedenle suçun malın alınması ile tamamlanacağı, bu itibarla yağma suçunun neticesi hareketle bitişik suç olduğu da ifade edilmektedir¹³⁷.

Yağma suçunun özel bir görünüş şekli olan ve TCK'nın 148/2. maddesinde düzenlenen senedin yağması suçunda ise; bir senedi vermeye, senedin alınmasına karşı koymamaya, senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur kılmak amacıyla bir kişinin tehdit edilmesi veya o kişiye cebir uygulanmasıyla suçun maddi unsuru içerisinde yer alan hareket ögesi gerçekleşmektedir.

a- Tehdit Etmek

aa- Tehdit Kavramı ve Kapsamı

Sözlük anlamı ile tehdit, bir kimseye bir işi yaptırmak amacı ile iradesi üzerinde cebri tesir yapmak, gözdağı vermek ve gözünü korkutmaktır. Bu genel anlamı ile tehdit, bireylere tanınmış iç ve dış hürriyetlerin varlığını ihlal edici fillerden oluşmakta ve böylece hukuk düzeni bakımından çeşitli vasıtalarla korunan hürriyet alanlarına müdahaleler gerçekleşmiş olmaktadır. Tehdit ile mağdurun iç dünyası, serbest karar verme özgürlüğü ihlal edilerek istediği gibi davranabilmesi engellenmektedir¹³⁸. Tehdit ile failin isteğinin yerine getirilmemesi halinde belirli bir kötülük yapılacağı mağdura bildirilerek ve mağdurun iç dünyasındaki dinginlik bozularak belirli bir konuda serbest iradesiyle karar vermesini engellenmektedir¹³⁹. Yağma suçunda araç suç olarak kullanılan tehdit, suçun temel şeklinin düzenlendiği TCK'nın 148/1. maddesinde "*Bir başkanını, kendisinin veya yakının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit etmek*" şeklinde açıklanmıştır. Bu düzenleme TCK'nın 106/1. maddede düzenlenen tehdit suçunun temel şekli ile aynıdır. Ayırışan tek nokta

¹³⁷ ÖZGENÇ İZZET/ŞAHİN CUMHUR, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2001, s.115

¹³⁸ ERTOSUN/TAŞKIN, s. 788

¹³⁹ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 342

yağma suçunda, tehdit suçundan farklı olarak sair tehdit haline yer verilmemiş olmasıdır.

Tehdit, mağdurun veya onun bir yakınının yaşamına, beden veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratılacağı beyanıdır¹⁴⁰. Tehdidin doğrudan doğruya ya da dolayısıyla mağdurun kendisine yöneltilmesi zorunlu değildir. Tehdit, doğrudan doğruya mağdura yöneltilebileceği gibi onun anne-baba, kardeş, çocuk gibi yakınlarına da yapılabilir¹⁴¹. Yağma suçunda tehdidin konusu yaşam, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık ve malvarlığıdır. Burada sayılan değerler örnek olarak gösterilmemiş, yani sınırlı olarak sayılmış değerlerdir. Tehdit halinde gerçekleşmesi failin isteğinin yerine getirilmemesi kaydına bağlı tecavüz ve kötülüğün yapılacağı mağdura bildirilmektedir. Tehdidin konusunu kişinin hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye maruz bırakılacağı, suç teşkil eden belli bir fiilin işleneceğinin, genel olarak kuvvet kullanılacağı veya herhangi bir kötülüğün, haksızlığın gerçekleştirileceğinin bildirilmesi oluşturmaktadır. Bir üçüncü kişi vasıtasıyla bu kötülüğün gerçekleştirileceğinin bildirilmesi ile de tehditte bulunulabilir. Bu itibarla bu fiil söz, yazı, sembol, şekil ya da işaret gibi her türlü etkin davranışla işlenebilir¹⁴². Bununla birlikte yoklukta gerçekleştirilen tehdit eyleminde, failin tehdidi muhatabına iletme irade ve kastı ile hareket etmesi gerekli olacağı, muhataba iletme iradesi ile hareket edilmeyen, yalnızca belirli kişiler arasında konuşulan, bir kimseye zarar verme düşüncesi içeren yazılı veya sözlü veya eylemsel hareketlerin suç oluşturmayacağı haklı olarak ifade edilmektedir¹⁴³.

Mağdura yapılan tehdidin onun iç huzurunu bozmaya, kendisinde korku ve endişe oluşturmaya veya iradesini etkilemeye elverişli olmasının yeterli olduğu, tehdidin mutlaka iç huzuru bozması ya da korku ve endişe meydana getirmesinin aranmayacağı, failin eyleminin mağdur üzerinde ciddi bir korku meydana getirmeye elverişli bulunmaması durumunda suçun oluşmayacağı ifade edilmektedir¹⁴⁴. Nitekim

¹⁴⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519

¹⁴¹ ÇINAR ALİ RIZA, Tehdit Suçu, 1. Bası, Ankara, 2002 s. 68

¹⁴² PARLAR/HATİPOĞLU, s. 869

¹⁴³ ERTOSUN/TAŞKIN, s. 404

¹⁴⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 207

Yargıtay'ın bir kararında¹⁴⁵, “Tehdit içerikli sözlerin müşteki üzerinde ciddi korku ve endişe yaratacak elverişlilikte olup olmadığının, eylemin gerçekleştiği ortam, olaya özgü koşullar tarafların bedensel ve ruhsal durumları değerlendirilerek belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.”. Gerçekten de sarf edilen sözler ya da yapılan davranışlar objektif olarak kişiler üzerinde ciddi bir korku ve endişe oluşturma açısından sonuç almaya elverişli değilse tehdidin oluştuğu söylenemeyecektir.

Öte yandan tehdidin gerçekleşip gerçekleşmemesi, muhatabı üzerinde etkili olup olmamasına bağlı tutulmadığı, tehdit suçunun soyut tehlike suçu olduğu, failin kendisinin tehdit konusu saldırıyı gerçekleştirebilecek imkan ve iktidara sahip olduğu kanaatini karşı tarafta uyandırdığını bilmesi gerektiğinin yeterli olacağı, ancak batıl inançlara dayanarak örneğin muska yazarak tehdit suçunun işlenemeyeceği de belirtilmektedir¹⁴⁶. İkna ve telkin sınırlarını aşmayan sözler tehdit olarak nitelendirilmemektedirler¹⁴⁷.

bb- Yağma Suçunda Unsur Olarak Tehdit

Tehdit, yağma suçunda mağdurun malın teslimi ya da malın teslim alınmasına mecbur bırakılmasında araç olarak kullanıldığından, tehdit fiili malın yağmalanması amacını taşııyorsa veya mağdur kendisine yönelik tehditte böyle bir amacı düşünmüyorsa yağma suçu oluşmaz¹⁴⁸. Başka bir deyişle hem fail, hem de mağdur tehdidin malın alınması veya teslimine rıza gösterilmesi için yapıldığını bilmelidir. Örneğin, aralarındaki bir husumet nedeni ile mağdura gözdağı vermek için onu dövmekle tehdit eden kişiye mağdurun para teklif etmesi durumunda yağma suçu oluşmaz. Zira failin tehdidi belli bir malı alma amacını taşımamakta; mağdur yaralanmadan kurtulmak için para teklif etmektedir.

¹⁴⁵ Y. 2. CD., 12.10.2006, 3299E-166374K. (www.kazancı.com.tr)

¹⁴⁶ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 870

¹⁴⁷ ERTOSUN/TAŞKIN, s. 794

¹⁴⁸ ERTOSUN/TAŞKIN, s. 793-794

Öte yandan yağma suçunun oluşması için gerekli olan tehdit fiili sonucu verilen zararın haksız ve güncel olması gerekeceği, örneğin alacağının verilmemesi durumunda kişinin mahkemeye verileceği beyanının haksız bir zararı içermemesi sebebi ile yağma suçunu oluşturmayaacağı, yine yağma suçunda tehdidin yol açtığı tehlikenin gelecekte var olacak bir tehlike değil, zamansal olarak halen devam eden tehlike olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁹. Failin, mağdurda başka bir nedenden kaynaklanan korkudan yararlanarak malı elde etmesi durumunda yağmadan söz edilemeyeceği şartları varsa örneğin, doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korkudan yararlanılmış ise nitelikli hırsızlık hususunun söz konusu olacağı da belirtilmektedir¹⁵⁰.

Yağma suçlarında araç olarak kullanılan tehdit, mağdurun kendisinin veya yakınının hayatına vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceğinden ya da mal varlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratılacağından söz edilerek yapılmış olmalıdır. Yağma suçunda gerçekleştirileceği bildirilen kötülüğün mutlaka malın zilyedine yönelmiş olmasının da gerek olmadığı, tehdit edilenin yakınlık duyduğu üçüncü bir kişiye kötülükte bulunulacağı beyanın da tehdit sayılacağı, söz konusu kişinin tehdit edilenin akrabası olmasına gerek olmadığı belirtilmektedir¹⁵¹. 765 sayılı TCK'nın 495.maddesine göre tehdidin, menkul bir malın zilyedine veya cürüm mahallinde bulunan bir başkasına karşı yönelmesi aranırken, TCK'nın 148. maddesinde gerçekleştirileceği bildirilen kötülüğün yukarıda ifade edildiği gibi, mutlaka malın zilyedine yönelmiş olmasına gerek yoktur. Tehdit edilenin yakınlık duyduğu üçüncü bir kişiye kötülükte bulunulacağı beyanı da tehdit sayılır. Bu şekilde TCK'nın 148/1. maddesinde her ne kadar tehdidin yönelmesi gereken kişi bakımından '*kendisi veya yakını*' gibi bir ibare getirilmiş olduğundan, bu ibare sınırlayıcı bir niteliktedir. Tehdidin kişinin kendisine yapılması durumunda herhangi bir sorun yoktur. Kişinin akrabaları ya da yakınlık duyduğu örneğin bir arkadaşına yapılmasında da her hangi bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak kanunda tehdidin yöneltildiği sujenin kişinin '*kendisi veya*

¹⁴⁹ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 171

¹⁵⁰ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 146

¹⁵¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519

yakını’ olması gerektiğinden, suç yerinde bulunan herhangi bir kişiye yönelik zarar beyanının yağma suçunu oluşturmayacağı ifade edilmektedir¹⁵².

Gerçekten de yağma suçunun temel şeklinin düzenlendiği TCK’nın 148/1. maddesine göre fail, bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarı ile büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehditte bulunarak malın teslimini sağlamaktadır. Bu durumda fail tarafından mağdurun yakınlık duymadığı ancak yağma suçunun gelişim seyri içerisinde, tehdit fiiline muhatap kişi ya da kişilerin ortaya çıkmasında sorun yaşanacaktır. Örneğin bir markete girerek silahlı soygun yapan bir kişi, market sahibine ya da çalışanlarına kasanın anahtarının verilmemesi durumunda müşterilere ateş edeceğini söylediği bir durumda belirtilen kanuni düzenleme nedeni ile yağma suçunun tipikliğinin tespiti açısından sorun yaşanacaktır. Çünkü markette bulunan kişiler o sırada orada tesadüfen bulunan kişilerdir, ancak market sahibinin ya da çalışanların yakını değildirler. Bir görüşe göre¹⁵³ yağma suçları ile etkin mücadele bakımından tehdidin kimin hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yöneldiği o kadar önemli değildir. Suç mahallinde bulunan herhangi bir kişiye veya failin tasavvuruna göre eşyanın alınmasına engel olabileceğini düşündüğü bir kimseye karşı da icbar araçlarının yönelmesi yeterlidir. Aynı yönde görüş belirten bir başka yazara göre ise¹⁵⁴, zorlamanın herhangi bir kimseye yönelik olması yeterli olmayıp, mağdur üzerinde malı teslim veya malın alınmasına karşı koymaya mecburiyet hissi yaratabilecek bir kimseye yönelik olması gerekeceği, nitekim hükümde yer alan ‘*kendisinin veya yakınının*’ ibaresinin bunu açıkça ortaya koyduğu belirtilmektedir.

Kanaatimizce, ‘*yakınlık*’ kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda kanun gerekçesinde de bir hüküm bulunmadığı nazara alındığında, bu ibarenin salt mağdurun yakınlık hissi duyduğu kişiler olarak algılamak, bu bağ dışında kalan kişilerin yağma suçunun işlenmesi sırasında tehdide maruz kalmaları durumunda yağma suçunun oluşmayacağı şeklinde değerlendirmek hakkaniyete uygun değildir. Çünkü öyle

¹⁵² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519

¹⁵³ KOCA, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu, s. 2805

¹⁵⁴ ÖZBEK, Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı,, s. 1051

durumlar söz konusu olabilir ki, bu durumlarda yağma suçunun mağduru daha önce hiç bilmediği tesadüfen orada bulunan bir kişinin zarar görmesini engellemeye ilişkin vicdani sorumluluğuna itilebilir. Bu durumda mağdurun herhangi bir yakınlık hissettiği kişinin ihlal edilecek hayat, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı haklarıyla; mağdur ile suçun işlendiği sırada böyle bir duygusal bağ içerisinde bulunmayan kişinin ihlal edilecek hakları arasında nicelik ve nitelik itibarı ile bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle mağduru malı vermeye zorlayıcı hareketin o sırada kime yapıldığının bir önemi olmaması gerekir. Ancak TCK'da yağma suçunun temel şeklinin düzenlendiği 148/1. maddesinde tehdidin ve cebrin yönelmesi gereken kişinin açıkça mağdurun '*kendisi veya yakını*' olması arandığından bu hususu yukarıda açıklandığı gibi yorum yolu ile aşmak, suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedelemek anlamına gelecektir. Zira kanun koyucu mağdurun yakını dışında kişileri de kapsama dahil etmek isteseydi bunu açıkça belirtirdi. Bu nedenle kanun koyucunun bu şekilde sınırlayıcı bir düzenleme ile hakkaniyete aykırı olabilecek bir düzenleme içerisine girdiği, bu hususun ise ancak kanun koyucunun iradesi ile düzeltilebileceği söylenebilecektir.

765 sayılı TCK'da yağma suçunun düzenlendiği 495/1. maddesinde tehdidin '*şahsen ve malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı*' ile yapılması, yine anılan kanunun 498. maddesinde ise '*her ne suretle olursa olsun hayat veya ırz veya mal hakkında büyük bir zararla korkutarak*' ifadeleri yer almaktaydı. Kişisel ve malvarlığı değerleri dışında, bireye ait başka bir değer esas itibarıyla olmadığı için kişinin hayatına, sağlığına, vücut bütünlüğüne yönelik tehditler gibi, kişi hürriyetine, şerefe, ticari itibarın zedelenmesine yönelik tehditlerin de bu kapsamda kişisel ve malvarlığı değerleri içerisinde kaldığı belirtilmekteydi¹⁵⁵. Gerçekten de '*şahsen ve malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı*' birçok hukuki değeri içerisine alabilecek ve sınırlandırılmayacak bir tabirdir. Örneğin 765 sayılı TCK döneminde verilen bir Genel Kurul kararında¹⁵⁶ cinsel ilişki halinde fotoğraflarını başkalarına göstermek sureti ile şahsen büyük bir tehlikeye uğratacağından bahisle müdahilden para alan sanıkların eyleminin 495. maddesine uyacağı sonucuna varılmıştır. Buna karşılık tehdidin yöneldiği hukuki değerlerin hayat, vücut ve cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı

¹⁵⁵ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 169-170

¹⁵⁶ YGCK., 12.05.1986, 145E/292K (NOYAN, s. 509)

şeklinde sınırlandırılan 5237 sayılı TCK döneminde ise, aynı nitelikli bir olayın şantaj suçu oluşturduğuna karar verilmiştir¹⁵⁷.

Yukarıda ifade edildiği gibi TCK'nın 148/1. maddesinde, tehdidin yöneleceği değerler sınırlandırılarak sayılmıştır. Yapılacak olan kötülük, hayat, vücut veya cinsel dokunulmazlığa ya da malvarlığına yönelik bir kötülük olmalıdır. Tehdit, bu hukuki değerlerin dışında bir değere yönelmiş ise örneğin, bir sırrın açıklanacağından veya o kişi hakkında ihbarda bulunulacağından söz edilerek bir malın teslimi sağlanmışsa, yağma suçu oluşmaz. Duruma göre, hırsızlık, şantaj¹⁵⁸ veya hakaret vb. suçları oluşabilir¹⁵⁹. Yağma suçunda tehdidin yönelik olduğu hukuksal değerlerin bu şekilde sınırlayıcı sayıldığı için bu değerler dışında, şerefe ve özgürlüğe yönelik tehditler gibi hukuksal değerlerin zarara uğratılacağı beyanı ile malın alınması durumunda yağma suçunun oluşmayacağı ifade edilmektedir¹⁶⁰. Doktrinde malvarlığı ile karşılaştırıldığında ondan daha önemli sayılan şeref, kişi özgürlüğü, özel yaşam gibi hukuksal bir değere yönelik zarar beyanının yağma suçunu oluşturmaması eleştirilmektedir¹⁶¹.

Kanaatimizce kanun koyucunun, yağma suçunu hayat, vücut ve cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı değerleri ile sınırlı tutması boşuna değildir. Kanun koyucu kişilerin ihlal edilebilecek nitelikteki tüm değerleri arasında bir tercihte bulunmuştur. Kanun koyucunun tercihlerini hayat, vücut ve cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı yönünde kullanması, bu menfaatlerin birincil nitelikte değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Kanun koyucunun bu tercihi, kanuni düzenlemede kapsamı daha geniş tutabileceği hususunda eleştiriye müsait ise de, yağma suçu için bu şekilde net bir

¹⁵⁷ Bkz. 158 nolu dipnot

¹⁵⁸ "Sanık Duygun ile H. nin yakalanma tarihinden iki hafta önce yakınını telefon ile arayarak; sanık H. nin, kendisini sanık D.nin kardeşi olarak tanıtip, Duygunun trafik kazası geçirdiğini, bu nedenle iki milyar lira yardım etmesini isteyip, yardım etmemesi halinde, Duygunun öldürüp üzerine atacaklarını bildirmesi üzerine, şantaj suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi, yakınanın anlatımına göre de, anılan olaydan önceki tarihlerde sanık Duygunun aralarındaki ilişkiyi ailesine bildireceği tehdidiyle birçok defa para alması biçiminde oluşan eylemin de zincirleme şantaj suçunu oluşturduğunun düşünülmemesi..." Yargıtay 6. CD. 30.01.2007, 951E/478K (MALKOÇ, s. 1278)

¹⁵⁹ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 342

¹⁶⁰ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2264

¹⁶¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519

sınırlamaya gidilmesi, yağma suçu ile karışmaya müsait hırsızlık, şantaj, cebir, irtikap vb. suçlar ile ayrımını sağlama bakımından yerindedir.

Yağma suçunun oluşması için araç olarak kullanılan tehdit içerir fiilin amaç suçu gerçekleştirmek için belli bir ağırlığa ulaşması gerekecektir. Tehdidin boyutu her olaya göre özellik arz etmekle birlikte, belli bir yoğunluğa ulaşmış ve kişi üzerinde malı teslim etmek zorunda bırakacak nitelikte olması, belirli olmayan ve gerçekleşmesi şüpheli olan tehditler, fevren amaçsız olarak ağızdan çıkmış tehdit belirten sözler, yağmada tehdit unsurunun gerçekleşmesine imkan vermez¹⁶². Fail tarafından mağdura yöneltilen tehdit, mağdurda malı teslim etmeye veya alınmasına karşı koymamaya yeter derecede olması gerekir. Bu dereceye ulaşmayan tehdit yağma suçunu oluşturmaz. Örneğin küçük bir çocuğun elindeki şekerin zorla alınması yağma suçunu oluşturmaz. Yağma suçunda tehdit fiilinin belirli bir yoğunluğa ulaşmış olması gerektiği, bir Yargıtay kararında¹⁶³ şu şekilde ifade edilmiştir: *“Sanık alkollü olarak açık alanda yapılan düğün yerine gelip, düğün sahibi tanık İ.Ç.’ye tüfek getirip havaya ateş etmek isteğinden bahsederek kabul edilmemesi üzerine, bu defa yakınının yanına yaklaşarak, ondan para istediği, olumsuz yanıt üzerine, gidip oradan tüfekte ateş ederim, tüfek alırsanız burayı dağıtırım şeklinde konuşmasını sürdürmesi üzerine sabır zorlayan davranışları ile düğün ortamını etkileyeceğini düşünen yakınının sanığa 2 milyon lira verip ortamı terk etmesini istemesine karşın, adı geçeninin ayrılmayıp, halay çekenler ile tartışmaya girdiği olayda, sanık tarafından sergilenen olumsuz davranışların yağma suçunun oluşması için yasada cebir, şiddet, tehdit boyutlarına ulaşmadığı dikkate alınmadan yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır.”* Yargıtay bu kararı ile haklı olarak, yağma suçunun oluşması için tehdidin, yapıldığı ortam ve ciddiyet bakımından tehdit boyutuna ulaşmış olması gerektiğini belirtmektedir. Gerçekten de amaç suçun elde edilmesi için, araç olarak kullanılan tehdidin mağdurun psikolojisi üzerinde zorlama etkisi oluşturacak belli bir yoğunluğa ulaşmış olması şarttır.

¹⁶² DÖNMEZER, s. 430

¹⁶³ Y. 6. CD., 01.04.2003, 24330E/1135K. (www.kazancı.com.tr)

Hayata, vücut veya cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı itibarı ile büyük bir zarara uğratılacağı yönündeki mağdura karşı kullanılan tehdidin elverişli olması gerektiği de ifade edilmektedir¹⁶⁴. Tehditten söz edilebilmesi için, failin gerçekten kötülüğü gerçekleştirmek isteyip istemediği veya kötülüğün gerçekleştirilebilir olup olmadığı önem taşımaz. Önemli olan mağdurun bunu böyle algılamış olmasıdır. Aynı şekilde yaşam, beden veya cinsel bütünlüğünün gerçekten bir tehlikeye maruz bırakılmış olmasına da gerek yoktur. Bu nedenle örneğin oyuncak tabanca ile tehdit dahi bu suçun oluşması için yeterlidir¹⁶⁵. Nitekim bu husus kanun gerekçesinde *“Yağma suçunun tamamlanabilmesi için, kullanılan cebir veya tehdidin etkisiyle mağdur malı teslim etmeli veya malın alınmasına karşı koymamalıdır. Bu bakımdan kullanılan cebir veya tehdidin kişiyi malı teslim etmeye veya alınmasına ses çıkartmamaya yöneltmeye elverişli olması gerekir. Bu nitelikte olmayan bir cebir veya tehdit, sırf mağdurun normalden fazla ürkek olması nedeniyle, malı teslim etmeye veya alınmasına yöneltmişse, yağma suçundan söz edilemez ve fiilin hırsızlık olarak nitelendirilmesi gerekir.”*¹⁶⁶ denilerek açıklanmıştır.

Yağma suçunun oluştuğunun kabulü için, sergilenen olumsuz davranışların hangi durumlarda tehdit boyutuna ulaştığının tespiti kuşkusuz failin dışı yansıttığı davranışlar ve bu davranışların yapıldığı zaman, ortam gibi değişkenlere göre belirlenecektir. Ancak bu belirlemeyi yapmak her zaman o kadar kolay olmayabilir. Örneğin Yargıtay vermiş olduğu bir kararında¹⁶⁷ *“Sanığın, yakınana açık kimliği saptanamayan iki kişi ile birlikte, durakta bekleyen yakınanın yanına gelerek, telefonu olup olmadığını sorup, yakınanın olmadığını söylemesi üzerine, herhangi bir tehdit içeren söz söylemeden ve zor kullanmadan (bana Hakan derler) diyerek yakınanın cebindeki telefonu alarak uzaklaştıklarının anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCY’nın 141/1, 143/1 maddelerine uyan hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden...”* demek sureti ile tehdit boyutuna ulaşmayan davranışları yağma suçunun oluşması açısından yeterli olarak kabul etmemiştir. Anılan karardan anlaşılacağı üzere Yargıtay, birden fazla kişi ile mağdurun yanına gelinip, içlerinden birinin *“Bana Hakan derler”* dışında tehdit

¹⁶⁴ ESEN, s. 168

¹⁶⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519-520

¹⁶⁶ Gerekçenin tamamı için, bkz. GÜNEY/ÖZDEMİR/BALO, s. 442-443

¹⁶⁷ Y. 6. CD. 07.02.2007, 10763E/1449K (MALKOÇ, s. 1278)

içermeyen sözün söylenmesinden sonra, mağdurun cebinden telefon alınması olayını hırsızlık olarak kabul etmiştir. Halbuki mağdur tarafından, telefonun alınmasına direnç gösterilmesi durumunda, failer tarafından cebir ya da tehdit kullanılacağı yüksek bir olasılıktır. Ancak Yargıtay haklı olarak failerin dışa yansıyan “*Bana Hakan derler*” sözü dışında tehdit içermeyen ve bunun dışında başkaca davranışları bulunmayan, ancak mağdur tarafından direnç gösterilmesi ihtimalinde, tehdit ya da cebir kullanılması olasılığının yüksek olması durumunu, yağma suçunun oluşumuna elverişsiz ve tehdit boyutuna ulaşmayan fiil olarak değerlendirmiştir. Bu şekilde Yargıtay yağma suçunun oluşabilmesi için failin tehdit boyutuna ulaşan bir davranışının dışa yansımaları gerektiğini aramıştır.

Ancak Yargıtay daha sonraki tarihte vermiş olduğu ve bizce eleştiriye müsait kararında¹⁶⁸ “*Çevresinde psikopat olarak tanınıp sık sık yakınının okuduğu okulun çevresine takılan sanığın olay günü saat 11.30 sıralarında, okulun önünde karşılaştıkları ve yaşça kendisinden küçük olan yakınandan cep telefonunu isteyip, yakınının telefonunun olmadığını söylemesine karşın, üzerini arayıp, korkusundan karşı koymayan yakınının ceketinin cebinde bulunduğu telefonu alıp kaçması biçiminde gerçekleşen ve kabul edilen olayda; sanığın, psikopat olarak tanınmasının çevresinde korku meydana getirdiğini bilerek, yağma suçunun tehdit unsurunu oluşturan bu olgundan yararlanarak gerçekleştirdiği eylemin yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde hırsızlık suçundan hükümlülüğüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...*” diyerek çevresinde olumsuz kişilik özellikleri ile tanınan ve psikopat olarak tanınan bir kişinin mağdurun üzerini arayarak telefonunu almasından ibaret olayda yağma suçunun varlığını kabul etmiştir.

Kanaatimizce Yargıtay’ın anılan kararı belirli sakıncalar taşımaktadır. Her şeyden önce, yağma suçunun oluşması için araç suç niteliğinde olan tehdidin oluşması için failin muhatabına objektif olarak onun hayatı, vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceği ya da malvarlığı itibarı ile bir zarara uğratacağının bildirilmesi gerekmektedir. Fail bu niyetini ancak dışa yansıyan ve muhatabı tarafından

¹⁶⁸ Y. 6. CD, 16.10.2009, 2007/22151E, 2009/14114K. (www.adalet.org)

algılanacak fiili davranışları ile gösterebilir. Bu nedenle kararda belirtildiği gibi, failin psikopat olarak tanınmasının çevresinde korku meydana getirdiğini bilerek, mağdurdan malını teslim etmesini istemesi, onun olumsuz kişilik özelliklerinin tehdit unsurunun oluşumunda yeterli saymak anlamına geleceği gibi bir sonuç ortaya çıkarır ki; bunun böyle kabulü, suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedeleyebileceği gibi, kişilerin hukuki güvenliğini de ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Kaldı ki psikopatlık olarak adlandırılan olumsuz kişilik özelliği subjektif bir kavram olup, kişilerce farklı yorumlanmaya ve algılanmaya müsaittir. Her ne kadar anılan kararda anlatılan olayda yine mağdurun direnç göstermesi durumunda tehdit ve cebir kullanılacağı yüksek olasılık ise de, bunun mutlaka fiili bir davranış ile muhatabına iletilmesi gerekmektedir. Muhatap tarafından failin olumsuz kişilik özelliklerine sahip olduğu bilinse dahi, sadece bu durumun tek başına yağma suçunun oluşumunda araç olarak kullanılması gereken tehdit unsurunu oluşturduğunun kabulü, failin dışa yansıyan fiili bir davranışı olmaması nedeni ile sakıncalı bir değerlendirme olacaktır.

Bu durumda yağma suçunun gerçekleşmesi için araç suç niteliğindeki tehdidin hangi durumlarda oluştuğunu tespit etmek gerekmektedir. Kuşkusuz tehdidin hangi boyuta ulaştığında yağma suçunu oluşturduğunun kabulü hususunda objektif bir ölçü koymak bizce imkansızdır. Araç suç niteliğinde olan tehdit fiilinin hangi durumda yağma suçunun oluşumuna elverişli olduğu, yapılan tehdidi ortaya koyan ve dışa yansıyan fiili davranışların niteliği, tehdidin yapıldığı şahıs, zaman yer, ortam gibi tüm değişkenler birlikte düşünerek her somut olay için hakim tarafından değerlendirme yapılarak belirlenecektir. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre; bir kötülük tehdidi önemli bir değer kaybıyla bağlantılı ise ve tehdit edilenin objektif bir karar vermesini etkileyebilecek nitelikteyse ağır saymak gerekecektir. Tehditte belirtilen tehlike, neticeyi meydana getirmeye yetmiş ise büyük sayılması gerekecek, ancak tehditte büyük bir tehlikeye uğratılacağından bahsedildiği için, uğratılacağı bildirilen kötülüğün malın teslimi ile karşılaştırıldığında daha ciddi bir boyutta olması gerekecektir. Tehdit edilen kötülük ile malın teslimi arasında böyle bir oran yoksa, hırsızlık ve cebir kullanma suçlarının oluşacağı ifade edilmektedir¹⁶⁹. Gerçekten de tehdidin konusu kişinin bulunduğu şartlar içerisinde objektif olarak malın teslimini zorunlu kılıyor, kişi

¹⁶⁹ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 170

ne olursa olsun tehdit edildiği hukuki değeri korumak için malın teslimi zorunda bırakılıyor ise, yapılan tehdidin boyutu yağma suçunun tipikliğine uygun olacaktır.

b- Cebir Kullanmak

aa- Cebir Kavramı ve Kapsamı

Arapça kökenli olan ‘*cebiri*’ kelimesinin Türkçe’deki karşılığı ‘*zor*’ ve *zorlayış*’ manalarına gelmektedir¹⁷⁰. 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki cebir kavramının, maddi ve manevi cebri kapsayan genel bir terim olarak kullanıldığı, cebir kavramı kullanıldığında, gerek şiddetin gerekse tehdidin kast edildiği, buna mukabil, kanunda sadece şiddet terimi kullanıldığı hallerde, bunun tehdidi de kapsamadığı, tehdidin maddi cebir anlamında şiddet olmadığı ifade edilmektedir¹⁷¹. Buna karşılık TCK’da manevi cebrin (tehdit) cebir kavramı dışında tutulduğu gözlemlenmektedir. Cebirde fiziksel etki, tehditte ise manevi etki söz konusudur. Cebir ve tehdit birbirinden farklı nitelikte zorlama araçları olmalarına rağmen mağdurun irade oluşturma, iradi karar verme ve hareket etme özgürlüğü üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirerek failce istenilen neticeyi sağlamaları bakımından birleştikleri belirtilmektedir¹⁷². Gerçekten de yağma suçunda cebir kullanılması durumunda mağdurun üzerinde fiziki etki oluşturarak, tehdit kullanılması durumunda ise manevi etki oluşturarak nihai netice olan malın teslimi sağlanmaktadır.

Türk doktrin ve uygulamasında ise cebir kavramı üzerinde yazarların farklı tanımlamalar yaptıkları müşahade edilmektedir. Cebir kullanma suçu 765 sayılı TCK’nın 188. ve 5237 sayılı TCK’nın 108. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Gerek 765 sayılı TCK’nın yürürlükte bulunduğu dönemde gerekse 5237 sayılı TCK’nın yürürlükte bulunduğu dönemde yazarlar tarafından cebir kavramına yüklenen hukuki

¹⁷⁰ www.tdk.gov.tr

¹⁷¹ ERTOSUN/TAŞKIN, s. 784

¹⁷² KOCA, Yağma Cürümleri, s. 132

anlam konusunda bir birliktelik bulunmadığı, yazarlar tarafından cebir kavramının dar ve geniş olarak yorumlandığı görülmektedir.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde *Tezcan/Erdem*, kanunun 188. maddesinde tanımlanan şartlı tehdit suçunda unsur olan zor kullanmayı (cebir), mağdurun karşı koymasını güçleştiren veya ortadan kaldıran vücuda yönelik etki olarak tanımlandıktan sonra, yağma suçunda unsur olan cebir ve şiddeti ise, gerçekleştirilmiş bir direnmeyi kırmak veya daha sonra gerçekleştirilecek direnmeyi engellemek amacıyla yapılan, kişiye yönelik her türlü fiziki zorlama olarak ifade etmektedir¹⁷³. Bu tanımdan hareketle yazar tarafından her türlü fiziki zorlama üzerinde durulduğundan yazarın geniş anlamda cebir kavramına taraftar olduğu söylenebilecektir. *Dönmezer* ise cebir ve şiddeti, mağdur üzerinde onun mukavemetini kıran veya beklenen bir mukavemeti bertaraf eden her türlü maddi tazyik fiilleri şeklinde tanımlayarak¹⁷⁴ cebir kavramına dar anlam yüklemektedir. *Cihan'a* göre cebir, harici olan herhangi bir harekette meknuz bulunan, bir başka şahsın kendi iradesine uygun şekilde hareketini, hareket etme yeteneğini kaldıran veya paralize etmeye yönelen, o kişiyi hareket etmeye veya hareketten alıkoymaya zorlama konusunda elverişli bulunan fiziksel harici araçlar şeklinde tanımlanmaktadır¹⁷⁵. Bu tanıma göre yazarın cebri geniş anlamı ile kabul ettiği söylenebilir. *Özgenç/Şahin'e* göre ise cebir, bir kişiye halen hissedebileceği bir kötülük, tecavüz icrası suretiyle, bu veya üçüncü bir kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesidir¹⁷⁶. *Artuk/Gökçen/Yenidünya* ise cebir ve şiddeti, kişi veya eşyaya karşı maddi kuvvetin haksız olarak kullanılması olarak tanımlamaktadırlar¹⁷⁷. *Soyaslan* ise tam ve tam olmayan şiddet ayrımı yaparak, tam şiddeti mağdur üzerinde onun bir şey yapmasını ve önlemesini sağlayan hareket özgürlüğünü sınırlayan doğrudan fiziki enerji kullanımını olarak, tam şiddet kullanımı ile aynı sonucu doğuran ancak mağdurun tamamen veya kısmen isteme ve hareketsiz bırakan her fiili, tam olmayan şiddet olarak belirttikten sonra cebir ve şiddeti, ceza kanunun anladığı anlamda, gerçek veya farazi bir engeli bertaraf etmek için fiziki bir

¹⁷³ TEZCAN DURMUŞ/ERDEM MUSTAFA, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Bası, İzmir 2002, s.46, 543

¹⁷⁴ DÖNMEZER, s. 338

¹⁷⁵ CİHAN EROL, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul, 1978, s. 66

¹⁷⁶ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 408

¹⁷⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 61, 258

enerjinin kullanılması olarak tanımlamaktadır¹⁷⁸. Uygulamada Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda ise cebir ve şiddetin, mağduru fiziki yönden etkileyen yani onun mukavemetini bertaraf eden her türlü maddi tazyik hareketleri olduğu belirtilmiştir¹⁷⁹. Bununla birlikte 765 sayılı TCK'nın 501. maddesine ve 5237 sayılı TCK'nın 148/3. maddesine göre, bir kimsenin kendini bilmeyecek veya savunamayacak hale getirilmesi de maddi cebir sayılmaktadır. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi cebir kimi yazarlar tarafından salt maddi kuvvet olarak algılanırken kimi yazarlar tarafından ise salt maddi kuvvetin yanında fiziki kuvvet kullanılmadan mukavemetin engellendiği durumları da içerecek şekilde bedensel etki yaratan haller de cebir kavramı içerisinde mütalaa edilmektedir.

Öte yandan TCK'nın 108. maddesinde cebir suçu düzenlenmektedir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere¹⁸⁰, cebir kullanma suçu aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, kasten yaralama suçundan farklı olarak, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için kişiye karşı cebir tatbik edilmektedir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki günün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Yağma suçunda cebir ise, bir malın alınmasını sağlayan bir unsurdur. Bu bakımdan cebir suçunda fail muhatabından, onun aktif ya da pasif durumda kalmasını sağlayarak bir menfaat elde etmektedir. Yağma suçunda da fail, menfaatin taşınır mal olarak sınırlandırıldığı bir şeyi mağdurdan aktif ya da pasif durumda kalmasını sağlayarak teslimini istemektedir. Bu bakımdan her iki suçta da mağdurdan bir istek söz konusudur, ancak istenilen şeylerin konusu farklılaşmaktadır. Bu nedenle TCK'nın 148/3. maddesindeki istisnai hüküm ayrık tutulmak koşuluyla, cebir suçundaki zorlamayı gerektirecek fiil ile yağma suçunda unsur olan cebir kullanma halinde zorlamayı gerektirecek fiil arasında bir farklılaşma bulunmamaktadır.

Yukarıda ifade edildiği gibi cebir suçunun düzenlendiği madde gerekçesinde, cebir kullanma suçu aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmakta ve cebre maruz

¹⁷⁸ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 584-586

¹⁷⁹ Y. 6. CD., 20.08.2001, 2001/12520E-2001/10312K, (NOYAN, s. 505)

¹⁸⁰ Madde gerekçesinin tamamı için bkz. ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 812

kalan kişi bu fiziki gücün etkisi ile belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır¹⁸¹. Kasten yaralama suçu ise, TCK'nın 86/1. maddesinde kişinin vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan davranışlar olarak sayılmıştır. Bu durumda cebre maruz kalan kişinin bu fizik gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir yönde davranmaya zorlandığı belirtilmek suretiyle, cebrin kasten yaralamayı oluşturan seçimlik hareketlerden sadece acı veren türdekilerle gerçekleştirilebileceği, dolayısıyla kişi üzerinde uygulanan fiziki gücün vermiş olduğu acıdan kaynaklanan zorlamaların cebri oluşturacağı; buna karşılık acı vermeyen, ancak sağlığı bozan ve algılama yeteneğini '*etkileyen*' hareketlerin cebirde varlığı aranan fiziki zorlamayı oluşturmayacağı ifade edilmektedir¹⁸². Bu durumda yukarıda değindiğimiz gibi yağma suçunda araç olan cebir ile, TCK'nın 108. maddesinde tanımlanan cebir suçunu oluşturan fiillerin her ikisi arasında bir fark bulunmadığından, vücuda acı veren fiziksel zorlamaların dışında, sağlığı bozan ya da algılama yeteneğini '*etkileyen*' hareketlerin TCK'nın 148/1. maddesinde tanımlanan yağma suçunun tipikliği içerisinde değerlendirilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak kanun koyucu bu sakıncayı bertaraf etmek için çalışmamızın ileriki bölümlerinde inceleyeceğimiz üzere yağma suçunda istisnai bir düzenlemeye giderek, TCK'nın 148/3. maddesinde "*Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunmayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır.*" hükmünü getirmiştir. Bu itibarla kanun koyucu istisnai nitelikteki bu hüküm ile cebir suçundan farklı olarak hipnoz, uyuşturucu madde vermek sureti ile kişiyi iradesinin etkisiz hale getirilmesi durumlarını yağma suçunda cebir olarak değerlendirmiştir. Bu şekilde yağma suçunun düzenlendiği TCK'nın 148. maddesinde cebir kavramına, maddi kuvvet kullanmanın yanında mağdurda fiziksel etki eden hallerinde yüklenerek, cebrin geniş şekilde düzenlendiği söylenebilecektir.

Bu bilgiler ışığında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdikten sonra doktrinde cebir kavramına yüklenen anlamlarda da değişiklik olduğu gözlenmektedir. Bu bağlamda, *Aydın* cebri, gerçekleştirilmiş bir direnmeyi kırmak veya daha sonra gerçekleştirilecek direnmeyi engellemek amacıyla kişiye yönelik her türlü fiziki

¹⁸¹ Nitekim cebir ile kasten yaralama suçu arasında genel-özel norm ilişkisi olduğu ileri sürülmektedir. CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 344

¹⁸² ÜZÜLMEZ İLHAN, Yeni Türk Ceza Kanunun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Çerçevesinde Tehdit, Şantaj, Cebir Kullanma Suçları, 1. Bası, Ankara, 2007, s. 47

zorlama anlamına geldiğini ifade etmektedir¹⁸³. *Özbek* cebri, zorlayıcı etki yaratan her türlü davranış olarak ele almaktadır¹⁸⁴. *Tezcan/Erdem/Önok* ise cebrin, gerçekleştirilmiş bir direnmeyi kırmak veya daha sonra gerçekleştirecek direnmeyi engellemek amacıyla yapılan kişiye yönelik her türlü zorlayıcı etki meydana getiren davranış anlamına geleceğini, örneğin korkutmak amacıyla silah ateşlemek veya yırtıcı bir köpekle beklemek veya önceden mağdurun direnmesini önlemek için onu kapalı bir yere kilitlemenin cebir için yeterli olacağını ileri sürmektedir¹⁸⁵. *Centel/Zafer/Çakmut* cebri, mağdura fiziki olarak etki eden her türlü maddi taziyik hareketleri olduğunu belirtmektedirler¹⁸⁶. *Artuk/Gökçen/Yenidünya*'ya göre cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir¹⁸⁷. *Toroslu*'ya göre cebir, gerçek veya varsayılan bir engeli ortadan kaldırmak için fiziki enerji kullanmaktır şeklinde tanımlanmaktadır¹⁸⁸. *Noyan* yağma suçu bakımından cebir kavramına, malın sahibine veya zilyedine fizik bakımından tesir eden her türlü maddi hareketlerdir şeklinde açıklama getirmiştir¹⁸⁹.

Bu açıklamalardan sonra, kanaatimizce 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra cebir kavramına yüklenmesi gereken hukuki anlamın, bir kişiye karşı maddi kuvvet kullanma veya kuvvet uygulamanın yanında o kişinin vücuduna bedensel olarak etki eden sonuç almaya elverişli her türlü zorlayıcı davranışta bulunarak o kişinin aktif ya da pasif mukavemetini kırarak iradesini etkisiz kılmak sureti ile menfaat temin etmek olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

¹⁸³ AYDIN, s.247

¹⁸⁴ ÖZBEK, s. 1051

¹⁸⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 517

¹⁸⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 344

¹⁸⁷ ARTUK /GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 203

¹⁸⁸ TOROSLU, Ceza Hukuku,Özel Kısım, s. 69

¹⁸⁹ NOYAN, s. 505

bb- Yağma Suçunda Unsur Olarak Cebir

Cebir, mağdura fiziki olarak etki eden her türlü maddi tazyik hareketleridir. Cebir, ağır veya hafif olabilir. Müessir fiil derecesine ulaşması da şart değildir. Cebir hareketlerinin mağdurun bedeninde iz bırakmış olması zorunlu değildir¹⁹⁰. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Kişi zorlanmasına rağmen belli bir iradeye sahiptir¹⁹¹. Ancak bu irade hukukun değer vermediği zorlanmış bir iradedir.

Yukarıda açıkladığımız üzere cebir kavramını, bir kişiye karşı maddi kuvvet kullanma veya kuvvet uygulamanın yanında o kişinin vücuduna bedensel olarak etki eden sonuç almaya elverişli her türlü zorlayıcı davranışta bulunarak o kişinin aktif ya da pasif mukavemetini kırarak iradesini etkisiz kılmak sureti ile menfaat temin etmek olduğunu değinmiştik. Bu bakımdan mağdura karşı fiziki kuvvet kullanmanın yanında bu nitelikte olmayan mağdurun vücudunda etki meydana getiren (hipnoz, uyuşturucu madde verme vb.) hareketlerde cebir kavramı içerisinde değerlendirilecektir. Bununla birlikte cebir ve şiddetin vücuda yönelik olmasının yeterli olduğu, vücutla temasın zorunlu olmadığı, bunun için örneğin korkutmak amacı ile silahı ateşlemek veya yırtıcı bir köpekle beklemek veya önceden mağdurun direnmesini önlemek için onu kapalı bir yere kilitlemenin yeterli olduğu belirtilmektedir¹⁹². *Koca*'ya göre ise, TCK.bakımından kişi üzerinde zorlayıcı etki doğuran her türlü hareketin yağma suçunda cebir sayılamayacağı cebrin, kasten yaralama ile özdeş görülmesi nedeni ile bu aşamaya gelmeyen ve fakat kişinin bedeni üzerinde zorlayıcı hareket doğuran hareketlerin yağma suçu bakımından tipik olmaktan çıkardığını belirtmiştir. Buna örnek olarak bir kimseyi hukuka aykırı olarak odaya kilitledikten sonra evdeki eşyaların alınmasını, kişiye karşı fiziki güç kullanılmadığı ve bunun meydana getirdiği acının etkisi ile mal alınmadığı için yağma suçu içerisinde değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir¹⁹³. Yargıtay ise

¹⁹⁰ ASLAN/AZİZOĞLU, s. 647

¹⁹¹ MERAN, s. 108

¹⁹² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 517; ERTOSUN/TAŞKIN, s. 784; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 344; ESEN, s. 166

¹⁹³ KOCA, Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu, s. 2806

vermiş olduğu bir kararında¹⁹⁴ “Sanıkların, 05.30’da alkollü biçimde yakınanların çalıştığı Ersin Petrol isimli işyerine gittikleri, sanık Hüseyin’in küfrederek yakınanlara kahve yapmalarını söylediği ve sert şekilde bağırıp konuştuğu, cep telefonlarını istediği, kartlarını çıkararak geri verdiği ve tuvalete girmelerini isteyip, kolluğa bildirmemelerini söyleyerek, kapıyı üstlerine kapattığı olayda sanıkların mağdurların üzerine, karşı koymalarını engellemek biçimde baskı kurduklarının anlaşılması karşısında eylemleri yağma suçunu oluşturduğu halde yazılı biçimde hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” demek sureti ile herhangi bir fiziki güç kullanarak mağdurda oluşturulan acının etkisi olmadan, sırf mağdurun karşı koymalarını engellemek sureti ile baskı kurarak ve onların hürriyetini sınırlayarak yağma suçunun oluşabileceği sonucuna varmıştır.

Kanaatimizce de, TCK’da cebre yüklenen anlam nedeni ile kişi üzerinde zorlayıcı etki doğuran her türlü hareket yağma suçunda cebir sayılamaz. Zira, cebirden bahsedilebilmesi için kişinin acı hissetmesi ve bu acının etkisi ile belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanması gerekmektedir¹⁹⁵. Bu bağlamda örnek olarak verilen, kişinin malın alınmadan önce kapalı bir yere kilitlenmesi, yırtıcı bir köpek ile beklenme, silahla ateş etme gibi, kişinin iradesini etkisiz kılan ancak onun vücuduna doğrudan temas içermeyen ya da hap, uyuşturucu madde vermek gibi vücutta etki oluşturmeyen eylemler yağma suçunda cebir olarak değerlendirilemez. Öte yandan bu tür eylemler kişiyi kendisini bilemeyecek hale getirecek nitelikte olmadığı için TCK’nın 148/3. maddesi kapsamında düzenlenen cebir karanesi içerisinde de değerlendirilemeyeceği her türlü izahtan varestedir. Ancak yırtıcı köpeğin serbest bırakılarak mağdura saldırmasının sağlanması, kişiyi hürriyetinden yoksun kılarken zor kullanılması¹⁹⁶ hallerinde yağma suçu oluşacaktır. Yine olayın özelliğine göre bu tür fiiller şartları oluşmuş ise tehdit olarak değerlendirilirse yağma suçu oluşabilecektir.

¹⁹⁴ Y. 6. CD. 01.06.2004, 1524K/7128E, (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2261-2262)

¹⁹⁵ Türk Ceza Kanunu’nun 108. maddesi gerekçesi, ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 812

¹⁹⁶ “Sanıkların geceleyin saat 21.30 sularında yakınan M.ye ait markete girerek yakınanı bıçakla tehdit edip, el ve ayaklarını bağlayıp, tuvalete götürüp, kapısını kilitleyerek, marketten 435.250.000 TL. değerinde para ve eşya aldıkları bu sırada işyerine müşteri olarak gelen yakınan H.ı da bıçakla tehdit ederek el ve ayaklarını bağlayıp, cep telefonu ile 8.500.000 TL. parasını aldıklarının anlaşılması ve kabul edilmesi karşısında; sanıklarının eylemlerinin 765 sayılı TCY. nın 499/1.2. cümle , 59/2 (iki kez) maddeleri ile 5237 sayılı TCY. nın 149/-a, c,d, h, 62/1; 109/2-3/a, b, 62/1. (iki kez) maddelerine uyan suçları oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde uygulama yapılması” Y. 6. CD. 08.02.2007, 12213E/958K, (MALKOÇ, s. 1313)

Yağma suçunun unsuru olan cebirin insana karşı uygulanması gerekip eşyaya yönelik cebirde yağma suçunun oluşmayacağı¹⁹⁷, ancak eşyaya yönelik davranış kişiye karşı kullanılan bir cebir olarak kabul edilmese bile, kişi üzerinde zorlayıcı etki doğuran bu tür hareketlerin tehdit niteliğinde olduğu ifade edilmektedir¹⁹⁸. Dolayısı ile yağma suçu tehdit ile de işlenebileceğinden yağma suçu oluşabilecektir. Ancak bu hareketler kişi üzerinde zorlayıcı bir etki doğurmuyorsa, olayın özelliğine göre konut dokunulmazlığını ihlal veya mala zarar verme suçunu teşkil edebilecektir¹⁹⁹.

Yine uygulamada kapkaç olarak nitelendirilen, mağdurun üzerinde bulunan eşyayı çekip kaçma biçiminde gerçekleşen olayların hırsızlık mı, yoksa yağma suçunu mu oluşturacağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Buna göre doktrinde genel kabul gören görüşe göre²⁰⁰, bir çantanın, yıldırım hızı ile çekilip alınması durumunda cebir ve şiddet bulunmadığından hırsızlık suçunun oluşacağı, çantanın mağdur tarafından kullanılan direnci bertaraf etmek sureti ile alınmış olması durumunda cebir ve şiddetin bulunduğu²⁰¹, bu nedenle doğrudan eşyaya yönelik cebirin dolaylı olarak kişi üzerinde fiziki etki meydana getirmesi durumunda²⁰², yağma suçunun oluşacağı ifade edilmektedir²⁰³.

¹⁹⁷ "Yürümekte olan yakınının yanına yaklaşarak, omzunda asılı çantayı almak isteyen, yakınının vermek istememesi üzerine çeken ve çantanın saplarının kopması sonucu atarak kaçan sanığın eyleminde, yağma boyutuna ulaşan cebir, şiddet ve tehdit bulunmadığı gözetilmeden hırsızlığa teşebbüs yerine yazılı şekilde yağma suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır." Y. 6. CD01.1.2.2004, 7944E/13345K, (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2262)

¹⁹⁸ NOYAN, s. 509

¹⁹⁹ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 345

²⁰⁰ AYDIN, s. 247; ÖZBEK, s. 1052; CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 345; EKİNCİ/ESEN, s. 92

²⁰¹ "Saat 19.00 sıralarında C.Alişveriş merkezinin otoparkına aracını park edip, eşiyle birlikte markete doğru yürüyen yakınının, kolunda asılı olan çantasının, sanığın kullandığı aracın içerisinden sarkan şahıs tarafından çekilmesi ve yakınının vermek istememesi üzerine yere düşürüp yuvarlanması sonucu çantayı bırakmak zorunda kalması biçiminde gerçekleşen eylemin, yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden..." Y. 6. CD. 11.10.2006, 5456E/9635K, (MALKOÇ, s. 1278)

²⁰² "Sanığın hareket halindeki araç ile, mağdurun elindeki çantayı kapıp kaçmak isterken, mağdurun direnmesi üzerine çantanın parçalandığı, içindeki eşyanın yere saçıldığı, sanığın boş çantayı alıp kaçmak şeklinde gelişen olayda, yağma suçu için aranan zor ve şiddet unsurunun, mağdurun şahsına yönelik olduğuna ilişkin delillerin neler olduğu karar yerinde açıklanıp gösterilmeden, yazılı şekilde TCK'nun 495/1. maddesi ile uygulama yapılması..." Y. 6. CD. 05.04.2004, 8755E/3934K, (EKİNCİ/ESEN, s.92)

²⁰³ Doktrinde kabul edilen bu genel görüş; yağma suçu ile korunan hukuki yarara hizmet etmediği, yağma suçunda önemli olan direnmenin veya cebirin şiddeti değil, varlığı ve etkisi olduğu, mağdurun kolundaki çantayı yıldırım hızı ile almak isteyen fail mağdurun kolunu çıkarmışsa yağmanın varlığını kabul, fazla bir yaralamaya yol açmamışsa ret etmenin yağma suçunun konuluş amacı ile

Cebir ve tehdit eylemlerinin her hangi bir nedenle bu eylemlerden etkilenmesi mümkün olmayan mağdura karşı işlenmesi durumunda hırsızlık suçunun oluşacağı ifade edilmektedir²⁰⁴. Bu kapsamda bir kimsenin yağma amacı ile harekete geçip uyguladığı cebir ile mağdurun ölümüne neden olduktan sonra üzerindeki malı almasının yağma suçunu oluşturacağı²⁰⁵, ancak bir kimseyi öldürdükten sonra sonradan oluşan kastla üzerindeki malın alınmasının hırsızlık suçunun oluşturacağı belirtilmektedir²⁰⁶.

Ruhsal bakımdan kendisine yönelik hareketi algılayamayan bir mağdura karşı işlenen yağma suçunda cebrin kabul edilip edilemeyeceği hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. TCK'nın 148/3. maddesinde failin davranışları sonucunda mağdur kendisini savunamayacak hale sokulmaktadır. TCK'nın 149/1-e maddesinde ise ruhsal bozukluğu olan mağdur zaten kendisini savunacak bir halde değildir. Bu durumda, bu nitelikte kişilere yönelik hırsızlık eylemlerinin de yağma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, failin mağdurun akıl hastası olduğunu bilmesi ve buna rağmen üzerindeki eşyayı almasının TCK'nın 149/1-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁰⁷. Kanaatimizce de TCK'nın 149/1-e maddesi karşısında akıl hastalığı, yaş küçüklüğü sebebi ile cebir ve tehdit eylemlerinin, bunları algılayamayan kişilere karşı taşınır malın alınması amacı ile yapılması da yağma suçu içerisinde değerlendirilecektir²⁰⁸.

bağdaşmayacağı, faildeki kastın ve uyguladığı cebrin yoğunluğunun temel cezanın belirlenmesinde esas alınması gerektiği ileri sürülerek eleştirilmiştir. ERTOSUN/TAŞKIN, s. 785

²⁰⁴ ASLAN/AZİZOĞLU, s. 647

²⁰⁵ "... O halde sanıkların maktulün parasını almaya karar verip maktul sağ iken maddi cebir oluşturan icrai hareketlere başladıkları ve bunun sonucunda onu öldürerek parasını aldıkları anlaşıldığına göre eylemleri yağma suçunu oluşturur. Ancak, eğer sanıklar maktulün parasını alma kararı ile hareket etmeksizin onu öldürdükten sonra, o anda oluşan ani bir kararla ve kastla parasını almak eylemini gerçekleştirmiş olsalardı, öldürme eylemi (kasten öldürme) paranın alınmasına yönelik olmadığından, paranın öldürdükten sonra alınması hırsızlık suçunu oluştururdu..." YCGK. 11.04.1994, 1-68E/94K. (www.kazanci.com.tr)

²⁰⁶ MERAN, s. 109; TEZCAN/DURMUŞ/ERDEM; s. 517, ESEN, s. 167; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 344

²⁰⁷ ERTOSUN/TAŞKIN, s. 788

²⁰⁸ 765 sayılı TCK döneminde bu yönde bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu nedenle zorlama eylemlerine maruz kalan kişinin yaşının küçük olması, akli rahatsızlık vs. nedeniyle cebir şiddet eyleminden etkilenmesi söz konusu değilse eylemin yağma değil hırsızlık suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir. TAŞDEMİR KUBİLAY/ÖZKEPİR RAMAZAN, Uygulama-Öğretide Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, 1. Bası, Ankara, 1999, s. 582

Mağdur üzerinde uygulanan cebirin mağdurun iradesi ve davranışları üzerinde bir etki yapması ve malın teslimini sağlayacak ölçü ve nitelikte olması gerekir²⁰⁹. Nitekim yağma suçunda araç olan cebir fiilinin sonucu oluşturmaya elverişli nitelikte hareket olması gerektiği²¹⁰, TCK'nın 148. maddesine ait kanun gerekçesinde şu şekilde belirtilmektedir; *"Yağma suçunun tamamlanabilmesi için, kullanılan cebir veya tehdidin etkisiyle mağdur malı teslim etmeli veya malın alınmasına karşı koymamalıdır. Bu bakımdan, kullanılan cebir veya tehdidin, kişiyi malı teslim etmeye veya alınmasına ses çıkarmamaya yöneltmeye elverişli olması gerekir. Bu nitelikte olmayan bir cebir veya tehdit, sırf mağdurun normalden fazla ürkek olması nedeniyle, malı teslim etmeye veya alınmasına yöneltmişse, yağma suçundan söz edilemez ve fiilin hırsızlık olarak nitelendirilmesi gerekir."*²¹¹. Bu nedenle mağdura yönelik tehdit ve cebirin objektif olarak malın teslimini sağlamaya elverişli hareketler ile yapılmasının gerektiği anlaşılmaktadır. Yağma suçunda kullanılan cebirin yaralama boyutuna ulaşması mümkün ise de zorunlu olmadığı, bununla birlikte kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, TCK'nın 149/2. maddesi gereğince ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir²¹².

cc- Cebir Karinesi

TCK'nın 148/3. maddesi uyarınca *"Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır."* Bu düzenlemenin 765 sayılı TCK'nın 501. maddenin karşılığı olduğu görülmektedir²¹³. 765

²⁰⁹ ESEN, s. 166

²¹⁰ *"Çantasını kapkaç yoluyla çalmak isteyen sanığa karşı direnilmesi üzerine aralarında çıkan boğuşma sonucu yakınının 7 gün iş göremeyecek şekilde yaralandığının anlaşılması karşısında yağmaya teşebbüs yerine yazılı şekilde hırsızlık suçundan cezalandırılması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır."* 6. CD. 14.10.2002, 8606E/11520K, (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2262

²¹¹ GÜNEY/ÖZDEMİR/BALO, s 442

²¹² ÖZBEK, s. 1052

²¹³ 765 sayılı TCK'nın 501. maddesine göre *"Bir şahsın herhangi bir vasıta ile kendini bilmeyecek veya müdafaa edemeyecek hale getirilmesi dahi hırsızlık cürmünde cebir ve şiddet sayılır". Madde metninde hırsızlık için kendini bilmeyecek veya müdafaa edemeyecek hale getirmekten söz edilse de, burada aslında kasdedilen hırsızlık olmayıp yağmadır. Kanunun Fransızcadan Türkçeye tercüme edilmesi ve Fransız hukukunda cebir şiddetle işlenen hırsızlığın hukukumuzda yağmaya karşılık olması nedeniyle söz konusu hatanın meydana geldiği belirtilmektedir."* SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 286; Bu hükümde her ne kadar 'hırsızlık'dan bahsediliyorsa da, hükmün içinde bulunduğu bölüm

sayılı TCK'da '*herhangi bir vasıta ile kendisini bilemeyecek veya müdafaa edemeyecek hale getirilmesinden*' bahsedilirken TCK'da '*herhangi bir vasıta ile kendini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirilmeden*' bahsedilmektedir. TCK'nın bu düzenlemesi karşısında 've' ibaresinden dolayı kendini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi durumlarının birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı gerçekleşeceği konusunda madde gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. *Toroslu*'ya göre, madde metnindeki '*kendini bilemeyecek ve savunamayacak hale*' ibaresini, '*kendisini bilemeyecek veya savunamayacak hale*' şeklinde anlamak gerekmektedir. Aksi halde cebirden söz edilebilmesi için her iki halin de birlikte bulunması aranacaktır. Hüküm bu şekilde anlaşıldığında, örneğin herhangi bir vasıta ile kendisini savunamayacak duruma getirilen kişi yönünden cebirden bahsedilemeyecektir²¹⁴. *Koca*'ya göre 501. maddedeki ifade daha isabetlidir. Zira bir vasıta ile kendisini bilemeyecek hale getirilen bir kimse esasen kendini savunamayacak hale de getirilmiş olmaktadır. Fakat kendisini savunamayacak durumda olan bir kimsenin her zaman kendini bilemeyecek halde olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır²¹⁵. Gerçekten de öyle durumlar olabilir ki, örneğin mağdura geçici olarak kaslarını hareket ettirmesini önleyecek bir ilaç enjekte edildiğinde, kişinin iradesi yerinde olmasına rağmen, hareketsiz hale getirilerek savunmasız hale getirilmektedir. Böyle bir durumun TCK'nın 148/3. maddesinden ayrık düşünmek imkansız olduğundan, kanaatimizce de her iki halden birisinin birlikte ve ayrı gerçekleşmesi durumunda TCK'nın 148/3. maddesinde düzenlenen '*cebir karinesinin*' varlığından söz edilebilecektir.

'*Mağdurun kendisini bilemeyecek ve savunamayacak duruma getirilmesi*' ile anlatılmak istenilen, örneğin narkoz, hipnotizma veya uyuşturucu madde etkisiyle mağdurun malın alınmasına karşı koyamayacak hale getirilmesidir. Bu durumlarda özel bir cebir kullanma söz konusu olduğundan yasa koyucu, cebir karinesi saydığı bu durumlarda işlenen yağma suçunun cebir unsurunu gerçekleştirmiş saymaktadır²¹⁶. Mağduru hipnotize ederek, uyuşturucu madde, alkol veya uyku ilacı içirerek kendinden

'yağma'ya ait olduğundan bu hükmün hırsızlıkla bir alakası yoktur EREM FARUK/TOROSLU NEVZAT, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara, 2003, s. 590

²¹⁴ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 147

²¹⁵ KOCA, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu, s. 2806

²¹⁶ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2265

geçirmek gibi durumlarda²¹⁷ ‘*cebiri karinesi*’ gerçekleşmiş olur²¹⁸. Savunma olanağının kaldırılmış olması cebre eşit sayılmaktadır.²¹⁹ Yargıtay, ‘*mağdurun ilaçla uyutarak malını alma*’²²⁰, ‘*ilaçlı kurabiye ikram ederek uyuttuğu mağdurun kendini bilemeyecek halde bulunmasından yararlanarak parasını alma*’²²¹, eylemin ‘*eterli pamuk kullanıma*’²²²; ‘*tahriş edici ve göz yaşartıcı sprey kullanma*’²²³ durumlarında yağma suçunun cebir unsurunun oluştuğuna karar vermiştir²²⁴.

Kişinin iradesini ve/veya kendisini savunmasız hale koyan bu hareketlerin kişiye hile ile yapılması gerektiği belirtilmektedir²²⁵. Bu durumda yasada mağdurun kendisini bilemeyecek veya savunamayacak hale getirilmesinden bahsedildiğinden, örneğin uyuşturucu veya alkol alarak kendini bilemeyecek veya savunamayacak duruma geldiği hallerde, cebir karinesinin oluşmayacağı²²⁶, ancak bu gibi hallerde kişi, kendisini beden ve ruh bakımından savunamayacak durumda olduğundan, gerçek anlamda cebir ve tehdit kullanılmış olması koşuluyla, yağma suçunun nitelikli halinin gerçekleşeceği belirtilmektedir²²⁷. Yine mağdurun kendi kendine böyle bir madde almasında olduğu

²¹⁷ “Sanığın yakınının evine su içme bahanesi ile girip evinizde nazar var, altın ve paraları getirin okuyayım nazarın ağılığı gitsin diyerek getirilen altın ve paraları bir beze sardıktan sonra evde bulunan kişilere arkanızı dönün, geri dönüp bakmayın, okuyacağım, deyip altın ve paraları alarak evi terk ettiğinin anlaşılması ve yakının ile evde bulunan diğer kişilere uyusukluk ve sarhoşluk verecek nitelikte ilaç koklattığına ilişkin soyut iddiadan başka kanıt bulunmaması karşısında eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yağma suçu kabul edilerek uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir.” 6. CD., 20.04.2005, 3E/3674K. (NOYAN, s. 515)

²¹⁸ Cebir ‘vis absoluta’ ve ‘vis compulsiva’ olarak ikiye ayrılır ve kişinin narkoz, hipnotizma ve uyuşturucu madde etkisiyle malın alınmasına karşı koyamayacak hale getirilmesi durumunda vis absoluta söz konusudur. Bu yüzden ‘cebiri’ kavramından ayır düşünülmesine olanak bulunmayan bu durumda yağma suçunda yer verilmesi gereksiz, gereksiz olduğu kadar da tehlikelidir. Çünkü bu yolla cebirin unsur veya nitelikli hal oluşturduğu başka suçlarda (örneğin cinsel saldırı), bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, bu suçlar bakımından bu tür araçlara başvurulmasının cebiri sayılamayacağı biçiminde yanlış bir izlenim uyandırmaktadır. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 520

²¹⁹ MERAN, s. 116

²²⁰ CGK., 26.03.2002, 94E/225K. (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2266)

²²¹ CGK., 06.11.2001, 232E/238K. (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2266)

²²² 6. CD., 28.03.2002, 2287E/3909K. (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2266)

²²³ 6. CD., 02.11.1998, 9996E/9686K. (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2266)

²²⁴ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2266

²²⁵ TAŞDEMİR/ÖZKEPİR, s. 582

²²⁶ Aynı yönde görüş için bkz. DONAY SÜHEYL, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Bası, İstanbul, 2007, s. 230; NOYAN, s. 516

²²⁷ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 345

gibi, başka bir şahıs tarafından böyle bir maddenin mağdura verilmesi durumunda²²⁸ da, bu fıkranın uygulanamayacağı ifade edilmektedir²²⁹.

Kanaatimizce TCK'nın 148/3. maddesinde istisnai bir hüküm getirilerek, mağdurun iradesini etkisiz hale getirilmesi sureti ile savunmasız hale koyan bu davranışların cebir kavramı içerisine sokulması açıklayıcı bir hüküm olmakla birlikte, düzenlemenin salt açıklayıcı boyutta bırakılması yetersiz olmuştur. Kanunda cebir karinesinin ayrıca ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmesi gerekirdi. Zira mağdurun iradesini etkisiz hale getiren bu nitelikteki davranışlar basit bir tehdit ya da etkili eylemin ötesinde, mağduru tamamen etkisiz hale getirir niteliktedir. Fail, mağduru beden ve ruh bakımından kendini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirirken şüphesiz bu işi daha önceden tasarlayarak gerçekleştirecektir. Bu nedenlerle cebir karinesine konu olan fiillerin sonucu mağdurun beden ve ruh bakımından kendini savunamaz hale gelmesi ve bu bakımdan mağdurun olası bir direnme hareketinin peşinen bertaraf edilecek olması, bu hareketlerinde belirli bir tasarlamayı gerektirmesi nazara alındığında, yapılan fiilin niteliğinin yağma suçunun basit halinin ötesine geçeceği aşıkardır. Bu nedenle bu tasarlama durumunun suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

2- Netice

a- Genel Olarak

Netice icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir. Ancak, icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği her değişiklik değil, sadece suçun kanuni tarifinde unsur olarak yer alan değişiklik ceza hukuku açısından önem taşımaktadır²³⁰. Bu nedenle netice, kanuni tarifte yer alan dış alemdeki değişiklik olarak tarif

²²⁸ Mağdurun bu maddeleri kendiliğinden alıp, kendisini suça direnemeyecek hale getirdikten sonra malının çalınması halinde TCK'nın 142/2-a maddesindeki suçun oluşacağı belirtilmektedir. MALKOÇ, s. 1280

²²⁹ EROL, s. 1651

²³⁰ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 203

edilmektedir²³¹. TCK.'nın 148. maddenin 1. ve 3. fıkralarında tanımlanan yağma suçu, kullanılan cebir veya tehdidin etkisi ile mağdurun malı teslim etmesi veya malın alınmasına karşı koymamasından dolayı malın fail tarafından alınması anında tamamlanmaktadır. Malın teslim edilmesi veya alınması, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesini, mağdurun bu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasını olanaksız hale gelmesini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle failin elde ettiği mal ile kullanılan cebir veya tehdit arasında bir etki-sonuç ilişkisi bulunmalıdır²³². Yağma suçunun neticesi açısından, zilyedin malı üzerindeki tasarruf imkanını kaybetmesi, failin ise tasarruf imkanına kavuşması gerekmektedir. Dolayısıyla, malın mağdurun hüküm ve tasarrufu altından çıkarılıp failin hüküm ve tasarrufu altına sokulmasıyla netice oluşmaktadır²³³. Bu itibarla yağma suçunun araç hareketleri olan cebir ve tehdidin malın alınmasından önce veya malın alınması sırasında gerçekleşmiş olmalıdır.

TCK.'nın yağma suçlarını düzenleyen 148. maddesi açısından, suçun oluşması için tehdit ederek veya cebir kullanarak bir malı teslime veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmak söz konusu olmalıdır. Bu ifade yağma suçlarını düzenleyen 765 sayılı TCK.'nın 495. maddesinde de aynen yer almaktaydı. Doktrine göre de, yağma suçunun oluşması için malın alınmış olması şeklinde bir durum söz konusudur. TCK. açısından da aynı anlayış devam etmektedir. Bu nedenle bir malı teslime veya alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan fail, bu malı aldığı anda suç da tamamlanmış olur. TCK.'nın temel şeklinin düzenlendiği 148. maddesinde, suçun oluşması için tehdit ederek veya cebir kullanarak bir malı teslime veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmak gerekmektedir. Madde gerekçesi incelendiğinde²³⁴ suçun tamamlanması

²³¹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 381

²³² ÖNDER AYHAN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1994, s. 347

²³³ ERTOSUN/TAŞKIN, s. 795

²³⁴ TCK'nun 148. maddesine ait kanun gerekçesinde "Malın teslim edilmesi veya alınması, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesini, mağdurun bu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesini ifade eder. Mal, zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalktığı anda alınmış olacağından, bu ana kadar yapılan cebir veya tehdit hırsızlığı yağmaya dönüştürür. Örneğin evin içindeki eşyayı alıp kapıdan çıkarken mal sahibi ile karşılaşan hırsız, ona karşı cebir veya tehdit kullanacak olursa, yağma suçu oluşur. Mal alındıktan yani hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, bunu geri almak isteyen kişiye karşı cebir veya tehdide başvurulması halinde artık yağma suçundan söz edilemez. Hırsızlık suçuna konu malın geri alınmasını önlemek amacıyla yönelik olarak kullanılan cebir veya tehdit ayrı suçların oluşmasına neden olur. Bu

için malın alınmış olması gerektiği, malın ise ancak zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalktığı anda alınmış olacağından ve ayrıca bu ana kadar yapılan cebir ve tehdidin hırsızlığı yağmaya dönüştüreceğinden bahsedilmektedir²³⁵. Öte yandan Yargıtay'ın suçun tamamlanması ve bitmesi ayrımı yapmadığı, suçun tamamlanması kavramını hatalı olarak suçun bitmesi aşamasına kadar kullandığı da belirtilmektedir²³⁶

Yağma suçunun oluşması için failin malın alınmasına yönelik cebir ve tehdit kullanması gerekmektedir. Ancak bu tek başına yeterli değildir, ayrıca malın alınması da gerekmektedir. İşte malın hangi anda alındığının tespiti, suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı; mal alındıktan sonra kullanılacak olan cebir ve tehdidin hırsızlık suçunu yağma suçuna dönüştürüp dönüştürmeyeceği konusunda öneme sahiptir. Yukarıda yapılan açıklama içeriğine göre, kanun gerekçesinde malın alınması yani neticenin ortaya çıkması, zilyedin tasarruf olanağı ile ortadan kalktığı anda sona ereceğinden, bu konuda belirgin bir ayrım yapabilmek için '*zilyedlik*' kavramından ne anlaşılması gerektiği, bu bağlamda doktrin ve uygulamada '*zilyedlik*' ve '*malın alınması*' kavramlarının nasıl anlaşıldığını ortaya koymak gerekecektir.

b- Ceza Hukukunda Zilyedlik Kavramı

Zilyedlik, buna konu teşkil edecek eşya üzerinde iradi şekilde hakimiyetin ele geçirilmesi ile doğan ve bu hakimiyetin iradi olarak terkine veya başkası tarafından gasbına veya başka sebeplerle sona ermesine kadar devam eden hukuki durum olarak tanımlanmaktadır²³⁷. Öte yandan özel hukukta zilyedliği, '*eşya üzerinde fiili hakimiyet*' veya '*eşya üzerinde sahip bulunulan fiili iktidar*' olarak tanımlayan yazarlar da

durumda gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekir."denilmektedir. Madde gerekçesinin tamamı için bkz. GÜNEY/ÖZDEMİR/BALO s. 442

²³⁵ "Yağma suçu, tehdit veya cebir dolayısıyla malın teslim edilmesi veya alınmasına karşı konulmaması ile birlikte oluşur". CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 346, "Yağma da nihayet bir malın alınması niteliğinde ve böylece hırsızlığa benzer bulunduğundan suç, mal alındığı anda tamamlanmış olur. Böylece cebir, şiddet ve tehdit eylemlerinin gerçekleştiği hallerde, cürmün icra hareketleri tamamlanmış ve bunların sonucu olarak da, fail malı aldığı anda da tamamlanmış bir suç söz konusu olmasına karşın malın teslimi, engel bir nedenle gerçekleşmemişse o zaman suçun teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü gerekir". DÖNMEZER, s. 432; ÖNDER AYHAN, Şahıslara ve Mallara Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s. 292,

²³⁶ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 183

²³⁷ OĞUZMAN M. KEMAL/SELİÇİ ÖZER, Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 2002, s. 52

bulunmaktadır²³⁸. Zilyedlik konusunda doktrinde iki akım mevcuttur. Birincisine göre özel hukuktaki zilyedlik ile ceza hukukundaki zilyedlik aynı anlama gelip, bunlar arasında bir fark yoktur. İkincisine göre ise, ceza hukukundaki zilyedlik ile özel hukuktaki zilyedlik birbirinden farklıdır. Bununla birlikte zilyetliğin ceza hukukunda subjektif ve objektif olarak iki unsurunun bulunduğu, subjektif unsurun eşya üzerindeki egemenlik iradesi olduğu, objektif unsurun ise eşya ile kişi arasındaki fiili egemenlik ilişkisi olduğu ve bu ilişkinin eşya üzerinde doğrudan etki edebilme iradesinin gerçekleştirilmesinde herhangi bir engelin karşı gelmemesi halinde bulunduğu, bu nedenle ceza hukukundaki zilyedlik anlayışı ile özel hukuktaki zilyedlik anlayışının örtüştüğü ifade edilmektedir²³⁹. Nitekim 4721 sayılı Medeni Kanunun 973. maddesinde “Bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir.” denilmektedir.

Ceza hukukundaki zilyedlik otonom bir yapıya sahiptir. Özel hukuktaki zilyedlik ile ceza hukukundaki zilyedliğin birbiriyle bağlantılı olduğu kesindir. Özel hukuk zilyedliğinden söz edebilmek için iki unsur gereklidir. Bunlardan birincisi eşya üzerinde fiili hakimiyettir. İkincisi ise, mala sahip olanın mal üzerinde mülkiyet hakkı veya gerçek hak sahipliği düşüncesine sahip olmasıdır. Mal sahipliği veya hak sahipliği ruhu yoksa, o şahıs sadece malı elinde bulundurandır. Bu durumda elinde bulunduran dolaylı zilyeddir. Dolaylı zilyedlik üçüncü şahıs aracılığı ile icra edilen zilyedliktir. Özel hukuk zilyedliği dar bir zilyedliktir. Buna karşılık elinde bulundurma kavramı daha geniştir. Elinde bulundurma fiili bir iktidardır. Zilyedlik de, elinde bulundurma da eşya ile aynı fiili ilişkiyi ifade eder. Ancak zilyedlikte mülkiyet veya bir başka gerçek hakkı kullanmak ruhu vardır. Ceza hukukunda fiili hakimiyete eşlik eden insan ruhu, özel hukuktaki fiili hakimiyete eşlik eden insan ruhu ile aynı olamaz. Yani kişinin, mülkiyet hakkı veya gerçek hak sahibi gibi hareket etme ruhuna sahip olması gerekmez. Ancak ceza hukukunda zilyed olan bir şeyi yanında bulundurma ruhuna sahip olmalıdır. Eğer bu şart aranmaz ise haberi olmadan cebine silah konulan kişi zilyed sayılacaktır²⁴⁰. Başka bir deyişle, hem ceza hukukunda hem de özel hukukta eşya üzerinde fiili

²³⁸ HATEMİ HÜSEYİN/SEROZAN RONA/ARPACI ABDULKADİR, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s. 243; TEKİNAY SELAHATTİN/AKMAN SULHİ/BURCUOĞLU SERMET/ALTOP HALUK ATILLA, Eşya Hukuku, C.I, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 36

²³⁹ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 177

²⁴⁰ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler s. 252-253

hakimiyet gerekecektir. Özel hukukta kişi eşya üzerindeki egemenlik iradesini mülkiyet veya gerçek hak sahipliği iradesini kullanması gerekmektedir. Ceza hukukunda ise kişinin zilyed sayılabilmesi için kişinin egemenlik iradesi ile hareket etmesi gerekmekte ancak mülkiyet ya da gerçek hak sahipliği iradesi ile hareket etmesi gerekmekte olup, sadece malı yanında bulundurma iradesinin bulunması yeterli olacaktır.

Zilyetlik, ceza hukukunda, üzerinde bağımsız tasarruf etme imkanı veren şeyle kişi arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Üzerinde daha üstün hakkı bulunan bir kimsenin denetimi ve gözetimi dışında cereyan ettiğinde, şey üzerinde tasarrufta bulunma özerktir, bağımsızdır. Bu demektir ki, elinde bulunan şeyi serbestçe tasarruf edebilen kimse o şeye zilyettir. Buna karşılık, zilyedin denetim ve gözetim alanı içinde, şey üzerinde fiili hakimiyeti kullanan kimse, zilyet değildir, sadece salt elinde bulundurandır. Bu açıklamalara göre evde bulunan hizmetçinin ev eşyalarının, lokantadaki müşteri yemek yediği malzemelerin vb. zilyedi değildir. Bu kişiler sadece elinde bulundurandır. Buna karşılık, eşya üzerinde kimseye bağlı olmadan serbestçe fiili hakimiyet kullanan kişiler, ceza hukukuna göre zilyed sayılacaklardır. Bu nitelik, kiracıda, ödünç alanda, vekilde bulunmaktadır²⁴¹.

Ceza hukuku alanında fiili hakimiyet kavramı, medeni hukukun zilyedlik kavramıyla tamamen örtüşmese de, benzer yönlerinin farklılıklarından daha çok olduğu bu nedenle özel hukukun zilyedlik kavramına bağladığı anlamın ceza hukuku bakımından da esas alınması ve öngördüğü çözümlerin bir çoğunun ceza hukuku alanına da taşınması gerektiği belirtilmektedir²⁴². Örneğin ilk olarak, özel hukukta ölüm halinde zilyedlik varislere geçmektedir. Zilyedliğin varislere geçmesi ölünün üzerinden eşya almanın hırsızlık suçunu oluşturmaya sebep olur. İkinci olarak, kişi mala geçici olarak fiilen hakim olmasa da zilyedlik devam etmektedir. Buna göre otomobilini caddeye bırakan kişinin zilyedliği devam edecektir. Bunun gibi zilyedlik, kendisinde bir şeyi bulundurma bilincini gerektireceğinden, bulundurulan şeyin bilinmesi de gerekecektir. Ancak eşyalar üzerinde genel bir bilgi yeterli olacaktır. Failin emrinde olan, kullanma iktidarında bulunan şeylerin genel olarak bilinmesi kafidir. Bu bakımdan

²⁴¹ HİFZİOĞLLARI/KURŞUN, s. 161

²⁴² KOCA, Yağma Cürümleri, s. 18

posta kutusuna mektupların konulduğunun, kuş veya balıkların ağa takıldığıının bilinmesi gibi benzer hallerde ceza hukuku açısından da zilyedliğin mevcudiyetini gerektirecektir²⁴³.

Yapılan açıklamalardan ışığında, yağma suçunda alma unsurunun ne zaman gerçekleşeceği tartışmalıdır. Bu konuda çeşitli teoriler ileri sürülmektedir. ‘*El koyma teorisine göre*’, hırsızlık cürmü, failin eşya üzerinde yalnız elini sürmesi ile oluşur. ‘*Taşıma teorisine göre*’ suçun tamamlanması için, failin malı bulunduğu yerden alarak önceden tahsis ettiği ve hazırladığı yere götürmesi gerekmektedir. ‘*Basit hareket teorisine göre*’ ise suçun tamamlanması için, failin çalınmak istenilen malı bulunduğu yerden kaldırmış olması gerekli ve yeterlidir.²⁴⁴ Doktrinde ve mukayeseli hukukta ise üstün tutulan görüş ‘*egemenlik alanı*’²⁴⁵ teorisidir. Bu görüşe göre, suçun tamamlanmış olması için çalınacak malın bulunduğu yerden kaldırılması yeterli olmayıp, bu şekilde alınan malın zilyedinin veya sahibinin egemenlik alanından çıkmış ve hırsızlığın egemenlik alanına girmiş olması gerekmektedir.²⁴⁶ Egemenlik teorisine göre yeni bir fiili hakimiyetin kurulup kurulmadığına, günlük yaşam tecrübeleri çerçevesinde somut olayın koşullarına göre karar verilmelidir. Fail aldığı mal üzerinde eski zilyedin herhangi bir engellemesi olmadan egemenliğini kullanabiliyor ve önceki zilyet failin mal üzerindeki egemenliğini bertaraf etmeden o mal üzerinde tasarrufta bulunamıyorsa, failin mal üzerinde yeni bir egemenlik kurduğu kabul edilecektir²⁴⁷.

Belirtelim ki, basit yağma suçu malın alınması ile oluşur. Malın alınması ifadesi malın zorla teslim edilmesini yani mağdurun malı teslimine mecbur edilmesini de kapsar. Dolayısıyla hareketin neticesi, malın mağdurun hüküm ve tasarrufu altından çıkarılıp failin hüküm ve tasarrufu altına sokulmasıyla oluşmaktadır²⁴⁸. Bir görüşe göre²⁴⁹, yağma suçunda alma unsuru, malın zilyetliğinin fiilen el değiştirdiği anda

²⁴³ SOYASLAN, s. Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.254-255

²⁴⁴ ÖNDER, Şahıslara ve Mallara Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 291 vd.

²⁴⁵ “TCK. nIn 491. maddesinde tanımlanan hırsızlık cürmünün oluşabilmesi için, mağdurun fiili egemenlik ve tasarruf alanında bulunan bir malın failin egemenlik alanına geçmesi gerekir...” Y. 6. CD. 26.01.1987, 297/565, (www.kazancı.com.tr)

²⁴⁶ KOCA, Yağma Cürümleri, S. 175

²⁴⁷ ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler Bilişim Alanında Suçlar, s. 292

²⁴⁸ ERTOSUN/TAŞKIN, s. 794

²⁴⁹ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 346

gerçekleşmektedir. Zira suç, malın tesliminin veya alınmasına karşı konulmamasının sağlanması ile tamamlanmaktadır. Buna karşılık alma hareketinin, eşya üzerinde başkasına ait olan fiili hakimiyetin kaldırması ve yeni bir fiili hakimiyet kurulması ile tamamlanacağı, bir malın alınmasından bahsedebilmek için öncelikle alınacak malın başkasının fiili hakimiyetinde bulunması ikinci olarak bu mal üzerindeki başkasının fiili hakimiyetinin ihlal edilmesi ve son olarak da bu mal üzerinde yeni bir fiili hakimiyet kurulması gerektiği de belirtilmektedir²⁵⁰. Dönmezer'e göre de, malın sadece bulunduğu yerden kaldırılması, yani mevcut zilyedin mal üzerindeki egemenliğinin ihlali ile alma tamamlanmış olmamakta, ayrıca alınan mal üzerinde yeni bir fiili hakimiyet kurulması gerekmektedir²⁵¹.

Yağma suçunun düzenlendiği TCK'nın 148. maddesinde ilişkin kanun gerekçesinde belirtilen hususlar nazara²⁵² alındığında ilk bakışta TCK'nın, suçun oluşması için malın bulunduğu yerden kaldırılmasını gerekli gören basit hareket teorisini benimsediğini söylemek mümkün ise de, bize göre TCK'nın benimsediği görüşün doktrin ve mukayeseli hukukta yaygın olarak benimsenen egemenlik teorisi olması gerekirdi. Bu durum 765 sayılı TCK'nın 495/2. maddesinde açıkça düzenlenen ancak yağma suçunun basit şeklinin ihdas edildiği TCK'nın 148. maddesinde açıkça düzenlenmeyen, malın alınmasından sonra gerçekleştirilecek cebir ve tehdit fiilleri sonucu oluşan dolaylı yağmanın gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek bakımından önem taşımaktadır. Bu konudaki ayrıntılı gerekçelerimizi bir sonraki konu başlığı altında inceleyeceğiz.

c- Tehdit veya Cebirin Amacı ve Gerçekleştirilme Zamanı

Yağma suçunun oluşması için cebir veya tehdidin malın alınması amacına yönelmiş olması gerekmektedir. Bir başka deyişle, bu ikisi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Tehdit ve cebir malın yağmalanması amacını taşııyorsa veya mağdur kendisine yönelik tehdit ve cebirde böyle bir amacı düşünmüyorsa yağma suçunun

²⁵⁰ KOCA, Yağma Cürümleri, S. 177

²⁵¹ DÖNMEZER, s. 277

²⁵² Kanun gerekçesi için bkz. s.77

oluşmayacağı örneğin, aralarındaki husumet nedeni ile mağdura gözdağı vermek için onu tehdit eden kişiye, mağdurun para teklif etmesi durumunda yağma suçunun oluşmayacağı belirtilmektedir²⁵³. Bunun gibi, fail bir markete gelip oradaki tezgâhtarla kavga etmesi nedeniyle, onu tehdit ederse daha sonra tezgâhtar da failin gönlünü yapmak için ona meyve ve sebzelerden verirse, yine malın alınmasıyla cebir veya tehdit arasında nedensellik bağı bulunmadığından, yağma suçunun oluştuğundan söz edilemez²⁵⁴. Yağma suçunda araç suçların kişiye karşı kullanılması gerekmektedir. Bu nedenle eşyaya karşı cebir kullanılmış olması halinde yağma suçunun oluşmayacağı²⁵⁵, ancak mala yönelik cebir, mağdur tarafından bedensel zorlama veya tehdit olarak algılanıyorsa, dolaylı olarak kişiye yönelmiş cebir ve tehdit sayılabileceği belirtilmektedir²⁵⁶. Yine bir kimsenin yağma amacıyla harekete geçip uyguladığı cebir ile mağdurun ölümüne neden olduktan sonra üzerindeki malı alması yağma suçunu oluşturacak²⁵⁷; ancak bir kimseyi öldürdükten sonra sonrada oluşan kastla üzerindeki malın alınması hırsızlık suçunun oluşmasını sağlayacaktır²⁵⁸.

Yağma suçunun tamamlanabilmesi için, kullanılan cebir ve tehdidin etkisi ile mağdur malı teslim etmeli veya malın alınmasına karşı koymamalıdır. Yağma suçunun araç hareketleri olan cebir veya tehdidin malın alınmasından önce veya malın alınması sırasında işlenmesi gerekir Bu durumda fail tarafından mağdur üzerinde etki doğuracak ve malın teslimini sağlayan cebir veya tehdit hareketlerinin hangi aşamaya kadar yapılması durumunda yağma suçunun oluşturacağı sorunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

765 sayılı TCK'nın 495/2. maddesinde *"Bir malın yağması esnasında veya akabinde fiili icra veya itmam etmek veya malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini"*

²⁵³ ERTOSUN/TAŞKIN, s. 791

²⁵⁴ ARTUÇ MUSTAFA, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, Ankara, 2007, s. 158

²⁵⁵ "Yürümekte olan yakınının yanına yaklaşarak, omzunda asılı çantayı almak isteyen, yakınının vermek istememesi üzerine çeken ve çantanın saplarının kopması sonucu atarak kaçan sanığın eyleminde, yağma boyutuna ulaşan cebir, şiddet ve tehdit bulunmadığı gözetilmeden hırsızlığa teşebbüs yerine yazılı şekilde yağma suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır." 6. CD. 01.12.2004, 7944E/13345K (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2262)

²⁵⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 345

²⁵⁷ YCGK. 11.04.1994, 1-68E/94K, (www.kazancı.com.tr)

²⁵⁸ MERAN, s. 109

cezadan kurtarmak için mal sahibine veya vaka mahalline gelen başkasına karşı cebir veya tehdit icra eden kimse hakkında da aynı ceza hükmolunur” düzenlemesi yer almaktaydı²⁵⁹. Buna göre yağma suçunda cebir, şiddet ve tehdidin malın alınması anında ya da malın alınmasından sonra, fiili tamamlamak veya malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için gerçekleştirilmiş olması durumunda yağmaya dönüşen hırsızlık söz konusu olmaktadır. Ancak failin malı alıp, hakimiyet alanına sokmasından sonraki bir sürede cebir-şiddet ve tehdit uygulaması eylemi gasba dönüştürmeyeceği, hırsızlık suçu ile cebir-şiddet ve tehditle ilgili suçların meydana geleceği belirtilmekteydi²⁶⁰. Malın alınmasından sonra başvurulmuş cebir-şiddet ve tehdit eylemlerinin yağma olarak nitelendirilmeleri için ise, bununla malın alınması arasında nedensellik bağı aranmakta²⁶¹, bu bağın bulunmaması durumunda hırsızlık ve ayrıca yerine göre şartlı tehdit, basit tehdit, kasten yaralama suçlarından dolayı failin cezalandırılması gerekeceği ifade edilmekteydi²⁶². Örneğin F şahsı M şahsının pahalı saatini yankesicilik sureti ile aldıktan sonra, M’nin durumu hemen fark etmesi üzerine ve ayrıca olay yerinden geçmekte olan T’nin yardım amaçlı ve saati geri almak için F’yi kovaladıkları sırada, F’nin M ve T’ye karşı bıçakla tehditte bulunması durumunda dolaylı yağma olarak adlandırılan yağmaya dönüşen hırsızlık söz konusu olmaktadır.

Uygulamada, 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay’ın benimsediği ölçüt de, eşya üzerinde failin fiili hakimiyet kurması onu kendi egemenlik alanına sokması²⁶³ şeklindeydi. Yüksek Mahkeme eşyanın failin fiili hakimiyet alanına girip girmediğini ise, her somut olayın koşullarına göre saptamaya çalışmaktaydı.

²⁵⁹ “Yakınana ait eve hırsızlık amacıyla girip çalınacak bir şeyler aradığı sırada, yakınanın gelip görmesi üzerine kendini cezadan kurtarmak amacıyla, onun ağzını kapatıp sus seslenme seslenirsen seni öldürürüm deyip iterek kaçan sanığın eyleminin TCK’nun 495/2. maddesi yollamasıyla yağmaya eksik kalkışma suçuna dönüştüğü dikkate alınmadan yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı şekilde uygulama yapılması”Y. 6. CD. 17.09.2002, 8155E/10246K. (www.kazancı.com.tr)

²⁶⁰ GÜNDEL AHMET, *Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları*, 2. Bası, Ankara, 2002, s. 860

²⁶¹ “İncelenen olayda; sanığın eve girmek ve çalınacak bir şeyler aramaya 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 birinci eylemle bağlantılı kılar. Sanık ikinci eylemi yeni, değişik bir kasıtlı işlemiştir.”YCGK. 24.10.1988, 6-305E/387K (GÜNDEL, s. 859)

²⁶² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 520

²⁶³ “Sanığın, yakınanın çantasını zorla alıp kaçarken haber verilen polisler tarafından takip edilerek olay yerine yaklaşık 1 km. uzaklıkta yakalandığının anlaşılması karşısında suçun tamamlandığının gözetilmemesi...”YCGK. 16.03.1987 6-/497/118, (ESEN, s. 168)

Örneğin 'aldığı malı tasarruf edebileceği alana götürme'²⁶⁴, sürekli ve kesintisiz izleme'²⁶⁵, 'ilgilinin görememesi', yararlanabilecek bir güven alanına gireme', malı failin kastettiği alana götürme'²⁶⁶, 'o cürmün neticesinden faydalanmasına imkan bırakılıp bırakılmaması' gibi unsurları ölçüt olarak kullanıp, hırsızlık suçunun tamamlanıp tamamlanmadığına karar vermekteydi²⁶⁷.

Yeni Türk Ceza Kanununda, yağma suçunun basit şeklinin düzenlendiği 148. maddede, 765 sayılı TCK'daki gibi dolaylı yağmaya ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK'nın 148. maddesine ait kanun gerekçesinde ise "Malın teslim edilmesi veya alınması, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesini, mağdurun bu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesini ifade eder. Mal, zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalktığı anda alınmış olacağından, bu ana kadar yapılan cebir veya tehdit hırsızlığı yağmaya dönüştürür. Örneğin evin içindeki eşyayı alıp kapıdan çıkarken mal sahibi ile karşılaşan hırsız, ona karşı cebir veya tehdit kullanacak olursa, yağma suçu oluşur. Mal alındıktan yani hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, bunu geri almak isteyen kişiye karşı cebir veya tehdide başvurulması halinde artık yağma suçundan söz edilemez. Hırsızlık suçuna konu malın geri alınmasını önlemek amacıyla yönelik olarak kullanılan cebir veya tehdit ayrı suçların oluşmasına neden olur. Bu durumda gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekir." denilmektedir. Bu durumda 5237 sayılı TCK.'nın gerekçesine göre, almanın tamamlanması için failin mal üzerinde başkasına

²⁶⁴ "Sanığın çaldığı arabayı tasarruf edebileceği alana götürürken yakalanması hırsızlık suçuna tam teşebbüsü oluşturur; bu hususun yani sanığın çaldığı arabayı tasarruf edebileceği alana götürüp götürmediğinin araştırılmadan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." Y. 6. CD. 18.04.1989, 1989-2807E/1989/ K. (KOCA, Yağma Cürümleri, s. 182)

²⁶⁵ "Sanığın çalma eylemini gerçekleştirdikten sonra polis ve vatandaşlarca kesintisiz izlenmesi üzerine çantayı atıp yakalanmamak için kuru sıkı tabanca çektiğinin anlaşılması karşısında; TCK'nın 495/2. maddesi ile 497/1. maddesine uygun yağma suçunun tamamlandığı..." Y. 6.CD. 27.12.2004, 2004-5703E/2004/15077K. (ERTOSUN/TAŞKIN, s. 808)

²⁶⁶ "Hırsızlıkta olsun, gaspta olsun suçun tamamlanması anını belirleme bakımından ortak unsur olan (almak) büyük önem taşır. Burada sözü edilen (almak) özel 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." YGCK. 29.12.1998, 1998-6E/1998/392K (KOCA, Yağma Cürümleri, s. 174)

²⁶⁷ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 182-183

ait fiili egemenliği ortadan kaldırılması yeterli olmakta, failin eşya üzerinde kendi fiili egemenliğini tesis etmesi aranmamaktadır²⁶⁸.

Madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği gibi; yağma suçu, malın mağdurun zilyetliğinden çıkması ile mağdurun zilyetliğine son verilmesiyle tamamlanır. Bu aşamaya kadar gerçekleştirilen cebir veya tehdit hırsızlığı yağmaya dönüştürür. Buna göre, zilyedin mal üzerinde tasarruf olanağının ortadan kalkması anına kadar cebir ve tehdide başvurulması durumunda yağma suçunun; buna karşılık suçun tamamlanmasından sonra başvuru olan cebir ve tehdidin ayrı suçların oluşacağı belirtilmektedir. Gerekçedeki bu açıklamalardan hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra, fakat bitmesinden önce başvuru olan cebir veya tehdidin yağma suçu çerçevesinde cezalandırılmayacağı; failin hırsızlık (TCK. m.141 vd.) ve kasten yaralama (TCK. m.86 vd.) veya cebir (TCKm.108) ya da tehdit (TCK. m.106) suçundan dolayı cezalandırılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yağma suçuna dayanak teşkil eden cebir ve tehdit eylemlerinin hangi aşamada gerçekleştirilmesi durumunda, hırsızlığın yağmaya dönüşeceği ve bu bağlamda TCK'nın temel şeklinin düzenlendiği 148. maddenin gerekçesinin doktrinde nasıl yorumlandığına kısaca değinmek gerekmektedir. *Centel/Zafer/Çakmut*, yağma suçu, tehdit veya cebir dolayısıyla malın teslim edilmesi veya alınmasına karşı konulmaması ile birlikte oluştuğunu, yağma suçunda alma unsurunun, malın zilyetliğinin fiilen el değiştirdiği anda gerçekleştiğini, bu doğrultuda TCK'da dolaylı yağma suçuna yer verilmediğini, henüz '*alma*' tamamlanmadan önce cebir ve tehdit kullanılması durumunda yağma suçunun oluşacağını, buna karşılık hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra cebir ve tehdit kullanılması durumunda ise yağma suçunun oluşmayacağını belirtmektedirler²⁶⁹. *Parlar/Hatipoğlu'na* göre, hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, cebir veya tehdit yağma suçuna vücut vermez. Bu takdirde hırsızlığın yanında tehdit veya yaralama suçlarından hüküm kurmak gerekmektedir²⁷⁰. *Arslan/Azioğlu ise*, 765 sayılı TCK'nın 495/2. maddesinde düzenlenen dolaylı yağma

²⁶⁸ KOCA, Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu, s. 2809

²⁶⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 347

²⁷⁰ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2256

suçuna yer verilmemesinin doğru bir yaklaşım olduğunu, malın geri alınmasına yönelik olarak kullanılan cebir veya tehdidin ayrı suçların oluşmasına neden olacağını, bu şekilde yeni düzenlemenin YCGK'nun 24.10.1988 tarih ve 6/305-387 sayılı kararında²⁷¹ da hırsızlığa yönelik ilk eylemin bitmesinden sonra olay yerinden kaçmaya çalışırken kendisini yakalamak isteyenlere bıçak çeken failin ikinci eyleminin, yenilenen kastı sebebiyle birinciden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüşü ile aynı olduğunu belirtmişlerdir²⁷². *Yurtcan*, dolaylı yağmanın TCK'da yer almamasının sebebini 765 sayılı TCK'da yer alan dolaylı yağma halinde var olan ihtimali suça iştirak ya da suça yataklık kulları ile çözüleceğinin düşünülmesi olup, dolaylı yağmanın yeni dönemde uygulanmamasının hukuka uygun olduğunu ifade etmektedir²⁷³. *Tezcan/Erdem/Önok ise*, kanunun bu şekilde düzenlemesini fiilin haksızlık içeriğini karşılamaması nedeni ile eleştirmekle birlikte, düzenleme karşısında, hırsızlık suçunun tamamlanması ile bitmesi arasındaki zaman aralığı içerisinde cebir veya tehdide başvurulmuş ise, failin yağma suçundan değil, cebir veya tehdit suçu yanında hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğini belirtmektedirler²⁷⁴. *Koca da*, dolaylı yağmaya TCK'da yer verilmemesini aynı gerekçeler ile eleştirmenin yanında, TCK'da dolaylı yağmaya yer verilmemesinin uygulamanın dolaylı yağmayı lüzumsuz addetmesinden kaynaklandığını, bu hususun uygulamada boşluk yaratacağını ileri sürmektedir²⁷⁵.

5237 sayılı TCK'nın yürürlükte bulunduğu döneme ilişkin, doktrinde yukarıda ortaya konulan düşüncelerden farklı görüşlerin de ortaya konduğu gözlemlenmektedir. *Özbek* konu ile ilgili aynen şunları ifade etmektedir: *"Hükümde yağma suçunun tehdit ederek veya cebir kullanarak bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılınması şeklinde işlenebileceği öngörüldüğüne göre, cebir ya da tehdit iki farklı zaman diliminde kullanılabilecektir. Cebir veya tehdidin hırsızlık suçunda araç olması özelliği nedeni ile malın alınmasından önce cebir veya tehdit kullanılması durumunda bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Asıl sorun mal alındıktan sonra cebir veya*

²⁷¹ Anılan YCGK'ı için bkz. 269 nolu dipnot

²⁷² ARSLAN/AZİZOĞLU, s. 646

²⁷³ ERDENER YURTCAN, Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar, İstanbul, 2008, s. 55

²⁷⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 522

²⁷⁵ KOCA MAHMUT, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar (Makale), Kazancı Dergisi, Ocak-2005, sayı 5, s. 78

tehdit kullanılması durumunda ortaya çıkacaktır. Zira malın alınması ile hırsızlık suçu tamamlanır ancak henüz bitemez. Bitmesi için failin mal üzerinde egemenlik tesis etmesi gerekir. Yağma suçunun malın alınmasına karşı koymamaya yönelik olarak da işlenmesi öngörüldüğüne göre malın alınmasından mal üzerinde egemenlik tesis edilmesi anına kadar işlenen fiillerin yağma olarak kabulü zorunludur. Nitekim madde gerekçesinde de belirtildiği üzere -mal, zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalktığı anda alınmış olacağından, bu ana kadar yapılan cebir veya tehdit hırsızlığı yağmaya dönüştürür.- Ancak yine gerekçede yer alan mal alındıktan yani hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, bunu geri almak isteyen kişiye karşı cebir veya tehdide başvurulması halinde, artık yağma suçundan söz edilmez. Hırsızlık suçuna konu malın geri alınması önlemek amacıyla yönelik olarak kullanılan cebir veya tehdit ayrı suçların oluşmasına neden olur. Bu durumda, gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekir- şeklindeki açıklama çelişkili gibi görünse de aslında gerekçenin suçun tamamlanma ve bitme anı ayırımına yer vermemesi, bizim bitme olarak kabul ettiğimiz durumu, suçun tamamlandığı an olarak kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle kanımızca YTCK yağmaya dönüşen hırsızlığı da düzenlemiş bulunmaktadır.”²⁷⁶

Yazar bu şekilde suçun tamamlanması ve bitmesi ayırımına giderek kanun gerekçesinde belirtilen ‘yani hırsızlık tamamlandıktan’ sonra ibaresini ‘malın alınması’ olarak kabul etmiş, suçun bitmesi için failin mal üzerinde egemenlik tesis etmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Aynı yazar, yağma suçunun malın geri alınmasına karşı koymamaya yönelik olarak da işlenebileceğinden, mal üzerinde egemenlik tesis edilinceye kadar işlenen fiilleri yağma suçunu oluşturacağını kabul etmiştir. Soyasalan’a göre de²⁷⁷ aslında 148. maddede dolaylı yağma zımnen vardır ya da öyle saymak gerekir. Meran hırsızlık suçunun, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun zilyedlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesi ile tamamlandığını kabul ederek, hak sahibinin zilyedliği yeniden elde etmek için, eylemin bitmesinden sonra mal üzerindeki hakimiyetinin ortadan kalkmadığı, mağdurun kesintisiz takip sonucu çalınan malı geri alması sırasında kendisine karşı gerçekleştirilen cebir veya tehdidin yağma suçunu

²⁷⁶ ÖZBEK, s. 1053

²⁷⁷ SOYASLAN DOĞAN, ‘‘Malvarlığına Karşı Suçlar’’, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, İstanbul, 1-3. Haziran 2008 , s. 237

oluşturacağını, çünkü failin malı henüz kendi fiili hakimiyet alanına geçirmediğini belirtmektedir. Aynı yazar, mal sahibi ya da üçüncü kişinin malın alınması için karşı karşıya kaldığı cebir ve tehdit eylemlerini yağma olarak nitelerken; malın kendi hakimiyet alanına geçirilmesi değil, mal sahibi ya da kaçmasını engelleyen üçüncü kişilerin elinden kurtulmak için gerçekleştirilen cebir ya da tehdit eylemlerinin ayrı ayrı cebir ya da tehdit suçlarını oluşturacağını, başka bir deyişle failin cebir ya da tehdit eylemlerinin yağma olarak kabul edilmesi, kendisinin mal sahibi ya da üçüncü kişilerin elinden kurtulmak için değil, malı kendi hakimiyet alanına geçirmek için işlenmiş olmasına bağlı olduğunu ifade etmektedir²⁷⁸.

Bununla birlikte TCK'daki söz konusu düzenleme, mukayeseli hukukta Almanya, İsviçre ve Avusturya gibi çoğu ceza ülke kanununda yağmaya dönüşen hırsızlık suçuna yer verildiği ve bu şekilde failin haksızlık içeriği karşılanmış olduğu belirtilerek, TCK'da yağmaya dönüşen hırsızlık suçunun düzenlenmemesi eleştirilmektedir²⁷⁹.

Yeni Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdikten sonraki uygulamaya baktığımızda, Yargıtay değişik zamanlarda vermiş olduğu kararlarda, hırsızlık suçuna konu teşkil eden malın alınmasından sonra cebir veya tehditte bulunulması durumunda, yağma suçunun değil, hırsızlık suçunun yanında yerine göre tehdit veya yaralama suçlarının oluşacağına hükmetmiştir²⁸⁰. Bu husus bir Yargıtay kararında²⁸¹ şöyle vurgulanmaktadır: “*Sanığın gece vakti yakınının aracının kapısını zorla açıp teybini çaldıktan sonra, başkasına ait*

²⁷⁸ MERAN, s. 112

²⁷⁹ ÖZTÜRK BAHİR/ERDEM MUSTAFA RUHAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), 4. Bası, Ankara, 2005, s. 306, aynı yönde eleştiri için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 522

²⁸⁰ “*Sanığın açık kimliği tespit edilemeyen üç arkadaşıyla birlikte hırsızlık yapmak için yakınının muavinliğini yaptığı minibüse binip, diğer sanıkların yakının cebindeki parasını yankesicilik suretiyle alıp, yanlış bindiklerini söyleyerek minibüsten inip kaçtıktan sonra, sanığın para üstünü istemesi üzerine, yakınının parasının sanık ve arkadaşları tarafından çalındığını anlayarak, sanığı yakalamak istemesi ve sanığın kendisini cezadan kurtarmak için bıçak çekmesi biçimindeki eyleminin, 765 sayılı Yasanın 495/2. maddesi yollamasıyla aynı Yasanın 497/1. maddesindeki dolaylı yağma suçunu oluşturmasına karşın, 5237 sayılı TCY'nın da dolaylı yağma suçuna yer vermemesi nedeniyle sanığın eyleminin 142/2-b, 106/2-a maddelerine uyan hırsızlık ve tehdit suçlarını oluşturduğu gözetilmeden yazılı biçimde uygulama yapılması...*” Y. 6. CD. 13.03.2007 10714E/2289K. (EROL, s. 1654)

²⁸¹ Y. 6. CD. 08.12.2005, 18679E/11620K. (CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 347), Aynı doğrultudaki örnek kararlar için bkz. Y. 6. CD. 15.09.2005, 16696E/8025K. (www.kazancı.com.tr); Y. 6. CD. 18.02.2010, 2006-16708/2010-4747K. (www.adalet.org); Y. 6. CD. 13.03.2007 10714E/2289K. (EROL, s. 1654); 2007/5647K. (www.kazancı.com.tr),

başka bir aracın da kapısını açtığı, ancak çalacak bir şey bulamadığı, gelenler olunca kaçmaya çalıştığı ve yakınan tarafından yakalanınca da gaz tabancası ile ateş ettiği anlaşılmakla, hırsızlık suçunun tamamlandığı, 5237 sayılı Yasa'da dolaylı yağma suçuna yer verilmediği de gözetilerek sonrasındaki olayların silahlı tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmelidir."

Biz de, yukarıda bu konuda Özbek, Soysaslan ve Meran tarafından ortaya konulan görüşe iştirak etmekteyiz. İlk olarak, malın alınması ile hırsızlık suçu tamamlanır ancak henüz bitmez. Bitmesi için failin mal üzerinde egemenlik tesis etmesi gerekir. Sorun, kanun gerekçesinde '*suçun tamamlanması ve bitmesi*' ayrımına yer verilmemesi nedeniyle, suçun bitme anını, suçun tamamlanması olarak algılanmasından kaynaklanmaktadır. Suçun tamamlandığı anı yağma suçuna konu malın bulunduğu yerden alınması olarak kabul ettiğimizde, malın fiili olarak fail tarafından alınması durumunda suç oluşacaktır. Bu durumda malın alınmasına kadar gerçekleştirilecek cebir ve tehdit fiilleri hırsızlığı yağmaya dönüştürecektir. Ancak yağma suçunun (hırsızlık fiilinin) tamamlandığı (bittiği) anı, mağdurun artık müdahale edemeyeceği, failin serbestçe mal üzerinde tasarruf edeceği egemenlik kurduğu zamanın başlangıcı olarak algıladığımızda hırsızlık fiili, fail tarafından ika edildikten sonra, mal üzerindeki egemenliğin başlangıcına kadar mağdura karşı gerçekleştirilecek cebir veya tehdit eylemleri ayrı suç oluşturmayacak ve yağma suçu gerçekleşmiş olacaktır.

İkinci olarak, zilyedlik kavramına yüklenen anlam ve bu kapsamda zilyedliğin ne zaman sona ereceği büyük önem taşımaktadır²⁸². Kanaatimizce, fail tarafından gerçekleştirilen hırsızlığa dayanak oluşturan fiil yapıldıktan hemen sonra malvarlığı failin serbestçe tasarruf edebileceği alana taşınmadan mağdur ya da bir başkası tarafından fark edilmesi durumunda, suça konu oluşturan malvarlığı henüz sahibinin zilyedliğinden çıkmamıştır. Malı alan kişi sadece elinde bulundurandır. Malın sahibinin zilyedlikten kaynaklanan savunma hakkı bulunduğundan, failin malı yanında bulundurma iradesi tam olarak oluşmamıştır. Zira mağdurun mal üzerindeki denetim ve gözetimi henüz sona ermemiş olup, failin mal üzerindeki tasarrufu henüz bağımsız ve

²⁸² Zilyedlik konusunda yapılan açıklamalar için bkz. s. 70 vd

özerk değildir. Bu yüzden fail ceza hukuku anlamında henüz zilyed değildir. Zilyed olabilmesi için malı önceki zilyedinden bağımsız olarak serbestçe egemenlik tesis edeceği alana taşıması, failin elinde bulundurma ve malı yanında taşıma iradesinin tam olarak oluşması gerekmektedir²⁸³. Önceki zilyed, malı hırsızlayarak ‘*elinde bulunduran*’ kişiye karşı zilyedlikten doğan haklarını kullanma gücü ve tasarrufuna sahiptir. Yukarıda belirtildiği üzere zilyedlik konusunda özel hukukta kabul edilen çözümler ceza hukukuna da yansıtılabilecektir. Buna göre Medeni Kanunun 981. maddesine göre “*Zilyet rızası dışında kendisinden alınan şeyi, taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyedliği koruyabilir. Ancak zilyed, durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır*” hükmü yer almaktadır. Buna göre zilyedliğe karşı yönelen tecavüzlere karşı gerçekleştirilecek zor kullanmalar belirli bir dereceye kadar hukuken meşru davranışlar olarak kabul edilmektedir. Zilyedin sahip olduğu söz konusu savunma hakkı zilyedin mal üzerindeki tasarruf hakkının bir yansımasıdır. Bu nedenle mağdurun zilyedlikten kaynaklanan hakları içerisinde kalan savunma hakkı ortadan kalkmadıkça mal üzerindeki tasarruf olanağı tam olarak sona ermeyecektir²⁸⁴. Bu durumda kanun gerekçesindeki “*mal, zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalktığı anda alınmış olacağından, bu ana kadar yapılan cebir veya tehdit hırsızlığı yağmaya dönüştürür.*” açıklaması haklı ve hakkaniyete uygun bir anlam kazanacaktır²⁸⁵.

Üçüncüsü, TCK’nın 148/1. maddesinde bir başkasını cebir ve tehdit kullanarak bir malı teslim etmek zorunda bırakılmasının yanında, ‘*malın teslim alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakılmaktan*’ bahsedilmektedir. Buna göre suça konu mal

²⁸³ Bu konuda bkz. Ceza Hukukunda Zilyedlik kavramı, s. 70 vd.

²⁸⁴ “*Sanığın geceleyin saat 20.15 sıralarında katılanın işyerinden reyondan çaldığı eşya ile kasadan çıkarak fark edilmesi üzerine, kendisini yakalamak isteyen güvenlik görevlisine ele geçmeyen bıçağı salladığı ve kaçarken üzerindeki eşya ile yakalandığı, iddia, dolaylı kabullenme, tanık anlatımları ve dosya içeriği ile kanıtlandığı, eyleminin; geceleyin, silahla, işyerinden yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde hırsızlıktan hüküm kurulması...*” Y. 6. CD. 08.12.2005, 20812E/11565K. (MALKOÇ, s. 1295)

²⁸⁵ Yargıtay, ilgili Ceza Dairesi “*Sanığın suça konu telefonu yakınının elinden bakmak için aldığı, yakınının geri istemesine rağmen, telefonu iade etmeden, bekle geliyorum diyerek olay yerinden uzaklaşması sırasında, yakınının arkadan takip ederek telefonu yeniden istemesi üzerine, bıçak çekerek tehdit etmesi biçiminde gerçekleşen eyleminin, bir bütün olarak 5237 sayılı Yasanın 149/1-a, maddesine uyan yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, dosya içeriği ile uyumayan gerekçe ile nitelendirmede yanılğıya düşülerek yazılı biçimde hüküm kurulması...*” diyerek aynı doğrultuda karar vermiştir. Y. 6. CD. 10.04.2007, 21135E/4628K. (MALKOÇ, s. 1288)

üzerinde zilyedliğe yapılan saldırıyı mağdurun, yukarıda belirtilen Medeni Kanun hükmü sınırları içerisinde savunma hakkı bulundukça, bu hak ortadan kalkıncaya değin ona karşı yapılan cebir veya tehdit içerir her fiil, ‘malın teslim alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakmak’ anlamına geleceğinden, TCK’da dolaylı yağmanın kabulü, kanun lafzına ve bu anlamda suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olacaktır²⁸⁶.

Ancak burada bir hususa dikkat etmek gerekmektedir. Fail tarafından mal hırsızlandıktan sonra, onun tarafından gerçekleştirilecek, cebir ve tehdit hareketlerinin amacı içerisinde, çalınan malın kendi egemenlik alanına taşıma iradesi bulunmalıdır²⁸⁷. Eğer bu irade yoksa²⁸⁸, fail malı bırakarak, sırf yakalanmamak için cebir ve tehditte bulunur ise yenilenen kasttan dolayı hırsızlık ve bunun yanında yerine göre tehdit veya yaralama suçları oluşacaktır. Bu şekilde YCGK’nun. 24.10.1988, 6-305E/387K sayılı kararında belirtilen²⁸⁹ ve çalınacak şeyi alamadan kaçarken kendisini yakalamak isteyen müştekiye direnmesi ve bıçak çekmesi halinde, hırsızlık suçunun yağmaya dönüştürmeyeceği ve ayrıca, birinci eylemle bağlantılı kılmayacağı, sanığın ikinci eyleminin yeni, değişik bir kasıtlı işlemiş olduğu şeklindeki anlayışına uygun bir çözüm üretilmiş olacaktır.

²⁸⁶ “Hükümlünün yakının EÜ. ye ait cep telefonunu masanın üzerinden alarak kaçmaya başladığı sırada, kesintisiz izleme sonucu kendisini yalamaya çalışan mağdur Cengiz’den kurtulmak için kuru sıkı tabanca ile havaya ateş ederek çaldığı cep telefonu ile birlikte kaçmaya çalışması biçiminde gerçekleşen eyleminde, gösterdiği cebir ve tehdit içeren davranışının, suça konu eşyanın götürülmesini sağlamaya yönelik olduğu ve eyleminin 5237 sayılı TCK. ’nun 149/1-a-h maddesine uyan yağma suçunu oluşturduğu...” Y. 6. CD. 18.06.2007, 18286E/7385K. (MALKOÇ, s. 1287)

²⁸⁷ “Sanığın aldığı eşyayla birlikte evden çıkınca, kapının önündeki sahanlıkta karşılaştığı yakınana, kalkışma aşamasında kalan hırsızlık eylemini tamamlamak için yumrukla vurup yaralaması ve boğuşma devam ederken olay yerine gelen tanığı tornavida ile yaralamasını yağma suçunu oluşturur.” Y. 6. CD. 24.10.2007, 2006-2358E/2007-10660K. (ERTOSUN/TAŞKIN s. 810)

²⁸⁸ “Sanığın olay tarihinde 19.00 sıralarında otobüs durağında bekleyen mağdurun pantolon cebindeki cep telefonunu çekip alarak kaçmaya başladığı; mağdurun ısrarlı takibi üzerine, sanığın takipten kurtulmak amacı ile telefonu rastgele atıp kaçmaya devam ettiği, mağdurun sanığın peşini bırakmayıp yakalaması üzerine bu kez sanığın ise; kurtulmak amacıyla yanındaki bıçağı çıkartıp mağduru tehdit edip kovaladığı, ancak çevreden yetişen yurttaşların yardımıyla yakalayıp görevlilere teslim edildiğinin anlaşılması karşısında; 5237 sayılı Yasanın 765 sayılı Yasanın 495/2. maddesinde tanımlamasını bulan, dolaylı yağma suçuna yer vermemiş olması da gözetilerek, hırsızlık suçuna kalkışma eyleminin kesintiye uğraması sonrasında gelişen olayın silahlı tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden eylemin bir bütün halinde yağma suçunu oluşturduğu gerekçesi ile yazılı şekilde uygulama yapılması...” Y. 6. CD. 08.12.2005, 20812E/11565K. (MALKOÇ, s. 1295)

²⁸⁹ Anılan karar için bkz. 269 nolu dipnot

Esasen bu konudaki sorun, 765 sayılı TCK'da dolaylı yağma suçu açık olarak düzenlenmesine rağmen, TCK'da açıkça düzenlenmemesinden, bunun yanında kanun gerekçesinde suçun tamamlanması ve bitmesi ayrımına yer verilmemesi ve kanun koyucunun suçun bitmesi kavramını, suçun tamamlanması olarak ifade etmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak yukarıda ortaya konulan her üç gerekçe hep birlikte nazara alındığında, malın alınmasından sonra yani hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, suça konu malvarlığı değerinin failin tasarrufta bulunabileceği egemenlik alanına geçinceye kadar, yani suç tamamlanıncaya dek, mağdura karşı yapılacak tehdit ve cebir içerir her fiil hırsızlığı yağmaya dönüşeceği kabul eden düşünce bize göre de haklıdır. Bu gerekçeler nazara alındığında TCK'da aslında basit hareket teorisi yerine, çalınacak malın bulunduğu yerden kaldırılmasını yeterli görmeyen, bu şekilde alınan malın zilyedinin veya sahibinin egemenlik alanından çıkmış ve failin egemenlik alanına girmiş olmasını gerekli gören egemenlik teorisinin esas alınması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Hiç kuşkusuz TCK.'da malın alınmasından sonra gerçekleştirilecek cebir veya tehdit halinde, hırsızlık suçuna konu çalınan mal, failin serbetçe tasarrufta bulunabileceği egemenlik alanına taşındıktan sonra, yani mağdur tarafından zilyedlikten kaynaklanan savunma hakkının kullanımı hukuka aykırı hale geldiği andan itibaren yapılacak cebir veya tehdit fiilleri, hırsızlık suçunun yanında, duruma göre yaralama veya tehdit suçunu oluşturacaktır.

Ortaya konulan bu çözüm ve bilgiler ışığında konuyu somuta indirgeyecek bir örnek üretirsek, M, çarşıda alışveriş yaptıktan sonra apartman merdivenlerinden yukarı çıkarken daire kapısının açık olduğunu fark eder. M, bu sırada evinden çıkan F'yi evinden çıkarken görür, F ve M merdivende bu şekilde karşılaşırlar. F, M'yi apartman boşluğuna iterek kaçar. Bu senaryoya göre, F evden hiç eşya almamış olması durumunda eve hırsızlık kastı ile girdiğinden, hırsızlığa teşebbüs, kasten yaralama, ve konut dokunulmazlığını ihlal suçları oluşacaktır. F'nin elinde M'ye ait mücevher kutusu olduğunu varsayarsak, F elinde bulunan kutuyu atıp kaçtıktan sonra, M'yi itip kaçarsa, hırsızlığa teşebbüs, konut dokunulmazlığını ihlal ve yaralama suçları oluşacaktır. Yine, yukarıda izah edildiği gibi, M'yi itme eylemi hırsızlık kastı üzerine yenilenen bir kastla oluştuğu için ilk eylemden bağımsız olarak, itme fiili hırsızlığı yağmaya dönüştürmeyecektir. Çünkü itme fiili M'yi malı teslimine mecbur bırakmak için değil,

yakalanmamak içindir. F elindeki kutuyu atmadan, M'yi iterek kaçarsa, yağma ve konut dokunulmazlığını ihlal suçları oluşacaktır. Çünkü alınan mal henüz M'nin zilyedliğinden çıkmamıştır, bu nedenle M'ye karşı yapılan etkili eylem yağma suçunu oluşturacaktır. F, M'yi merdivende gördükten sonra elindeki kutuyu atmadan ve ona karşı etkili eylemde bulunmadan kaçır ve M'de malı almak için onu kovaladığı sırada, F, M'ye karşı etkili eylemde bulunursa; malvarlığı değeri henüz F'nin serbestçe tasarrufta bulunacağı egemenlik alanına girmediğinden, M'nin zilyedlikten kaynaklanan savunma hakkını kullanabileceğinden yani, malvarlığı üzerinde tasarruf olanağı kalkmadığından ve suç tamamlandığı ancak bitmediği için ve ayrıca F, M'yi malın alınmasına karşı koyulmamasını sağlamak için etkili eylemde bulunduğundan F'nin gerçekleştirdiği etkili eylem hırsızlık suçunu yağmaya dönüştürecek, etkili eylem yağmayı gerçekleştiren araç suç haline dönüşecek ve yağma suçu oluşmayacaktır. F, mücevher kutusunu aldıktan ve bunu atmadan M'ye etkili eylemde bulunmadan arabasına binip kaçtıysa ve M, aradan iki saat geçtikten sonra F'yi görür ve F bu sırada M'ye karşı etkili eylemde bulunur ise, konut dokunulmazlığını ihlal, yaralama ve hırsızlık suçu oluşacaktır. Çünkü mal artık F'nin serbestçe tasarruf edebileceği egemenlik alanına girmiştir. M'nin zilyedlikten kaynaklanan savunma hakkı sona ermiştir ve suç bitmiştir. Bu durumda F'nin gerçekleştireceği etkili eylem ayrı suç oluşturacak, hırsızlık yağmaya dönmeyecek, gerçek ictima kuralları uygulanacaktır.

d- Cebir ve Tehdit ile Netice Arasındaki Zaman Sorunsalı

Suçun tamamlanması için, tehdit veya cebir etkisiyle zilyet malı teslim etmiş veya mal alınmış olmalıdır. Başka bir anlatımla, cebir veya tehdit ile malın teslim edilmesi veya alınması arasında sebep-sonuç ilişkisi bulunmalı; cebir veya tehdidi, malın teslimi veya malın alınması izlemelidir. Yasada, tehdidin veya cebrin yapılması gereken zaman açısından bir açıklık yoktur. Ancak klasik yağma suçunda, malın alınması veya teslimi, tehdit veya cebri izlemelidir²⁹⁰. Yağma suçundaki malın teslimine yönelik zorlama araçları olan cebir ve tehdit ile ilgili olarak, kanuni düzenlemedeki '*cebir ve şiddet kullanarak*' ve '*tehdit ederek*' kelimelerinin açık olmasa da, cebir ve tehditle alma

²⁹⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 346

arasında zaman ve yer bakımından dar bir bağlantısını bulundurması gerektiği belirtilmektedir²⁹¹. Bu durumda araç suçlar olan cebir veya tehdit ile malın alınması arasında aralarındaki kesintisiz kronolojik sıralamayı kaldıracak bir zaman diliminin gerçekleşmesi durumunda bir çözümleme yapmak gerekecektir. Eğer icbar araçlarının kullanılması ile alma arasında büyük bir zaman ve yer farkı varsa, her iki hareketin yağmadaki özel bağlantısı bulunmaz. Sözgelimi evi soymak için cebirle evin anahtarlarını alan ve bununla ertesi gün evi soyan kişi, yalnızca anahtarların alınması bakımından yağmadan sorumlu tutulabilecektir. Buna karşılık tatilde tanıştığı zengin bir dulun evinde bıraktığı mücevherlerini çalmak için onu denize atıp, tatilin bitiminde maktulün evine gelerek evini soyan kişi yağma suçundan sorumlu olamayacaktır²⁹².

765 sayılı TCK'nın 498. maddesinde²⁹³ '*korkutarak faydalanma*' suçuna yer verilmişti. Bu düzenlemeye göre fail, mağduru büyük bir kötülük yapacağından bahisle korkutarak, onun zararına, kendi yararına zenginleşmektedir. Bu tehdidin mağdurun yüzüne karşı yapılması şart olmayıp telefon, mektup, telgraf, elektronik posta gibi herhangi bir surette veya kişi aracılığıyla da yapılabilir. Klasik yağma suçunda cebir veya tehditle mal alınırken, korkutarak faydalanma suçunda tehditle malın alınması arasında bir zaman aralığı bulunmakta ve tehditle eşyayı mağdurun faillere getirmesi sağlanmaktadır²⁹⁴. 765 sayılı TCK'nın 499. maddesinde düzenlenen²⁹⁵ '*adam kaldırma*' suçu bakımından da aynı durum geçerlidir. Adam kaldırma suçunda mağdur hürriyetinden mahrum bırakılarak dağa veya تنها bir yere götürülerek bir menfaat temin edilmektedir²⁹⁶. TCK'da bu nitelikteki vakıaları doğrudan karşılayacak bir düzenlemeye gidilmemiştir. Yağma suçundaki zorlama hareketleri ile malın alınması

²⁹¹ DÖNMEZER, s. 339

²⁹² KOCA, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunda Yağma Suçu, s. 2808

²⁹³ 765 sayılı TCK'nun 498. maddesine göre "*Bir kimse, her ne suretle olursa olsun hayat veya ırz veya mal hakkında büyük bir zararla korkutarak yahut hükümet tarafından verilmiş bir emir gibi göstererek başkasını para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet göndermeye veya bir mahalle koymaya veya bunların kendi eline geçmesini temin etmeye mecbur kılsa on beş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezasına mahkum olur.*"

²⁹⁴ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2256

²⁹⁵ 765 sayılı TCK'nun 499. maddesine göre "*Her kim, para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet almak için bir kimseyi hapseder yahut dağa veya تنها bir mahalle kaldırır, maksadına nail olmamış ise onbeş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Maksadına nail olmuş ise cezanın yukarı haddi hükmolunur.*"

²⁹⁶ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 298

arasındaki dar zaman ve yer bağlantısının kabul edilmesi durumunda, bu tür eylemlerin hangi suç içerisine oturtulacağı problemi çıkmaktadır.

765 sayılı TCK'nın 498. maddesinde düzenlenen korkutarak faydalanma suçunu oluşturan fiillerin TCK'da nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak; bir görüşe göre²⁹⁷, korkutarak faydalanma yönünden, TCK'nın '*malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan*' şeklindeki düzenlemesinin korkutarak faydalanmayı da kapsar şekilde geniş yorumlanması gerekir. Aynı görüşteki bir başka yazara göre²⁹⁸, bir kişi hayat veya ırz veya mal hakkında büyük bir zararla korkutularak para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet göndermeye veya bir mahalle koymaya mecbur bırakıldığında yağma suçunun unsurları meydana gelir. Tehdit kullanılan bu tür eylemlerde 5237 sayılı Kanunun 148. maddesinin veya duruma göre 149. maddesi uygulanır. Zira 765 sayılı Kanunun 498. maddesindeki hayat, ırz veya mal hakkında korkutmanın yeni Kanunun 148. maddesi kapsamında değerlendirilecek boyutta tehdit olduğu kabul edilerek meselenin yağma suçu çerçevesinde değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Bu görüşlerden farklı olarak ileri sürülen görüşe göre ise²⁹⁹, suçta ve cezada kanunilik ilkesi karşısında, korkutarak faydalanma teşkil eden bir eylemin klasik yağma suçu olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Çünkü, 765 sayılı TCK'nın 495/1. fıkrasındaki tipe uygun eylem TCK'nın 148. maddesinde de aynen muhafaza edilmiş olup, '*bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılma*' ifadesi doktrin ve uygulamada, taşınır malın cebir veya tehdit kullanılarak alınması şeklinde anlaşılmaktadır. Madde gerekçesinde '*bir malı teslim mecbur kılma*' ibaresinin, korkutarak faydalanma suçunu karşılamak üzere metne konulduğu yolunda bir açıklama da bulunmadığını belirten bu görüş açısından, bu durumda eylem cebir kullanma veya tehdit ile hırsızlık suçu oluşturur.

765 sayılı TCK'nın 499. maddesinde düzenlenen '*adam kaldırmak*' suçuna ilişkin olarak, *Kaylan'a göre*, adama kaldırma suçunda kişinin irade özgürlüğü yanında, dolaşım özgürlüğü de kısıtlanmaktadır. 5237 sayılı Yasanın 148. ve 149. maddelerinin fıkra ve

²⁹⁷ KOPARAN MEHMET REŞAT, Yeni TCK'da Malvarlığına Karşı Suçlar (Yağma), Yeni Ceza Adalet Sistemini Tanıtım Sitesi (www.cezabb.adalet.gov.tr)

²⁹⁸ NOYAN, s. 479

²⁹⁹ KOCA, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s. 79

bentlerinde dolaşım özgürlüğünü suçun ögesi olarak öngören bir düzenleme bulunmadığından, 499. maddenin karşılığı olarak yağma (TCK. m. 148 ve 149) ve kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma (TCK. m. 109) suçları oluşacaktır³⁰⁰. *Koca ise*, adam kaldırma suçunun, gerek araç ve gerekse amaç hareketler bakımından yağma suçuna göre farklılıklar göstermesi nedeniyle, 765 sayılı TCK'da adam kaldırma olarak düzenlenen eylemlerin her zaman klasik yağma suçu çerçevesinde cezalandırma olanağı bulunmadığını ifade etmektedir³⁰¹.

Yargıtay, 5237 sayılı TCK.'nın yürürlükte olduğu dönemde vermiş olduğu bir kararında³⁰² “5237 sayılı Yasanın 148 ve 149. maddelerinde tanımlanan yağma suçu ile 765 sayılı TCY.nın 499/1. maddesinde tanımlanan suçun öğelerinin farklı olduğu, eylemin, yağmanın yanı sıra 5237 sayılı Yasanın 109/2-3/1-a, maddelerine uyan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu da oluşturduğu, yağma suçunun 5237 sayılı TCY.nın 149. maddesinin 1 nci fıkrasının hem (a) hem (b) hem (h) bentlerine aykırı biçimde geceleyin, silahla , yol kesmek sureti ile, birden fazla kişi tarafından işlendiği, 5237 sayılı Yasaya göre yağma ve özgürlüğü kısıtlama suçlarını oluşturan eylemler nedeni ile...” demek sureti ile 765 sayılı TCK'nın 499. maddesindeki adam kaldırma suçu ile TCK'daki yağma suçu arasında suçun öğelerinin arasında farklılık belirlemesine rağmen, TCK. açısından yağma ve kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suçlarının ayrı ayrı oluşacağına hükmetmiştir.

Biz de bu konu hakkında ortaya konulan 765 sayılı TCK.'da var olan ancak TCK'da açıkça düzenlenmeyen adam kaldırma ve korkutarak faydalanma suçlarında temel olarak yağma suçunun uygulanabileceğini savunan görüşlere iştirak etmekteyiz. Zira adam kaldırma ve korkutarak faydalanma suçlarında, yağma suçlarında olduğu gibi kişilerin hedef alınan hukuki değerlerinde ve buna ulaşmak için kullanılan araçlarda bir farklılık bulunmamaktadır. TCK bakımından kanun koyucu bu tür durumları ayrı ayrı düzenlemek yerine tek bir madde içerisinde düzenlemiştir. Bu nedenle TCK

³⁰⁰ KAYLAN KESKİN, Yağma Suçları, (Yayınlanmamış Tebliğ), 2007, s.37

³⁰¹ KOCA, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s. 78; ERDEM MUSTAFA RUHAN, Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı Suçlar, Makale, Yeni Tür Ceza Adalet Sistemini Tanıtım Sitesi, (www.ceza-bb.adalet.gov.tr)

³⁰² Y. 6. CD 23.02.2006, 1178E/1694K (MALKOÇ, 1293)

düzenlemesinde yağma suçunun adam kaldırma ve korkutarak faydalanma fiillerini de içerisine alacak şekilde düzenlemiş olması nedeni ile yağma suçu bakımından, malın alınmasına yönelik zorlama hareketleri ile, malın alınması arasındaki yer-zaman bağlantısının genişletildiği düşüncesindeyiz.

3- Nedensellik Bağı

Dış alemdeki bir değişkenliğin bir kimseye isnad olunabilmesi için, bu değişikliğin onun hareketinden doğması, yapmak ve yapmamakla dış alemde zarar veya tehlike şeklinde beliren değişiklik arasında, sebep-netice ilişkisinin kurulabilmesi gerekir³⁰³. Kanuni tarifte fiilin icrasının yanı sıra, bir neticenin gerçekleştirilmesinin yer verildiği suçlarda, bu netice ile icra edilen fiil arasında illiyet bağının bulunması gerekir³⁰⁴. Yağma suçunun oluşması için cebir ve tehdit şeklindeki hareket ile malın teslimi arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Başka bir deyişle maddi veya manevi baskı ile eşyanın alınması veya mağdur tarafından teslim edilmesi arasında nedensellik ilişkisinin bulunması gerekir. Bu nedenle failin elde ettiği mal ile kullanılan cebir ve tehdit arasında bir etki-sonuç ilişkisi bulunması gerektiği ifade edilmektedir³⁰⁵. Yağma suçu cebir kullanma ve hırsızlık suçlarının birleşmesinden oluştuğundan çok hareketli bir suç olduğu için cebir hareketleri ile hırsızlığın arasında nasıl bir bağ olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

Azınlık görüşü olan objektif teoriye göre, icbar araçları ve alma arasında objektif bir nedensellik bağı gerekmektedir. Objektif teoriye göre cebir ve alma arasında gerçek (objektif) bir bağ olması gerekmektedir. Doktrinde hakim görüş olan sübjektif teoride ise, cebir ve alma hareketleri arasında gai, (final, sübjektif) bir ilişkinin yeterli olduğunu savunulmaktadır. Bu görüşe göre, yağma suçunda, failin cebir veya tehdidi alma amacıyla, yani almanın tamamlanmasından önce veya bu esnada kullanılması gereklidir. Malın alınmasının gerçekleştirilmesi için cebir veya tehdidin kullanılmasında, ne objektif bir gerekliliğe ne de gerçek bir nedensellik bulunmasına gerek vardır. Önemli

³⁰³ DÖNMEZER/ERMAN, s. 469

³⁰⁴ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 204

³⁰⁵ ESEN, s. 168

olan, sadece failin düşünce ve iradesidir. Failin düşüncesine göre saldırı (cebir ve tehdit) almanın aracı olmalıdır. Failin saldırı hedefi ile mağdurun karşı koyma gayesinin birbirinden farklı olmasının önemi yoktur. Örneğin, F bir parkta bankın üzerinde oturan M'nin yanında bir kamera olduğunu görür. F cebir tehdidi altında ondan kamerayı vermesini ister. Sahibi olduğu kamerayı artık beğenmeyen M, failin bu isteğine mukavemet etmez ve F tarafından malın alınmasına ses çıkartmaz. Sübjektif görüşe göre, yağma suçunun oluştuğunda tereddüt edilmeyecektir. Çünkü icbarın failin düşüncesine göre, malın alınmasını mümkün kılmada bir araç olması, almaya hizmet etmesi yeterlidir ve olayda bu durum gerçekleşmiştir. Azınlıkta kalan objektif görüş çerçevesinde olaya yaklaştığımızda ise tehdidin objektif (gerçek) olarak kamera ve paranın alınmasında gerekli olmadığı ortaya çıkmaktadır ve dolayısı ile yağmadan bahsedilmeyecektir³⁰⁶.

Cebir, şiddet veya tehdidin, failin tasavvuruna göre hesaba katılabilir mukavemetin etkisiz hale getirilmesini veya kırılmasını mümkün kılma yoluyla malın alınmasına hizmet etmesi ve böylece bu araçların gai (final) olarak alma ile birbirine bağlı olması yeterlidir. Failin tasavvuruna göre kullandığı araçlar ile malı elde edebileceğinin, yani kullanılan aracın (cebir veya tehdit) malın alınmasında uygunluk taşıdığının kabul edilmesi yeterlidir. Nitekim Yargıtay bir kararında³⁰⁷, sürü çobanına açılan ateş sonucu korkutularak kaçırılması ve sürünün çalınması olayında, yapılan hareketin netice bakımından istenilen etkiyi gösterdiğini ve nedensellik değeri taşıdığını kabul etmiştir³⁰⁸.

Sübjektif ve objektif görüşün her ikisi de cebir veya tehdit ile malın alınması arasında bir bağın bulunduğunu kabul etmektedir. Aralarındaki farklılık bu bağa yüklenen anlam ve işlev farklılığından kaynaklanmaktadır. Objektif görüşte bu bağın gerçek bir nedensellik bağı olduğu ifade edilmekte iken, sübjektif görüşte ise gerçek (objektif) bir nedenselliğin gerekli olmadığı, önemli olanın failin düşüncesi ve bu amaçla cebir veya tehdidi malın alınmasında araç olarak kullanmasıdır. Örneğin, fail

³⁰⁶ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 191-195

³⁰⁷ Y. 6. CD. 23.10.1983, 6609E/7841K (ÖNDER, Şahıslara ve Mallara Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 347)

³⁰⁸ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 196

mağdurun malını almak için cebir kullanması sırasında mağdur bunu cinsel saldırı olarak algılaması durumunda, sübjektif teoriye göre fail tarafından düşünülen ve amaçlanan irade malın alınmasına hizmet ettiğinden bu konuda araç olduğundan nedensellik bağının oluşmasında yeterli olacaktır.

Uygulamaya baktığımızda, Yargıtay'ında hakim olan sübjektif teoriyi benimsediği anlaşılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen bir kararda³⁰⁹, “*Sanığın yakalanamayan arkadaşı ile birlikte çantasında çok miktarda para olduğunu bildikleri mağdure Kevser’i oturduğu apartmana kadar takip edip girdiği, diğer mağdure Sevim’e ait dairenin zilini çaldıkları, kapı açılınca, polis olduklarını söyleyerek kimlik istedikleri, mağdurelerin “ niçin kimlik istiyorsunuz?” diye sormaları üzerine onlara tokat atıp mağdurelerden Kevser’i yere düşürdükten sonra masa üstündeki para çantasını alıp kaçtıkları, takip sonucu sanığın kaçırdığı bu çanta ile yakalandığı saptandığına göre; kullanılan cebir ve şiddetin para çantasını almaya yönelik olduğu açıktır. Çünkü sanık ve yakalanamayan arkadaşı mağdurenin çantasında para olduğunu bilerek onu takip etmişler ve bu çantayı zorla almak için eve girmişlerdir. Çantanın o anda masa üstünde olması sadece yağma eyleminin gerçekleşmesini kolaylaştırmış, kullanılan cebrin saptanan boyutlarda kalmasını sağlamıştır. Oluşa ve olayın akışına göre eylemin yağma olarak nitelendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Açıklanan bu nedenlerle C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.” Anılan karardan da anlaşılacağı üzere failler bekledikleri mukavemeti kırmak için ani gelişen kastla cebir kullanmışlardır. Cebir ile beklenen mukavemeti kırma arasında illiyet bağının bulunduğuna karar verilmiştir.*

Failin mevcut bir cebir ya da tehdidin etkisinden yararlanarak malı alması durumunda nedensel ilişki bulunmadığından yağma suçunun oluşmayacağı belirtilmektedir³¹⁰. Aksi görüşte olan bir başka görüşe göre ise, failin ilk önce başka bir maksatla kullandığı cebir ve şiddet bilinçli olarak, malı almanın aracı olarak da kullanılıyorsa, yani başka amaçlar için kullanılan cebir devam ederken mal alınıyorsa yağma suçunun işlenmiş olduğu ifade edilmektedir. Buna göre fail malı alma kararını,

³⁰⁹ YCGK. 21.10.1991, 6-247E/274K. (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2267)

³¹⁰ ÖZBEK, s. 1051

başlangıçta (örneğin cinsel bir amaçla) icra edilen cebir kullanma hala devam ederken almış ve gerçekleştirmişse yağma suçunu işlemiş olacaktır. Buna karşılık alma iradesi cebir kullanımından sonra oluşuyor³¹¹ veya tersi durumda yani, cebir veya tehdit almayı takip ediyorsa kural olarak yağma suçu oluşmayacaktır³¹². Gerçekten de bu son durumda failin fiili halen aktif bir vaziyettedir ve ani olarak oluşan kastla malı alması durumunda aktif cebir ile malın alınması arasında illiyet bağı tesis edilmiş olacaktır. Buna karşılık fail malı başka bir amaçla cebir kullandıktan sonra almaya karar vermesi durumunda, ya da fail malı aldıktan sonra başka bir sebeple cebir veya tehdit kullanıyorsa, zorlama hareketleri ile malın alınması arasındaki illiyet bağının kesildiğinin kabulü gerekecektir.

4- Fail

Yağma suçunun faili herkes olabilir. Bu bakımdan bir özellik söz konusu değildir. Yağma suçunun birden fazla yani en az iki kişi ile birlikte gerçekleştirilmesi durumunda suçun nitelikli hali söz konusu olacaktır. (TCK m. 149/1-c) Fail ile mağdur arasındaki yakınlık ilişkisinin önemli olmadığı, nitekim şahsi cezasızlık hallerinin düzenlendiği TCK'nın 167. maddesinde '*Yağma ve nitelikli yağma suçları hariç*' demek sureti ile bu hususun açıkça zikredildiği de ifade edilmektedir³¹³.

Suçun faili konusunda dikkat edilmesi gereken bir konu, failin kamu görevlisi sıfatını taşıması halinde ortaya çıkmaktadır. Kamu görevlisi sıfatını taşıyan kişi maddi cebir kullanarak bir malı alırsa yağma suçu oluşacaktır. Ancak kamu görevlisi sıfatını

³¹¹ "O halde sanıkların önceden maktulün parasını almaya karar verip mağdur sağ iken maddi cebir oluşturan icrai hareketlerle başladıkları ve bunun sonucunda onu öldürerek parasını aldıkları anlaşıldığına göre eylemleri yağma suçunu oluşturur. Ancak eğer sanıklar maktulün parasını alma kararı ile hareket etmeksizin onu öldürdükten sonra, o anda oluşan ani bir kararla ve kastla parasını, almak eylemini gerçekleştirmiş olsalardı, öldürme eylemi paranın alınmasına yönelik olmadığından, paranın öldükten sonra alınması hırsızlık suçunu oluştururdu." YCGK. 11.04.1994, 1-68E/94K. (MERAN, s. 111)

³¹² KOCA, Yağma Cürümleri, s. 199

³¹³ ESEN, s. 165

taşıyan kişi görevi ile ilgili bir konuda tehditte bulunarak bir menfaat elde ediyorsa TCK'nın 250. maddesinde düzenlenen icbar suretiyle irtikap suçu oluşacaktır³¹⁴

5- Mağdur

Mağdur kelimesi haksızlığa uğramış kimse anlamına gelmektedir³¹⁵. Yağma suçu çok hareketli bir suçtur. Fail tehdit veya cebri araç olarak kullanarak, malı almayı amaçlamaktadır. Bu nedenle fail araç hareketleri ile karşı tarafın kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığını ihlal ederken, amacı bakımından da mülkiyet hakkına tecavüzde bulunmaktadır. Yağma suçunun bu özelliği de göz önünde tutularak, suçun mağdurunun malın alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakılan kişi olduğu belirtilmektedir³¹⁶.

Suçun mağduru ile konusunu ve ayrıca mağdur kavramı ile suçtan zarar gören kavramlarını birbirlerine karıştırmamak gereklidir. Yağma suçunun konusu, zorlama kullanılarak alınmak istenen taşınır mal iken, mağduru bu şeye zilyed olan kimsedir. Bu nedenle suçun mağduru, suçun konusunun ait olduğu kişidir. Mağdur kavramı ile suçtan zarar gören kavramı da birbirlerinden farklıdır. Buna göre kural olarak, mağdur aynı zamanda bir suçun işlenmesi nedeniyle zarar gören kişidir. Fakat, suçtan zarar gören kişi, her zaman bu suçun işlenmesi dolayısıyla mağdur edilen kişi değildir. Mesela, bir kurumun parasına veya sair malvarlığına zilyed bulunan bir görevliye karşı yağma suçu işlenmiş olabilir. Bu durumda, suçun mağduru, kendisine karşı cebir ve tehditte bulunulan kişi, suçtan zarar gören ise malvarlığında azalma meydana gelen kurumdur. Bu nedenle bütün suçlarda mağdurun ancak gerçek kişiler olduğu, tüzel kişilerin suçun işlenmesi dolayısıyla zarar görebilecekleri ancak mağdur olamayacakları ifade edilmektedir³¹⁷. Bu durumda suçun mağdurunun hukuka aykırı fiille doğrudan etkilenen gerçek kişi, suçtan zarar görenin ise dolaylı yoldan hakları ihlal edilen gerçek veya tüzel kişiler olabileceğini söylemek yanlış olmaz.

³¹⁴ Bu konudaki açıklamalar için bkz. s. 27-33

³¹⁵ www.tdk.gov.tr

³¹⁶ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 340

³¹⁷ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s.219

Suçun mağdurunun, malın sahibi olabileceği gibi, tehdit ve cebir gösterilen kişilerin malın maliki olması zorunlu olmadığından, suç yerinde bulunan bir başkası da olabilmektedir. Kanun maddesinde belirtilen '*bir başkası*' ibaresinin malın sahibini veya malı meşru olarak elinde bulunduran zilyedi ifade ettiği gibi, eylem sırasında malı koruyan veya mal sahibine yardım etmek isteyen üçüncü bir kişiyi de ifade ettiği de belirtilmektedir³¹⁸. Bu konu ile ilgili olarak Yargıtay vermiş olduğu bir kararında³¹⁹, otobüs durağında bekleyen mağdurun elindeki cep telefonunu çekip alarak kaçmaya başlayan sanığın kesintisiz izleme sonunu yakalanmasında kendini yakalayan kişilere karşı cebir kullanmasını yağma olarak değerlendirmiştir

Yağma suçunda taşınır malı elde etmek için, araç hareketler olan tehdit ve cebrin yöneleceği kişiler farklılık gösterebilmektedir. Fail bu hareketleri doğrudan taşınır malın zilyedine yöneltebileceği gibi, malın zilyedi olan kişinin herhangi bir yakınına da yöneltebilir. Bu durumda, yağma suçu ile korunan hukuksal değer malvarlığı ve kişi özgürlüğü olduğu için, yalnızca bu değerlerin sahibi olan kişilerin yağma suçunun mağduru olabilecekleri, yağma suçunun mağdurunu belirlerken cebir ve tehdidin yöneldiği kişiyi değil, bu hareketlerle malvarlığı değeri ile tasarruf özgürlüğü zorlanan kişiyi esas almak gerektiği belirtilmektedir³²⁰.

6- Konu

a- Genel Olarak

Her suçun mutlaka bir konusu vardır. Suçun konusu, eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı ve bünyesidir. Bazı suç tanımlarından suçun konusunu bir nesnenin oluşturduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Örneğin hırsızlık suçunda '*taşınır bir mal*', mala zarar verme suçunda '*taşınır veya taşınmaz mal*' suçun konusudur. Suçun konusu üzerindeki etkisi itibarıyla, suçların tehlike suçu ve zarar suçu olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Zarar

³¹⁸ ESEN, s. 165; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2260; ERTOSUN/TAŞKIN, s. 803

³¹⁹ Y. 6. CD. 05.12.2007, 18184E/13468K. (ERTOSUN/TAŞKIN, s. 803)

³²⁰ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 88

suçlarında bizatihi haksızlık teşkil eden fiilin işlenmesi sonucunda suçun konusu üzerinde bir zarar meydana gelmektedir. Tehlike suçlarında ise, icra edilen fiilin suçun konusu üzerinde bir zarar meydana getirme tehlikesi söz konusudur³²¹. Malvarlığına karşı suçlarda, zararın suçun örtülü bir unsuru olduğu belirtilmektedir. İnceleme konumuz olan yağma suçu TCK'nın ikinci kitap, ikinci kısım, onuncu bölümünde malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlendiğine göre zarar suçu olarak düşünülmüştür. Çünkü yağma suçları bakımından da, failin yaptığı araç hareketler olan cebir veya tehdit ile almak şeklinde amaçlanan konu üzerinde, yani mağdurun malvarlığı üzerinde bir zararın meydana gelmesi ve bunun sonucunda failin hareketi ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunması aranmaktadır.

Yağma suçunun hukuki konusunun taşınır mal olduğu, hırsızlık suçunun oluşması için gereken bütün koşulların burada da aranacağı, iki suç arasındaki tek farkın, taşınır malın tehdit edilerek veya cebir kullanılarak, teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılınması olduğu belirtilmektedir³²².

Öte yandan TCK'nın 148/2. maddesinde yağma suçunun özel bir şekli olan '*senedin yağması*' düzenlenmektedir. ETCK'nın 496.maddesinde ayrı bir suç tipi olarak düzenlenen senedin yağması suçu, TCK'da, yağma suçunun özel bir işleniş şekli olarak 148. Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir. O halde yağma suçunun temel şeklindeki suçun konusunu oluşturan '*mal*' kavramı ve suçun özel bir işleniş şekli olan '*senet*' kavramları yağma suçunun konusunu oluşturmaktadırlar. Suçun konusu, onun maddi unsurunu oluşturan bir öge olduğundan, yağma suçunu oluşturan hareketler ile amaçlanan hedefin suçun hukuki konusunu oluşturması gerekecektir. Bu durumda eğer amaçlanan hedef, yağma suçunun hukuki konusunu oluşturan '*mal ve senet*' kavramları içerisinde mütalaa edilemiyorsa, yağma suçu oluşmayacak ya da başka bir suç oluşacaktır. Bu nedenle yağma suçunun hukuki konuları olan '*mal ve senet*' kavramlarına yüklenen hukuki anlamın ne olduğunu irdelemek gerekmektedir.

³²¹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu, Gazi Şerhi, s. 216

³²² MERAN, s. 106

b- Mal

Arapça kökenli bir kelime olan ‘mal’ sözlükte “*Bir kimsenin, bir tüzel kişinin mülkiyeti altında bulunan, taşınır veya taşınmaz varlıkların bütünü*” olarak tanımlanmaktadır. Yine Arapça kökenli olan eşya tabiri de sözlükte “*Türlü amaçlarla kullanılan, insan yapısı, taşınabilir cansız nesnelerin bütünü olarak tanımlanmaktadır*”³²³. Mal kavramı hukuken, mülkiyet konusu olabilen bütün maddi eşya ile malvarlığına girebilen bütün haklara hukuken verilen ad anlamlarına gelir³²⁴. Bir başka ifade ile mal, haklara konu olabilecek olan şeyleri ifade eder³²⁵. Şey ise, daha geniş bir manaya gelmekte olup dış âlemi meydana getiren, insandan gayri her türlü maddi veya gayri maddi varlıklara denmektedir³²⁶. Hiç kuşkusuz bu kavramın hukuki anlamda ifade ettiği anlamın kökleri özel hukuk içerisinde yer almaktadır. Bu bakımdan eşya hukukundaki açıklamalar konumuz ile yakından ilintilidir. 4721 sayılı Medeni Kanunun 683. maddesinde “*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzenin sınırları içerisinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.*” hükmü yer almaktadır. Mülkiyet hakkına konu ‘şey’ tabirinin çoğulu eşya kelimesidir. Bu nedenle mülkiyet hakkının konusunu eşya oluşturmaktadır. Buna göre bir ‘şeyin’ bir hakkın konusu yapıp ‘mal’ olarak nitelendirilip, hukuki anlamda bir mana ifade edebilmesi için eşyanın bir takım niteliklere sahip olması gerekmektedir. Eşya maddi bir varlığı olan, üzerinde şahısların hakimiyet sağlayabilecekleri, insan dışı, sınırlanabilen, ekonomik değer taşıyan her şey olarak tanımlanmaktadır³²⁷. Ancak ceza hukukundaki malvarlığı kavramının, ekonomik değerden mahrum olmalarına rağmen manevi değeri olan mektup, saç teli vb. şeyleri de kapsamı nedeni ile özel hukuk malvarlığı değerinden daha geniş olduğu ifade edilmektedir³²⁸.

Yukarıda belirtilen eşyanın kelime ve hukuki anlamlarından hareketle bir varlığın hukuken eşya olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle maddi bir varlığa sahip olması

³²³ www.tdk.gov.tr

³²⁴ YILMAZ EJDER, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2003, s. 426

³²⁵ AKİPEK JALE G., Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Ankara, 1972, s. 31

³²⁶ AKİPEK JALE G., s. 30

³²⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 6

³²⁸ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 245

ve üzerinde hakimiyet kurulabilir niteliğe sahip olması gerekecektir. Eşyanın maddi bir varlığa sahip olduğu arandığına göre, her şeyden önce gözle görülebilir dokunulabilir nitelikteki şeyler (televizyon, mücevher, para, bilgisayar vb.) eşya olarak nitelenebilecektir. Buna göre maddi değeri olan ancak, maddi mal varlığı olmayan fikir ve sanat eserleri, düşünceler eşya kavramı dışında kalırlar³²⁹. Ancak bunların bir belgeye geçirildiği takdirde yağma suçunun konusunu oluşturabileceği belirtilmektedir³³⁰. Alacaklar ve diğer hakların eşya sayılmadıkları için yağma suçunun konusunu oluşturmadıkları, ancak bir hakkı cisimleştiren, temsil eden vesikalar, örneğin çek, poliçe, bono, hesap cüzdanı, seyahat bileti, piyango biletleri, veri taşıyıcıları vb. şeylerin aynı haklara konu olabildikleri için yağma suçunun konusunu oluşturabilecekleri ifade edilmiştir³³¹. Bunun gibi kredi kartları ve banka kartları da hırsızlık ve yağma suçlarına konu oluşturabilecektir³³². Yargıtay bir kararında³³³, mağdura cebir ve tehdit uygulayarak banka kartını ve şifresini aldıktan sonra bankadan para çeken sanıkların eylemini yağma olarak değerlendirmiştir.

Taşınır mülkiyetinin konusunu kural olarak taşınır eşyalar oluşturur. Ancak 4721 sayılı Medeni Kanunun 762. maddesinde edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler taşınır mal kapsamında değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, kimsenin malik veya zilyedi olmadığı gün ışığı, deniz suyu, hava gibi maddelerin suçun konusunu oluşturmazlar³³⁴. Elektrik, ısı, gaz vb. enerjisi, nitelik olarak maddi varlığa sahip olmayan ve kişilerin hakimiyeti altına alınamayan bir niteliğe sahiptir. Bunun gibi kişilerin telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan yararlanma durumları da söz konusu olabilir. Yağma suçu hırsızlık ile cebir veya tehdidin bir araya gelmesi ile oluşan bağımsız, yeni bir suçtur. Ancak yağma suçunun hukuki konusu hırsızlık suçundaki hukuki konu ile aynıdır. Hırsızlık suçunun düzenlendiği TCK'nın 141/1. maddesinde suçun hukuki konusu olarak '*taşınır mal*' belirlenmiştir. İfade edildiği gibi, enerji, telefon frekansı vb gibi maddeler maddi varlığa sahip değildir.

³²⁹ DÖNMEZER, s. 358

³³⁰ NOYAN, s. 65

³³¹ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 93

³³² NOYAN s. 61

³³³ Y. 6. CD. 26.06.2006, 2006-9429E/2007/8939K. (www.kazancı.com.tr)

³³⁴ EREM FARUK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. III, Ankara, 1993, s. 2349

Ancak anılan maddenin ikinci fıkrasında bir istisna oluşturularak, ekonomik değer taşıyan her türlü enerji de taşınır mal kapsamına taşınmıştır. Nitekim TCK'nın 141. maddesine ait kanun gerekçesinde³³⁵, elektrik enerjisi, gazlar, tabii veya sun'î buharların da hırsızlık suçunun konusunu oluşturabileceği belirtilmiştir. Bu durumda maddi varlığı olmamasına rağmen ekonomik değeri olan enerji de yağma suçunun konusunu oluşturacaktır. Buna göre fail, cebir veya tehdit kullanarak mağdura ait elektrik veya buna benzer enerjiyi kullanması ya da cebir ve tehdit kullanarak mağdurun telefonu ile görüşme yapması durumunda yağma suçu oluşacaktır.

Öte yandan insan bedeninin mal olmadığı, ancak vücudun bir parçası, diş, kan, saç, vs. gibi biyolojik maddelerin vücuttan ayrıldıktan sonra mal hükmüne geldiği belirtilmektedir³³⁶. Bununla birlikte cesedin, ekonomik değer taşıdığı ve maddi bir hacmi bulunduğu için eşya olduğu ancak, kimsenin mülkiyetinde bulunmadığı ve hukuksal ilişkiye konu yapılamayacağı için mal kavramının dışında kalacağı; ancak cesetle birlikte gömülen eşya hırsızlık suçuna konu olabildiği gibi yağma suçuna da konu olabildiği ileri sürülmektedir³³⁷. Organını bağışlayan bir kimsenin organı da yağma suçuna konu olabilecektir³³⁸.

Suçun konusun ekonomik bir değere sahip olup olmaması gerektiği de tartışma konusu oluşturmaktadır. Ancak günümüzde hakim olan görüşe göre, ceza hukukunda ekonomik değeri olan şeyler yanında ekonomik hiçbir değeri olmamasına rağmen, anısı olan ya da dinsel değer taşıyan vb. şeylerinde malvarlığı içerisinde düşünülmesi gerektiği belirtilmektedir³³⁹. Buna göre suçla, malik veya zilyedinin o mal üzerindeki tasarruf yetkisinin ihlalini önlenmek istendiği için, alınan malın ekonomik değer taşıyıp

³³⁵ Kanun gerekçesi için bkz. ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu, Gazi Şerhi, s. 849

³³⁶ HİFZIOĞULLARI/KURŞUN, s. 800

³³⁷ OĞUZMAN M. KEMAL/SELİÇİ ÖZER/OKTAY ÖZDEMİR SAİBE, Eşya Hukuku, İstanbul, 2006, s.5

³³⁸ ERTOSUN/TAŞKIN s. 802

³³⁹ HİFZIOĞULLARI/TAŞKIN, s. 149; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 245; ERTOSUN/TAŞKIN, s. 801

taşınamaması önemli değildir.³⁴⁰ Buna karşılık, malın değerinin azlığı TCK'nın 150/2. maddesine göre indirim sebebi olabilecektir.

aa- Malın Taşınır Niteliğe Sahip Olması

Mal yağmasında suçun maddi konusu '*mal*'dır. Yağmanın konusu sadece alınabilen mal yani taşınır mal olabilir³⁴¹. Hırsızlık suçunda olduğu gibi, yağma suçunda da, suçun maddi konusunu '*almak*' oluşturduğundan malın taşınabilir olmasını zorunlu olmaktadır³⁴². Mal aleyhine işlenen suçların konusunu oluşturan eşyalar taşınabilenler veya taşınmayanlar olmak üzere ikiye ayrılırlar. Taşınmaz maldan çıkarılan mallar taşınır mal hüviyetini kazanırlar. Bunun gibi taşınmazdan çıkarılan veya kazanılan şeyler taşınır eşya haline gelir³⁴³.

765 sayılı TCK'nın 495/1. maddesinde "*Her kim menkul bir malın zilyedini...*" denilmek sureti ile yağma suçunun konusunu sadece taşınır mallar olacağı açıkça belirtilmişti. TCK'nın 148/1. maddesinde ise sadece '*mal*' kavramı kullanılmış olup, bu malın taşınır ya da taşınmaz mal olup olmadığı konusunda herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Buna karşılık madde gerekçesinde "*Hırsızlık suçunda olduğu, gibi yağma suçunda da, taşınır malın alınmasıyla ilgili olarak zilyedinin rızasının bulunmaması gerekir.*" denilmektedir. Gerekçe nazara alındığında yağma suçunun konusunun taşınır mal olacağı anlaşılmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar³⁴⁴, kanun metnini esas alarak yağma suçunun konusunu taşınmazların da oluşturabileceğini ileri sürmektedirler. Ancak birçok yazara göre³⁴⁵, yağma suçunun konusunu ancak taşınır mallar oluşturabilecektir. Kanaatimizce de, her ne kadar suçun kanuni tanımında sadece '*mal*' tabiri kullanılmış ise de, madde gerekçesindeki '*taşınır mal*' ibaresi göz

³⁴⁰ KOCA, Yağma Cürümleri, 101

³⁴¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 340

³⁴² KOCA, Yağma, Cürümleri, s. 102

³⁴³ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 247

³⁴⁴ DEMİRBAŞ TİMUR, Yağma Suçları Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 1-3 Haziran 2008 Çınar Otel, Ankara, 2009, s. 243; ERTOSUN/TAŞKIN, s. 799

³⁴⁵ NOYAN, s. 425; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 340; ESEN, s. 164; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2260; MERAN, s. 106; KOCA, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu, s.2801.

ardı edilemez. Bu nedenle TCK'da yağma suçunun konusunu sadece taşınır nitelikteki malların olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Ancak yağma suçunun konusuna taşınmaz malların da girdiğini belirten yazarlar haklı oldukları noktalar bulunmaktadır. Ertosun/Taşkın'a göre, cebir veya tehdit kullanılarak gayrimenkullerin çok düşük bedelle alınmaları durumu yağma suçunu oluşturmaktadır. Yazara göre, kanunda geçen '*malı teslim*' ibaresinden malın taşınır olması gerektiğini çıkarmak mümkün değildir. Taşınmazların devri tescille olsa da, bu şekil şartı zaten malın teslimi anlamına gelir. Yazarın bu görüşünde haklı olduğu noktalar bulunsada, bu görüş ancak kanuni düzenlemeye karşı bir eleştiri olarak kalmalı ve TCK'nın 148/1. maddesi kapsamında uygulamaya yansıtılmamalıdır. Zira yukarıda ifade edildiği gibi kanun gerekçesinde açıkça '*taşınır mal*' ibaresi yer aldığından ve bu husus göz ardı edilemeyeceğinden, taşınmaz malları yağma suçunun konusu olarak kabul etmek tipikliğe aykırı olacaktır. Ancak TCK'nın 148/2. maddesinde borç doğurucu nitelikte '*senet*' de yağma suçunun konusunu oluşturmaktadır. Bu durumda senedin alınması ile birlikte bu senedin kağıt olarak değeri değil bu senede bağlı hakların faile geçtiği, bu nedenle failin cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi tapuda satış sözleşmesi yaptırarak kendisine devretmeye mecbur bırakması durumunda, devre ilişkin irade beyanının senedin verilmesi veya imza ettirilmesi şeklinde anlamak gerektiği, taşınmaz malların senedin yağması suçu açısından dolaylı olarak suçun konusunu oluşturabileceği belirtilmektedir³⁴⁶. Buna göre zor kullanarak taşınmaz devrinin sağlanması durumunda senedin yağmasından bahsedilebilecektir.

bb - Malın Başkasına Ait Olması

Malvarlığına karşı suçların temel bir özelliği, suçun konusunu oluşturan malın, başkasına ait olmasıdır. Kimse, suçun hem faili hem de mağduru olamayacağından, kendi malvarlığına karşı bir suç işleyemez³⁴⁷. Gerçekten de yağma suçu cebir veya tehdit kullanılarak gerçekleştirilen bağımsız, yeni bir suç olduğuna göre, hırsızlık suçunun gerçekleşmesi için aranan '*başkasına ait mal*' şartı yağma suçu açısından da geçerli olacaktır. Kuşkusuz bir malın kime ait olduğu özel hukukla ilgili olan bir konu

³⁴⁶ NOYAN, s. 425; KOCA, Yağma Cürümleri, s. 104

³⁴⁷ HIFZIOĞULLARI/KURŞUN

olup kaynağı da burada aranmalıdır. Bu nedenle failin, Medeni Hukuk anlamında çalınan şeyin maliki olma sıfatını yitirdiği andan itibaren hırsızlık söz konusudur³⁴⁸.

Sahipsiz mallar doğal olarak yağma suçunun konusunu oluşturmazlar. Terk edilmiş mallar da³⁴⁹ doğal olarak suçun konusunu oluşturmayacaklardır³⁵⁰. Zira malın sahibi veya zilyedi kendi iradesi ile bunların sağladığı haklardan vazgeçmiştir. Ancak başlangıçta sahipsiz malların sonradan sahipli hale gelmesi durumunda yağma suçuna konu olabileceklerdir³⁵¹. Yargıtay bir kararında³⁵², çaydaki balıkların ağa girdikten sonra sahipli mal olacağına ve hırsızlık suçunun konusunu oluşturacağına karar vermiştir. Yabani hayvanlar evcilleştirildikten sonra suçun konusunu oluşturabilirler³⁵³. Tersî durumunda yani evcil hayvan serbest bırakıldıktan sonra terk edilmiş mal hüviyetini kazanacaklarından suçun konusunu oluşturmayacaklardır.

TCK'nın 144. maddesinde hırsızlık suçunun paydaş yada elbirliği ile malik olunan mal üzerinde işlenmesi durumunda, fail açısından suç şikayete bağlı hale gelmektedir. Ancak söz konusu madde sadece hırsızlık suçu için özel olarak düzenlendiğinden ve hırsızlık suçu sadece malvarlığı değerini ihlal ettiğinden kanaatimizce bu madde yağma suçu içerisinde erimiş olan hırsızlık için uygulanamayacaktır.

Yukarıdaki açıklamalarda, malın kime ait olduğunu belirlemenin özel hukuka göre yapılacağını ifade etmiştik. Buna göre, malın başkasına ait olmaktan, mala salt malik olmak anlaşılırsa, mal sahibinin mala karşı bir suç işlemesi mümkün değildir. Durumun böyle kabul edilmesi hâlinde, mala karşı suçlarda, eşya üzerinde aynı veya şahsi hakkı olan kimse, mülkiyet hakkı sahibi karşısında hukuki himayeden yoksun kalacaktır. Buna karşılık malın başkasına ait olmasından, mal üzerinde mülkiyet hakkı yanında

³⁴⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 273

³⁴⁹ "Sanığın, babası tanık Şevket'in ve arkadaşı Şirin'in Savcılık ifadelerinde suça konu tellerin ilçe merkezinde terk edilmiş eski jandarma binasından alındığını belirtmeleri karşısında, alınan yer itibarıyla sahipsiz eşya niteliği taşıyıp taşımadığı araştırılıp tartışılmadan delil yetersizliğinden bahisle yazılı şekilde beraat kararı tesisi yasaya aykırıdır." Y. 11. CD. 09.11.2004, 2003-10893E/2004-8657K.(www.kazancı.com.tr)

³⁵⁰ NOYAN, s. 49-50

³⁵¹ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 247

³⁵² Y. 6. CD. 20.10.1982 5360E/7252K, (SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 247)

³⁵³ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 247

ayrıca diğer aynı ve şahsi hakların bulunması anlaşıldığında, zilyedinden, malın, sahibi tarafından alınması, suç oluşturacaktır³⁵⁴. Buna göre birinci ihtimal kabul edildiğinde, araç kiralayan bir şirket yetkilisi (malik), aracı kiralamış kişiden (zilyed) malı cebir veya tehdit kullanarak geri alırsa, sadece duruma göre yaralama veya tehdit suçları oluşacaktır. İkinci ihtimal de ise yani, mülkiyet hakkının yanında şahsi hakkında bulunduğu kabul edildiğinde zilyede karşı gerçekleştirilen fiil yağma suçunu oluşturacaktır. Malikin fiili hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağı tahsil amacı taşıyorsa TCK'nın 150/1. maddesinde düzenlenen daha az cezayı gerektiren hal devreye girecek ve fail duruma göre tehdit veya yaralamadan dolayı cezalandırılacaktır. Bunun gibi mülkiyeti muhafaza kaydıyla satım, kira, rehin sözleşmesi veya hapis hakkı gibi herhangi bir hukuksal ilişkiye dayanarak bir malın meşru zilyedi olan kişiye karşı, hukuka aykırı bir şekilde o malın maliki tarafından cebir veya tehdit kullanılarak malın alınması durumlarında da, bizim de katıldığımız görüşe göre yağma suçu işlenmiş olacaktır³⁵⁵.

c- Senet

TCK'nın 148/2. maddesinde yağma suçunun özel bir işleniş şekli olan '*senedin yağması*' suçu düzenlenmiştir. Anılan madde "Cebir ve tehdit kullanılarak mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına kaşı koymamaya mecbur edilmesi halinde de aynı ceza verilir" şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. 765 sayılı TCK'nun 496. maddesinde³⁵⁶ yağma suçu bağımsız bir suç olarak düzenlenmişken, TCK'da klasik yağma suçunun özel bir işleniş biçimi olarak düzenlenmiştir³⁵⁷. Senedin yağması, yağma suçunun bir çeşididir, dolayısı ile hem 765 sayılı TCK'da hem de TCK'da

³⁵⁴ HIFZIOĞULLARI/KURŞUN, s. 152; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 248

³⁵⁵ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 109

³⁵⁶ 765 sayılı TCK'nun 496. maddesine göre; "*Her kim, bir kimseyi cebir ve tehdit kullanarak veya şahsen ve malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit ederek o kimsenin yahut başkasının zararına hukukça hükmü haiz bir senedi vermeye veya imza etmeye yahut koparıp mahvetmeye mecbur bırakırsa on seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezasına mahkum olur.*"

³⁵⁷ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2269

yağma suçunun ağırlaştırıcı bir nedeni olarak öngörülmemiştir.³⁵⁸ Her iki ceza yasası karşılaştırıldığında 765 sayılı TCK'da '*hukukça hükmü haiz bir senet*' suçun konusunu oluşturmakta iken, TCK'ya göre suçun konusu '*borç doğurucu bir senettir.*' Suçun maddi unsuru bakımından 765 sayılı TCK'ya göre '*böyle bir senedi vermeye veya imza etmeye yahut koparıp mahvetmeye*' şeklinde seçimlik hareketler aranmakta iken, TCK'ya göre '*böyle bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur kılma*' biçiminde seçimlik hareketler sayılmış bulunmaktadır.³⁵⁹ Öte yandan yeni düzenleme ile boş bir kağıdın imzalatılması hali de suçun oluşması için yeterli sayılarak kapsam genişletilmiş ve yaptırım 765 sayılı TCK'ya göre hafifletilmiştir. Senedin yağması suçunda korunan hukuksal değer, klasik yağma suçunda olduğu gibi, malvarlığı ve kişi özgürlüğüdür.³⁶⁰

Suçun hukuki konusunu oluşturan senet, mağduru veya yakınına borç altına sokabilecek, dolayısıyla faile maddi bir yarar sağlayabilecek bir senet olmalıdır. Zararın doğmuş veya yararın sağlanmış olması gerekmez. Senedin veya senedin hükümsüz kaldığını açıklayan belgenin faile intikali veya ileride mağduru veya başkasını borç altına sokabilecek bir kağıdın mağdur tarafından imzalanması yahut senedin imha edilmesi ile suç tamamlanmış olur. Senedin kullanılması şart değildir. Senet ayrıca kullanılmış ise, bir başka suç, örneğin sahte belgeyi kullanma suçu (m. 207) da işlenmiş olur.³⁶¹ Senedin borç doğurucu olmasından kasıt, mağdurun iktisaden değerlendirmeye elverişli olan ve mağduru borçlu kılacak ve bir hakkını kullanmamasına yol açan her türlü belge olmasıdır. Bu nitelikte olmayan bir kağıdın imzalatılması ise senet niteliğini taşımadığından sadece cebir veya tehdit ve diğer koşulları da varsa hırsızlık suçunu teşkil edebilir.³⁶² Öte yandan suça konu senet ile ilgili aranan bir diğer özellik, senedin hukuki olarak sonuç doğurur niteliğe sahip olmasıdır. Geçersiz, yerine getirilmesi

³⁵⁸ ESEN, s.170

³⁵⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 530; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 363; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2269

³⁶⁰ ESEN, s. 170

³⁶¹ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 149-150

³⁶² DONAY, s. 230; Esen, s. 148; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 530; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 365

hukuken ve fiilen imkansız olan senetler yağma suçunun konusunu oluşturmazlar. Örneğin, parmak basılmak suretiyle düzenlenen fakat HUMK'nun 297. maddesi uyarınca ihtiyar heyeti ve mahallince tanınmış iki kişi tarafından onaylanmamış senetlerin cebir ve tehdit sonucu alınmış olunması halinde senet yağması suçunun maddi unsuru gerçekleşmiş olmaz³⁶³. Suça konu senedin mağdurun malvarlığı açısından bir zarar ortaya çıkaracak nitelikte olması gerektiğinden, batıl senedi imza ettirmek ile suç oluşmaz. Cebir ve şiddet veya tehditle alınan senet aslında borç doğurucu olmadığına göre bununla anlatılmak istenilen, senedin dış görünüş olarak borç yaratan ya da borçtan kurtaran nitelik taşıyor olmasıdır³⁶⁴. Söz konusu senedin sonradan hükümsüzlüğüne karar verilmiş olması, fiilin suç olma niteliğini etkilemez³⁶⁵.

Borç doğurucu senet mağdurun iktisaden değerlendirmeye elverişli olan bir hakkını kullanmamasına yol açan her türlü belgedir. Senet mağdurun malvarlığında bir eksiltme meydana getirmektedir. Ancak bu eksilmenin mutlaka para borcu olması gerekmez³⁶⁶. Nitekim TCK'nın 148/2. maddesine ilişkin kanun gerekçesinde “*Senedin bunu imzalayan için borç doğurucu olması gerekir. Bu borç para borcu olabileceği gibi, bir işi yapmaya veya yapmamaya, bir taşımazını hibe etmeye, kira ile oturulan bir binayı boşaltmaya, var olan bir borca kefil olmaya da ilişkin olabilir. Bir alacağı tahsil etmemeye, herhangi bir davayı açmamaya, vasiyetnamesini değiştirmemeye yönelik bir vaadi içeren yazılı beyanlar da borç doğurucu senet sayılırlar. Şu halde mağduru iktisaden değerlendirmeye elverişli olan bir hakkını kullanmamasına yol açan her türlü belge, borç doğurucu senet tanımına girer.*” demek suretiyle bu durum açıkça belirtilmiştir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere mağdurun malvarlığındaki, aktiflerini azaltır, pasiflerini çoğaltmaya elverişli her türlü konunun, cebir veya tehdit kullanılarak bir belgeye bağlanması suretiyle ondan alınması durumunda suç oluşacaktır.

Senedin yağması suçunun maddi unsuru, failin cebir veya tehdit kullanma biçimindeki araç hareketlerle, mağduru veya bir başkasını borç altına sokabilecek

³⁶³ MALKOÇ, s. 1281 ESEN, s. 171

³⁶⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 530

³⁶⁵ KOCA, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu, s. 2802

³⁶⁶ KOCA, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu, s. 2802

hukuken geçerli olacak şekilde ‘*senet vermeye*’³⁶⁷ veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir ‘*vesikayı vermeye*’ böyle bir senedin ‘*alınmasına karşı koymamaya*’, ileride böyle bir senet haline getirilebilecek bir ‘*kağıdı imzalamaya*’ veya var olan bir senedi ‘*imha etmeye*’ veya ‘*imhasına karşı koymamaya*’ mecbur edilmesi şeklinde seçimlik hareketlerle oluşmaktadır³⁶⁸. Bu hareketlerin kapsamına girmeyen hareketler bu suçu oluşturmazlar. Örneğin bir kimse bir taciri, bir ticaret defterine hukuki önemi olan bir kayıta bulunmaya zorlamış, ancak defteri tacirin zilyedliğinde bırakmış ise, senedin yağması değil, cebir suçu olacaktır³⁶⁹. Bununla birlikte her ne kadar yağma suçundan tehdidin yönelik olduğu değerler sınırlayıcı bir biçimde gösterilmesine rağmen, senedin yağmasında bu konuda bir sınırlamaya gidilmemiş ise de; bu fıkarda yer verilen tehdit deyimine de, TCK’nın 148/1. maddesindeki tehdit deyimi ile aynı anlam verilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁷⁰.

Failin senedi ele geçiriş biçimi bu suçu TCK’nın 209. maddesinde düzenlenen açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçundan ayırmaktadır. Senedin yağması suçunda fail, senedin cebir veya tehditle kendisine verilemesini sağladığı halde, açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçunda mağdur senedi kendi rızasıyla faile teslim etmektedir³⁷¹. Açığa atılmış imzanın kötüye kullanılması suçunda hiç yazı taşımayan veya yazı taşımakla birlikte içeriği itibari ile başlı başına hüküm ifade etmeyen bir kağıdın suçun konusunu oluşturduğu, senedin yağması suçunda ise suçun konusunu oluşturan senedin tamamlanmış ve belge niteliğini kazanan bir senet olduğu belirtilmektedir³⁷². Buna karşılık maddenin lafzi yorumuna göre imzalı boş kağıt, henüz geçerli ve sonuç doğurucu bir senet niteliğinde olmadığı bu şekilde TCK’nın 148/2. maddesinin uygulanamayacağı anlamı çıkarılsa da; fıkarda geçen ‘*böyle bir senet haline getirilebilecek kağıt ifadesi*’ nazara alındığında suçun oluşacağı sonucuna varılması

³⁶⁷“Yakınanı tehdit edip alıkoymak sureti ile sözleşme ve senetler imzalatan sanıkların eylemlerinin TCK’nın 499/1-2. cümlesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, TCK’nın 495/1. maddesinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir.” Y. 6. CD. 22.12.2004, 2004-8399E/2004-14783K. (NOYAN, s. 514)

³⁶⁸ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2270

³⁶⁹ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 148

³⁷⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 551

³⁷¹ AYDIN, s. 250

³⁷² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 530

gerektiği de ileri sürülmektedir³⁷³. Kanaatimizce de tehdit ve cebir kullanarak mağdurdan imzalı boş kağıt alınması halinde yağma suçunun oluştuğunun kabulü maddenin lafzı ile örtüşmektedir. Zira suçun konusunu oluşturan boş imzalı kağıt, fail tarafından senet haline getirilebilecek niteliktedir.

Senet yağmasında tehdit olunan zarar haksız olmalıdır. Dolayısıyla alacaklının yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlusundan cebir ve tehdit ile senet almasında senedin yağması suçu değil, TCK'nın 150/1. maddesine uyarınca duruma göre kasten yaralama veya tehdit suçlarını oluşacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere, senedin yağması ayrı ve bağımsız bir suç değil suçun işlenişinin özel bir şeklidir. Bu nedenle çalışma kapsamında yaptığımız tüm açıklamalar, senedin yağması için de geçerli olmaktadır.

V. MANEVİ UNSUR

Manevi unsur, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade etmektedir³⁷⁴. TCK'nın 148. maddesinde düzenlenen yağma suçunda ve bu suçun özel bir işleniş şekli olan senedin yağmasında, suçun manevi unsurunun oluşabilmesi için genel kastın³⁷⁵ yanı sıra hırsızlık suçunda olduğu gibi yararlanma kastının bulunması gerektiği belirtilmektedir³⁷⁶. Bazı yazarlar tarafından suçun özel kast ile işlenebileceği ileri sürülmüş ise de³⁷⁷, suçun maddi unsuru olan yapma, yapmama veya yapılmasına müsaade etmenin özel kast olarak yorumlanamayacağını, suç tipinde hırsızlıkta olduğu gibi yararlanma maksadından ayrıca söz edilmediği, kanun koyucunun bilinçli olarak bu

³⁷³ MALKOÇ, s. 1282, Aynı yönde bir başka görüşte “Boş kağıda zor kullanılarak imza attırılması durumunda senedin fiilen bir hukuki neticesi mevcut değil ise de, imzanın atılması hukuki bir yükümlülük altına girmek anlamına geldiğinden böyle bir senedin hukukça önem taşımayacağı ileri sürülemez” denilmektedir.” EREM, s. 2409

³⁷⁴ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 233

³⁷⁵ Kast, Olası Kast, Özel Kast, Taksir, Bilinçli Taksir kavramları hakkında bkz. İÇEL /EVİK , Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, 2007 s. 59 vd.

³⁷⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 367; ESEN, s.169; ARSLAN/AZİZOĞLU, s. 647

³⁷⁷ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 219; ESEN, s. 169; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2271

şekilde hareket ettiği belirtilerek bu suçta genel kastın yeterli olduğu kabul edilmektedir³⁷⁸. Hatta bu suçun olası kast ile de işlenebileceği belirtilmektedir³⁷⁹.

Kanımızca yağma suçunda manevi unsur hırsızlık suçunda olduğu gibi faydalanmak kastıdır³⁸⁰. Bu nedenle fail malı tahrip etmek, bozmak kastıyla hareket etmiş olursa yağma suçunu işlemiş olmaz³⁸¹. Genel kast hareketinin bilerek ve isteyerek yapılması, suça konu malın alınmasına ve teslimine, kişiyi borç altına sokabilecek bir senedin veya böyle bir senedi hükümsüz kılacak bir vesikanın verilmesine, imhasına ya da imzalanmasına o kişinin zorlanması istenmesidir³⁸².

Bu konu ile ilgili üzerinde durulması gerekli noktalardan biride, failin malı geçici bir süre kullanmak için yağmalaması suçunda manevi unsurun oluşup oluşmayacağıdır. Kullanma hırsızlığı TCK'nın 146. maddesinde hırsızlık suçu için bir indirim nedeni olarak öngörülmüş iken, yağma suçları için böyle bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu durumda bazı yazarlara göre “*kullanmak*” maksadı ile bir kişiden mal cebir veya tehdit kullanarak alınırsa, yağma suçu oluşmaz. Örneğin gezmek amacıyla zorla sahibinden zorla otomobilin anahtarını alan fail yağma suçunu işlemiş olmaz. Bu durumda failin cebir kullanma ve hırsızlıktan cezalandırılması gerekir³⁸³. Buna karşılık olarak bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise, yararlanmanın geçici olmasının yağma suçunun oluşmasına engel olmaz. Bu suçun teşekkül edebilmesi için malın mutlaka sahip olmak maksadıyla alınmış bulunması şart değildir. Yararlanma maksadıyla da olsa zor kullanılarak bir kişinin elinden malın alınması halinde yağma suçu oluşur³⁸⁴.

³⁷⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 367; ÖZBEK, s. 1071; ERTOSUN/TAŞKIN, s. 796

³⁷⁹ ÖZBEK, s. 1071

³⁸⁰ “*Sanıkların yanlarında yeterli para bulunmadığı halde, yakınının yöntemindeki ticari taksiye binip Anakara içerisinde çeşitli yerlere gittikleri, daha sonra zorlama ile taksimetreyi kapatıp, yakını, kendilerini Sincan'a götürmesi hususunda bıçakla tehdit ettikleri sabittir. Sanıklar bu eylemleri ile yakınının iradesinin dışında, ticari taksiyi karşılıksız kullanmak için teslim zorladıkları, bıçakla cebir-şiddet ve tehdit kullandıkları anlaşılmakla, yağma suçunun unsurlarının oluştuğu açıktır.*” YCGK. 13.04.2004, 59E/53K (ARTUÇ, s. 162)

³⁸¹ ARSLAN/AZİZOĞLU, s. 647

³⁸² ERTOSUN/TAŞKIN, s. 795

³⁸³ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 306

³⁸⁴ DÖNMEZER, s. 434; KOCA, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yağma suçu, s. 2811; ERTOSUN/TAŞKIN, s. 797

VI. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile, hukuk düzenince cezaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir³⁸⁵. İşte hukuka uygunluk nedenleri fiilin hukuka aykırı olmasını önler ve dolayısıyla onu hukukten meşru ve hukuka uygun bir fiil olarak ortaya çıkmasını sağlarlar³⁸⁶. 5237 sayılı TCK.'da hukuka uygunluk sebepleri, kanun hükmünü yerine getirme (TCK. m.24/1), meşru savunma (TCK. m.25/1), hakkın icrası (TCK. m.26/1) ve ilgilinin rızası (TCK. m.26/2) olarak düzenlenmiştir. Kanunda yağma suçuna özgü bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmemiştir. Genel hukuka uygunluk sebeplerinin koşulları varsa uygulanabilir.

TCK'nın 25/1. maddesinde düzenlenen, yağma suçunda meşru savunma hukuka uygunluk halinin bir ihtimal olarak ortaya çıkması hemen hemen imkansızdır. Örneğin bir kimsenin hayatına yönelen bir saldırıyı savuşturmak için saldırganın elindeki silahı zorla alması durumunda meşru savunmadan söz edilebilir ise de, burada failin eylemi silahı mal edinmeye veya yararlanmaya yönelik olmadığından esasen burada yağma suçundan söz edilemez³⁸⁷. Diğer yandan, meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebi kişinin gerek kendisine ve gerekse başkasına ait herhangi bir hakka yönelmiş saldırılar için kabul edildiğinden ve bu hak kavramına malvarlığı değerleri de dâhil olduğundan, yağma suçlarından birinin faillerine karşı malvarlığı değerlerini savunmak için işlenen fiiller meşru müdafaa oluşturur³⁸⁸ ve faile ceza verilmez³⁸⁹.

³⁸⁵ DÖNMEZER/ERMAN, s. 2

³⁸⁶ TOROLSU NEVZAT, Ceza Hukuku Genel Kısım, 12. Bası, Ankara, 2008, s. 135

³⁸⁷ KOCA, Yağma Cürümleri, s. 207, NOYAN, s. 522

³⁸⁸ "Sanık Ecevit'in işlettiği kahvehaneye gelen ve haklarında yağma suçundan mahkumiyet hükmü kurulan sanık Mehmet ile mağdur sanık Müslüm'ün ellerindeki döner bıçaklarıyla, sanık Ecevit'in babası Kemal, amcası Hasan ve tanık Fayot'un oturduğu masaya vurup, zarar vererek para istemeleri üzerine, sanık Ecevit'in adı geçen sanıklara burada kimsenin kendilerine para vermeyeceğini söyleyip dışarı çıkmalarını istediği, bu defa da ellerindeki bıçaklarla sanık Ecevit'e yönelmeleri nedeniyle, sanığın oturduğu masa çekmecesinde bulunan ruhsatlı tabancasını çıkartıp tekrar saldırganları kahvehaneden çıkmaları konusunda uyardığı, Mehmet ve Müslüm'ün tabancasının kuru sıkı olduğunu söyleyip yine üzerine gelmeleri sonucu korkuya kapılıp kendisini savunmak amacıyla bir el ateş ederek mağdur sanık Müslüm'ü yaraladığının anlaşılması karşısında, sanık Ecevit'in eyleminin nefesine karşı

TCK'nın 24/1. maddesinde düzenlenen kanun hükmü veya yetkili amirin emrini yerine getirme belki de yağma suçunu en fazla hukuk sınırları içerisine çeken bir uygunluk sebebi olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, örneğin mahkemece bir bilgisayara el koyma kararı verilmiş ise ve bu malın sahibi bu kararın yerine getirilmesine karşı direnç gösteriyorsa, ilgili kamu görevlisi bu kişinin elinden karara konu malı cebir kullanarak alacağı için bahsedilen hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır. Tabii ki burada kamu görevlisinin bu malı edinme kastı bulunmadığı da her türlü izahtan varestedir.

Yağma suçu açısından TCK'nın 26/2. maddesinde düzenlen zorunluluk halinin gerçekleşmesi mümkündür. Meşru savunmadan farklı olarak zorunluluk halinde bir saldırı değil, bir tehlike söz konusudur. Ancak TCK'nın 147. maddesinde düzenlenen ve hırsızlık suçu için özel bir zorunluluk hali olarak düzenlenen, suçun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için öngörülen zorunluluk hali yağma suçunda uygulanmayacaktır³⁹⁰. Bu durumda, benzer haller için yağma suçunda şartları varsa zorunluluk haline dayanan hukuka uygunluk sebebi uygulanacaktır. Buna göre aklıktan ölmek üzere olan bir kimse, cebir kullanarak marketten ekmek alırsa zorunluluk halinden yararlanacaktır.

TCK'nın 150/1. maddesinde alacağı tahsil amacı ile yağma suçunun işlenmesi durumu cezayı azaltan bir sebep olarak öngörüldüğünden, TCK'nın 26/1. maddesinde düzenlenen hakkın kullanılması yağma suçunda hukuka uygunluk nedeni olamayacaktır. İlginin rızası ise yağma suçunda hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir³⁹¹.

TCK'nın 29/1. maddesinde haksız tahrik hali düzenlenmiştir. Haksız tahrik halinde kişi, bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi

saldırıya karşı korunmak olduğu gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Y. 6. CD. 06.02.2005, 2003-16541E/2005-11428K (NOYAN, s. 422)

³⁸⁹ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2272

³⁹⁰ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 337

³⁹¹ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2272

gerekmektedir. Haksız tahrik bir hukuka uygunluk nedeni değil, ceza sorumluluğunu azaltan bir sebeptir. Ancak Yargıtay bir kararında³⁹² yağma suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir.

³⁹²“Zorla ırza geçme ve yağma suçlarından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı halde tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılmak suretiyle noksan ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.” ARTUÇ, s. 166

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAĞMA SUÇU AÇISINDAN NİTELİKLİ HALLER, ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, ETKİN PİŞMANLIK HALİ, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ, YAPTIRIM

I. YAĞMA SUÇU AÇISINDAN NİTELİKLİ HALLER

1- Daha Ağır Cezayı Gerektiren Haller

a- Genel Olarak

Türk Ceza Kanunun 149. maddesinde, “*Yağma suçunun; a) Silâhla, b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hâle koyması suretiyle, c) Birden fazla kişi tarafından birlikte, d) Yol kesmek suretiyle ya da konut veya işyerinde, e) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, f) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, g) Suç örgütüne yarar sağlamak maksadıyla, h) Gece vaktinde,*” işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller olarak belirtilmiştir. TCK’da bu şekilde düzenlenen nitelikli haller 765 sayılı TCK’nın 497. maddesinin kısmen karşılığını oluşturmaktadır. Yine TCK’nın 149. maddesinde, eski düzenlemeden farklı olarak, ‘*beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi*’, ‘*var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak ya da suç örgütüne yarar sağlamak maksadıyla işlenmesi*’, ‘*konut veya işyerinde işlenmesi*’ hallerinde yağma suçunun nitelikli hale dönüşeceği kabul edilmiştir. Diğer yandan, 765 sayılı TCK’nın 497. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye paralel olarak suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi nitelikli neden olarak kabul edilmiş ise de, failerin birisinin görünür şekilde silahlı olma koşulu aranmamıştır. Failin işlediği yağma fiili

nedeniyle birden fazla nitelikli halin oluşması durumunda ise, TCK'nın 61. maddesi nazara alınarak temel ceza tayin edilirken alt sınırdan uzaklaşılacaktır³⁹³.

b- Suçun Silahla İşlenmesi

TCK'nın 149/1-a maddesinde suçun silahla işlenmesi hali nitelikli hal olarak sayılmaktadır. 765 sayılı TCK'nın 497/1. fıkrasındaki yağma suçunun silah ile tehdit ederek işlenmesi, ikinci fıkrasında ise bu suçun '*velev birisi görünür şekilde silahlı bulunan ikiden ziyade kimseler tarafından*' işlenmesi nitelikli hal sayılmaktaydı. TCK' da ise herhangi bir ayırım yapılmaksızın suçun silahla işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Buradaki asıl sorun, suçun işlenmesinde hangi nitelikteki eşyaların silah kapsamında kaldığını belirlemektir. TCK "*silah*" deyiminden neler anlaşılması gerektiğini, 6. maddenin 1/f-4 bendinde belirtmiştir. "*Buna göre silah deyiminden; 1. Ateşli silahlar, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler, anlaşılır.*"

Yağma suçunun burada belirtilen silahlardan birisi ile işlenmesi durumunda suçun nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır. Silahın kullanılmasıyla, mağdurun faile karşı direnme gücü kırılmaktadır. Silahın, mağdura gösterilmesi veya yöneltilmesi suretiyle tehditte bulunulması ya da cebir aracı olarak kullanılması halinde bu nitelikli hal gerçekleşecektir. Suçun bu nitelikli halinin söz konusu olabilmesi için failin üzerinde

³⁹³ 'Yağma suçunun 5237 sayılı TCY. nın 149. maddesinin 1. fıkrasının (a)-(c)-(h) bentlerine aykırı biçimde, silahla birden fazla kişiyle ve gece işlendiği halde, uygulama sırasında anılan bentlerin gösterilmemesi ve aynı Yasanın 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşmak gerektiğinin düşünülmemesi...' Y. 6. CD. 05.02.2008, 14134E/1036K. (MALKOÇ, s. 1297)

silah taşınması yeterli olmayıp, bu silahın kullanılmış olması gerekmektedir³⁹⁴. Ancak silah, tehdit amaçlı olarak kullanılıyorsa boş olması önem taşımaz. Önemli olan silahın korkutması, onun tarafından silahın dolu olduğunun düşünülmesidir³⁹⁵. Bir vasıtanın silah sayılabilmesi için mutlaka mekanik olması gerekmez. Kimyasal maddeler de silah sayılabilir.

Öte yandan silahın niteliği, kullanılış şekli, mesafe ve mağdur üzerinde yarattığı etkiye göz önünde bulundurulmalıdır³⁹⁶. Suçun bu nitelikli halinin uygulanması bakımından suçun işlenmesinde tehdit veya cebir aracı olarak kullanılan silahın 6136 sayılı Kanun kapsamına girip girmemesi veya silahın gerçek olup olmaması, ateşli silah ise bunun çalışır durumda olup olmaması veya dolu olup olmaması önemli değildir. Önemli olan suçta kullanılan aletin mağdur tarafından silah sanılmış olmasıdır³⁹⁷. Bu kapsamda gerçek olduğu izlenimini veren oyuncak tabancalar, balta, tırpan, keski, kürek vb. aletler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Silahın elde ve üstte, bedeninin bir yerinde bulunması halinde tehdit aracı olarak kullanılıp kullanılmadığı, bu amaçla söz ve davranışlarla birlikte değerlendirme yapılmalıdır³⁹⁸.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir konu da TCK'nın 6/1-f-4. bendinde düzenlenen '*Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile failin saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler*' düzenlemesi karşısında nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiğidir³⁹⁹. Buna göre yağma suçunun işlenmesi sırasında mağduru, failin saldırısı karşısında etkisiz ya da zayıf bırakacak her cismin silah olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁰⁰. Yargıtay çeşitli kararlarında, cam parçasını⁴⁰¹, kuru sıkı tabancayı⁴⁰², tornavidayı⁴⁰³, ucuna jilet takılı sopayı⁴⁰⁴, pirinçten

³⁹⁴ "Sanığın yanında diğer sanıklar olduğu halde, müştekiye polis olduğunu söyleyip silah çekerek, namlusuna mermi sürer gibi yaparak, incelemek için cep telefonunu alması biçimindeki eylemi, silahlı yağma suçunu oluşturur". Y. 6. CD. 20.03.2006, 2004-7368E/2006-2642K. (ERDENER, s. 76)

³⁹⁵ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 350

³⁹⁶ ÖZBEK, s. 1055

³⁹⁷ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2295

³⁹⁸ MALKOÇ, s. 1288

³⁹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ERDEM MUSTFA RUHAN, Türk Ceza Kanunda Silah, GÜHFD., Haziran-Aralık, 2003 C. VII sayı 1-2, s. 181-193

⁴⁰⁰ MERAN, s. 128

⁴⁰¹ Y. 6. CD. 05.10.2006, 5214E/9366K (MALKOÇ, s. 1287)

⁴⁰² Y. 6. CD. 22.01.2002, 15866E/344K (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2294)

yapılma havan tokmağını⁴⁰⁵ silah sayarak yağma suçunda söz konusu ağırlatıcı nedeni uygulamıştır. Buna karşılık Yargıtay vermiş olduğu bir kararında⁴⁰⁶ sopayı silahtan saymamıştır. Yargıtay daha sonra vermiş olduğu bir kararında ise, sopa ile ilgili olarak olaysal değerlendirme yapılmasını aramıştır⁴⁰⁷.

Kanaatimizce TCK'nın 6/1-f-4. maddesindeki '*Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler*' ibaresi karşısında basit eşyalar dahi silah kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak bunu yaparken olaysal değerlendirme yapmak şarttır. Buna göre kullanılan alet suçun kanuni tanımında belirtilen unsurları objektif olarak gerçekleştirmeye etkili ise bu aletin kullanıldığı yer, zaman, mağdurun psikolojik durumu gibi değişkenleri de nazara alarak somut olaya göre değerlendirme yapmak gerekir. Örneğin, kalem yapıldığı madde ve şekli nazara alındığında kişiler üzerinde objektif olarak korku uyandırmayan bir cisimdir. Fail elindeki kalemi mağdura doğrultarak parasını istese, mağdur da bu isteği yerine getirirse, yağma suçu açısından nitelikli hal oluşmaz. Buna karşılık fail, cebir kullanarak kalemi mağdurun gözüne yaklaştırsa ve para vermemesi durumunda kalemi gözüne batıracağını mağdura söyler ise; artık kalem mağdurun direnme gücünü etkin şekilde azaltan bir cisim haline gelmiş olur ve TCK'nın 6/1-f-4 bendi kapsamında, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli alet haline gelerek silah kimliğini kazanmış olur.

⁴⁰³ Y. 6. CD. 02.07.2002, 12375E/9529K(PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2294)

⁴⁰⁴ Y. 6. CD. 21.04.2003, 13016E/1963K(PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2294)

⁴⁰⁵ Y. 6. CD. 18.10.2005, 13134E/9188K (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2328)

⁴⁰⁶ "Sanığın cep telefonunu isteyen yakınının yüzüne tahta parçası ile vurup yaşamsal tehlike geçirmeksizin ve basit bir tıbbi müdahale ile iyileşecek şekilde yakını yaralayıp, olay yerinden kaçtığıının anlaşılması karşısında, tahta parçasının 5237 sayılı TCY. nın 6/f maddesinde belirtilen silah kapsamında bulunmadığı gözetilmeden, sanığın eylemine uyan anılan Yasanın 148/1. maddesi yerine aynı Yasanın 149/1-a maddesi ile hüküm kurulması..." Y. 6. CD. 12.04.2007, 11357E/4695K. (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2308)

⁴⁰⁷ "5237 sayılı TCK'nın 6/f bendine göre saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeylerinde silahtan sayılacağı düzenlenmesi karşısında, ele geçirilmesi, halinde sanığın mağduru yaralamada kullandığı sopa üzerinde, aksi halde sanık ve mağdura sorularak tespit edilecek vasıflarına göre silah niteliğinde olup olmadığı hususunda bilirkişi incelemesi yapılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile şikayetten vazgeçme sebebiyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi yasaya aykırıdır." Y. 2. CD. 05.07.2007, 9158E/10193K. (MERAN, s. 126) Aynı yönde içtihat için bkz. Y. 2.CD. 01.02.2008, 2007-5153E/2007-8101K. (www.adalet.org)

c- Suçun Failin Kendini Tanınmayacak Bir Hale Koyması Suretiyle İşlenmesi

TCK'nın 149. 1. fıkrasının (b) bendinde, kişinin kendisini tanımayacak bir hale koyması suretiyle yağma suçunu işlemesi nitelikli bir hal sayılmıştır. 765 sayılı TCK'nın 495. maddesinin 2. fıkrasında ise bu nitelikli hal bakımından '*kıyafetini tebdil etmiş şahıslar*' ifadesine yer verilmişti. TCK'nın 149/1-b bendindeki '*kendini tanımayacak hale koyma*' tabirinin eski düzenlemeye göre daha geniş bir anlam ifade ettiği ifade edilmektedir⁴⁰⁸. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için eski düzenlemeden farklı olarak suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesine gerek yoktur⁴⁰⁹.

Kendisini tanımayacak hale koymak daha sonra yapılacak bir teşhiste zorluk yaratmak, mağdurda korku yaratma amacı ile yapıldığından, faildeki ahlaki bozukluğun ağırlığı nedeni ile ağırlaştırıcı bir hal olarak düzenlenmiştir. Bedensel bir değişikliğin yanında kendisini tanımayacak hale koyması koşulu ile elbise değişikliği de madde kapsamına girer. Kendisini tanımayacak hale koyma kişinin bedeninde örneğin saç, boyama, yapay bıyık ve sakal ilave etme şeklinde değişiklik olabileceği gibi, yüzünü kapayacak başlık giymek vb. şekilde kıyafetinde değişiklik de olabilir⁴¹⁰. Suçun imzasız veya korku salmış bir kimsenin ismiyle veya rumuzuyla yahut sahte imza ile imzalanmış bir mektupla işlenmesi kanun gerekçesinde⁴¹¹ bu nitelikli hal için örnek olarak gösterilmiştir.

Yargıtay değişik tarihlerde vermiş olduğu kararlarda kar maskesi takmayı⁴¹², yüz kısmını atkı, poşu ve şapka ile gizlemeyi⁴¹³, sadece gözleri açıkta kalacak şekilde kaşkol takmayı⁴¹⁴, bu bent kapsamında ağırlaştırıcı neden saymıştır. Buna karşılık Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bir kararında⁴¹⁵, sanığın yağma suçunun işlenmesi sırasında kadın görüntüsü vermek amacıyla sadece eşarp kullanılmış olmasının kendisini gizleyici

⁴⁰⁸ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2295

⁴⁰⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.527

⁴¹⁰ DONAY, s. 231

⁴¹¹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 860

⁴¹² Y. 6. CD. 27.09.2006, 356E/8776K. (ESEN, s. 223)

⁴¹³ Y. 6. CD. 01.06.2005 1261E/13291K (ESEN, s. 223)

⁴¹⁴ Y. 6. CD. 20.10.2005 10907E/9300K (ESEN, s. 223)

⁴¹⁵ Y. 6. CD. 24.10.2002, 17958E/12169K (www.kazancı.com.tr)

niteliği ve kıyafet değişikliği özelliği bulunmadığından bu nitelikli halin oluşmayacağına karar vermiştir.

Failin tanınmamak için tedbir almasına rağmen mağdur tarafından tanınması halinde bu nitelikli hal uygulanabilecektir⁴¹⁶. Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmiş olması durumunda bu ağırlatıcı sebebin uygulanması bakımından her bir failin kendisini tanınmayacak hale getirmiş olması gerekmez ise de, bu halde bulunmayan suç ortaklarına söz konusu ağırlatıcı sebebin uygulanmayacağı belirtilmektedir⁴¹⁷. Buna karşılık faillerden yalnızca birisinin kendisini tanınmayacak duruma getirmiş olmasının, bunu bilen tüm suç ortakları bakımından nitelikli halin uygulanması için yeterli olduğunu da öne sürülmektedir⁴¹⁸. Kanaatimizce suçun birden fazla kişi tarafından işlenmiş olması ve faillerden sadece bir ya da birkaçının önlem alması durumunda, bu nitelikli halin kendisini gizleme ihtiyacı duymayan kişi tarafından uygulanmaması gerekir. Zira kendisini gizleyen kişinin amacı olası bir teşhisi gizlemektir. Bu şekilde gizlenmek için tedbir almayan failin hukuki durumunu bu nitelikli hal içerisinde değerlendirmek hakkaniyete uygun olmayan bir yorum olacaktır.

d- Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

TCK'nın 149/1-d bendinde, yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli bir hal sayılmıştır. 765 sayılı TCK'nın 497/2. fıkrasında failinin *'içlerinden velev birisi görünür şekilde silahlı bulunan ikiden ziyade kimseler'* tarafından işlenmesi aranmakta iken, TCK'nın 149/1-d bendinde, yağma suçunun iki veya daha fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi bu nitelikli hal bakımından yeterli sayılmış, ayrıca faillerden en az birisinin görünür şekilde silahlı bulunması şeklinde bir koşul aranmamıştır.

⁴¹⁶ ARSLAN/AZİZOĞLU, s. 652,; ESEN, 223

⁴¹⁷ ÖZBEK s. 1055

⁴¹⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK s. 526

Suçun, iki veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli haldir. Yani birden fazla kişi suçu birlikte işlemelidirler⁴¹⁹. Failler arasında iştirak hali varsa yani azmettiren ya da yardım eden konumda asıl faile iştirak ediliyorsa, bu bent uygulanmayacaktır. Bu bendin nitelikli hal kabul edilmesinin nedeni suçu birlikte işleyen iki veya daha fazla failin, mağdur üzerinde oluşturabileceği zorlayıcı etkidir⁴²⁰. Bu hali oluşturan ‘birlikte’ teriminin ifade ettiği anlam, suçun, birden fazla kişi tarafından işlenirken beraberce hareket edilmesidir. Yoksa bu faillerin, fiilin işlenmesi anında hepsinin mağdur tarafından görülmesi zorunlu değildir⁴²¹. Birbirlerinden habersiz kişilerin suçun işlendiği sırada yakında bulunmaları ve mağdurun bu kişilerin birlikte oldukları yönündeki düşüncesi, suç işleme bilinç ve iradesi bulunmayan kimselerin sorumluluğunu doğurmaz⁴²².

e- Yağmanın Yol Kesmek Suretiyle İşlenmesi

TCK’nın 149/1-d maddesindeki bu hükümle, 765 sayılı TCK’nın 497/2. fıkrasındaki ‘yol kesmek suretiyle’ işlenmesi ağırlatıcı sebebi aynen tekrarlanarak yağmanın nitelikli hali sayılmış, ayrıca 765 sayılı TCK’dan farklı olarak ‘suçun konut veya işyerinde işlenmesi’ de nitelikli hal olarak belirlenmiştir⁴²³. Kanun yağma suçlarının yol kesmek sureti ile işlenmiş olması halini, bu durumda aynı zamanda seyahat özgürlüğünü de ihlal edilmiş olmasını göz önünde bulundurarak ağırlatıcı neden saymıştır⁴²⁴. ‘Yol’ deyimi yalnızca araçların değil, insanların geçeceği umulan her türlü yeri ifade eder⁴²⁵.

⁴¹⁹ “Yaşamsal tehlike geçirmeyip 5 gün alışılmış uğraşından geri kalacak biçimde yaraladığı katılanın altın gerdanlığını yağmalayan sanığın kendisine olay yerinde bekleyen diğer sanık Ercan’ın kullandığı motosiklete binerek kaçtığına anlaşılmaması karşısında, yağma suçunun iki kişi ile birlikte işlendiği gözetilmeden, TCY’nın 149/1-c maddesi yerine aynı yasanın 148/1. maddesi ile uygulama yapılması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” Y .6. CD, 28.05.2007 9682E/7160K. (www.kazancı.com.tr)

⁴²⁰ EROL, s. 1659

⁴²¹ ESEN, s. 224

⁴²² MERAN, s. 128

⁴²³ ARSLAN/AZİZOĞLU, s. 652

⁴²⁴ TOROSLU, Ceza Hukuku, Özel Kısım, s. 151

⁴²⁵ KOCA, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu, s. 2815

Yol kesme, geçen yolcu ve araçların durdurularak cebir veya tehditle mallarının alınması demektir. Yol kesme nitelikli halinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için failin silahlı olması veya faillerin çokluğu gerekli değildir. Yol kesme halinde, fiilin doğrudan doğruya mağdura karşı işlenmiş olması gerekir. Yol kesme süresinin kısa veya uzun olması suçun oluşması bakımından önem taşımaz⁴²⁶.

Öte yandan, yol kesmenin gece vakti yapılması veya failin silahlı olması veya eylemin halkın ve araçların kullanması için yapılmış olan yollarda gerçekleştirilmesi de aranmaz. İnsanların geçeceği düşünülen her türlü yol, patika, tarla vb. kadar; yol olmayan yerlerden geçen kişilerin önüne çıkılarak suçun işlenmesi halinde de bu ağırlaştırıcı neden uygulanır⁴²⁷. Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için, yoldan geçenin herhangi bir şekilde durdurulması yeterli olup, mutlaka ciddi bir korku yaratılmış olması aranmaz. Aracın durması için yola bariyer oluşturacak cisim konulması, failin yolcu süsü vermesi, söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için yeterlidir⁴²⁸. Eylemin sadece yol üzerinde daha önceden herhangi bir tertibat alınmadan tesadüfen gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Böyle bir eylem tasarlanarak⁴²⁹ uygulamaya konulmalıdır⁴³⁰. Bu bakımdan tasarlanmanın belirli bir kişiye yönelik olması da şart olmayıp, yağma suçunun herhangi bir kişiye karşı işlenmesi tasarlanarak yol kesmek suretiyle işlenmesi yeterlidir. Ancak yol kesme halinde fiilin doğrudan doğruya mağdura karşı işlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁴³¹.

⁴²⁶ 5237 sayılı TCK. Madde gerekçesi

⁴²⁷ YGCK. 07.01.1963 6-51E/5K. (ÖNDER, Şahıslara ve Mallara Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 355)

⁴²⁸ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 352

⁴²⁹ "Olay günü mağdurenin süt almaya gittiği ve döndüğü sırada samığında aynı yerlerde Mogan Gölü ile Haymana yolu civarında dolaşıp eğleştiği anlaşılmakla beraber, bu hareketin öncelikle işlemeyi kastettiği cürümleri ika için mağdurenin yolunu gözlemek ve beklemek amacıyla yapıldığını gösteren kesin bir delil bulunmadığı, sanık, tanık, mağdure ve tanık beyanlarının gasp suçunu yol kesme biçiminde vasıflandırmayı kabule yeterli delil bulunmadığı..." Y. 6. CD. 29.01.2002, 4374E/218K (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2299)

⁴³⁰ DÖNMEZER, s. 428,

⁴³¹ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2298

f- Yağma Suçunun Konut veya İşyerinde İşlenmesi

Yağma suçunun mağdurun bulunduğu konut⁴³² veya işyerinde⁴³³ işlenmesi için yani yağma suçunun araç hareketlerinden olan cebir veya tehdidin veya malın alınması unsurundan birinin konut veya işyerinde gerçekleşmiş olması yeterlidir⁴³⁴. Yağma suçlarının konut ve işyerlerinde işlenmesinin ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmesinin nedeni ise, bu durumda aynı zamanda özel kullanıma tahsis edilen yerlerin huzur ve güvenliğinin de ihlal edilmiş olmasıdır⁴³⁵.

Konut, devamlı veya geçici olarak, kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yer olarak tanımlanmıştır⁴³⁶. Bir yerin konut olarak kabul edilebilmesi için⁴³⁷ bu yönde bir irade özgülemesi bulunmalıdır⁴³⁸. Bu irade ile bir yerin konut sayılabilmesi için, onun dış dünyadan ayrı tutulduğu açıkça ortaya konması ve sürekli olması gerekir. Bu nedenle otel odası, çadır, karavan vb. yerlerde bu niteliğe sahip olduğundan konut olarak kabul edilmelidir. İşyeri ise, bir kimsenin mutad sanatını icra ettiği yer olarak tanımlanmaktadır⁴³⁹. Konut ve işyerine hukuka aykırı olarak girilip girilmediği bu nitelikli halin gerçekleşmesi bakımından bir etki yapmaz. Bu bağlamda hukuka uygun olarak girilen bir konut veya işyerinde yağma suçu işlenirse bentte yazılı nitelikli neden uygulama alanı bulur⁴⁴⁰.

Kanun maddesinde sadece konut ve işyerinden bahsedildiği için suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince bu yerlerin eklentilerinde işlenen yağma suçlarında bu

⁴³² “Sanığın yağma eylemlerini, konutta işlediğinin anlaşılması karşısında, 5237 sayılı Yasanın 149. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinin karar yerinde gösterilmemesi...” Y. 6. CD. 14.07.2006 54E/7637K. (EROL, s. 1664)

⁴³³ “Yağma suçunun Torbalı Devlet Hastanesi içerisinde işlendiğinin anlaşılması karşısında, TCY’nın 149/1-d maddesi yerine yazılı madde ile hüküm kurulması, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. “Y. 6. CD. 07.02.2007 7624E/1408K. (ESEN, s. 228)

⁴³⁴ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2299

⁴³⁵ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 151

⁴³⁶ YGCK. 21.06.1993, 155E/184K, s. (MALKOÇ, s. 1069)

⁴³⁷ Konut ve işyeri kavramları için bkz. ÇALIŞKAN ÜMİT, Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2009, s. 11-25

⁴³⁸ ÖZBEK, s. 1057

⁴³⁹ ÖZBEK, s. 1053

⁴⁴⁰ ESEN, s. 227; CENTEL/ZAFER ÇAKMUT, s. 353

nitelikli halin uygulanamayacağı belirtilmektedir⁴⁴¹. Yağma suçunun konutta ve işyerinde işlenmesi, suçun nitelikli halini oluşturacağından bu durumda sadece yağma suçunun nitelikli halinden dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir⁴⁴². (TCK 42. m.) ayrıca konut dokunulmazlığını bozmak suçundan dolayı cezaya hükmedilmeyecektir⁴⁴³.

g- Yağma Suçunun Beden ve Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi

TCK'nın 149/1-e bendinde yağma suçunun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi nitelikli bir hal sayılmıştır⁴⁴⁴. Kanun gerekçesinde beden ve ruh bakımından kimlerin kendisini savunamayacak kişiler olduğuna ilişkin açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, ağır hastalık, yaşlılık, sakatlık, hamilelik gibi nedenler bu kapsamda değerlendirilebilir. Hükümde açıkça gösterilmemekle birlikte sağır ve dilsizlere karşı işlenen yağma suçlarında da bu nitelikli halin oluşacağı ileri sürülmektedir⁴⁴⁵. Mağdurun TCK'nın 6/1-b maddesinde tarif edildiği üzere, on sekiz yaşından küçük çocuk olması, doğrudan beden ve ruh bakımından kendini savunamayacağı anlamına gelmez. Yaşın bu bendin uygulanmasında doğrudan ve diğer koşullar gözetilmeden⁴⁴⁶ bir önemi bulunmamaktadır⁴⁴⁷. Fail bu gibi durumlarda suçu daha kolay gerçekleştireceği saiki ile

⁴⁴¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 527; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 353; ÖZBEK, s. 1057; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2299; ESEN, s. 227

⁴⁴² "Yağma suçunun konutta işlenmesinin, TCK'nın 149. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca yağma suçunun nitelikli hali olduğu ve aynı Yasanın 42. maddesi gözetilmeyerek, konut dokunulmazlığını bozma suçuna ilişkin olarak yazılı biçimde karar verilmesi..." Y. 6. CD. 26.06.2007 5334E/7943K. (www.kazancı.com.tr)

⁴⁴³ ESEN, s. 227

⁴⁴⁴ Bu hüküm TBMM Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında verilen bir önergeyle eklenmiştir. Bu değişikliğe ilişkin önerge metninde gerekçe olarak yağma suçunun örneğin yaşı veya sakat olması nedeniyle beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi daha etkin bir yaptırımla karşılanmasına gerek duyulduğu belirtilmiştir. ARSAN/AZİZOĞLU, s. 653

⁴⁴⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 353

⁴⁴⁶ "Suç tarihinde 13 yaşında olan yakınının, beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğuna ilişkin kanıtlar karar yerinde gösterilip, mahkemenin gözlemleri de tutanağa yansıtılıp tartışılmadan sanık hakkında 5237 sayılı Yasanın 149. maddesinin (e) fıkrası ile uygulama yapılması..." Y. 6. CD. 17.05.2007, 2006-11103E/2007-6126K. (www.kazancı.com.tr)

⁴⁴⁷ MERAN, s. 130

hareket etmektedir. Hakim her somut olayda durumu değerlendirerek bir karar vermeli, gerekirse bu konuda uzman hekim raporu alarak sonucuna göre uygulama yapmalıdır⁴⁴⁸.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun bizzat fail tarafından beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak duruma getirilmesine gerek yoktur; mağdurun içinde bulunduğu bu durumdan yaralanılmış olunması yeterlidir. Suçun mağdurunun, söz gelimi intihar girişiminde bulunması veya alkol suretiyle savunmasızlık durumunu bizzat kendisinin meydana getirmiş olması nitelikli halin uygulanmasına engel değildir. Bu itibarla failin, fiili herhangi bir vasıta ile kendisini bilemeyecek ve savunamayacak duruma getirdiği kişiye karşı işlemesi halinde⁴⁴⁹ cebirle işlenen yağma suçunun basit şekli oluşacaktır⁴⁵⁰. (m. 148/3) Ancak failin beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunduğunu bilmediği (yeni ameliyat geçirmiş ya da dışarıdan anlaşılamayacak bir hastalığa sahip kişiler) kişiye karşı işlenmesi durumunda TCK'nın 30/1. madde belirtilen hata hükümleri nedeni ile bu nitelikli halin uygulanamayacağı belirtilmektedir⁴⁵¹.

Koca, bu durumun maddeye sokulmasının, yağmanın temel şeklini dahi ihlal etmeyen eylemlerin, nitelikli yağma olarak değerlendirilmesine yol açacağı için, isabetli bulmamıştır. Yazar, beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan bir kişinin cebir veya tehdit eyleminin mağduru olmasının çoğu durumda güç olduğu, cebir ve tehdit kişinin irade özgürlüğüne yönelik bir saldırı oluşturduğu, yaşının küçüklüğü veya ruhsal durumu nedeniyle cebir ve tehdidi algılama yeteneği olmayan kişilere karşı, yağma suçunun işlenemeyeceği düşüncesindedir⁴⁵². *Tezcan/Erdem/Önok* ise, TCK'nın 148/3. maddesine göre mağdurun fail tarafından kendisini savunamayacak duruma getirilmesinin bu suçun cebir unsurunu oluşturacağına yer verilmiş olması

⁴⁴⁸ ARSLAN/AZİZOĞLU, s. 653

⁴⁴⁹ "1979 doğumlu olup, üniversitede okuyan, kaçırıldığı süreçte uyuşturucu hap verilen yakınana yönelik yağma eyleminde 149. maddesinin (e) bendinin uygulama koşulları olmadığı gözetilmeden, yazılı biçimde anılan benitle uygulama yapılması..." Y. 6. CD. 13.032007, 10061E/3339K. (ESEN, s. 230)

⁴⁵⁰ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 152

⁴⁵¹ MERAN, s. 130

⁴⁵² KOCA, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s. 81

karşısında, suçun unsuru olan bir durumun aynı zamanda nitelikli hal olarak kabulü yerinde olmadığı düşüncesindedirler⁴⁵³.

Kanaatimize göre, fail bu özelliğe sahip olan kişileri kurban olarak seçmekle, beklediği olası direnmenin boyutlarını mağdurdaki özellikten dolayı en aza indirmektedir. Öte yandan bu kişilere karşı gerçekleştirilecek yağma hareketleri kamu vicdanını ayrıca zedelemektedir. Bu nedenlerle bu halin, suçun nitelikli hali sayılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak bu konuda yapılan eleştirileri de göz ardı etmemek gerekir. Asıl sorun beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak olan kişinin tespitinin sübjektif bir yorum gerektirmesinden kaynaklanmaktadır. Kişinin sadece beden bakımından kendisini savunamayacak olmasının tespiti daha kolaydır. Hakim bu konuda uzmanlardan alacağı raporlardan da yararlanarak somut ve denetlenebilir bir değerlendirme yapabilir. Sadece beden bakımından kendisini savunamama söz konusu ise, araç suçlar olan tehdit veya cebir kullanılması bu nitelikli halin oluşması için önem taşımayacaktır. Ancak kişi sadece ruh veya hem beden hem de ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olabilir. Bu durumda yağma suçunu algılayamayacak olan kişiler dahi söz konusu olabilir. Yağma suçunun oluşabilmesi için araç suçlar olan tehdit ve cebir hareketlerinin yapılması gerekmektedir. Ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı yapılan tehdidi mağdur algılayabilecek bir durumda değilse yağma suçunun bu nitelikli hali oluşmaması gerekir. Şartları oluşmuş ise hırsızlık suçu oluşacaktır. Buna karşılık ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı cebir kullanılarak suç işlenmiş ise yağma ve yağmanın bu nitelikli hali uygulanmalıdır. Bu nedenlerle kanun koyucu tarafından ruh bakımından kendini savunacak durumda bulunmayan kişilere karşı yağma suçunun işlenmesi durumunda, araç suçlar yönünden ayırım yapılarak, fail tarafından mağdura cebir kullanılması durumunda bu nitelikli halin varlığının kabulü, tehdit kullanılması durumunda ise bu nitelikli halin kapsamı dışında düzenlenmesi uygun olurdu. Mağdur sadece beden bakımından kendisini savunamayacak halde ise, cebir veya tehdit kullanılmış olması bu nitelikli halin uygulanması bakımından önem taşımayacaktır.

⁴⁵³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 527

h- Yağma Suçunun Var Olan veya Var Sayılan Suç Örgütlerinin Oluşturduğu Korkutucu Güçten Yararlanılarak İşlenilmesi

TCK'nın 149/1-f bendinde, yağma suçunun var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi nitelikli hal sayılarak 765 sayılı TCK'da var olmayan bir düzenleme getirilmiştir. Yasa dışı oluşan gruplar kendilerine özgü kurallar içerisinde, devlet sistemini ihlale yönelik amaçla hareket ederek terör örgütü ya da çıkar örgütü gibi hareket ederek insanlara zarar vererek onları korkutabilmektedirler. Bu örgütlerin işledikleri suçlar tehlike suçu olarak kabul edildiğinden mağdur üzerinde korkutucu olmaları nitelikli hal kabul edilmiştir⁴⁵⁴. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, yağma suçunun belirli örgütlerin adı kullanılarak işlenmesi gerekir⁴⁵⁵. Yağma suçunun failinin bu örgütün üyesi veya kurucusu olması zorunlu değildir. Örgütün toplumda yarattığı korkudan yararlanılması, failin başvurduğu tehdidi veya cebri daha etkili kılacaktır. Örgütün gerçekten var olması da gerekli değildir⁴⁵⁶.

1- Yağma Suçunun Suç Örgütüne Yarar Sağlamak Maksadıyla İşlenmesi

TCK'nın 149/1-g bendinde, yağma suçunun, suç örgütüne yarar sağlamak maksadıyla işlenmesi nitelikli bir hal sayılarak, 765 sayılı TCK'da var olmayan bir düzenleme getirilmiştir.

Örgütten söz edilebilmesi için, en az üç kişinin suç işlemek amacıyla bir araya gelmesi yeterlidir. (TCK m. 220/1) Örgütün varlığı için suç işlemek amacı etrafındaki fiili birleşme yeterlidir. Örgüt niteliği itibariyle devamlılık gösterir. Bu itibarla kişilerin belirli bir suçu işlemek için bir araya gelmesi halinde örgüt değil, iştirak ilişkisi

⁴⁵⁴ EROL, s. 1660

⁴⁵⁵ "Hükümlünün kendisini yeşil kod adlı Mahmut Yıldırım olarak tanıtp, yakından tehditle para istemesi biçimindeki eyleminin, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin korkutucu güçten yararlanmak niteliğinde bulunmadığı gözetilmeden, 5237 sayılı TCY'nın 148/1. maddesi yerine yazılı madde ile uygulama yapılması..." Y. 6. CD. 28.02.2007 5725E/2429K. (ESEN, s. 231)

⁴⁵⁶ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 354; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK s. 527; ÖZBEK, s. 1058; MALKOÇ, s. 1293

mevcuttur. İştirak ilişkisinden bahsedebilmek için, suç ortakları nezdinde suçun, konu veya mağdur bakımından somutlaşması gerekirken; örgüt yapılanmasında, işlenmesi amaçlanan suçların konu veya mağdur itibariyle somutlaştırılması zorunlu değildir⁴⁵⁷. Türk Hukukunda, suç işlemek amacıyla kurulan örgüt (TCK. m. 220) ve silahlı örgüt (TCK. m. 314) olmak üzere iki örgüt türü düzenlenmektedir. Her iki örgüt de suç örgütüdür. Yağma suçunun hangi tür örgüte yarar sağlamak maksadıyla işlendiği, bu nitelikli halin uygulanması açısından önem taşımamaktadır⁴⁵⁸.

Bu nitelikli halin gerçekleşmesi bakımından TCK'nın 220. maddesindeki tanıma uygun bir suç örgütünün varlığı yeterli olup, bu suç örgütünün terör amacıyla veya başkaca bir suç işlemek amacıyla kurulmuş olması önemli değildir. Önemli olan yağma suçunun böyle bir suç örgütüne yarar sağlamak maksadıyla, örneğin aidat ödenmesi, bağışta bulunulması gibi gerekçelerle mağdurdan cebir veya tehditle malın alınması veya alınmasına ses çıkarmamaya yöneltilmiş olmasıdır. Burada '*suç örgütü oluşturma*' suçu ile yağma suçu arasında amaç-araç ilişkisi bulunmaktadır⁴⁵⁹. Yağma sonucu elde edilen paranın örgüte aktarılması da şart değildir⁴⁶⁰.

Bununla birlikte 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 4. maddesinde katalog suçlar sayılmış, bu kapsamda anılan kanunun 1. maddesinde belirtilen amaçlar doğrultusunda bu suçların işlenmesi halinde, söz konusu suçların terör suçu sayılacağı belirtilmiştir. Yine 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 5. maddesine göre de, 4. maddede belirtilen suçların bu kanun kapsamında işlenmesi durumunda ilgili suçların yaptırımlarının belirlenen oranlarda arttırılarak hüküm kurulacağı düzenlenmiştir. Terörle Mücadele Kanunun 4/1-a maddesinde, TCK'nın 148. maddesinde düzenlenen basit yağma suçu ve 149. maddede düzenlenen yağma suçunun nitelikli halleri sayılarak, bu suçların Terörle Mücadele Kanunun 1. maddesinde tanımlanan amaçlar doğrultusunda işlenmesi durumunda basit yağma ve bu suçun nitelikli halleri terör suçları kapsamına alınmıştır.

⁴⁵⁷ TCK'nın 220. maddesi gerekçesi, EROL s. 2392

⁴⁵⁸ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 355

⁴⁵⁹ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2301; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 529,

⁴⁶⁰ TCK'nın 149. maddesi gerekçesi, EROL, s. 1659

i- Yağma Suçunun Gece Vakti İşlenmesi

TCK'nın 149/1-h maddesinde yağma suçunun gece vaktinde işlenmesi nitelikli hal olarak sayılmaktadır⁴⁶¹. Aynı düzenleme 765 sayılı TCK'nın 497/1. maddesinde de yer almaktaydı. Yağma suçunun gece sayılan bir zaman diliminde daha kolay işlenmesi, tanınmama ve suç sonrası kaçma imkanının fazlalığı suçun gece vakti işlenmesinin nitelikli haller arasında sayılmasına neden olmuştur⁴⁶².

Gece vaktinden ne anlaşılması gerektiği, TCK'nın 6/1-e bendinde belirtilmiştir. Buna göre gece vakti, *“güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi”* olarak tanımlanmıştır. Suçun gece vakti işlenmesinden maksat, icra hareketlerine gece vakti bitmeden başlanmış veya suçun tamamlanma anının gece vaktine sarkmış olmasıdır⁴⁶³. Kuşkusuz suçun gece vaktinde işlenip işlenmediği yerel saat esas alınarak belirlenecektir⁴⁶⁴.

2- Neticesi Sebebiyle Cezanın Arttırılmasını Gerektiren Durumlar

TCK'nın 149/2. maddesinde *“Yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebi ile ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır”* hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme ile 765 sayılı TCK'daki boşluk doldurulmuş ve Yargıtay'ın yağma

⁴⁶¹“Gece sayılan zaman dilimi içerisinde İzmir’den Ankara’ya gitmekte olan otobüsle yolculuk yapan yakınanın yanına oturarak, içinde (rivotril) adlı ilaç bulunan kremalı sandviç bisküviyi ikram edip, yakınanın uyumasını sağladıktan sonra cebinden 50 TL parasını yağmalayan hükümlünün eyleminin 5237 sayılı TCY’nın 149/1-h maddesine uyan nitelikli yağma suçunu oluşturduğu...” ‘Y. 6.CD. 20.02.2006, 12577E/1449K, (MALKOÇ, s. 1294)

⁴⁶² ÖZBEK, s. 1058,

⁴⁶³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 551

⁴⁶⁴ Gece vaktinin belirlenmesi bakımından, güneşin doğuş-batış zamanlarının tespiti hakkındaki istemlerin, 698 sayılı Kanun’a göre, yetkili ve sorumlu kurum olan Boğaziçi Üniversitesi Kandilli Rasathanesi ve Deprem Araştırma Enstitüsü’ne yöneltilip alınacak sonuca göre uygulama yapılması gerekmektedir. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Genelgesi, 15.10.2004 tarih ve B. 03.0.CİG.0.00.00.04.23.2004 sayılı (www.adalet.gov.tr)

suçundaki cebir, Kanunun 456/4. maddesi kapsamı dışında ise, ayrıca bu suçtan da ceza verilmesi şeklindeki görüşüne paralel bir düzenleme madde metnine getirilmiştir⁴⁶⁵.

Buna göre daha önce açıklandığı gibi yağma suçu, hırsızlık ile cebir veya tehdit kullanımı ile oluşan bağımsız yeni bir suçtur. Araç suçlar olan cebir ve tehdit bu yeni suç içerisinde erimektedirler ve söz konusu araç suçlar için faile ayrıca ceza verilmemektedir. Ancak burada yağma suçu işlenirken gerçekleştirilen ve TCK'nın 86. maddesinde tanımlanan kasten yaralama niteliğindeki fiiller söz konusudur. Ancak TCK'nın 149/2. maddesi ile TCK'nın 87. maddesinde belirtilen nitelikli hallerin, malın alınması için kullanılan cebir sonucu oluşması durumuna bir istisna getirilmektedir⁴⁶⁶. Örneğin fail malı almaya çalıştığı sırada bıçak ile mağdurun yüzünü yaralar ve bu yara sabit bir ize neden olursa failin, hem TCK'nın 149/1-a maddesinde düzenlenen yağmanın nitelikli halinden hem de TCK'nın 87/1-c maddesine göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan dolayı cezalandırılması yoluna gidilecektir.

3- Cezanın Azaltılmasını Gerektiren Nitelikli Haller

a- Suçun Hukuki İlişkiye Dayanan Alacağın Tahsili Amacıyla İşlenmesi

TCK'nın 150. maddesinin ilk fıkrasına göre, "*Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit ve kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*" hükmü yer almaktadır. Bu kanunun madde gerekçesinde ise, anılan madde nedeni ile 765 sayılı TCK'nın 308. maddesinde tanımlanan '*ihkak-ı hak*' veya '*kendiliğinden hak alma*' diye tabir edilen suç tanımına

⁴⁶⁵ ARSLAN/AZİZOĞLU, s. 654

⁴⁶⁶ "5237 sayılı TCY'nın 149/2. maddesine göre (yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca kasten yaralama suçun ilişkin hükümler uygulanır) hükmü karşısında, sanığın yağma suçunu gerçekleştirirken, yakınanı bıçakla 7 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralama eyleminin, 5237 sayılı TCK'nın 87. maddesinde tanımlanan, neticesi sebebi ile ağırlaşmış yaralama kapsamında olmadığı ve yağma suçunun ögesi olduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması..." Y. 6. CD. 21.09.2006, 5496E/8505K. (MALKOÇ, s. 1294)

ayrıca yer verilmediği ifade edilmektedir⁴⁶⁷. Yeni Türk Ceza Kanunu, eski düzenlemeden farklı olarak, kendiliğinden hak alma suçuna yer vermemiş olması bakımından söz konusu olabilecek boşluğu bu yolla gidermek istemiştir. Alacağı tahsil amacıyla cebir kullanılması durumunda⁴⁶⁸ failin kasten yaralama, tehdit kullanılması durumunda ise tehdit suçundan dolayı failin cezalandırılması gerekir⁴⁶⁹.

Yasa düzenlemesinde madde başlığı '*daha az cezayı gerektiren hal*' olarak düzenlenmiştir⁴⁷⁰. Bunun yanında yasa metninde '*yağma*' kelimesi kullanılmamıştır. Bu itibarla doktrinde söz konusu düzenlemenin, daha az cezayı gerektiren bir hal mi yoksa bağımsız bir suç tipi mi olduğu tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre⁴⁷¹, suçun unsurları yağmadan farklı olduğu için bu suça yağmanın özel bir türü demek daha doğru olacaktır. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşte ise, her ne kadar metinde yağma suçu yer almamış olsa da, düzenlemedeki fiillerin yağmaya yönelik olduğu, sırf bu eksikliğin kasten yaralama ve tehdit hükümlerine yapılan atfın, söz konusu fiilleri ayrı ve bağımsız bir suç haline getirmeye yetmeyeceği, bu eksikliği gidermenin yolunun, madde metnine yağma suçunu eklemek veya madde başlığını değiştirmek olduğu ifade edilmiştir⁴⁷². Bununla birlikte TCK'daki bu düzenleme, yağma fiillerinin bir hukuki alacağı tahsil etme amacı ile işlenmesi durumunda, failin yalnızca tehdit ve kasten yaralama hükümlerinden dolayı cezalandırılmasının hırsızlık içeriğini karşılamadığı, bu nedenle hakkaniyete aykırı olduğu ve ayrıca '*bileşik suçların bölünmezliği*' ilkesine aykırı olduğu için eleştirilmektedir⁴⁷³.

⁴⁶⁷ Kanun gerekçesi için bkz. EROL, s. 1682

⁴⁶⁸ "765 sayılı TCY'nin 308. maddesinde düzenlenen suçun doğrudan karşılığının 5237 sayılı TCY'da düzenlenmemiş bulunmakla birlikte, bir hukuki ilişkinin tahsili amacıyla işlenen kimi suçlara ilişkin olarak anılan yasanın 150/1. maddesinde düzenleme yapılmış bulunması karşısında, Dairemizin bozma kararında işaret edildiği üzere, kanıtlar değerlendirilerek sanığın bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil için hareket ettiği kanısına ulaşılacak olursa eyleminin kendiliğinden hak alma suçunu oluşturacağı ve aksi kanıya varılması durumunda ise tehdit suçunun işlendiği gözetilerek..." Y. 4. CD. 19.09.2007, 1644E76984K. (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2338)

⁴⁶⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 528

⁴⁷⁰ Bu konunun '*daha az cezayı gerektiren hal*' başlığı altında düzenlenmesi, bu halin cezada bir indirim yapılmamasını gerektirmesi nedeni ile ayrıca eleştirilmektedir. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 358

⁴⁷¹ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 329

⁴⁷² ÖZBEK, s. 1065

⁴⁷³ KOCA, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s. 82; Doktrinde söz konusu düzenleme, yağma gibi bir suçta, bu hafifletici nedenin düzenlenmesinin doğru olmadığı, ister hukuki ilişkiye dayansın, ister dayanmasın, yağma gibi toplumun düzenini ağır bir şekilde bozan

Diğer yandan bu durumda, TCK'nın 150/1. maddesindeki atıf nedeni ile kişi yağma suçundan cezalandırılmayacak, tehdit veya kasten yaralamadan dolayı cezalandırılacaktır. İşlenen fiil yağma olmasına rağmen fiil, suçu işleyen kişinin adli siciline yağma suçu olarak işlenmeyecektir. *Özbek'e göre*, söz konusu fiilin gerçek manada '*daha az cezayı gerektiren bir hal*' olarak değerlendirilebilmesi için gerek tehdit ve gerekse kasten yaralama suçlarına yapılan atıfların kaldırılarak, yerine suçun temel şekline göre daha az cezayı hüküm altına alarak belirli bir cezayı içeren ya da asıl suça ilişkin ceza da oransal indirim öngören özel bir düzenleme getirilmelidir⁴⁷⁴.

TCK'nın bu düzenlemesi ile ilgili bir başka eleştiri noktası, TCK'nın bu maddesinin 765 sayılı TCK'nın 308. maddesindeki suç ipotezlerinin tümünü karşılamadığı örneğin 765 sayılı TCK'nın 308/1. fıkrasında öngörülen '*eşya üzerinde kendiliğinden ihkak-ı hak*' etme halinde yürürlükteki TCK'nın 150/1. maddesinin uygulanamayacağı şeklindedir⁴⁷⁵. Gerçekten de, 765 sayılı TCK'da fail herhangi bir hak iddia edebilecekken, yeni düzenleme ile ancak alacak hakkına dayanarak hareket etmesi ve bu hakkın da bir hukuki ilişkiden kaynaklanması gerekmektedir.

TCK. m.150/1'deki hükmün uygulanabilmesi için failin cebir veya tehdit kullanarak bir malı, "*hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla*" alması gerekir. Suçun faili, hukuki bir ilişkiye dayanan yani hukuken korunan alacağını elde etmek amacı ile hareket etmelidir⁴⁷⁶. Buradaki alacak kavramını hukuken korunan herhangi bir alacak olarak geniş anlamak gerekir. Hükmün uygulanabilmesi açısından madde metninde alacağın hukuki bir ilişkiye dayanması zorunluluğu arandığı için, alacağın gerçekten mevcut olması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷⁷. Failin, hukuki ilişkinin varlığına ve bu ilişkinin kendi lehine hak doğurduğu konusundaki iradesi hata

eylemde böyle bir hafifletici nedenin kamuoyu önünde haklı bir sebep bulunmadığı gerekçesi ile de eleştirilmektedir. Bkz. DONAY, s. 232

⁴⁷⁴ ÖZBEK, s. 1067

⁴⁷⁵ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 154

⁴⁷⁶ "*Sanığın belirli bir süre devam eden eyleminde, başından beri isteğini sınırlandırarak yakından 50 TL istemesi karşısında, eylemine 5237 sayılı TCY'nın 150/2. maddesinin uygulanma olanağı bulunup bulunmadığının değerlendirilmemesi...*" Y.6.CD.15.05.2007,19068E/6154K. (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2339)

⁴⁷⁷ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2334; MERAN, s.136; DONAY, s. 232; CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 357

kurallarına göre değerlendirilmelidir. Kaçınılmaz hata irade lehine değerlendirilmeli ve bu halde yağma suçunun alacağın tahsili amacı ile işlendiği kabul edilmelidir⁴⁷⁸. Bu takdirde failin hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağını ispatlaması gerekmektedir⁴⁷⁹. Fail soyut alacağı olduğunu ileri sürerek bu korumadan yararlanamaz. Buna karşılık yargı kararları ile tespit edilecek haklılığa göre, bu suçun oluşup oluşmayacağını söylemenin adil olmayacağı belirtilmektedir.⁴⁸⁰ Failin TCK'nın 150/1. maddesi kapsamında cezalandırılabilmesi için, tehdit ve cebir kullanarak bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil etmiş olması gerekmekte⁴⁸¹, sadece bu amaçla cebir veya tehdide başvurulmuş olması yeterli görülmektedir⁴⁸². Ayrıca failin tehdit ve cebrinin alacağın tahsil edilmesi kastıyla işlemesi, zorla aldığı miktarın alacak miktarı ile sınırlı olması, bu miktardan fazla bir miktarın zorla alınması durumunda yağma suçunun oluşacağı belirtilmektedir⁴⁸³.

Öte yandan hukuki ilişkiye dayalı olan borcun zamanaşımına uğramış, kumar borcu gibi eksik borç olarak nitelendirilen, hukuka veya ahlaka aykırı alacaklar eksik borç niteliğinde olması durumunda, TCK'nın 150/1. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusudur. Bir görüşe göre⁴⁸⁴, alacağın hukuka uygun bir zeminde oluşması gerekir. Meşru olmayan bir alacağın hukuk sistemi tarafından korunması söz konusu değildir. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, eksik borçların her türünün hukuki ilişkiye dayanmadığı, kumar, fuhuş gibi fiillerden kaynaklanan eksik borçların ahlaka aykırı kabul edilmesinden dolayı hukuk düzeninin korumasından yararlanamaz. Bu nedenle ahlaka aykırı kabul edilen fiillerden dolayı TCK'nın 150/1. maddesinin uygulanmaz. Buna karşılık, zamanaşımına uğramış borç, icra takibinin sonuç vermediği borç gibi bir kısım eksik borçların cebir veya tehdit ile tahsil edilmesi durumunda TCK'nın 150/1. maddesi uygulanabilecektir. Zira söz konusu borç eksik olsa dahi

⁴⁷⁸ CENTEL ZAFER/ÇAKMUT, s. 357, Aynı yönde görüş için bkz. NOYAN, s. 565

⁴⁷⁹ MERAN, s.136

⁴⁸⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 357

⁴⁸¹ "Sanığın babalarından miras kalan ve henüz paylaşımı yapılmamış olan yaylaya müştekinin ev yapmak istediğini öğrenmesi üzerine, müştekiye telefon ederek tehdit etmesi şeklindeki eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 150. maddesinin yollaması ile 106. maddesinde düzenlenen suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışılarak karar verilmesi gerekirken bu eylem yönünden değerlendirme yapılmadan ihkakı hak suçunun 5237 sayılı TCK'da bağımsız bir suç olarak düzenlenmediği gerekçesi ile sanığın beraatına karar verilmesi..."Y. 2. CD. 20.06.2006, 2268E/14848K, (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2344)

⁴⁸² TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 154

⁴⁸³ ESEN, s. 240

⁴⁸⁴ PARLAR/HATİPOĞLU; ESEN, s. 240

mevcuttur. Sadece alacaklının bu borca karşı devletin cebir organlarını harekete geçirme olanağı yoktur. Buna karşılık borçlu borcunu ödediği zaman alacaklı alacağını alma hakkına sahiptir⁴⁸⁵.

Yine bu maddenin uygulanabilmesi için failin, hukuki ilişkinin alacaklısı olması gerekir. Bu nedenle alacaklı adına hareket eden hukuki ilişkinin tarafı olmayan üçüncü kişi konumunda bulunan faillerin borçlu mağdura alacağın tahsil edilmesi için tehdit ve cebir uygulaması durumunda⁴⁸⁶ eyleminin yağma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁸⁷. Yine başkası adına çek senet tahsilâtçılığı yapanlar, bu senetleri kendi adlarına ciro etseler dahi, bu indirimden yararlanamazlar. Zira bu durumda fail ile mağdur arasında hukuki ilişkiye dayanan⁴⁸⁸ bir alacak gerçekten mevcut değildir. Ancak suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, madde hükmünün sadece hukuki ilişkiye dayanan alacak sahibi olan suç ortağı hakkında uygulanabileceği, suça iştirak eden diğer kişilerin TCK'nın 40. maddesi gereğince kendi kusurlu fiillerine göre cezalandırılacağı ifade edilmektedir⁴⁸⁹.

b- Suç Konusunu Oluşturan Malın Değerinin Az Olması

TCK'nın 150/2. fıkrasında “Yağma suçunu oluşturan suçun konusunun azlığı, nedeniyle verilecek ceza üçte birden yarısına kadar indirilebilir.” hükmü yer almaktadır. 765 sayılı TCK'nın 522. maddesinde suçun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı, yağma suçu bakımından cezayı azaltan bir neden olarak kabul edilmemişti Bu düzenleme ile 765 sayılı TCK'nın aksine, suçun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı durumunda hakime cezada indirim yapma olanağı tanınmıştır.

⁴⁸⁵ ÖZBEK, s. 1063

⁴⁸⁶ “Eski TCK döneminde de uygulama bu doğrultuydu. Yargıtay’a göre; “Sanıklar Ali Bakır, Nafiz Hebip, Serkan Bektaş ve İsmail Albayrak’ın, Turan Akçay adlı kişinin 1.850.000.000 lira alacağını tahsil etmek amacıyla yakınan Cemal Baydar’ı 27.04.1999 tarihinde saat 18.00-19.00 sıralarında işyerinde ölümle tehdit edip toplam değeri 3.500.000 lira olan 5 adet çeki imzalayıp, çek bedelini 800 milyon lira faiziyle birlikte tahsil etmek biçimindeki eylemleri TCY’nın 495. maddesinin 1. fıkrasına uygun olduğu halde, eylemin kendiliğinden hak olma suçunu oluşturduğu gerekçesi ile karar verilmesi...” Y. 6. CD. 30.12.2005, 8356E/12727K. (www.kazancı.com.tr)

⁴⁸⁷ ESEN, s. 240

⁴⁸⁸ ARTUK MEHMET EMİN/GÖKCEN AHMET/ YENİDÜNYA AHMET CANER, Gereçekli Ceza Kanunları, 7. Bası, Ankara, 2007, s. 326

⁴⁸⁹ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2336

Hırsızlık suçlarında malın değerinin azlığı, TCK'nın 145. maddesine göre, cezai indirim ve hatta suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulduğunda cezasızlık hali olarak öngörülmüşken, yağma suçunda malın değerinin azlığı bir cezasızlık nedeni olarak değil, indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Kanaatimize göre bu şekilde düzenlemeye gidilmesinin nedeni yağma suçunun malvarlığının yanında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının da ihlal edilmesidir.

TCK'nın 150. madde hükmünde 5377 sayılı Kanunun 17. maddesiyle değişiklik yapılmak suretiyle '*indirilir*' ibaresi, '*indirilebilir*' olarak değiştirilerek mahkemelere bu konu hakkında takdir hakkı tanınmıştır⁴⁹⁰. Buna göre bağımsız mahkemeler somut olaya ve hakkaniyete göre bu maddeyi uygulayıp uygulamama yetkisine haizdirler. Yargıtay artık süreklilik kazanan içtihatları ile '*malın değerinin azlığı*' kavramı ile ilgili olarak, bu kavramın Türk Ceza Kanunu sistemine özgü bir kavram olduğunu, malın daha çoğunu alma imkanı varken, yalnızca ihtiyacı kadar şeyin alınması durumlarında uygulanabileceğini belirtmektedir. Örneğin Yargıtay vermiş olduğu bir kararında⁴⁹¹, "*5237 sayılı TCY'nın 150/2. fıkrasındaki malın değerinin azlığı kavramının, 765 sayılı TCY'nın 522. maddesindeki hafif ve pek hafif ölçütleriyle, her iki maddenin de cezadan indirim olanağı sağlamak dışında benzerliği bulunmadığı, değer azlığının 5237 sayılı Yasaya özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu bunun; daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar, değer olarak da az olan şeylerin alınması durumunda, olayın özelliği ve sanığın kişiliği de değerlendirilerek yasal ve gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği gözetilmeden...*" demek suretiyle bu madde kapsamından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu takdirde, yasal şartların oluşması durumunda faile verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar indirilebilecektir.

490

NOYAN, s. 570

491

Y. 6. CD. 22.09.2005, 2005/10849E, (MALKOÇ, s. 1320)

II. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1- Teşebbüs

Suç işleme kararı alıp, suç yolunda hazırlık hareketlerini tamamladıktan sonra icra hareketlerine başlayıp, ancak elinde olmayan nedenlerle neticeye ulaşamama haline teşebbüs denilmektedir⁴⁹². TCK'nın 35/1. maddesinde “*Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten sorumlu tutulur.*” hükmüne yer verilmiştir. 765 sayılı TCK. döneminde tam teşebbüs-eksik teşebbüs ayrımı vardı. Yağma suçu 765 sayılı TCK' daki teşebbüs hükümlerine göre değerlendirildiğine yalnızca eksik teşebbüse elverişliydi⁴⁹³. TCK'da tam-eksik teşebbüs ayrımı kalktığı için böyle bir ayrıma gitme olanağı kalmamıştır. Yağma suçu failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanamamışsa, TCK'nın 35/2. maddesi uyarınca meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre suçun cezasında indirimle gidilecektir.

Yağma suçu niteliği itibari ile teşebbüse müsait suçlardandır. Kullanılan cebir veya tehdidin etkisi ile mağdurun malı teslim etmesi veya malın alınmasına karşı koyamaması durumunda yağma suçu tamamlanmış olacaktır⁴⁹⁴. Cebir veya tehdit ile malın alınması, yani mağdurun suçun konusunu oluşturan mal üzerindeki zilyetliğine son verilmesi ve bu mal üzerinde failin fiili hakimiyetinin kurulması ile yağma suçu tamamlanır⁴⁹⁵. Failin, yağma suçunun kanuni tanımına uyan araç hareketlerle icra hareketlerine başlaması, ancak elinde olmayan nedenlerle malı alamaması veya o mal üzerinde henüz egemenlik kuramaması durumunda suça teşebbüs söz konusu olur⁴⁹⁶.

⁴⁹² HAKERİ HAKAN, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 6. Bası, Ankara 2010, s. 335

⁴⁹³ KOCA, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu, s.2812; AYDIN, s. 238

⁴⁹⁴ DONAY, s. 229

⁴⁹⁵ “Sanığın evde bulunan çantayı aldıktan sonra binanın merdivenlerinden yukarı katlara doğru hareket ettiğinde yakalamak isteyen yakınan Mümin’e kuru sıkı tabancanın kabzasıyla etkili eylemde bulunması ve İlhan’ı da anılan tabanca ile tehdit ettikten sonra, yakalandığında cüzdanın ele geçtiğinin anlaşılması karşısında, eylemin tamamlandığı gözetilerek TCK’nın 37. maddesi yerine 39/1. maddesiyle uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir.” Y. 6. CD. 03.10.2006, 252E/9160K. (NOYAN, s. 438)

⁴⁹⁶ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2272

Suç malın alınması ile tamamlanır. Buna karşılık hırsızlık suçunda olduğu gibi⁴⁹⁷ bu suçta da, suçun tamamlanması ile sona ermesi birbirinden farklıdır. Suç malın alınması ile tamamlanmış olduğu halde, malın güvence altına alınması ile birlikte sona erer. Bu yüzden yağma, salt hareket suçudur. (neticesi hareketle bitişik suç) Cebir ve tehdide başvurulmuş olmasına rağmen, mal alınamamışsa, yağma suçuna teşebbüs olur. Başka bir anlatımla bu suçta fail, cebir kullanmış olmakla teşebbüs alanına girmiş olur, yeter ki cebrin malın alınması amacıyla kullanıldığı tespit edilmiş olsun⁴⁹⁸.

Elde olmayan sebeplerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleştirilememesi teşebbüsün kurucu unsurunu oluşturmaktadır. Buna karşılık, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesi failin elinde olan sebeplerden kaynaklanmış ise, bu durum gönüllü vazgeçme olarak nitelendirilecektir. Gönüllü vazgeçme TCK'nın 36. maddesinde "*Fail suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz*" şeklinde düzenlenmiştir⁴⁹⁹. Bir görüşe göre, suçun sona erme anına kadar fail gönüllü vazgeçerse, yağmaya teşebbüsten değil, fail tehdit veya kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. Suçun sona ermesinden sonra suça konu şeyin iade edilmesi durumunda ise gönüllü vazgeçme değil etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır⁵⁰⁰. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, suçunun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen veya kendi çabalarıyla yağma suçunun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleyen kişi yağmaya teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz, fakat vazgeçene kadar ki eylemleri bir suç oluşturuyorsa o suç için cezalandırılır⁵⁰¹. Gerçekten de fail ancak malı teslim alıncaya kadar yani suç tamamlanıncaya kadar suçun işlenmesinden vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Çünkü gönüllü vazgeçmenin ancak icra

⁴⁹⁷ Yağma suçunda mağdur kendini bilemeyecek duruma getirilmesi dışında çoğu kez malını kaybetmek üzere olduğunun farkındadır ama bunu engellemek imkanından mahrum olduğundan karşı koyamamaktadır. Hırsızlık suçunda ise, fail malının elinden alındığını fark ettiği anda kendisine karşı bir cebir veya tehdit uygulanmadığından fiili önleyebilir, fiili önleyebilmek imkanı ortadan kalkana kadar suç teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilmektedir denilebilir. NOYAN, s. 434

⁴⁹⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 523; ESEN, s. 201

⁴⁹⁹ KOCA MAHMUT/ÜZÜLMEZ İLHAN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, Ankara, 2008, s. 354

⁵⁰⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 523

⁵⁰¹ KOCA, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu, s. 2812; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2274; NOYAN, s. 441

hareketlerinin yapıldığı sırada oluşması durumunda uygulanabilecektir. İcra hareketleri yapıldıktan yani suç tamamlandıktan sonra ise bu konuda ancak etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilir.

2- İştirak

Yağma suçu tek kişi tarafından işlenebilen bir suçtur ama birden fazla kişi tarafından da gerçekleştirilebilir. Bu yüzden yağma suçuna iştirak mümkündür ve TCK'da yer alan (m. 37-41) iştirak kuralları, yani suça azmettirme, yardım etme veya tesadüfen katılma hallerine ilişkin hükümler uygulanabilir. Faillerin hareketlerinin başlangıç anı farklı olabilir. Ancak belli bir aşamadan sonra birlikte devamı gerekmektedir⁵⁰².

İştirak ile ilgili olarak TCK. bakımından getirilen müşterek faillik kavramı önemlidir. Kanunun 37/1. maddesinde, *“Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her bir, fail olarak sorumludur.”* şeklinde düzenleme mevcuttur. Müşterek faillikte birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icrasına ilişkin işbölümü esasına dayalı ortak katılım sonucunda bunun icrası üzerinde kurulan müşterek hakimiyeti gerekli kılmaktadır. Her müşterek fail, suçun icrasına ilişkin müessir fonksiyonel bir katkıya sahiptir. Öyle ki, suç planının başarıya ulaşması açısından önem arz etmektedir ve bu itibarla da, fiil üzerinde müşterek hakimiyetin esasını teşkil etmektedir⁵⁰³. Bu şekilde TCK. sisteminde 765 sayılı TCK dönemindeki iştirak kurumuna ilişkin önemli sakıncalardan olan *“Kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınması”* durumundan vazgeçilmiştir. Örneğin bir işyeri içerisinde işlenen silahlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden farklı olarak değerlendirilmekteydi. Bu nedenle gözcülük yapan, uygulamada bazen *“asli fail”* bazen *fer'i fail”* olarak sorumlu tutulmaktaydı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 37. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi, örnek olayda yağma suçu işlenirken gözcülük

⁵⁰² BAKICI, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s. 722

⁵⁰³ ÖZGENÇ İZZET, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, 1. Bası, İstanbul, 1996, s. 261

yapan kişinin bu eyleminin suçun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişi üzerinde ortak hâkimiyet kurduğu kabul edildiğinden, gözcülük yapan kişinin de müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerekir⁵⁰⁴.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere TCK'nın 37. maddesindeki düzenleme karşısında; yağma suçunun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren faillerden her biri müşterek fail olarak sorumlu olur. Failin fiilinin işlenen suç içerisindeki rolü ve suça etki etme derecesi nazara alındığında, işlenen suç üzerinde hakimiyet kurma boyutunda olması durumunda⁵⁰⁵ müşterek faillikten bahsedilebilecektir⁵⁰⁶. TCK' 37/2. maddesi gereğince, yağma suçunun işlenmesinde başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Başkasını yağma suçuna azmettiren ise Kanunun 38.maddesi kapsamında sorumlu tutulur. Bunların dışında suçun müşterek faili veya azmettirenin olmayan katılanların sorumlulukları, yardım etmeyi düzenleyen 39. madde kapsamında değerlendirilecektir. TCK'nın 40. maddesi gereğince de, suçun işlenmesine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını engelleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmadan kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır. Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ise TCK'nın 40/2. maddesi gereğince yağma suçunun en azından teşebbüs aşamasında kalması aranacaktır⁵⁰⁷.

Yağma suçunda iştirak ile ilgili olarak özellik gösteren bir başka durum TCK'nın 149/1-c maddesinde düzenlenen yağma suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halidir. Suçun bu nitelikli hali iştirak halinde işlenemez. Çünkü yağma suçunun birden

⁵⁰⁴ TCK'nun 37. maddesine ait gerekçe, ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 482

⁵⁰⁵ "Sanıkların servis aracını yağmalamayı kararlaştırıp, sanık Musa'nın aracı durdurup adres sorma bahanesi ile araca bindikten sonra silahla tehdit ederek aracı aldığı sırada diğer sanık Adem'in başka bir araçta gözcülük yaparak eyleme katıldığının anlaşılması karşısında, yağma suçuna doğrudan katılan sanık Adem hakkında 5237 sayılı TCY'nın 37/1. maddesi yerine, aynı yasanın 39/1-2-c maddesiyle uygulama yapılması..." Y. 6. CD. 02.07.2007 15243E/8200K. (ESEN, s. 207)

⁵⁰⁶ "Yağma suçunun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirmekten maksat, her bir failin suçun tüm icrai hareketlerini gerçekleştirmesi olmayıp, örneğin suçun (cebir veya tehdidi) faillerden biri gerçekleştirirken diğer failin malı alması alması ya da diğer faillerin yanında çevre tertibatı ya da fiilin işlenişine sergilediği davranışlarla ve sarfettiği sözlerle önemli bir katkıda bulunması halinde de bu konumdaki kişilerin müşterek fail sayılması gerekir." Y. 6. CD. 28.12.2004, 9057E/15208K (www.kazancı.com.tr)

⁵⁰⁷ NOYAN, s. 430

fazla kişi tarafından işlenmesi suçun nitelikli hali olarak sayılmıştır⁵⁰⁸. Bununla birlikte, birden fazla kişi tarafından suçun birlikte işlenmesi durumunda, faillerin hepsi hakkında cezaya hükmedebilmek için yağma suçunun işlenmesinden önce aralarında düşünce birliği olması gerekir. Eğer birden fazla failler arasında malın çalınmasına ilişkin bir anlaşma olup, ancak malın yağmalanması konusunda bir anlaşma yoksa⁵⁰⁹, bu sefer yağma suçunun işlenmesinde cebir ve tehdit göstermeyen failin, bu nitelikli bir halde sorumlu olması için, diğer faillerden biri tarafından gösterilen cebir veya tehdidi görüp eyleme devam etmesi aranır⁵¹⁰.

3- İçtima

TCK'da bağımsız olarak suç oluşturan cebir ve tehdit suçları, hırsızlık suçu ile unsur haline gelmek sureti ile bağımsızlıklarını yitirerek yeni ve bağımsız bir suç oluşturmaktadır. Bu konu ile ilgili olarak yağma suçunda araç suç olarak kullanılan ve yağma suçu içerisinde bağımsızlığını yitirerek eriyen cebir kullanma ile ilgili olarak, kullanılan cebir basit yaralama sayılacak ölçüde ise yağma suçunun unsuru kapsamındadır ve bileşik suçun tanımı uyarınca yağma suçunun içinde erir. Ancak uygulanan cebir, basit yaralama ölçüsünü aşarak yaralama suçunun neticesi sebebi ile ağırlaşmış hallerini oluşturuyorsa ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler de uygulanır⁵¹¹. Bileşik suçun tanımı gereği yağma suçunun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olmayan suçların, yağma suçu ile beraber işlenmesi durumunda bu suçlardan ayrıca cezaya hükmedilecektir. Örneğin fail yağma suçunu işlediği sırada kişinin hürriyetinden yoksun bırakıyorsa⁵¹², ayrıca TCK'nın 109. maddesinde tanımlanan kişiyi

⁵⁰⁸ PARLAR HATİPOĞLU, s. 2275

⁵⁰⁹ "Suça konu eşyanın taşınması için kamyon bulunduğu ve satışına aracılık ettiği iddia edilen sanık Duygu'nun, diğer sanıkların yağma suçuna bilerek katıldığına ilişkin, savunmasının aksine olan kanıtların neler olduğu ve karar yerinde gösterilip tartışılmadan yağma suçundan hükümlülüğüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Y. 6. CD. 16.10.2006, 3623E/9877K (NOYAN, s. 431)

⁵¹⁰ ESEN, s. 206

⁵¹¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 360

⁵¹² "Sanık Selim'in arkadaşları Eyüp ve Vedat ile birlikte hareket ederek başlarına kadın çorabı giymiş oldukları halde geceleyin saat 18.00 sıralarında yolda gördükleri yakınamı, silahla tehdit ederek otomobillerine bindirip orman içinde ıssız bir yere götürerek, üzerinde bulunan 100 TL ve 1000DM parasını almaları biçiminde gerçekleşen eylemlerinin 5237 sayılı Yasanın 149/1-a-b-c-h maddelerine uyan yağma ve 109/1-2-3-a-b maddelerine uyan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçlarını oluşturduğu, bu suçlardan ayrı ayrı hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden sadece yağma suçundan hüküm kurulması..." Y. 6. CD. 01.03.2007, 9503E/31214K. (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2282)

hürriyetinden yoksun bırakma suçu oluşacaktır ve gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Yağma suçunun birden fazla mağdura karşı işlenmesi durumunda da gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır⁵¹³.

Bileşik suçun diğer bir şekli de, bir suçun diğer bir suçun ağırlaştırıcı sebebi olması halidir. Bileşik suçun bu türünde de bağımsızlığını kaybeden suçun ağırlaştırıcı sebep olduğunun kanunda gösterilmesi gerekir. Yağma eyleminin konutta ve işyerinde işlenmesi, 149. maddenin 1. fıkrasının (d) bendindeki nitelikli yağma suçunu oluşturacağından, faile ayrıca konut dokunulmazlığın ihlali suçundan ceza verilmeyecektir⁵¹⁴.

TCK.'nın 43.maddesinde, 'zincirleme suç'⁵¹⁵ düzenlenmiştir. TCK'nın 43. maddesinde "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir"⁵¹⁶. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır."denilmektedir. Maddeden anlaşıldığı gibi zincirleme suç için failin bir suç işleme kararının bulunması, suçun aynı kişiye karşı işlenmesi, değişik zamanlarda aynı suçun birden fazla defa işlenmesi gerekmektedir⁵¹⁷. Ancak TCK.'nın 43. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü gereğince, yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Bu nedenle aynı suç işleme kararına bağlı olarak ister aynı zamanda değişik kişilere ister farklı zamanlarda aynı ve değişik kişilere karşı işlenmiş her bir yağma suçu birbirinden bağımsız olarak cezalandırılacaktır.

⁵¹³ "Yağma suçu yedi yakınana yönelik işlendiği halde, tek uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir." Y. 6. CD, 07.11.2006, 4123E/10807K. (NOYAN, s. 443)

⁵¹⁴ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2277

⁵¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 407-413

⁵¹⁶ "Saniğin olay günü öğle saatlerinde mağdur Hüseyin Bingöl'ün önüne çıkıp, haraç istemesi ve aynı gün saat 21.00 sıralarında yakınının işyerine giderek oğulları olan Sadık ve Hakan'dan yine haraç isteyerek yağmaya kalkışma suçunu işlemesi tek amaca yönelik olduğundan, bir bütün halinde tek suç oluşturduğu halde, iki ayrı yağmaya kalkışmaktan hüküm kurulması... " Y. 6. CD. 10.07.2007, 12919E/8754K (ESEN, s. 210)

⁵¹⁷ ESEN, s. 209

III- ETKİN PİŞMANLIK HALİ

TCK.'nın 168. maddesinde, malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Buna göre; *“(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir. (2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir. (3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir. (4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.”*

Suçun bütün unsurları ile tamamlanmasından sonra failin bizzat pişmanlık gösteren hareketler yapması durumunda, bu hareketler dolayısıyla faile ceza verilmemesini veya cezasında indirim yapılmasını ifade eden kurum etkin pişmanlık olarak tanımlanmıştır⁵¹⁸. TCK'da düzenlenen etkin pişmanlık, 765 sayılı TCK'nın 523. maddesinin karşılığı olup aralarında farklar bulunmaktadır. TCK eskisinden farklı olarak, bedelsiz senedi kullanma, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi, kaybolmuş veya hata sonuncu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçlarında etkin pişmanlığı kabul etmemiştir. İkinci olarak, 765 sayılı TCK. döneminde etkin pişmanlık sadece soruşturma evresi ile sınırlanmış iken, TCK'nın 168. maddesinde etkin pişmanlık soruşturma evresi ile sınırlı tutulmamış kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar olanaklı hale getirilmiş ve kısmi ödeme ya da tazmin durumunda mağdurun rızası ile uygulanabileceği kabul edilmiştir⁵¹⁹.

⁵¹⁸ HAKERİ, s. 359

⁵¹⁹ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1318

TCK.'nın 168 maddesinin üçüncü fıkrasında *“Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadar indirilir”* denilmek suretiyle, yağma suçunda etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun tamamlanmış olması gerekmektedir. Suç tamamlanmadan önce yapılacak davranışlar TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Suçun icra hareketleri tamamlanmadan teşebbüs aşaması sürdüğü sürece bu hükmün uygulama olanağı yoktur⁵²⁰. Bir başka ifade ile yağma suçunda malın alınması ile suç tamamlanmış olacağından, bu aşamadan sonra yapılacak iradi davranışlar ile etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi söz konusu olacaktır. Bununla birlikte yağmalanan malın iadesinin iradi olması gerekir. Yağmalanan mal örneğin üst aramasında çıkması sonucu mağdura teslim edilmiş ise bu hükmün uygulanmaması gerekir⁵²¹.

Etkin pişmanlık hükümlerinin söz konusu olabilmesi için failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek geri verme veya tazmin suretiyle mağdurun zararını karşılaması da gerekmektedir. Bize göre bu husus geniş yorumlanmalıdır. Aynen iade veya tazmin bizzat fail tarafından yapılması şart olmamalıdır. Zira fail, suç işlendikten sonra hastalanması, tutuklanması vb. nedenler dolayısıyla iade veya tazminde bulunamamış olabilir. Bu durumda failin yakınları tarafından da iade veya tazmin yoluna gidilebilmelidir. Meselenin bu şekilde kabul edilmesi ve uygulanması hakkaniyete uygun bir durum oluşturacaktır. Öte yandan sanığın pişmanlık iradesini göstermesinin, suçu kabul etmesi ve pişmanlığını sözlü olarak yerine getirme şeklinde değil, failin suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkan somut hareketler ve mahkemedeki davranışların esas alınarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵²².

⁵²⁰ MALKOÇ, s. 1464

⁵²¹ “Sanığın olay yerinden kaçarken yanında götürme olanağı olan suça konu cep telefonunu atarak kaçmaya devam ettiği, atılan bu telefonun da sanığı kovlayan tarafından görülüp alınarak yakınana iade edildiğinin anlaşılması karşısında; hakkında koşulları bulunduğu halde 5237 sayılı Yasanın 168/1-3. maddesinin uygulanmaması...” Y. 6.CD. 17.05.2007, 20271E/6112K (www.kazancı.com.tr)

⁵²² BAKICI SEDAT, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Bası, Ankara, 2008, s. 942

TCK'nın 168/1. maddesine göre suçun tamamlanmasından sonra, kovuşturma başlamadan önce iade ve tazminde bulunulması durumunda verilecek cezanın üçte ikisine kadarı⁵²³, kovuşturma başladıktan, hüküm verilinceye kadar ki süreç içerisinde iade ve tazminde bulunulması durumunda verilecek cezanın yarısına kadar indirilebilecektir. 5271 sayılı CMK'nın 2/1-f maddesinde kovuşturmanın '*iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi*' ifade ettiği belirtilmektedir. Buna göre malın alınması ile suç tamamlandıktan sonra, iddianamenin kabul edilmesine kadarki süreç içerisinde iade ve tazminde TCK'nın 168/3. maddesi gereğince verilecek ceza yarısına kadar indirilebilecek, iddianamenin kabulünden karar kesinleşinceye kadar ki süreç içerisinde iade ve tazmin halinde ise TCK'nın 168/3. maddesi gereğince verilecek ceza üçte birine kadar indirilebilecektir. Aynen iade veya zararın giderilmesi fail tarafından teklif edilmesine rağmen kabul edilmemesi durumunda, pişmanlık duyguları gösteren failin etkin pişmanlıktan yararlandırılması gerektiği ifade edilmektedir⁵²⁴.

Maddenin son fıkrasına göre ise kısmen iade ve tazmin halinde hükmün uygulanabilmesi için mağdurun rızası aranacaktır. Kanaatimize göre mağdurun ölmesi, hastalanması vb. nedenlerle rıza beyan edemeyecek durumda olması durumunda, failin lehine yorum yapılarak bir değerlendirme yapılması hakkaniyete uygun olacaktır. İştirak halinde işlenen suçlarda faillerden birinin ödeme yapması durumunda, diğer faillerin pişmanlık duymadığından etkin pişmanlıktan yararlanamayacakları da belirtilmektedir⁵²⁵.

⁵²³ "Kamu davası açılmadan önceden yapılan iade nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 168/1. maddesi uyarınca yapılacak indirimin ½ oranından fazla olması gerektiğinin gözetilmemesi..." Y. 6. CD. 06.06.2007, 10123E/7022K. (MALKOÇ, s. 1464)

⁵²⁴ MALKOÇ, s. 1467; BAKICI, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 940

⁵²⁵ BAKICI, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 941

IV- SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

1- Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Yağma suçlarının TCK. m.148/1'de düzenlenen basit hali, TCK. m.148/2'de düzenlenen senedin yağması ve 149. maddede düzenlenen nitelikli yağma suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması Cumhuriyet Başsavcılığınca re'sen yapılır.

Yağma suçları bakımından görevli ve yetkili mahkemeleri tespit bakımından özellik arz eden bir durum bulunmamaktadır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 12. Maddesinde; *"Kanunların ayrıca görevli kaldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m.148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m.204/2) ,nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir"* denilmek suretiyle, yağma suçları bakımından görevli mahkemenin ağır ceza mahkemeleri olduğu belirtilmiştir. Suçun nitelikli hallerin de öngörülen ceza on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası olduğundan, genel kurallar uyarınca görevli mahkeme yine ağır ceza mahkemeleridir. Çocuklar tarafından işlenen suçlara bakma görevi ise, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunun 26. maddesinin ikinci fıkrası gereğince çocuk ağır ceza mahkemelerine aittir. Ancak, bu kanunun 17. maddesi hükmüne göre, büyüklerle iştirak halinde işlenen suçlarda, davaların birlikte görülmesinde zorunluluk bulunması durumunda çocuklarla ilgili dava birleştirilerek genel mahkemelerde görülebilecektir.

Yağma suçları bakımından yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yer yani alma hareketinin tamamlandığı yer mahkemesidir.

2- Yaptırım

Yeni TCK'da 765 sayılı TCK'ya nazaran yeni terimler ve tanımlarla, mala karşı işlenen suçlardaki cezaların ağırlığı yönündeki yoğun eleştiriler dikkate alınarak cezanın ciddi bir biçimde hafifletilmesi suretiyle yeniden düzenlenmiştir⁵²⁶. TCK'nın basit yağma ve senedin yağması suçunu düzenleyen 148.maddesinde öngörülen ceza 6 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasıdır⁵²⁷. TCK. m. 149'da düzenlenen nitelikli yağma suçlarının cezası ise 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezasıdır. Hakim belirtilen sınırlar arasında kalarak, TCK'nın 61. maddesinde belirtilen suçun işleniş biçimi, suç konusunun önem ve değeri, failin güttüğü amaç ve saiki, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı kriterlerine göre temel cezayı belirleyecektir. Ancak anılan kanun maddesinin üçüncü fıkrasına göre, maddenin birinci fıkrasındaki hususlar ayrıca suçun unsurunu oluşturuyorsa, bunlar cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaz. Hâkim önüne gelen yağma suçu ile alakalı olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zararın ağırlığını, failin kastının yoğunluğunu, amaç ve saikini dikkate alarak temel cezayı tayin edecektir.

TCK'nın 45. maddesinde, bir suça karşılık olarak verilecek cezalar, hapis ve adli para cezası olarak belirlenmiştir. TCK'nın 46. maddesinde, hapis cezalarının türleri olarak da; ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve süreli hapis cezaları öngörülmüştür. Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı, cezanın üçte birden yarıya kadar indirilmesi sonucuna neden olabilir. Ayrıca, TCK. m.149/2. fıkra uyarınca, yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri gerçekleştiği takdirde faile ayrıca TCK.'nın 87. maddesine göre de ceza tayin edilecektir.

Diğer yandan, TCK.'nın 169. maddesinde, hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel

⁵²⁶ DONAY, s. 228

⁵²⁷ Yağma suçunun cezasının belirlenmesine ilişkin Yasa düzenlemesi sırasında yapıla tartışmalara ilişkin bkz. GÜNEY/ÖZDEMİR/BALO, s. 443-445

kişiler hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirler hükmolunacağı öngörülmüştür. TCK.'nın 60. maddesinde, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Buna göre uygulanabilecek tedbirlerse, izin iptali ve müsadere'dir. Oysa kanun koyucunun yağma suçunun işlenmesi sureti ile tüzel kişilere menfaat sağlanması durumunda, bu tüzel kişiler hakkında TCK'nın 169. madde kapsamı dışında tutarak haklarında tedbir uygulanmaması eleştirilmektedir⁵²⁸.

Son olarak belirtelim ki, TCK'nın 148. maddede öngörülen klasik yağma ve yağma suçunun özel bir görünüş şekli olan senedin yağması suçları açısından dava zamanaşımı, TCK. m.66/1-d hükmü gereğince suçun işlendiği tarihten itibaren 15 yıldır. TCK. m.67/2. maddesi gereğince zaman aşımını kesen bir sebep bulunması durumunda, anılan yasanın 67/4. maddesi gereğince zamanaşımı süresi en fazla yarısına kadar uzayacaktır. Bu durumda yağma suçunu, en fazla 22 yıl 6 ay süre ile soruşturmak ve kovuşturmak olanak dahilindedir.

⁵²⁸ Eleştiriler için bkz. CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 361,

SONUÇ

Siyasi ve hukuki rejimlerin temeli bireyciliğe dayanan sistemlerde mülkiyet hakkı Anayasalarda temel haklar arasında yer almış ve özel hukuk tarafından korunmuştur. Ancak mülkiyet hakkının hile, cebir, şiddet veya sahibinin rızası olmadan ihlali halinde özel hukukun yaptırımını yetmemiş, kamu düzeni bozulduğu, toplumsal endişe doğduğu için Ceza Hukuku aracı ile bu durum yaptırım altına alınmıştır. Bu nedenle Anayasanın 35. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek Protokolünün 1. maddesi ile teminat altına alınan mülkiyet hakkına karşı yapılacak ihlaller, TCK.'nın ikinci kitabında '*Kişilere Karşı Suçlar*' başlıklı ikinci kısmının onuncu bölümünde düzenlenen '*Malvarlığına Karşı Suçlar*' başlığı altında 148, 149, 150. maddelerinde yaptırım altına alınmış ve bu hakkın korunması amaçlanmıştır.

Hiç kuşkusuz, malvarlığına karşı işlenen suçlar oransal olarak önemli bir yer tutmaktadırlar. Yağma suçu, malvarlığını hedef alan suçlar içerisinde en ağır olanıdır. Çünkü bu suçlarla kişilerin sadece malvarlığı hukuksal değerleri değil aynı zamanda kişi özgürlüğü ve vücut bütünlüğü değerleri de ihlal edilmektedir.

Malvarlığına karşı suçlar içerisinde en önemli değişiklik yağma suçları bakımından yapılmıştır. TCK yağma ile ilgili düzenlemeleri incelendiğinde eski düzenlemeden farklı olarak kazuistik metottan vazgeçildiği, yağma suçunu oluşturabilecek fiillerin Kanunun 148/1. maddesinde tek bir tanım altında birleştirildiği, 148/2. maddede ise yağma suçunun özel bir işleniş şekli olan senedin yağmasına yer verildiği görülmektedir. Öte yandan 765 sayılı TCK.'da yağma suçları arasında düzenlenen korkutarak faydalanma, adam kaldırma, yağmaya dönüşen hırsızlık, adam kaldırmada muhabere nakli suçlarına TCK.'da yer verilmemiştir.

Yağma suçunda, başkasına ait bir malın cebir veya tehdit kullanılarak zorla alınması söz konusudur. Cebir ve tehdit ile hırsızlık suçu birleşerek yeni ve bağımsız bir suç meydana getirmektedirler. Bu nedenle yağma suçu TCK'nın 42. maddesinde

tanımlanan bileşik suçlar içerisinde yer almaktadır. Yağma suçunun bileşik suç olma özelliğinin bir başka yansıması çok konulu bir suç olmasıdır. Bu nedenle kişilerin birden fazla hukuki değeri ihlal edilmektedir. Kişilerin bir yandan tehdit fiili ile serbestçe karar verme ve hareket etme özgürlükleri zedelenirken, diğer taraftan cebir fiili ile kişinin vücut dokunulmazlığı ihlal edilmektedir. Malın rızaya aykırı olarak alınmasında ise, hem zilyetlik hem de mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir. Bu şekilde mağdurun birden çok hukuki menfaati ihlal edilse de yağma suçlarında asıl ulaşılmak istenilen amaç mağdura ait malvarlığı değeridir. Bu nedenle TCK'da yağma suçu, kanun koyucunun bir tercihi olarak '*Malvarlığına Karşı Suçlar*' başlığı altında ihdas edilmiştir.

Kişilerin malvarlığının yanında onların özgürlüğü ve vücut bütünlüğü değerlerinin ihlalini de kapsamına alan yağma suçu tarihsel süreç içerisinde hemen hemen tüm toplumlarda suç olarak kabul edilerek yaptırım altına alınmıştır. Bu suçun mukayeseli hukukta tüm ülkelerde suçun unsurları ve ağırlaştırıcı sebepleri bakımından benzer şekilde düzenlendiği görülmektedir.

Yağma suçunda cebir veya tehdidin araç olarak kullanılarak başkasının taşınabilir bir malını almak söz konusu olduğundan, cebir veya tehdit kullanmak bu suçun karakterize etmektedir. Yağma suçunun bu özelliği onu benzer suçlar olan hırsızlık, dolandırıcılık mala zarar verme, irtikap, cebir, şantaj suçlarından ayırır.

Yağma suçunun temel şeklinin düzenlendiği TCK'nın 148/1. maddesine göre, '*Tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymama*' ve senedin yağması suçunun düzenlendiği TCK'nın 148/2. maddesinde '*Bir senedi vermeye, senedin alınmasına karşı koymamaya, senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur kılmak amacıyla bir kişinin tehdit edilmesi veya o kişiye cebir uygulanması*' suçun maddi unsurunun hareket ögesini oluşturur. Hareketin sayısı bakımından ise yağma suçları, seçimlik hareketli bir suçtur. Bu nedenle mağdura karşı cebir ve tehdit hareketleri aynı anda kullanılırsa yine bir tek yağma suçu işlenmiş olur. Yağma suçunun faili herkes olabilir. Bu suçun mağduru ise tehdit veya cebir fiili

sonucu iradesi zorlanan kişidir. Bu bakımdan suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişiler ise ancak suçtan zarar gören olabilmektedir. Yağma suçlarının hukuki konusunu taşınabilir mallar ve senet oluşturmaktadır. Cebir ve tehdit kullanarak taşınmazların devrinin sağlanması durumunda ise, söz konusu fiil TCK'nın 148/2. maddesinde düzenlenen yağma suçunun özel bir işleniş şekli olan senedin yağması kapsamında değerlendirilecektir. Bu nedenle taşınmaz mallar, dolaylı olarak yağma suçuna konu olabilmektedirler.

Yağma suçunun nitelikli halleri TCK'nın 149/1. maddesinde sekiz başlık altında düzenlenmiştir. Buna göre yağma suçunun silâhla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hâle koyması suretiyle, birden fazla kişi tarafından birlikte, yol kesmek suretiyle ya da konut veya işyerinde, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, suç örgütüne yarar sağlamak maksadıyla, gece vaktinde işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller olarak belirtilmiştir. Yağma suçlarının, konut veya işyerinde işlenmesi, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi, suç örgütüne yarar sağlamak maksadıyla işlenmesi TCK'da düzenlenen ancak ETKC'da yer verilmeyen nitelikli hallerdir. Bununla birlikte 765 sayılı TCK'da yağma suçlarına özgü cezanın azaltılmasını gerektiren bir nitelikli hal düzenlenmemiştir. TCK' da ise yağma suçları bakımından daha az cezayı gerektiren iki hal kabul edilmiştir. Bunlardan birincisi, suçun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlenmesi ve ikincisi de malın değerinin azlığıdır. Yağma suçları bakımından şahsi cezasızlık sebebi düzenlenmemiştir. Şartlarının oluşması durumunda etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir.

Yağma suçlarında cebir ve tehdit ile bir malın alınması söz konusu olduğundan bileşik bir suçtur. Bileşik suç olduğu için faile cebir ve tehdit suçlarından ayrıca ceza verilmez. Ancak yağmanın cebir kullanılarak gerçekleştirilmesi durumunda mağdurda oluşan yaralama TCK'nın 87. maddesinde belirtilen neticesi sebebi ile ağırlaşmış haller

kapsamında ise, kanunun 149/2. maddesi gereğince faile ayrıca kasten yaralama suçundan da ceza verilecektir.

Yağma suçları şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmediğinden, suçun basit ve nitelikli hallerinin soruşturması ve kovuşturulması Cumhuriyet Savcılıklarınca re'sen yapılır. Bu suçun temel cezasının yaptırımı 765 sayılı TCK'da 10 yıl iken TCK'da bu süre 6 yıl hapis cezasına indirilmiştir. TCK'da basit yağma ve senedin yağması suçunun düzenlendiği 148. maddesinde öngörülen ceza 6 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun nitelikli olarak işlenmesi halinde ise yaptırımı 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezasıdır.

KAYNAKÇA

AKÇİN İHSAN, Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, 1. Bası, Ankara, 2007.

AKGÜNDÜZ AHMET, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyesi, Diyarbakır, 1986.

AKİPEK JALE G., Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Ankara, 1972.

ARTUÇ MUSTAFA, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2007.

ARTUK MEHMET EMİN/GÖKCEN AHMET/ YENİDÜNYA AHMET CANER, Gerekçeli Ceza Kanunları, 7. Bası, Ankara, 2007.

ARTUK MEHMET EMİN/ GÖKCEN AHMET/YENİDÜNYA AHMET CANER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, 2007.

ARTUK MEHMET EMİN/GÖKCEN AHMET/YENİDÜNYA AHMET CANER, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara, 2006.

ASLAN ÇETİN/AZİZOĞLU BAHATTİN, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Bası, Ankara, 2004.

AYDIN NURULLAH, Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler, 1. Bası, Ankara, 2008.

BAKICI SEDAT, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Bası, Ankara, 2008.

BAKICI, SEDAT, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 1. Bası, Ankara, 2007.

BIYIKLI HÜDAVERDİ, Yanlış Kullanılan Suç Sözcükleri Müessir Fiil-Darp Yağma-Gasp, 2009, (www.mercek.net).

CENTEL NUR/ZAFER HAMİDE/ÇAKMUT ÖZLEM, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 1. bası, İstanbul, 2007.

CİHAN EROL, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul, 1978.

CİN HALİL/AKGÜNDÜZ AHMET, Türk Hukuk Tarihi, C. I, 3. Baskı, İstanbul, 1995.

ÇALIŞKAN ÜMİT, Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2009.

ÇINAR ALİ RIZA, Tehdit Suçu, 1. Bası, Ankara, 2002.

DEMİRBAŞ TİMUR, Yağma Suçları Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 1-3 Haziran 2008 Çınar Otel, Ankara, 2009.

DEVELLİOĞLU FERİT, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Eski ve Yeni Harflerle, 18. Bası, Ankara, 2001.

DONAY SÜHEYL, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Bası, İstanbul, 2007.

DÖNMEZER SULHİ, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul, 2001.

DÖNMEZER SULHİ/ERMAN SAHİR, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: I, 12. bası, İstanbul, 1997.

EKİNCİ MUSTAFA/ESEN SİNAN, Anlatımlı ve Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yer Alan, Hırsızlık, Yağma, Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, 2. Bası, Ankara, 2005.

ERDEM MUSTFA RUHAN, Türk Ceza Kanunda Silah, GÜHFD, Haziran-Aralık, 2003 C. VII sayı 1-2.

ERDEM MUSTAFA RUHAN, Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı Suçlar, Makale, Yeni Türk Ceza Adalet Sistemini Tanıtım Sitesi, (www.ceza-bb.adalet.gov.tr).

ERDENER YURTCAN, Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar, 1. Bası, İstanbul, 2008.

EREM FARUK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. III, Ankara, 1993.

EREM FARUK/TOROSLU NEVZAT, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara, 2003.

EREM FARUK/ DANIŞMAN AHMET/ARTUK MEHMET EMİN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 1997.

ERMAN SAHİR/ÖZEK ÇETİN, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1992.

EROL HAYDAR, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Bası, Ankara, 2007.

ERTOSUN ALİ SUAT/TAŞKIN AHMET, Yağma Suçu, Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER Armağanı, Cilt II, Ankara, 2008.

ESEN SİNAN, Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, 1.Bası, Ankara, 2007.

GÖKCEN AHMET, Hürriyete Karşı Suçlar, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/117.doc.

GÜNDEL AHMET, Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları, 2. Bası, Ankara, 2002.

GÜLŞEN RECEP, Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, 1. Bası, Ankara, 2007.

GÜNEY NİYAZİ/ÖZDEMİR KENAN/BALO YUSUF SOLMAZ, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Bası, Ankara, 2004.

HAKERİ HAKAN, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 6. Bası, Ankara 2010.

HATEMİ HÜSEYİN/SEROZAN RONA/ARPACI ABDULKADİR, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.

HIFZIOĞULLARI ZEKİ/KURŞUN GÜNAL, Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Yapısı, Prof Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Ankara, 2006.

İÇEL/EVİK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, 2007.

İPEK NURCAN, Roma Hukukunda Gasp (rapina), İstanbul, 2001.

KAYLAN KESKİN, Yağma Suçları, (Yayınlanmamış Tebliğ).

KIYAK FAHRETTİN, Türk Askeri Ceza Kanunlarında Yağma Cürümleri ve Tatbikatı, Ankara, 1955.

KOCA MAHMUT, Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş günü Armağanı, C., II, İstanbul 2002.

KOCA MAHMUT, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar (Makale), Kazancı Dergisi, 5. sayı, Ocak-2005.

KOCA MAHMUT, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunda Yağma Suçu, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005.

KOCA MAHMUT, Yağma Cürümleri, 1. bası, Ankara, 2003.

KOCA MAHMUT/ÜZÜLMEZ İLHAN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, Ankara, 2008.

KOPARAN MEHMET REŞAT, Yeni TCK'da Malvarlığına Karşı Suçlar (Yağma), Yeni Ceza Adalet Sistemini Tanıtım Sitesi (www.cezabb.adalet.gov.tr).

MALKOÇ İSMAİL, Açıklamalı İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. II, 1. Bası, Ankara, 2008.

MERAN NECATİ, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, 2. Bası, Ankara, 2008.

NOYAN ERDAL, Hırsızlık Suçları, 2. Bası, Ankara, 2007.

OĞUZMAN M. KEMAL/SELİÇİ ÖZER/OKTAY ÖZDEMİR SAİBE, Eşya Hukuku, İstanbul, 2006.

OĞUZMAN M. KEMAL/SELİÇİ ÖZER, Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 2002.

ÖNDER AYHAN, Şahıslara ve Mallara Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994.

ÖNDER AYHAN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1994.

ÖZBEK VELİ ÖZER, Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı, C. II, 1. Bası, Ankara, 2008.

ÖZGENÇ İZZET, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, 1. Bası, Ankara, 2002.

ÖZGENÇ İZZET, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, 1. Bası, İstanbul, 1996.

ÖZGENÇ İZZET, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Bası, Ankara, 2006.

ÖZGENÇ İZZET/ŞAHİN CUMHUR, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2001

ÖZTÜRK BAHİR/ERDEM MUSTAFA RUHAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), 4. Bası, Ankara, 2005.

ÖZTÜRK BAHİR/ERDEM MUSTAFA RUHAN/ÖZBEK VELİ ÖZER, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri, 5. Bası, Ankara, 2001.

PARLAR ALİ/HATİPOĞLU MUZAFFER, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Cilt, 2. Bası, Ankara, 2008.

SELÇUK SAMİ, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986.

SOYASLAN DOĞAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Ankara, 2006.

SOYASLAN DOĞAN, “Malvarlığına Karşı Suçlar, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu”, Ankara, 2009.

ŞAFAK ALİ, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Bası, Ankara, 2002.

ŞEN ERSAN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, 1. Bası, İstanbul, 2006.

TAŞDEMİR KUBİLAY/ÖZKEPİR RAMAZAN, Uygulama-Öğretide Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, 1. Bası, Ankara, 1999.

TAŞKIN AHMET, Yağma Suçunda Mal Kavramı, Terazı Dergisi, Yıl 3, Sayı 20, Ankara, 2008.

TEKİNAY SELAHATTİN AKMAN/SULHİ BURCUOĞLU/SERMET ALTOP/HALUK ATİLLA, Eşya Hukuku, C.I, 5. Bası, İstanbul 1989.

TEZCAN DURMUŞ/ERDEM MUSTAFA, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Bası, İzmir 2002.

TEZCAN DURMUŞ/ERDEM MUSTAFA RUHAN/ÖNOK MURAT Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2010.

TOROSLU NEVZAT, Ceza Hukuku Genel Kısım, 12. Bası, Ankara, 2008.

TOROSLU NEVZAT, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara, 2003.

TOROSLU NEVZAT, Ceza Hukuku Özel Kısım, 3. Baskı, Ankara, 2008.

TURABİ SELAMİ, Mala Zarar Verme Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

UMUR ZİYA, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1987.

ÜNVER YENER, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003.

YILMAZ EJDER, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2003.

YENİSEY FERİDUN/PLAGEMANN GOTTFRIED, Strafgesetzbuch (Stgb), Alman Ceza Kanunu, İstanbul, 2009.