

PAPER DETAILS

TITLE: SUÇ KONUSU MALIN DEGERININ AZLIGININ CEZA SORUMLULUGUNA ETKISI

AUTHORS: Ahmet Hulusi AKKAS

PAGES: 323-348

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/489094>

SUÇ KONUSU MALIN DEĞERİNİN AZLIĞININ CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

THE EFFECTS OF LOWNESS OF THE VALUE OF THE GOODS OBTAINED THROUGH COMMITTED CRIME ON CRIMINAL RESPONSIBILITY

DOI : 10.21492/inuhfd.407978

Ahmet Hulusi AKKAŞ*

Özet

Ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlarda, suç konusu malın değerinin azlığı suçun haksızlık içeriğini azaltıcı bir etkiye sahiptir. Bu durumu öngören kanun koyucu hakime, bazı suç faillerinin cezasında indirim yapma ve hatta bazı suç faillerini hiç cezalandırmama imkanı vermiştir. Suç konusu malın değerinin azlığı, kanun koyucunun hakkında herhangi bir düzenleme yapmadığı suçlar açısından da etkili olabilir ve bu suçlarda nasıl bir etkiye sahip olduğunun da araştırılması gerekir. Diğer taraftan suç konusu malın değerinin azlığı, düzenleme bulunan suçlarda dahi aynı sonucu ortaya çıkarmamaktadır. Söz konusu problem arz eden hususların daha yakından incelenmesi gerekmektedir.

Suç konusu malın değerinin azlığı sadece tamamlanmış suçlarda değil, teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda da önem arz eder. Bunun yanında suç tamamlandıktan sonra failin etkin pişmanlık göstermesi ve birden fazla suçun işlenmesi durumunda değer azlığının nasıl değerlendirilmesi gerektiğinin de ortaya konulması gerekir. Son olarak suç konusu malın değerinin azlığının, fail hakkında kurulacak hükme nasıl etki edeceğinin de bu hususa ilişkin hakkında hüküm bulunan suçlar ve hakkında hüküm bulunmayan suçlar bakımından değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Değer azlığı, zimmet, yağma, hırsızlık, suçun konusu.

Abstract

In the crimes committed for economic benefit, lowness of the value of goods that is the object of the committed crime has an effect to reduce the level of unjustness of offences. The legislators have granted judges the power to reduce punishment or even in some cases not punish perpetrators. The lowness of the value of goods obtained through committed crime might affect quantity of punishment for those crimes which are not clearly regulated by the legislators as well, and the effect on these offences must also be ascertained. On the other hand, even for those crimes regulated by the legislators do not constitute the same results. Hence, the abovementioned problems must be reanalyzed closely.

* Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı. (E-mail: ahakkas@erciyes.edu.tr)

Makale Gönderilme Tarihi: 02.03.2018

Makale Kabul Tarihi: 12.06.2018

The lowness of the value of goods means importance not only for completed offences but also attempting to commit an offence. In addition, it must be showed how to appraise lowness of the value of goods in cases of active repentance of perpetrator after committing a crime or committing multiple crimes. Lastly, the assessment of the effect of the lowness of the value of goods on sentence is necessary in terms of crimes with and without considering the special provision on the lowness of the value.

Keywords: Lowness of the value of goods, embezzlement, plunder, theft, object of offence.

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan (TCK) bazı suçlarda suç konusu malın değerinin az olmasının ceza sorumluluğuna etki edeceği kabul edilmiştir. Kanunumuzda malın değerinin az olmasına ilişkin sadece hırsızlık, yağma ve zimmet suçlarıyla bağlantılı açık düzenlemeler bulunmaktadır. Suç konusu malın değerinin az olması, açık düzenleme bulunan bu suçlarda dahi aynı sonucu doğurmamaktadır. Zikredilen suçlardan yağma ve zimmet suçunda, failin alacağı cezanın indirilmesi kabul edilirken; hırsızlık suçunda cezadan indirim yapılabildiği gibi, fail tamamen cezasız da kalabilmektedir¹. Suç konusu malın değerinin azlığı, hakkında bu yönde açık hüküm bulunmayan suçlarda da söz konusu olabilir. Bu nedenle, hakkında suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin açık düzenleme bulunmayan suçlarla ilgili, nasıl bir cezalandırma yoluna gidileceğinin de ortaya konulması gerekir. Çalışmamızda ilk başta suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin açık düzenleme bulunan halleri değerlendirmeye, onun akabinde de hakkında düzenleme bulunmayan haller ile ilgili görüşlerimizi açıklamaya çalışacağız.

I. DEĞER AZLIĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Suç konusu malın değerinin az olmasının hukuki niteliğinin belirlenmesi, onun kast kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesi bakımından büyük öneme sahiptir. Eğer suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin düzenlemelerin kast kapsamı dışında olduğu kabul edilirse fail, somut olayda malın değerinin az olması durumunda bu hükümlerden, objektif bir mahiyet arz etmeleri nedeniyle, her halükarda yararlanacaktır.

¹ Karşılaştırmalı hukukta örnek kabilinden zikredilebilecek Alman hukukunda, suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin açık düzenleme sadece hırsızlık ve zimmet suçları ile ilgili ortak hükümde düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 248a'da suç konusu malın değerinin azlığının hırsızlık ve zimmet suçlarının takibini şikayete bağlı hale getireceği; suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında kamusal bir yarar söz konusu olması durumunda ise takibatın resen yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. HOHMANN Olaf; Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, StGB 248a, Bd. 4, 2. Auflage, München, 2012, kn. 1; JUNGWIRTH, Anton; "Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert", NJW, 1984, s. 954 vd.

Ancak fail, suç konusu malın değerinin azlığından hareket etmiş ve fakat gerçekte malın değeri fazla ise bu durum kast üzerinde herhangi bir etki doğurmayacağı için malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerden faydalanamayacaktır².

Suç konusu malın değerinin azlığının kast kapsamında kaldığı kabul edilecek olursa, çözümün şu şekilde olması gerekir: fail çaldığı, yağmaladığı veya zimmetine geçirdiği malın değerinin az olduğunu düşünmüş; fakat malın değeri gerçekte çok ise kastı kaldıran hata hükümleri çerçevesinde hareket edilmesi gerekecektir³. Böyle bir durumda failin çaldığı, yağmaladığı veya zimmetine geçirdiği malın değeri gerçekten azmış gibi kabul olunacak ve fail hakkında suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümler uygulama kabiliyeti bulabilecektir. Suç konusu malın değerinin az olmasına rağmen fail, bu malı değerinin fazla olduğu düşüncesi ile çalmış, yağmalamış veya zimmetine geçirmiş ise suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümler kural olarak uygulanamaz. Fakat suç konusu malın değerinin az olması, failin ise değeri fazla olduğunu düşünerek suçu işlemesi halinde de objektif bir değerlendirme yapılarak, suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerin uygulanmasının gerektiği savunulmaktadır⁴. Başka bir görüş ise hırsızlık suçu özelinde, failin suç konusu malın değeri konusundaki yanılgısına herhangi bir önemin atfedilemeyeceği ve böyle

² Alman hukukundaki bir görüş, suç konusu malın değerinin azlığının hırsızlık ve zimmet suçlarının takibini şikayete bağlı kılması nedeniyle, bu hükmün bir ceza muhakemesi kurumu olduğunu ve bunun sonucu olarak da suç konusu malın değerine ilişkin düşülen hatanın hükmün uygulanması üzerinde herhangi bir etkisinin bulunmadığını savunmaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre, doğrudan somut durumdan hareket edilerek bir değerlendirme yapılmalıdır. Bkz. JUNGWIRTH, s. 957.

³ KÖPRÜLÜ, Timuçin; "Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, yıl 2007, sayı 71, s. 261; YENİDÜNYA, Ahmet Caner; Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 91; ARTUÇ, Mustafa; Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara, 2007, s. 89. TCK'nın 145. Maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde açıkça dile getirilmese de hataya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği "*Örneğin çantanın içinde yüksek meblâğda paranın bulunduğu beklentisiyle işlenen hırsızlık suçunda çantanın içinde para bulunmaması veya çok az miktarda bulunması dolayısıyla cezada indirim yapılıp yapılmaması konusunda karar verilirken suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de göz önünde bulundurulmasını sağlamak amacıyla bu değişiklik önergesi verilmiştir.*" şeklinde belirtilmiştir.

⁴ ERDEM, Mustafa Ruhan; "Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, s. 514, erişim tarihi 14.04.2017; YENİDÜNYA, s. 91; ARTUÇ, s. 89.

bir durumda malın objektif değerinden hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁵.

Yağma suçu özelinde düzenlenen suç konusu malın değerinin az olmasının bir nitelikli hal olduğu belirtilmektedir⁶. Zira yağma suçunda suç konusu malın değerinin az olması, failin cezasında sadece bir indirim yapılması sonucunu doğurmaktadır. Bunun yanında hırsızlık suçu özelinde düzenlenen suç konusu malın değerinin azlığının, yeri geldiği zaman failin cezasından indirim yapılmasını gerektiren bir nitelikli hal; yeri geldiğinde ise cezasızlık sebebi olduğu kabul edilmektedir⁷. Bir başka görüş ise hırsızlık suçu özelinde düzenlenen suç konusu malın değerinin azlığı halinin cezada indirim yapılmasını yahut cezanın kaldırılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olduğunu belirtmektedir. Zira taşınır malın maddi ya da manevi değerinin önemi suçun oluşumuna etki etmeyecektir. Taşınır malın bir değere sahip olması gerekli ve fakat iktisadi bir değere sahip olması şart değildir⁸.

Hırsızlık suçu özelinde düzenlenen suç konusu malın değerinin azlığı ile hakime cezada indirim yapabilme, suçun işlenme biçimi ve özelliklerinin dikkate alınması suretiyle yerine göre de ceza vermekten vazgeçebilme olanağı sağlanmakta; bir yandan da tayin olunacak cezanın bireyselleştirilmesine imkan sağlanmaktadır⁹. Bu yüzden kanımızca suç konusu malın değerinin az olması, bu hususa ilişkin açık bir düzenleme ihtiva eden suçlarda failin daha az ceza ile cezalandırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir¹⁰. Çünkü suç konusu malın

⁵ EKER, Hüseyin; Açıklamalı-İçtihatlı Hırsızlık Suçları, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 346; Alman hukukundaki bir görüşe göre, failin değeri az bir malı çalmak veya sahiplenmek istemesine rağmen, bu mal yerine veya bu mal ile birlikte değeri yüksek bir malı çalması veya sahiplenmesi durumunda (StGB) § 248a hükümleri uygulanamaz. İcra hareketlerinin tamamlanamaması ve failin hiç bir şey alamadığı haller hariç olmak kaydıyla, tersi bir durumda ise ilgili hüküm uygulanabilir. Bkz. MükStGB/HOHMANN, kn. 13.

⁶ KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 584.

⁷ YAŞAR, Osman; GÖKCAN, Hasan Tahsin; ARTUÇ, Mustafa; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 4722; TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, 2017, s. 679.

⁸ YENİDÜNYA, s. 29.

⁹ YAZICIOĞLU, Yılmaz; “TCK md. 145 ‘Malın Değerinin Az Olması’ Hırsızlık Suçunda ‘Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin’ Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması”, Ceza Hukuku Dergisi, yıl 6, sayı 15, Nisan 2011, s. 32.

¹⁰ Aynı yönde bkz. ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 208.

değerinin az olması durumunda, suçun haksızlık içeriği, her ne kadar tam olarak kalkmasa da¹¹, azalmaktadır. Kanun koyucu da “suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur” (TCK m. 3/1) hükmü ile haksızlık içeriğinin azalması durumunda, faile daha az ceza verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu yönüyle suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin düzenlemeler ile TCK’nın 3’üncü maddesinin birinci fıkrası düzenlemesi uyum içerisinde¹².

Nitelikli hallerin bulunduğu bir durumda suçun temel şekline ilişkin bütün unsurların bulunmasının yanında, temel şekle eklenen bir veya birden fazla unsur bulunmaktadır¹³. Suçun temel şekline ilave edilen bu nitelikli unsurlar, 5237 sayılı TCK sisteminde sadece cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğurmazlar. Bunun yanında failin cezasının azaltılması sonucunu da doğurabilirler¹⁴. Açık düzenleme bulunan hallerden hırsızlık suçunda suçun işlenme biçimi ve özellikleri de göz önünde bulundurularak suç konusu malın değerinin azlığı, bazen cezada indirim yapılmasının yanında, failin hiç cezalandırılmaması sonucunu da doğurabilir. Suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin açık düzenleme bulunan zimmet ve yağma suçlarında ise bu durum daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Nitelikli haller de kastın kapsamına dâhil oldukları için¹⁵, suç konusu malın değerinin azlığı durumunda yukarıda kasta ilişkin çözümün kabul edilmesi gerekir.

Hakkında açık düzenleme bulunmayan bir suçta da suç konusu malın değeri fazla olabilir. 5237 sayılı TCK uygulamasında haklı olarak, bu durumun sadece 61’inci madde uyarınca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı kabul edilmektedir¹⁶.

II. DEĞER AZLIĞININ BELİRLENMESİ

İşlenen suçta suç konusu malın değerinin azlığına hakimnin kendisi karar verecektir. Bu bakımdan 765 sayılı kanun döneminde yapıldığının

¹¹ MükStGB/HOHMANN, kn. 1.

¹² ÖZBEK, Veli Özer; DOĞAN, Koray; BACAŞIZ, Pınar; TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 614.

¹³ HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, 2016, s. 143.

¹⁴ ÖZGENÇ, s. 205; HAKERİ, s. 143.

¹⁵ KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 155; ÖZGENÇ, s. 228.

¹⁶ Bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 679, dn. 214.

aksine, suç konusu malın değerine ilişkin bir skala oluşturulmayacaktır¹⁷. Suç konusu mala atfedilen değer zamanla değişmesinin muhtemel olması nedeniyle, malın değerinin her somut olayda hakim tarafından takdir edilmesinin yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Örneğin normal bir zamanda önemsiz olarak görülen bir mal, savaş zamanında değerli bir hale gelebilir¹⁸.

Somut olayda hakim, suç konusu malın değerinin az olup olmadığına hükmederken, malın hüküm tarihindeki değerini değil, suçun işlendiği zamanki değerini esas almalıdır¹⁹. Zira failin hukuk düzenine karşı geldiği anda işlediği suçla bağlantılı olarak suçun konusunun değeri önem arz eder. Suç konusu malın değerinin azlığının hesaplanmasında malın objektif değeri esas alınır, yoksa işlenilen suça bağlı oluşan zararlar suç konusu malın değerinin azlığının hesaplanmasında dikkate alınmazlar²⁰. Ayrıca mağdurun suç konusu mala gereğinden fazla değer atfetmiş²¹ ya da mağdurun çok fakir olmasının bir önemi yoktur²².

Uyuşturucu madde gibi yasak ürünlerin örneğin çalınması durumunda o ürünün illegal piyasa değerinin göz önünde bulundurulacağı

¹⁷Yargıtay 5237 sayılı Kanun döneminde kendisinden yıllık değer ölçülerinin belirlenmesinin beklenmemesi gerektiğine karar vermiştir. Anılan kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “...Bu itibarla, 5237 sayılı Yasanın 145. maddesinin konuluş amacı gözetilmeli, anılan hükmün 765 sayılı TCY’nın 522. maddesinden farklı olduğu kabul edilmelidir. Yargıç, bu değerlendirmenin yanı sıra her somut olayda, suçun işleniş şekli, mağdur veya sanığın konumu, olayın gerçekleştiği yer ve zamanı dikkate alarak, TCY’nın 3. maddesinde işaret edildiği üzere, “işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı” olacak şekilde bir cezaya hükmetmek suretiyle ceza adaletini sağlayacaktır.” (YCGK, 15.12.2009 tarih ve E. 2009/6-242, K. 2009/291 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 22.04.2017). Alman hukukunda da suç konusu malın değerinin az olup olmadığına olay hakkının karar vereceği kabul edilmektedir. Bkz. MükStGB/HOHMANN, kn. 6.

¹⁸ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/BOSCH; Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, München, 2014, §248a, kn. 7; Alman hukukunda suç konusu malın değerinin azlığı, hırsızlık ve zimmet suçlarının takibini şikayete bağlı hale getirmesi nedeniyle, mağdurun malını önemli olarak görmesi durumunda şikayet hakkını kullanabileceği belirtilmektedir. Bkz. JUNGWIRTH, s. 957.

¹⁹ ARTUÇ, s. 89; YENİDÜNYA, s. 90; EKER, s. 345; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4723; YAZICIOĞLU, s. 34; MükStGB/ HOHMANN, kn. 4; WITTIG Petra: Beck’sher Online Kommentar, StGB 248a, 34. Edition, München, 2017, kn. 4; KİNDHÄUSER, Urs; Strafgesetzbuch, StGB § 248a, 4. Auflage, Baden-Baden, 2013, kn. 4; KÜHL, Khristian, Lackner/Kühl StGB § 248a, 28. Auflage, München, 2014, kn. 3; SCHÖNKE/SCHRÖDER, kn. 7.

²⁰ MükStGB/HOHMANN, kn. 5; SCHÖNKE/SCHRÖDER, kn. 5.

²¹ KİNDHÄUSER, kn. 4.

²² SCHÖNKE/SCHRÖDER, kn. 7; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 681.

savunulmaktadır²³. Bu görüşün hukukumuz açısından geçerli olmadığını düşünmekteyiz. Zira uyuşturucu maddelerin üzerinde mülkiyet veya zilyetlik tesis edilemeyeceği için bunlar, malvarlığına karşı işlenen suçların konusunu oluşturmazlar²⁴. Söz konusu ürünlerin, malvarlığına karşı işlenen suçların konusunu oluşturmamaları nedeniyle, bunların değerinin az olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Örneğin bir bedel karşılığında uyuşturucu madde satın alan kimseden, bir başkası bu maddeyi cebir veya tehdit kullanarak zorla almış olabilir. Böyle bir durumda uyuşturucu maddeyi zorla alan kimsenin cebir veya tehdit suçlarından; eğer cebir basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralamanın ötesine geçmiş ise kasten yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekir.

III. DEĞER AZLIĞINA YER VEREN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Hırsızlık Suçunda Suç Konusu Malın Değerinin Azlığı (m. 145/1)

TCK'nın 145'inci maddesinin birinci fıkrasına göre *"Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir"*²⁵. Kanun koyucu, 5377 sayılı kanun ile değiştirilmeden önceki halinde ise suçun işleniş şekli ve özelliklerine maddede yer vermemiş ve suç konusu malın değerinin azlığının ceza sorumluluğuna doğrudan etki edeceğini kabul etmişti.

Kanun koyucu, hırsızlık suçunda suç konusu malın değerinin azlığında hakime, faile ceza vermeme veya daha az ceza verme yetkisi vermiştir. Hakim somut olayın şartlarına göre, bu yetkilerinden birisini kullanabileceği gibi, bunların hiç birisini de kullanmayabilir^{26,27}.

²³ SCHÖNKE/SCHRÖDER, kn. 7.

²⁴ Aynı yönde bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 634.

²⁵ Öğretideki bir görüş bu düzenlemeyi bir hafifletici neden olarak görmektedir. Bkz. KÖPRÜLÜ, s. 258. 5237 sayılı TCK'da nitelikli unsurları belirtmek üzere ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler ifadesi kullanılmamaktadır. Bu nedenle bu görüşün hatalı olduğunu düşünmekteyiz. Ayrıca bkz. ÖZGENÇ, s. 205.

²⁶ Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, TBMM Adalet Komisyonu İle Genel Kurulunda Türk Ceza Kanunu Tasarısının Maddeleri Üzerindeki Görüşmeler, Yayın yeri ve tarihi belirtilmemiştir, s. 545.

²⁷ Yargıtay, somut olayda malın değerinin az olup olmadığını, dolayısıyla TCK'nın 145'inci maddesinin uygulanabilir olup olmadığını denetlerken; suç konusu malın değerinin azlığı durumunda hakim, daha az ceza verme veya hiç ceza vermeme yönünde vermiş olduğu kararını dahi denetime tabi tutmaktadır. Konuya ilişkin

Öğretideki bazı yazarlar ise cezada indirim yapılabilmesi için malın değerinin az olmasını tek başına yeterli saymaktadır. Buna karşılık ceza vermekten vazgeçilebilmesi için suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır²⁸. Yargıtay da hırsızlık suçu özelinde bu görüş doğrultusunda kararlar vermiştir²⁹. Ancak yüksek mahkeme, yağma suçu açısından, suç konusu malın değerinin az olmasını hırsızlık suçunun aksine cezada doğrudan bir indirim sebebi olarak görmemektedir³⁰.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Somut olayda sanığın, gündüz sayılan saat 05.00 sıralarında, evrakı tefrik edilip hakkında ayrıca soruşturma açılan A. Ç. ile yakınana ait evin balkon kapısının açık olduğunu görmeleri üzerine, A.'ın omuzlarına basarak, yakınanın evinin balkonuna çıkıp, balkonun önünde bulunan odanın içindeki kanepenin üzerindeki yakınana ait pantolonu alarak, balkondan aşağıya A.'a uzattığı, bu sırada yakınanın kendisini görmesi üzerine, balkondan atlayarak kaçtığı, pantolonun cebinde olan cüzdan içerisinde 545 lira para ve bir bankaya ait maaş kartının bulunduğu anlaşılmaktadır. Olayın özelliği nazara alındığında, hırsızlık yapmak amacıyla girdiği evde ne bulursa alma kastı ile hareket eden sanık hakkında 5237 Sayılı T.C.K.nın 145. maddesi uygulanarak, cezasından indirim yapılması kabul edilemez.”(YCGK, 27.04.2010 tarih ve E. 2010/6-73, K. 2010/97 sayılı kararı); “Geceyi geçirmek için girdiği ana sınıfında bulunan kumbara içindeki 5 Liranın tamamını alıp sabah saat 06.00 sıralarında suç yerini terk eden sanığın, ana sınıfı öğretmeni olan mağdur ...'in de beyanlarından anlaşılabileceği üzere sınıfta paradan başka kıymeti haiz olan televizyon ve VCD bulunmasına rağmen bu eşyaya yönelik bir eyleminin bulunmaması karşısında, sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 145. maddesinin uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak suçun işleniş şekli ve özellikleri ile sanığın kısa aralıklarla birden çok hırsızlık eylemi gerçekleştirdiği gözetildiğinde cezada indirim yapılması gerekirken ceza verilmesinden tamamen vazgeçilmesi isabetsizdir.” (YCGK, 24.11.2015 tarih ve E. 2015/6-9, K. 2015/420 sayılı kararı), www.kazanci.com, erişim tarihi 27.04.2017.

²⁸ YENİDÜNYA, s. 83; ayrıca bkz. KÖPRÜLÜ, s. 258; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s. 617; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 681.

²⁹ “Anılan Yasanın 145. maddesine göre, faile verilen cezada indirim yapılabilmesi için malın değerinin az olması yeterli olup, hakim indirim oranını TCK'nın 3. maddesinde öngörüldüğü üzere “işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı” olacak şekilde saptamalıdır. Ceza vermekten vazgeçme kararı verilecekse malın değerinin azlığı yanında “suçun işleniş şekli ve özellikleri” de dikkate alınmalıdır. TCK'nın 145. maddesinin uygulanmasında hakime takdir hakkı tanınmış olup, hakim takdir hakkını kullanırken keyfiliğe kaçmadan, her somut olaya uygun, yasal ve yeterli gerekçe göstermek suretiyle uygulama yapmalıdır.” (Y. 13. CD, 06.03.2013 tarih ve E. 2011/32645, K. 2013/5451 sayılı kararı), benzer yönde kararlar için bkz. Y. 13. CD, 04.03.2014 tarih ve E. 2013/1009, K. 2014/7179; Y. 13. CD, 04.06.2014 tarih ve E. 2014/13264, K. 2014/20040; Y. 13. CD, 29.09.2014 tarih ve E. 2014/10208, K. 2014/27010; Y. 17. CD, 26.01.2016 tarih ve E. 2015/8050, K. 2016/881; Y. 17. CD, 08.02.2016 tarih ve E. 2015/8229, K. 2016/1205; Y. 17. CD, 24.03.2016 tarih ve E. 2015/10994, K. 2016/4047; Y. 17. CD, 20.04.2016 tarih ve E. 2015/13593, K. 2016/5865, www.kazanci.com, erişim tarihi 25.04.2017.

³⁰ “Yasa koyucunun amacı ile suçun işleniş biçimi, sanığın özgülünen kastı, yakınanın etkilenimi ve olayın vahameti de gözetilmek suretiyle, değer olarak da gerçekten az olan

Kanuni düzenlemede "suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak" ibaresinin ceza verilmesinden vazgeçilebileceği ibaresinden önce yer alması nedeniyle, hakim her halükarda cezada indirim yapacağı; suçun işlenme biçimi ve özelliklerini de göz önünde bulundurarak ceza vermekten vazgeçebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak madde metninde cezada indirimin dahi mutlak bir şekilde uygulanmayacağı açıkça belirtildiği için bu görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz³¹. Farklı uygulamaların ve görüş ayrılıklarının önüne geçmek için düzenlemenin, "*Suçun işlenme biçimi ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir*" şeklinde olmasının daha doğru olacağı kanısındayız³².

şeylerin alınması durumunda, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği gözetilmeden, somut olayda koşulları bulunmadığı halde, 150. maddenin 2. fıkrasına sevk amacının dışında yorumlar getirilerek cezadan indirim yapılması" (Y. 6. CD, 20.07.2011 tarih ve E. 2007/9988, K. 2011/35692), www.kazanci.com, erişim tarihi 25.04.2017.

³¹ Aynı yönde bkz. MALKOÇ, İsmail; Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. cilt, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2013, s. 2399; ayrıca bkz. YAZICIOĞLU, s. 31, dn. 7.

³² Yargıtay da hakim takdir yetkisinin faile hiç ceza vermeme veya failin cezasında indirim yapma şeklinde olduğunu bir kararında belirtmiştir. Anılan kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "...Görüldüğü gibi madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim veya ceza verilmemesinden ibaret değildir. Olayın özelliği, mağdurun konumu, failin kişiliği ve suçun işleniş şekli, her olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek, maddenin uygulanıp uygulanmaması ve özellikle ceza vermeme haliyle ilgili seçeneğin, eylemin failine uygun düşüp düşmeyeceği belirlenecek ve takdirin gerekçesi de kararda gösterilecektir." (YCGK, 15.12.2009 tarih ve E. 2009/6-242, K. 2009/291 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 22.04.2017). Ayrıca bkz. YCGK, 13.11.2007 tarih ve E. 2007/6-210, K. 2007/234 sayılı kararı. Yargıtay, takdir yetkisinin faile hiç ceza vermeme veya failin cezasında indirim yapma şeklinde olduğunu başka bir kararında daha açık bir şekilde vurgulamıştır. Anılan kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "5237 sayılı TCY'nın 145.maddesinde düzenlenen "malın değerinin azlığı" kavramı, olayın özelliği, sanığın kişiliği ve mağdurun konumu da değerlendirilerek, hakim'e cezada indirim yapabilme ya da ceza vermekten vazgeçebilme konusunda seçenekli bir takdir hakkı tanıyan yeni bir kurumdur. Hakim öncelikle belirtilen ölçütleri dikkate alarak, malın değerinin az olup olmadığını değerlendirecek, ikinci aşamada da, değer azlığı nedeniyle indirim yapıp yapmamayı veya ceza verip vermemeyi takdir edecektir. Hakime tanınan bu yetki keyfi ve sınırsız değil ise de, bu yetkinin kullanılmasındaki takdir yanlıgısının olağanüstü bir yasa yolu olan, yasa yararına bozma konusu yapılması olanaklı değildir." (YCGK, 11.12.2007 tarih ve E. 2/267, K. 2007/271 sayılı kararı, MALKOÇ, s. 2400).

Suç konusu malın değerinin az olması durumunda hakim, suçun işleniş şekli ve özelliklerini de göz önünde bulundurarak faile ya hiç ceza vermeyecek veya vereceği cezada indirim yapacaktır. Hakimin bu iki seçenekten birisini kullanmasında göz önünde bulundurulacak husus, suçun işlenme biçimi ve özellikleri olacaktır. Malın değerinin, ceza verilmesinden vazgeçilebilmesi ve cezada indirim yapılabilmesi için farklı olması gerektiği gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Nitekim Yargıtay'ın birçok kararında bu husus açıkça vurgulanmıştır³³.

Somut olayda hakimin, failin cezasından indirim yapma yolunu tercih ettiği zaman bunun hangi oranda olacağına ilişkin TCK md. 145'te bir açıklık yoktur. Zira kanunda sadece ceza vermekten vazgeçilebileceği gibi, cezadan indirim yapılacağı belirtilmiş; indirim oranının ne nispette olacağı belirtilmemiştir. Öğretideki bir görüş bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini; zira cezaların arttırılmasının, azaltılmasının veya değiştirilmesinin ancak kanuni düzenleme var ise mümkün olabileceğini belirtmektedir. Kanunda indirim oranının belirtilmemesi uygulamada keyfiliğe yol açacaktır³⁴. Bunun karşısındaki bir görüş ise kanun koyucunun, indirim oranını belirleme konusunda hakime takdir yetkisi bıraktığını belirtmektedir³⁵. Bir üçüncü görüşe göre de bu halde TCK 49/1'den hareketle indirim miktarını bulmak gerekir. Buna göre, hakim süreli hapis cezasının alt sınırını bir aya kadar indirebilir³⁶.

Kanımızca ilk görüşte isabet vardır. Zira aşağıda da bahsedileceği üzere, yağma suçunda suç konusu malın değerinin azlığı bir indirim sebebi olabilmekte ve hakim indirim yapma yolunda tercihini kullanacaksa, bunun oranının ne olacağı TCK md. 150'de açıkça belirtilmiştir. Aynı müessesenin öngörüldüğü suçlar arasında farklı uygulamalara yer verilmemesi için; hakim ceza indirim yapma yolunu

³³ "...Maddenin ilk metninden sonraki değişiklikte; "suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önünde bulundurularak" ibaresinin, "cezada indirim" seçeneğinden sonra ve "ceza vermekten vazgeçilebilir" seçeneğinden önce yazılmasının, suça konu malın değerini farklılaştırmayacağı açıktır. Bu nedenle; "az ceza verme" seçeneğinde daha yüksek değer aranacağı, "ceza vermekten vazgeçme" halinde ise daha az bir değer aranmasının gerekli olduğu düşünülmemelidir." (YCGK, 13.11.2007 tarih ve E. 2007/6-210, K. 2007/234 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 13.05.2017). Ayrıca bkz. YCGK, 15.12.2009 tarih ve E. 2009/6-242, K. 2009/291 sayılı kararı.

³⁴ CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; ÇAKMUT, Özlem; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 3. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2016, s. 340, dn. 212; YENİDÜNYA, s. 90; KÖPRÜLÜ, s. 258; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 619.

³⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 570.

³⁶ YAZICIOĞLU, s. 44.

tercih ettiği zaman, bunun oranının ne nispette olacağının kanunda belirlenmiş olmasının gerektiği kanısındayız³⁷. Ayrıca suç konusu malın değerinin az olması yanında, verilecek cezada indirim ya da artırım yapılmasını gerektiren başka bir nitelikli halin bulunması, mevcut durumda, sonuç cezanın belirlenmesini sorunlu hale getirecektir. Açıklanan gerekçelerden dolayı, hırsızlık suçunda, suç konusu malın değerinin az olması durumunda, cezadan ne kadar indirim uygulanabileceği kanun metninde gösterilmelidir.

B. Yağma Suçunda Suç Konusu Malın Değerinin Azlığı (m. 150/2)

TCK'nın 150'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, *“Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir”*³⁸. 5377 sayılı kanun ile değiştirilmeden

³⁷ Hırsızlık suçunda, suç konusu malın değerinin az olması halinde cezadan indirim yapma yolunun tercih edilmesi durumunda indirim oranının neden belirlenmediği hususuna Özgenç şu gerekçelerle bir açıklama getirmiştir: *“Cezadan tamamen vazgeçebilme yetkisini hakime tanıdıktan sonra, cezada yapılacak olan indirimin oranını belirlemenin mantıksızlık olduğunu düşünerek buraya bir oran yazmadık. Burada, cezada indirim yapıldığında, eğer söz konusu olan hapis cezasıysa, hapis cezasının alt sınırı zaten bu sistemde bir aydır. Bir aydan da aşağı inemeyecektir. Ya bir aya kadar hapis cezası verecektir veyahut da ceza vermektan tamamen vazgeçecektir.”*, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, s. 547. Ancak benzer durum TCK'nın 129/1'de de mevcuttur; bu hükme göre, hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi durumunda, verilecek cezada indirim yapılabilir veya ceza vermektan de tamamen vazgeçilebilmektedir. Her ne kadar farklı bir müessesse olduğu kabul edilse bile, kanun koyucu hakaret suçu özelinde indirim oranını da belirlemiş ve buna göre, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebilecektir. Hakaret suçuna ilişkin düzenleme göz önünde bulundurulduğunda, hırsızlık suçuna ilişkin TCK'nın 145'inci maddesinde indirim oranının belirtilmemesinin gerekçesi tam olarak anlaşılamamaktadır.

³⁸ Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK m. 522'ye göre suç konusu malın değerinin azlığı, cezada indirim; buna karşılık değerin fazlalığı, cezada artırım nedeni olarak öngörölmüş; buna karşılık indirimin yağma ve adam kaldırma suçları bakımından uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştı. Söz konusu madde metni *“TCK'nun 522. maddesinin birinci fıkrasında, onuncu babta yazılı suçların işlenmesinde, suç konusu şeyin veya verilen zararın değerinin cezaı artırım veya indirim nedeni olarak kabul edildiğı, gasp suçu ile hırsızlık suçunun benzer nitelikte olmasına karşın, hırsızlık suçundan ceza verilirken, suçun konusu olan şeyin değeri gözönüne alınarak cezada indirim yapıldığı halde, gasp suçunun işlenmesinde, gasbedilen şeyin değerine bakılmaksızın ceza verildiğı ve 522. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca cezadan bir indirim yapılmadığı, bu sebeple itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğı”* gerekçesi ile somut norm denetimi suretiyle Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmişti. Anayasa Mahkemesi ise başvuruı, *“TCK'nun onuncu babının ikinci faslında öğeleri ve cezaları düzenlenen yağma, yol kesmek suçları, yalnız eşyaya karşı değil, aynı zamanda kişinin özgürlüğüne, beden bütünlüğüne, ruh sağlığına yönelik*

önce fıkra metninde geçen “indirilir” ibaresi “indirilebilir” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece suç konusu malın değerinin azlığı halinde, hakim her halükarda failin cezasından indirim yapması bir zorunluluk olmaktan çıkarılmış; bu, hırsızlık suçunda olduğu gibi, hakim somut olayın şartlarına göre takdir yetkisini kullanabileceği bir hale getirilmiştir³⁹. Hırsızlık suçundan farklı olarak yağma suçunda hakim sadece cezada indirim yapabileceği kabul edilmiş, faile ceza vermekten vazgeçmesi ise kabul edilmemiştir. Yağma suçunda fail, mağdurun elinden malını zorla almakta, ona karşı cebir veya tehdit kullanarak onun hem irade özgürlüğünü hem de beden bütünlüğü gibi kişisel değerlerini ihlal etmektedir⁴⁰. Bu nedenle kanun koyucu, malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında en ağır ve en tehlikeli olan yağma suçunda, suçun konusunu oluşturan malın değeri az olsa da failin yine de cezalandırılması gerektiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla yağma suçu ile hırsızlık suçunda, suç konusu malın değerinin az olmasının sonuçları arasında, kanunda belirtildiği şekilde bir farkın oluşturulabileceği görüşündeyiz.

C. Zimmet Suçunda Suç Konusu Malın Değerinin Azlığı (m. 249/1)

TCK 249/1’e göre “Zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir”. Benzer bir düzenleme bankacılık zimmeti ile ilgili olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 161/6’da yer almaktadır. İlgili düzenlemeye

olarak malın, cebir, şiddet ve tehdit kullanmak suretiyle alınmasıdır. Bu nedenle, gasp suçu, toplumsal yarar ve cezanın önleyiciliği ve caydırıcılığı yönünden sırf mala karşı işlenen öteki suçlardan farklı tutularak daha ağır ceza yaptırımına bağlanmıştır. Yasakoyucu, kuşkusuz Anayasa’nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırma da güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezanın nevi ve miktarı ile artırım ve indirim nedenlerini saptayabilir. Mala karşı olduğu kadar kişi özgürlüğüne, beden ve ruh sağlığı ve bütünlüğüne de yönelik olması nedeniyle onuncu babın ikinci faslında yazılı suçlar için verilecek cezalarda 522. maddenin üçüncü fıkrasındaki itiraz konusu kural uyarınca Devletin ceza politikasının sonucu, suça verilen önem, cezalandırmada güdülen amaç gözetilerek eşyanın değerinin hafif olmasına bağlı olarak indirim yapılmaması, hukuk devleti ilkesine aykırı değildir. Hırsızlık ve gasp suçları, öğeleri ve korunmak istenen yarar farklı olduğundan itiraz konusu kural, Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir” gerekçesi ile ve oy çokluğu ile reddetmiştir. Kararın tam metni için bkz. www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 17.06.2017.

³⁹ “...yakınanların cebinde ne kadar para bulunduğu sanık tarafından bilinmediği gibi, amacının yakınanların cebindeki bütün parayı alma olduğu ve böylece yanlış yorumla suç konusu eşyanın değeri az kabul edilerek...” (Y. 6. CD, 06.12.2005 tarih ve E. 2005/12008, K. 2005/11360 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 13.05.2017).

⁴⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 581.

göre “Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir”⁴¹. Yağma ve hırsızlık suçlarındaki düzenlemelerin aksine; ilgili düzenlemelerde indirim yapma konusunda hakime herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Zimmete geçirilen malın değerinin azlığı halinde, hakim zorunlu olarak failin cezasını indirecektir. Düzenlemeler hakimnin takdir yetkisini tamamen ortadan kaldırmış değildir. Hakim yapacağı indirim oranının üçte bir ile yarı oranı arasında ne kadar olacağını belirlerken takdir yetkisini kullanacaktır.

Çalınan, yağmalanan veya zimmete geçirilen değeri az olan örneğin bir makine parçası, değeri az olmakla birlikte makinenin çalışmasında büyük önemi haiz olabilir veya bu parça olmaksızın makine herhangi bir fonksiyon görmeyebilir⁴². Hırsızlık ve yağma suçlarında bu durumu öngören kanun koyucu, suç konusu malın değerinin az olduğu her durumda cezada indirim yapılmasını veya faile ceza verilmemesini kabul etmemiştir. Buna karşılık zimmet suçunda, ilgili düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, suç konusu malın değerinin azlığı sebebiyle indirim yapılmak zorundadır. Yağma ve hırsızlık suçlarında ortaya çıkan durumun zimmet suçu açısından da gerçekleşmesi mümkün olduğu için zimmet suçunda doğrudan bir indirimin kabul edilmesinin hatalı olduğunu, zimmet suçunda da aynen hırsızlık ve yağma suçlarında olduğu gibi, suçun konusu malın değerinin azlığı halinde hakime indirim yapıp yapmama konusunda takdir yetkisinin tanınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Zimmet suçunda suç konusu malın değerinin azlığının hesaplanmasında, failin suçtan elde ettiği doğrudan menfaat dikkate alınmalı; bunun karşısında, idarenin uğramış olduğu zarar, yoksun kalınmış gelirler veya gecikme zammı veya faiz gelirleri dikkate alınmamalıdır⁴³. Suç konusu malın değerinin azlığı diğer suçlarda olduğu gibi, zimmet suçunda da suçun işlendiği zamana göre yapılmalıdır. Suç

⁴¹ Öğretideki bir görüş zimmet suçunda suç konusu malın değerinin az olmasını, hırsızlık suçunda olduğu gibi, cezayı hafifleten bir sebep olarak görmektedir. Bkz. OKUYUCU ERGÜN, Güneş; Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008, s. 128. 5237 sayılı TCK hükümleri karşısında bu görüşün isabetli olmadığını yine belirtmek gerekmektedir.

⁴² Böyle bir durumda da değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanabilir olduğu yönündeki görüş için bkz. SCHÖNKE/SCHRÖDER, kn. 11-14.

⁴³ Aynı yönde bkz. EKER, s. 357.

işlendikten sonra, suç konusu malın değerinin artması veya azalması, değer azlığının belirlenmesinde önem arz etmemelidir⁴⁴.

IV. DEĞER AZLIĞINA YER VERMEYEN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

765 sayılı TCK'da suç konusu malın değerinin az olması, sadece failin cezasından indirim yapılmasını gerektiren bir sebep olup, buna karşılık 5237 sayılı TCK'da olduğu gibi faile verilecek cezadan sarfinazar edilmesi sebebi teşkil etmese de, ilgili hüküm 5237 sayılı TCK'da öngörülme dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma (emniyeti suistimal), mala zarar verme, hırsızlık malını bilerek satın alma ve kabul etme suçları açısından da uygulama kabiliyeti bulabilmekteydi⁴⁵. Benzer bir durum 5237 sayılı TCK'da öngörülmemiş, suçun konusu malın değerinin azlığı ortak bir hüküm olarak değil de her bir suç ile bağlantılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bundan dolayı, hakkında hüküm bulunmayan suçlarda, suç konusu malın değerinin az olması faile ceza verilmemesi veya failin cezasından indirim yapılması sonucunu doğurmaz⁴⁶. Yargıtay'ın da haklı olarak belirttiği üzere, işlenilen suçun faile ceza verilmemesi veya failin cezasından indirim yapılmasını öngören suçta benzediğinden hareketle, suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerin hakkında hüküm bulunmayan suç için uygulanması mümkün değildir⁴⁷.

⁴⁴ OKUYUCU ERGÜN, s. 129.

⁴⁵ EKER, s. 343.

⁴⁶ Alman hukukunda da suç konusu malın değerinin az olmasının sadece hakkında açık düzenleme bulunan hırsızlık ve zimmet suçlarının takibini şikayete bağlı hale getireceği, uygulamanın bu suçlar ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Bkz. MükoStGB/HOHMANN, kn. 2; BeckOK StGB/WITTIG, kn. 3; KİNDHÄUSER, kn. 2.

⁴⁷ 5237 sayılı TCY'nin 145. maddesinin hırsızlık suçlarında uygulanabileceği düşünülmeyen, sanık Baki hakkında hırsızlık malı satın alma suçunda uygulanması" (Y. 6. CD, 28.09.2010 tarih ve E. 2006/22704, K. 2010/14549, EKER, s. 359, dn. 715); "Askeri mahkemece; sanığın arkadaşı I.'ye ait gözlük ve kabının çalınmasıyla ilgili olarak suçun sübuta erdiği kabul edilmesine rağmen, malın değerinin az olması sebebiyle 5237 sayılı TCK'nın 145'nci maddesi uyarınca sanık hakkında "ceza verilmesine yer olmadığına", karar verilmiş ise de; Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 31.5.2007, 2007/73-69 E-K sayılı kararında da belirtildiği üzere, ASCK'nın 132'nci maddesinde düzenlenen askeri suçla ilgili uygulamada, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen hırsızlık suçuyla ilgili 145'inci maddesinin uygulanması olanağı bulunmamaktadır. 765 sayılı TCK uygulamasına ilişkin olmakla birlikte, As.Yrg.İçt.Br. Krl.'nun 22.1.1954, 3208-17 sayılı kararıyla da; çalınan eşya veya paranın suç tarihi itibarıyla değerinin az olması ya da çalınan eşya veya paranın soruşturmaya başlanılmadan iade edilmesi hâllerinde ceza indirimi öngören 765 sayılı TCK'nın 522 ve 523'üncü maddelerinin, ASCK'nın 132'inci maddesi gereğince yapılan yargılamada uygulanamayacağı kabul edilmiştir." (Askeri

Hakkında hüküm bulunmayan suçlarda da suç konusu malın değerinin az olması önem arz edebilir. Örneğin mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, suç eşyasını satın alma veya kabul etme suçlarında suç konusu malın değerinin az olması ihtimal dâhilindedir. Böyle bir durumda suçun konusu malın değerinin azlığı, sadece temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir sebep teşkil edebilir. Nitekim kanun koyucu, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin TCK m. 61/1- d bendinde suçun konusunun taşıdığı önem ve değeri temel cezanın belirlenmesinde bir kriter olarak öngörmüştür. Nasıl ki suç konusu malın değerinin yüksekliği temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaksa⁴⁸; suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hakkında açık hüküm bulunmayan bir suçta, suç konusunun değerinin azlığı, hakim için cezayı alt sınırdan belirleme hususunda bir gerekçe oluşturacaktır.

Suç konusu malın değerinin azlığının faile daha az ceza verilmesini gerektiren bir hal veya hiç ceza verilmemesini sonuçlayan bir hal olarak açıkça düzenlendiği durumlarda ise hakim, değer az olmasını temel cezanın belirlenmesinde değil, söz konusu nitelikli halin veya cezasızlık sebebinin uygulanmasında göz önünde bulundurmalıdır. Böylece çifte değerlendirme yasağına riayet edilmiş olacaktır⁴⁹. Nitekim TCK m. 61/3'e göre, *birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz*⁵⁰.

Yargıtay 4. Dairesi, 08.10.2008 tarih ve E. 2008/1908 K. 2008/1893, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4731). Ancak Yargıtay, Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçuna ilişkin vermiş olduğu bir kararında, bu suçun konusunu oluşturan değer az olabileceğini ve bu nedenle hırsızlık suçu özelinde düzenlenen değer azlığına ilişkin hükümlerin bu suç için de uygulanabileceğini kabul etmiştir. Anılan kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "Mahkemenin takdiri gözetilerek hükümlülerin kaybolmuş eşyayı bulup sahiplenmek suçundan 5237 Sayılı TCK.nun 160. maddesine göre takdiren 5'er gün adli para cezasıyla cezalandırılmalarına, kazanılmış hak kuralı gözetilip 5237 Sayılı TCK m. 145 gereğince cezalarında takdiren 2/3 oranında indirim yapılarak 1'er gün adli para cezasıyla cezalandırılmalarına, 5237 Sayılı Yasanın 52/2. maddesi gereğince 1 gün karşılığı 20 YTL. Olarak takdir edilip hükümlülerin sonuç olarak 1A20=20.00'er YTL adli para cezasıyla cezalandırılmalarına, infazın bu miktar üzerinden yapılmasına," (Y. 11. CD, 13.07.2006 tarih ve E. 2006/4192, K. 2006/6667 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 22.04.2017).

⁴⁸ ÜZÜLMEZ, İlhan; "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", EÜHFD, C.X, Yıl 2006, sayı 3-4, s. 210.

⁴⁹ ÜZÜLMEZ, s. 210.

⁵⁰ TCK'nın 61'inci maddesinin gerekçesinde çifte değerlendirme yasağında ilişkin şu yönde bir açıklama mevcuttur: "*Maddenin birinci fıkrasında temel cezanın*

V. TEŞEŞEBBÜS, ETKİN PİŞMANLIK ve ZİNCİRLEME SUÇ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINDA DEĞER AZLIĞI

A. Suça Teşebbüste Değer Azlığına İlişkin Hükümlerin Uygulanması

5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'nın aksine, teşebbüste eksik ve tam teşebbüs şeklinde bir ayırım yapılmasından vazgeçilmiş; kanunun 35'inci maddesinde teşebbüs eksik ve tam teşebbüs hallerini de içine alarak kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması şeklinde tanımlanmıştır. Öğretideki bazı yazarlar, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve fakat suç konusunun değerinin belirlenemediği durumda, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca failin değer azlığına ilişkin hükümlerden faydalanması gerektiği görüşündedir⁵¹. Buna karşılık teşebbüs aşamasında kalan hallerde suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerin kural olarak uygulanmayacağı, somut olayda failin teşebbüs ettiği malın değerinin azlığının belirlenmesi durumunda ise hükmün uygulanabileceği savunulmaktadır⁵². Yargıtay ise vermiş olduğu bazı kararlarında, teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık suçunda suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini kabul ederken⁵³; diğer bazı kararlarında, suç konusu malın değerinin

belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan bazıları, özel suç tanımlarında cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli unsurlar, birinci fıkraya göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Bu düşüncelerle maddenin ikinci (üçüncü) fıkrasında mükerrer değerlendirme yasağı vurgulanmıştır”.

⁵¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 618; ERDEM, s. 514; KÖPRÜLÜ, s. 261; YAZICIOĞLU, s. 36; Yargıtay 765 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararında aynı gerekçelere dayanmıştır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "Mağdur Cahit'in evinden yapılan hırsızlık eksik kalkışma aşamasında kalmış olmasına göre sanığın çalmak istediği para veya eşya miktarı belirlenmemiş olmasına rağmen "kuşkudan sanık yararlanır" genel ilkesi uyarınca TCK'nun 522. maddesinin pek hafif değere ilişkin hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi" (YCGK, 27.04.1987 tarih ve E. 1987/6-94, K. 1987/237 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 14.04.2017); suçun tamamlanmasına rağmen, suçun konusunun değerinin hesaplanamaması durumunda dahi şüpheden sanık yararlanır kuralının geçerli olduğu görüşü için bkz. KİNDHÄUSER, kn. 1; ayrıca bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 681.

⁵² YENİDÜNYA, s. 91; MALKOÇ, s. 2400.

⁵³ "Somut olayda müştekiye ait tezgahın sadece 2 TL değerindeki bisküvileri çalmak isterken yakalanan sanık hakkında hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması ve sanığın neticeye götüren kastının da fiili gibi 2 adet bisküviye yönelik bulunması sebebiyle sanık hakkında 5237 Sayılı T.C.K'nın 145. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılmaması," (Y. 13. CD, 25.03.2014 tarih ve E. 2013/13278, K. 2014/11054 sayılı kararı), benzer yönde kararlar için bkz. Y. 13. CD, 13.

azlığına ilişkin hükümlerin sadece tamamlanmış suçlar bakımından uygulama kabiliyeti bulabileceğini, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını⁵⁴ belirtmiştir.

Teşebbüs halinde kalsa da failin gerçekleştirmek istediği suçta kastının yöneldiği konu belirlenmiş olabilir. Diğer bir ifadeyle, suç konusunun ne olduğu hususunda bir tereddüt bulunmayabilir. Kanımızca suçun konusunun kesin bir şekilde belirlenebildiği durumlarda, suçun konusunun azlığına ilişkin hükümler uygulanabilmelidir⁵⁵. Çünkü teşebbüs aşamasında kalmış hareket ile tamamlanmış hareket arasında haksızlık muhtevaları bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Kanun koyucunun, tamamlanması nedeniyle daha fazla cezalandırdığı bir harekete değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanmasını; bunun yanında teşebbüs aşamasında kaldığı için bir hareketten dolayı fail hakkında verilecek cezaya değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanmaması tezatlık teşkil eder. Bu hükümlerin şüpheden sanık yararlanır ilkesinden yola çıkılarak uygulanması ise doğru değildir. Zira suç konusu malın değerinin azlığı durumunda faile hiç ceza verilmemesi veya failin cezasından indirim yapılacağına ilişkin hükümler istisnayı teşkil eden hükümlerdir. Ceza hukuku, kamu hukukunun bir alt dalıdır ve kamu hukukunda istisna teşkil eden hükümlerde kıyasın yapılamayacağı kuralından hareketle bu hükümlerin uygulanabilmesi için suç konusu malın değerinin açık bir şekilde belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılır.

Teşebbüs aşamasında kalan suç hırsızlık ise faile hiç ceza verilmeyebileceği gibi, failin cezasında indirim de yapılabilir. Teşebbüs aşamasında kalan suç yağma veya zimmet suçu ise failin cezasında, kanunda öngörülen aralıkta indirim yapılacaktır. Bu durumda sorun teşkil eden husus, hem teşebbüsten hem de suç konusu malın değerinin az olması nedeniyle yapılacak indirimin hangi sıra takip edilerek yapılacağıdır. Konuya ilişkin TCK m. 61'e göre somut ceza belirlendikten

10. 2014 tarih ve E. 2014/8432, K. 2014/27865; Y. 13. CD, 20.06.2016 tarih ve E. 2015/7642, K. 2016/11319 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 27.04.2017.

⁵⁴ “Kalkışma aşamasında kalan suçlarda 5237 sayılı TCY’nın 145. maddesi uyarınca değer azlığı nedeniyle indirim yapılamayacağı halde, takdir hakkı kullanılarak indirim yapılması ve kalkışma nedeniyle indirim oranının takdiri ile bireyselleştirmenin yapılması için duruşma açılmasının zorunlu bulunduğu gözetilmeden, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi” (Y. 6. CD, 07.03.2007 tarih ve E. 2006/20136, K. 2007/2572 sayılı kararı), benzer yönde bkz. Y. 6. CD, 16.03.2011 tarih ve E. 2007/3031, K. 2011/2602 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 27.04.2017.

⁵⁵ ÖZGENÇ, s. 463.

sonra, belirlenen bu ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir. Cezada yapılacak indirimde bu sıralamanın takip edilmesinin sebebinin keyfiliği önlemek olduğu belirtilmektedir⁵⁶. Dolayısıyla hırsızlık suçunda failin cezasında indirim yapılacak olması durumunda ve yağma ve zimmet suçlarında ilk başta suç konusu malın değerinin az olmasından dolayı failin cezasından indirim yapıldıktan sonra, teşebbüs nedeniyle yapılacak indirim gerçekleştirilmelidir.

B. Etkin Pişmanlıkta Değer Azlığına İlişkin Hükümlerin Uygulanması

Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlık göstererek işlemiş olduğu fiilin oluşturduğu zararları gidermesi yönünde sergilemiş olduğu davranışları ifade eder⁵⁷. Etkin pişmanlığın kural olarak ceza sorumluluğu üzerinde bir etkisi yoksa da; 5237 sayılı TCK'da, cezayı kaldıran veya daha az ceza verilmesini gerektiren şahsi bir sebep olarak etkin pişmanlık halleri sadece bazı suç tipleri ile ilgili düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren durumlarda aslında ortada tamamlanmış bir suç bulunmakta, ancak fail, kanunda öngörülen aşamalarda etkin pişmanlık göstermektedir. Suçtan kaynaklanan zararın veya mağduriyetin ya da işlenen fiilin etkilerinin tamamen giderilmesi suretiyle etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılabilmesi için mağdurun rızasına gerek yoktur⁵⁸. Suçun etkilerinin kısmen giderildiği hallerde ise etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi mağdurun rızasına bağlıdır. Kısmi ödemenin yapılarak etkin pişmanlık gösterildiği ve mağdurun da kısmi ödemeyi kabul ettiği bir durumda, suç konusu malın değerinin azlığında geriye kalan ödenmeyen değer değil; suç konusu malın tamamının değeri göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁹. Çünkü etkin pişmanlık gösterilmiş olsa bile ortada tamamlanmış bir suç vardır. Suç konusu malın değerinin az olup olmadığı da tamamlanmış suça göre belirlenmelidir. Suç tamamlandıktan sonra failin kısmi ödemede bulunmuş olması ise işlenen haksızlığı ortadan kaldırmamakta, sadece failin cezasında indirim yapılabilme imkanı sunmaktadır.

⁵⁶ ÜZÜLMEZ, s. 206.

⁵⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 428.

⁵⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 428.

⁵⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 682.

C. Zincirleme Suçlarda Değer Azlığına İlişkin Hükümlerin Uygulanması

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı zamanlarda aynı kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi ve işlenen bu suçlardan bir kısmında veya tamamında değer azlığının gündeme gelmesi durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiğinin de açıklığa kavuşturulması gerekir. Suç konusu malın değerinin az olmasına ilişkin hakkında açık düzenleme bulunan yağma suçunda, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir (TCK m. 43/3). Dolayısıyla zincirleme şekilde gerçekleştirilen yağma suçunda, zincirin her bir halkasında suç konusu malın değerinin az olması problemi bağımsız olarak çözüme kavuşturulacaktır. Başka bir deyişle işlenen her bir yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olup olmaması, sadece bağımsızlığını koruyan suç nedeniyle faile verilecek ceza üzerinde etkili olacaktır.

Esas sorun teşkil eden husus, TCK m. 43/3'teki istisnalar arasında sayılmayan ve fakat zincirleme şekilde işlenen suçlarda, değer azlığının suçların toplamı göz önünde bulundurularak mı, yoksa yine zincirin halkasını oluşturan her bir suç göz önünde bulundurularak mı belirleneceğidir? Öğretideki bazı yazarlar herhangi bir gerekçe göstermeden, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği hırsızlık suçlarında, her bir hırsızlığı oluşturan malın değerinin değil; bilakis bütün hırsızlıklardan elde edilen malların tamamının değerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir⁶⁰. Buna karşılık yine hırsızlık suçunun zincirleme şekilde işlendiği durumlarda, malın değerinin toplam değer üzerinden değil de zincirin halkasını oluşturan her bir suç üzerinden hesaplanmasının gerektiği belirtilmektedir⁶¹.

Kanımızca zincirin halkasını oluşturan suçlardan birisinde malın değerinin az olması durumunda, değer azlığına ilişkin hüküm bu suç bakımından diğerlerinden bağımsız olarak uygulanabilmelidir. Zira zincirleme suçun söz konusu olduğu durumlarda bağımsızlığını koruyan birden fazla suç vardır. Bu suçlar sadece kanunda belirtilen tek bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirildikleri için faile tek bir ceza verilmekte ve fakat failin tek suçtan aldığı cezanın artırılması gerekmektedir. Buradan da anlaşılabacağı gibi, kanun koyucu gerçek

⁶⁰ EKER, s. 345; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4723; ARTUÇ, s. 89.

⁶¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 570; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 618; YAZICIOĞLU, s. 44; zimmet suçu açısından aynı yöndeki görüş için bkz. OKUYUCU ERGÜN, s. 129.

içtimain uygulanması gereken hale kanuni bir istisna getirmiştir. İstisnai hükmün uygulanabilmesi için TCK'nın 43'üncü maddesi gibi açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin, kanunda zincirleme suç hükümlerinde bir istisna öngörülmediği için değer azlığının zincirin her bir halkasını oluşturan suçlar bakımından göz önünde bulundurulması gerekir⁶². Belirtilen bu hususun, zincirin halkasına dahil olan her bir suçta suç konusu malın değerinin az olması durumunda geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Başka bir deyişle örneğin zincirleme şekilde gerçekleştirilen hırsızlık suçunda zincirin halkasını oluşturan suçlardan birisinde suç konusu malın değeri az değil ise suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hüküm uygulama kabiliyeti bulamaz⁶³.

Fiilin tek, ancak suç konularının birden fazla ve değerlerinin de az olduğu durumda ise konuların toplam değerinin esas alınması gerekmektedir⁶⁴. Somut olayda hakim konuların toplam değerinin az olmadığına hükmetmiş ise doğal olarak suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümler de uygulanamaz. Örneğin konutta yapılan bir hırsızlıkta, birden fazla eşya çalınmış ve fakat bunların her birisinin ayrı ayrı ekonomik değeri çok düşük olsa bile, değerlendirme bu malların hepsinin toplam değeri üzerinden yapılmalıdır.

VI. SUÇ KONUSU MALIN DEĞERİNİN AZLIĞININ KURULACAK HÜKME ETKİSİ

Hırsızlık suçunda faile hiç ceza verilmemesi, onun fiilinin hukuka uygun olduğu anlamına gelmemektedir. Hakim, olayın şartlarını ve malın değerinin az olmasını da göz önünde bulundurarak faile ceza vermeme yolunu tercih etmiş olabilir. Böyle bir durumda aslında ortada suç teşkil eden bir fiil bulunmaktadır. Başka bir deyişle failin gerçekleştirmiş olduğu fiil haksızlığını muhafaza etmektedir. Bu nedenle fail hakkında aklanma anlamına da gelen beraat kararı değil, Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-d gereğince, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir⁶⁵.

Yağma suçunda ise suç konusu malın değerinin azlığı, fail hakkında sadece daha az ceza verilmesi sonucunu doğurabilir. Başka bir deyişle, fail, yağma suçundan dolayı her halükarda hapis cezasına mahkum olacaktır. Bu nedenle suç konusu malın değeri az olsa da fail hakkında mahkumiyet kararı verilecektir. Benzer bir durum TCK m. 247 ve 5411

⁶² Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 90.

⁶³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 342.

⁶⁴ SCHÖNKE/SCHRÖDER, kn. 11-14.

⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 570; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4728; MALKOÇ, s. 2403.

sayılı Bankacılık Kanunu m. 161’de düzenlenen zimmet suçları açısından da geçerlidir.

Suç konusu malın değerinin az olduğu yağma ve zimmet suçlarında ve ayrıca somut olayda hakimın daha az cezalandırmayı gerektiren bir hal olarak kabul ettiği hırsızlık suçunda, değer azlığının yanında başka nitelikli haller de gerçekleşmiş olabilir ve bu nitelikli hallerden bir kısmı cezanın artırılmasını, bir kısmı ise daha az ceza verilmesini gerektirebilir. Suç konusu malın değerinin azlığı yanında uygulanacak olan nitelikli hallerin de daha az cezayı gerektirmesi durumunda ortada bir sorun yoktur. Zira hakim somut olaya bütün nitelikli halleri sırasıyla uygulayabilir. Böyle bir durumda hangi nitelikli halin önce, hangisinin sonra uygulandığının pek bir önemi bulunmamaktadır. Eğer uygulanacak diğer nitelikli haller cezanın arttırılmasını gerektiriyorsa, ilk başta bunlara göre artırım yapıldıktan sonra, suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin nitelikli halde öngörülen indirim uygulanmalıdır (TCK md. 61/4)⁶⁶.

Suç konusu malın değerinin azlığı gerekçesi ile hakim, somut olayda fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verecekse, bunu doğrudan uygulamalıdır. Fail hakkında verilecek ceza tespit edildikten sonra, suç konusu malın değerinin azlığı nedeniyle ceza vermekten vazgeçme yönünde bir uygulama yapılması doğru değildir. Böyle bir uygulama hüküm çeşitlerinin düzenlendiği CMK’nın 223’üncü maddesine de aykırılık teşkil eder⁶⁷.

⁶⁶ ÜZÜLMEZ, s. 219.

⁶⁷ “Malın değerinin azlığı başlığı altında düzenlenen 5237 sayılı TCK m. 145 "Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle ... suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir." şeklinde, yine duruşmanın sona ermesi ve hüküm başlığı altında düzenlenen 5271 sayılı CMK m. 223/4-d’nin "işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir." şeklinde düzenlendikleri de gözetilerek, somut olayda olay tarihinde mağdura ait işyeri önünde duran kilitli meşrubat dolabından kola almak isterken yakalanan suça sürüklenen çocuk hakkında hüküm kurulurken mahkemece somut olaya uygun, yasal ve yeterli gerekçe gösterilmek suretiyle 5237 sayılı TCK’nın 145 ve 5271 sayılı CMK’nın 223/4-d maddeleri uyarınca doğrudan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği düşünülmeyen suça sürüklenen çocuk hakkında yazılı şekilde 5237 sayılı TCK’nın 142/1-b, 143, 35 ve 31/3. maddeleri uyarınca 10 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildikten sonra "suça sürüklenen çocuğun eyleminin konusunun kola içeceği olması, savunmasında kola almak istediğini samimiyetle kabul etmesi, eylemini maddi zorluklar sebebi ile kendisine içecek alamadığından gerçekleştirdiğini bildirmesi sebebi ile TCK 145. maddesi gereğince ceza verilmesinden vazgeçilmesi ile neticeten ceza verilmesine yer olmadığına" şeklinde hüküm kurulması sonuca etkili görülmediğinden bozma nedeni

Hakkında hüküm bulunmayan suçlarda da suç konusu malın değerinin az olabileceğini belirtmiştik. Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarında, bu suçlarda konunun değerinin az olması durumunda, hakimın CMK m. 223/4-d gereğince fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verebileceğini kabul etmiştir⁶⁸. Yüksek mahkeme, diğer bazı kararlarında ise yalnızca suç tipi ile ilgili açık bir düzenlemenin bulunduğu durumlarda fail hakkında suçun konusu malın değerinin azlığı sebebi ile ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebileceğini belirtmiştir⁶⁹.

Kanaatimizce “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” nedeniyle verilecek ceza verilmesine yer olmadığı kararı, bütün suçlar için geçerli olan bir düzenlemedir. Yargıtay’ın bazı kararlarında belirttiği ikinci görüşün kabul edilmesi durumunda, CMK m. 223/4-d sadece hırsızlık suçuna uygulanabilen bir hüküm olacaktır. Zira 5237 sayılı TCK’da yalnızca hırsızlık suçunda suç konusu malın değerinin azlığı bir cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir. Oysa CMK m. 223’te herhangi bir suç ile bağlantılı olmaksızın, yapılan yargılama sonucunda verilebilecek hüküm çeşitleri sayılmıştır. Yargıtay’ın söz konusu ikinci görüşünün kabulü, CMK m. 223 düzenlemesinin anlamsız hale gelmesi ve bütün hüküm

yapılmamıştır” (Y. 13. CD, 17.11.2016 tarih ve E. 2015/10971, K. 2014/15463 sayılı kararı), www.yargitay.gov.tr, erişim tarihi 20.06.2017.

⁶⁸ “Gerçekte yeşil kartı bulunmayan sanığın, usulsüz olarak yeşil kart çıkartıp, bu kartla hastanede tedavi görerek, ilgili kurumun toplam 0,58 TL zararına sebebiyet vermek suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, suça konu haksız menfaatin değerinin 0.58 TL olması nedeniyle haksızlık içeriğinin çok az olduğu dikkate alınarak, 5271 sayılı CMK’nın 223/4-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına dair mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamıştır.” (Y. 15. CD, 23.06.2014 tarih ve E. 2014/10982, K. 2014/12474 sayılı kararı), www.yargitay.gov.tr, erişim tarihi 20.06.2017.

⁶⁹ “Sanık ... hakkında mala zarar verme suçundan kurulan hükümde, CMK’nın 223/4-d maddesindeki düzenlemede, fiilin haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle bu kurumun hangi hallerde uygulanabilir olduğuna dair bir hüküm içermediği, sanığın katılanlar ... ve ...’e ait dükkanın pencere camını sopa ile vurarak kırmasından ibaret eylem ile yükletilen mala zarar verme suçunu işlediği, her ne kadar zarar değeri az ise de, bu suç yönünden şahsi cezasızlık ve etkin pişmanlık sebepleri dışında failin cezalandırılmasına engel herhangi bir düzenlemenin Türk Ceza Kanunu’nda yer almadığı gözetilmeden, yasal ve yerinde olmayan gerekçeyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi”, (Y. 4. CD, 23.02.2016 tarih ve E. 2015/25266, K. 2016/3233 sayılı kararı), benzer yönde bkz. Y. 23. CD, 18.02.2016 tarih ve E. 2015/17412, K. 2016/1619 sayılı kararı, Y. 18. CD, 04.11.2015 tarih ve E. 2015/13203, K. 2015/10285 sayılı kararı, Y. 11. CD, 22.06.2016 tarih ve E. 2015/9667, K. 2016/5829 sayılı kararı, www.yargitay.gov.tr , erişim tarihi 20.06.2017.

türlerinin ilgili suç tipi altında düzenlenmesi gerektiği sonucuna bizi götürür. Şöyle ki örneğin TCK m. 81’de bir başkasını kasten öldüren kimsenin müebbet hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu suç tipi ile ilgili devamı maddelerde ise hangi durumda hangi kararın verileceği ise yazmamaktadır. Kanun koyucu bilinçli olarak, maddi ceza hukuku genel hükümlerdeki kuralların suç tipine işletilmesini ve ulaşılan sonuca göre ve suçta ve cezada kanunilik ilkesine de uyarak sanık hakkında ilgili suç tipinde öngörülen cezanın, cezanın ağırlaştırılarak veya hafifletilerek verilmesini ya da sanık hakkında hiç ceza verilmemesini kabul etmiştir. Bu bakımdan CMK m. 223, genel bir düzenlemedir. Ceza verilmesine yer olmadığı kararı da bu kararlardan birisidir ve kanun koyucu hangi hallerde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebileceğini de belirtmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/4-d varken kanun koyucunun, hırsızlık, zimmet ve yağma suçları ile ilgili neden söz konusu düzenlemelere ihtiyaç duyduğu sorusu da akla gelebilir. Kanaatimizce, yağma ve zimmet suçlarındaki ilgili düzenlemeler sayesinde kanun koyucu, bu suçlarda suç konusu malın değeri az olsa bile failin yine de cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır. Zira suç konusu malın değerinin az olması, söz konusu hükümlerde sadece failin cezasında indirim yapılması sonucunu doğuran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Hırsızlık suçunda ise faile daha az ceza verilmesinin yanında hiç ceza verilmeyebileceğini kabul eden kanun koyucu, bu duruma da işaret etmek amacıyla faile hiç ceza verilmeyebileceğini de hüküm altına almıştır. Böyle bir durumda fail hakkında hangi yönde karar verileceği ise CMK’nın 223’üncü maddesinde yazmaktadır. Açıklanan bu gerekçelerden dolayı ilgili suç tipinde hüküm bulunmasa bile somut olayda hakim CMK’nın 223’üncü maddesinden hareket ederek fail hakkında yine de ceza verilmesine yer olmadığı kararı verebileceğini düşünmekteyiz.

SONUÇ

5237 sayılı TCK’da suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin sadece zimmet, hırsızlık ve yağma suçları ile ilgili açık düzenleme bulunmaktadır. Suç konusu malın değerinin az olması, belirtilen bu suçlardan zimmet ve yağma suçlarında sadece failin daha az cezalandırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş iken; hırsızlık suçunda bunun yanında failin hiç cezalandırılmaması sonucunu da doğurabilmektedir. Suç konusu malın değerinin azlığı suç eşyasının satın alınması, mala zarar verme ve dolandırıcılık gibi suçlarda da

gündeme gelebilmesine rağmen, kanunumuzdaki düzenlemeler sadece başta belirtilen üç suç tipi ile sınırlıdır. Hakkında açık düzenleme bulunmayan suçlarda suç konusu malın değerinin azlığı, sadece temel cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulabilir. Zira söz konusu hükmün uygulanabilmesi için kanunda bu hususa ilişkin açık bir düzenlemenin bulunması gereklidir.

Suç konusu malın değerinin azlığı hırsızlık suçu ile bağlantılı olarak TCK m. 145'te şu şekilde düzenlenmiştir: *"Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir"*. Kanuni düzenlemede *"suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak"* ibaresinin ceza vermekten vazgeçilebileceği ibaresinden önce yer alması nedeniyle, hakim her halükarda cezada indirim yapacağı; suçun işlenme biçimi ve özelliklerini de göz önünde bulundurarak ceza vermekten vazgeçebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay da bazı kararlarını bu düşünce doğrultusunda şekillendirmiştir. Oysa madde ile hakime failin cezasından indirim yapma veya faile hiç ceza vermeme yönünde karar verebilme olanağı getirilmiştir. Bu nedenle farklı uygulamaların ve görüş ayrılıklarının önüne geçmek için TCK'nın 145'inci madde düzenlemesinin, *"Suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir"* şeklinde olmasının daha doğru olacağı kanısındayız.

Yağma suçunda suç konusu malın değerinin azlığı bir indirim sebebi olabilmekte ve hakim indirim yapma yolunda tercihini kullanacaksa, bunun oranının ne olacağı TCK md. 150'de açıkça belirtilmiştir. Hırsızlık suçu açısından ise hakim failin cezasından ne kadar indirim yapacağı belirtilmemiştir. Aynı müessesenin öngörüldüğü suçlar arasında farklı uygulamalara yer verilmemesi için; hakim cezada indirim yapma yolunu tercih ettiği zaman, bunun oranının ne nispette olacağının kanunda belirlenmiş olması gereklidir.

Yağma ve hırsızlık suçlarındaki düzenlemelerin aksine; ne Bankacılık Kanununda ne de TCK'da düzenlenen zimmet suçları ile ilgili düzenlemelerde indirim yapma konusunda hakime herhangi bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu düzenlemeler gereğince zimmete geçirilen malın değerinin az olması durumunda hakim, failin cezasını indirmek zorundadır. Gerek benzer müesseseler arasında birliğin sağlanması

gerekse de hakime takdir yetkisinin tanınmasının daha doğru olacağı düşüncesi ile zimmet suçlarında da suç konusu malın değeri az ise yapılacak indirimin takdiri hale getirilmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

Hırsızlık, yağma ve zimmet suçlarının teşebbüs aşamasında kalması halinde, eğer konu belirlenebiliyorsa ve konunun değeri de az ise değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanabileceği görüşündeyiz. Çünkü teşebbüs aşamasında kalmış hareket ile tamamlanmış hareket arasında haksızlık muhtevaları bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır.

5237 sayılı TCK sisteminde etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlık göstererek işlemiş olduğu fiilin oluşturduğu zararları gidermesi yönünde sergilemiş olduğu davranışları ifade eder. Kısmi bir ödemenin yapılması suretiyle etkin pişmanlık gösterilmiş ise de değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için ödemeden geriye kalan kısmın ekonomik değeri değil, suç konusunun toplam değeri göz önünde bulundurulmalıdır.

Zincirleme suçun söz konusu olduğu durumlarda bağımsızlığını koruyan birden fazla suç bulunduğu için zincirin halkasını oluşturan suçlardan birisinde malın değerinin az olması durumunda, değer azlığına ilişkin hüküm bu suç bakımından diğerlerinden bağımsız olarak uygulanabilmesi gerekir. Zincirin halkasını oluşturan suçların konularının toplamı üzerinden hareket etmek zincirleme suç düzenlemesine aykırılık teşkil eder.

Suç konusu malın değerinin az olması sadece hırsızlık suçu failinin hiç cezalandırılmaması sonucunu doğurabilir. Böyle bir durumda hakim, fail hakkında aklanma anlamına da gelen beraat kararı değil, CMK m. 223/3-d gereğince, ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermelidir. Yağma ve zimmet suçlarında ise sadece ceza indirimi söz konusu olduğu için fail hakkında yine de mahkumiyet kararı verilecektir. Son olarak CMK m. 223'teki hüküm türleri bütün suçlar için geçerli olduğu için “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” nedeniyle hakkında suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hüküm bulunmayan suçların failleri hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilir.

KAYNAKLAR

- Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, TBMM Adalet Komisyonu İle Genel Kurulunda Türk Ceza Kanunu Tasarısının Maddeleri Üzerindeki Görüşmeler, Yayın yeri ve tarihi belirtilmemiştir.
- ARTUÇ, Mustafa; Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara, 2007.
- CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; ÇAKMUT, Özlem; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 3. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2016.

- EKER, Hüseyin; Açıklamalı-İçtihatlı Hırsızlık Suçları, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- ERDEM Mustafa Ruhan; “Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>.
- HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, 2016.
- HOHMANN Olaf; Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, StGB 248a, Bd. 4, 2. Auflage, 2012.
- JUNGWIRTH, Anton; “Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert”, NJW, 1984.
- KINDHÄUSER, Urs; Strafgesetzbuch, StGB § 248a, 4. Auflage, Baden-Baden, 2013.
- KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- KÖPRÜLÜ, Timuçin; “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, yıl 2007, sayı 71.
- KÜHL, Khristian, Lackner/Kühl StGB § 248a, 28. Auflage, München, 2014.
- MALKOÇ, İsmail; Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. cilt, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş; Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008.
- ÖZBEK, Veli Özer; DOĞAN, Koray; BACAŞIZ, Pınar; TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/BOSCH; Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, München, 2014.
- ÜZÜLMEZ, İlhan; “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, Erzincan Üniversitesi HFD, C.X, Yıl 2006, sayı 3-4.
- WITTIG Petra; Beck’sher Online Kommentar, StGB 248a, 34. Edition, München, 2017.
- YAŞAR, Osman; GÖKCAN, Hasan Tahsin; ARTUÇ, Mustafa; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- YAZICIOĞLU, Yılmaz; “TCK md. 145 ‘Malın Değerinin Az Olması’ Hırsızlık Suçunda ‘Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin’ Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması”, Ceza Hukuku Dergisi, yıl 6, sayı 15, Nisan 2011.
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner; Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- www.kazanci.com.
- www.yargitay.gov.tr.