# KAMU GÜVENCESİNE (UMUMUN TEKÂFÜLÜNE) BIRAKILMIŞ EŞYA HIRSIZLIĞI

**Doç. Dr. Sami SELÇUK (*)**

**DÜZEN: I — Terim Sorunu, II — Cezayı Ağırlaştırma Nedeni, III — Maddi Konu ve Özellikleri, A — Eşya: 1 — Şeyler (Nesneler: Oggetti) ve Kapsamı, 2 — Ağaçtaki Ürünler. B — Yer ve Zaman Koşulu: 1 — Kamu Güvencesine Bırakma. a — Yer Koşulu, b — Şey Doğrudan Doğruya Kamunun Güvencesine Bırakılmalıdır. 2 — Kamu Güvencesine Bırakma Nedenleri. a — Görenek (Adet) b — Özgüleme (Tahsis). IV — Psikolojik öğe.**

## I — TERİM SORUNU

Türk Ceza Yasasının 491. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendinde hırsızlık «âdet muktezası olarak yahut tahsis ve istimalleri itibariyle umumun tekâfülü altında bulunan eşya hakkında işlenirse» suçlunun cezası artırılacaktır (Kaynak İtalyan Ceza Yasası, md. 403/8).

Umumun tekâfülü terimindeki (tekâfül) sözcüğünün kefil, kefalet sözcükleriyle aynı aileden olduğu ve müteselsil kefalet, çıkar ortaklığı, dayanışma, birbirlerine bağlılık, güvence anlamlarını içerdiği açıktır. Bunu gözeterek «umumun tekâfülünü» «herkesin kefilliği» (1) olarak karşılayanların yanı sıra, «herkesin bekçiliği» diye (2) Türkçeleştirenler de bulunmaktadır. Gerçekten buradaki tekâfülün, özel hukuktaki kefillik (caution, cauzione) kavramıyla ilgisi bulunmamaktadır. Nitekim, Kaynak Yasada «kamu güvencesine bırakılmış şeylerden: Oggetti esposti alla pubblica fede» söz edilmektedir. O yüzden Yasamızdaki çevirinin doğruluğu tartışma götürmektedir. Ayrıca Türkçemizde hemen hiç kullanılmayan «tekâfül» sözcüğüne de Yasada yer verilmesi, yasaların anlaşılır dille yazılmaları ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Bu nedenle biz, (kamunun güvencesi) terimini yeğlemekteyiz.

(*) Yargıtay Üyesi.

(1) Dönmezer, Ceza Hukuku, Özel kısım, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul, 1990, n. 300.

(2) Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açılaması, Ankara, 1972, IV s. 512.

## II — CEZAYI AĞIRLAŞTIRMA NEDENİ

İş ya da endüstri araçları, malik ya da elmen (zilyet) tarafından maddede öngörülen koşullar içinde, çoğu kez koruma önlemleri alınmaksızın ve özel gözetim altında tutulmaksızın sürekli olarak ya da belli bir süre için açık yerde bırakılabilirler. Böyle bir durum, o eşyaların çalınmasını elbette kolaylaştıracaktır O yüzden yasa koyucu, bu tür malları, daha etkili ve enerjik cezai koruma altına almayı düşünmüş ve basit hırsızlık suçuna göre cezayı ağırlaştırmıştır (3). Gerçekten, uygar, bağdaşık ve dayanışmalı bir toplumda, Carrara'nın dediği gibi, bir yurttaş, kendi gözetiminde tutamadığı bir malı üzerinde, kamu savunmasının daha enerjik biçimde gerçekleşmesini bekleme hakkına sahiptir. O bakımdan, bu maddede zamandan çok nesne (mal) ve yere bağlı bir ağırlaştırıcı neden öngörülmüştür (4). Bir başka deyişle, malik ya da zilyetle şey arasında, maddi anlamda değil, hukuki anlamda bir zilyetlik vardır. Demek, kamu güvencesine bırakılan şeyle bu kişiler arasında maddi bağlantı düşünülemediğinden, hak sahibinin gözetim ve denetim alanından çıktıkları için bu şeyleri daha çok korumak zorunludur. Nitekim, bu ağırlaştırıcı nedene, yalnızca 1889 tarihli kaynak İtalyan Ceza Yasasının 403/8 ve Türk Ceza Yasasının 491/2. madde ve bentlerinde değil, daha önceki mevzuatta da gereksinme duyulmuştur. Gerçekten 1859 tarihli Sardunya Yasasında (md. 624), kırlarda, yollarda, pazarlarda, çarşı ve benzeri herkese açık yerlerde, kamunun güvencesi altındaki mallar; 1853 tarihli Toskana Yasasında da (md. 377/9), tarım araçları, arı kovanları, taşınmak üzere akarsu kıyılarına bırakılan keresteler, zorunlu olarak yerlere serilen ürünler, yapı gereçleri, genellikle sergi ve pazar zamanlarında o yerlerde açıkta bırakılan ve sürekli gözetlenip korunmayan eşya, yasa koyucularınca ayrıca değerlendirilmişlerdir (5). Ancak, 1889 tarihli Yasa, yargıca yorumda soluk aldırıcı genel

(3) Erem, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 1985, s. 1771 IV; Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1981, n. 1862; Şensoy, Basit hırsızlık ve çeşitli mevsuf hırsızlıklar, İstanbul, 1963, n. 143; Manzini, Trattato di Diritto Penale Italiano, Torino, 1922, VII. s. 155; Trattato di Diritto Penale Italiano, Torino, 1984, IX, s. 305 (Not: İlerideki sayfalarda Manzininin yapıtlarına yollama yapıldığında, kesik çizginin önündeki rakam VIII., ardındaki rakam daha sonra baskılı IX. ciltteki yeri gösterecektir).

(4) Carrara, Programma del corso di diritto criminale, Firenze, 1923, IV, n. 2223; Nuvolone, Diritto penale, Delitti contro il patrimonio e contro la persona, Milano, 1981, s. 60, 61.

(5) Majno, loc. cit; Manzini, s. 155/.

bir formülü benimsemiş, saymaca (kazuistik) yöntemi bir yana itmiş, bu ise yasanın yapılmasında tartışmalara yol açmıştır (6).

Yeni İtalyan Ceza Yasası, eski formülü, zorunluluk gereğini de ekleyip biraz daha genişleterek olduğu gibi benimsemiştir (md. 625/7). Ne var ki, suçun işlenmesinde yer ve zaman koşullarını genel ağırlaştırıcı neden kabul eden madde (md. 61/5) karşısında, kimi yazarlarca bu ağırlaştırıcı nedene ayrıca gerek olmadığı ileri sürülmüştür (7).

Ancak ne olursa olsun, dayanışmanın güçlü olduğu bir toplumda böyle bir ağırlaştırıcı nedenin benimsenmesi yerinde olmuştur. Bu tür hırsızlık ahlâk açısından ağır görülmeyebilir. Çünkü sanığın, cürüm öncesi bir sahnelemesi ve özel bir çabası yoktur. Yalnızca önüne çıkan fırsattan yararlanmaktadır. Buna karşılık, siyasal ve toplumsal açıdan gelişen sanayinin ürünlerine yönelmesi bakımından tehlike büyüktür. İşte yasa koyucu bunu gözetmek zorunda kalmış; Toskana Yasasının basit hırsızlığa oranla yalnızca hapis cezasının süresini artıran ve Sardunya Yasasının Fransız yöntemini benimseyen formüllerinden büyük ölçüde ayrılmak gereğini duymuştur (8).

## III — MADDİ KONU VE ÖZELLİKLERİ

Hırsızlık suçu, kamunun güvencesine bırakılmış eşya üzerinde işlenmelidir. Eğer eşya, kamu güvencesine bırakılmamış türdense, ister görenek (adet), ister özgüleme (tahsis) olsun, bu bent uygulanamayacaktır (9). Öyleyse bu tür malın nitelik ve özellikleri özenle saptanmak gerekir.

### A — Eşya

Kaynak Yasada, şey (nesne) karşılığı (oggetto) terimi kullanılmasına karşılık, yeni İtalyan Yasasında daha geniş bir anlamı bulunan ve oggetto kavramını da içeren (cosa) terimi kullanılmıştır. İlk tasarıda bu terimin yanında bulunan (emtia) gibi kimi sözcükler, 1883 tasarısında kaldırılmışlardır (10).

(6) Puglia, Dei Delitti Contro la proprietà, Enciclopedia del Diritto penale Italiano (in Pessina), Milano, 1908, s. 139.
(7) De Marsico, Delitti Contro il Patrimonio, Napoli, 1951, s. 49.
(8) Carrara, n. 2228.
(9) 6 CD., 25.6.1965-4012/3926 (Özütürk, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara, 1966, III, s. 125-126).
(10) Manzini, s. 155/305.

### 1) Şeyler (Nesneler: Oggetti) ve Kapsamı

Hangi şeylerin bu maddeye gireceğinin, kimi yazarlar, saymaca yöntemiyle belirtilmesini önermişlerdir. Ancak, asıl girmesi gerekenlerin yasaya girmemesini, girmemesi gerekenlerin de girmesini doğurabilecek bu yöntemi yasa koyucu benimsememekle bizce yerinde davranmıştır. Böylece, şeyi, tamamlanmasına göre değil, cezai korumanın özüne göre yorumlamak olanağı doğmuştur. Nitekim 1889 Yasası döneminde önceki Toscana Yasasının yorumunu yargısal içtihat bu anlayışla yapmış; kuş hırsızlığını bu maddeye sokmamış (22.11.1854), buna karşılık kaz, hindi, ağ hırsızlıklarını sokmuştur. Ancak açık ya da özel yerdeki balık hırsızlığı bu maddenin dışında tutulmuştur (28.2.1857) (11).

Kaynak Yasada, şey karşılığı (oggetto) sözcüğü kullanıldığı ve bu da (cosa) sözcüğüne oranla daha dar anlamda olduğu için, bu hırsızlığın herşeyi kapsamadığı belirtilmiştir. Çukur kazmak üzere küreği isterken (oggetto) sözcüğünün kullanılacağı, buna karşılık bir piliç isterken kullanılamayacağı, ancak her ikisi için (cosa) sözcüğünün kullanılabileceği gözetilerek, yasa koyucunun bu seçimi bilinçli olarak yaptığı ileri sürülmüştür. Nitekim basit hırsızlığın tanımının yapıldığı maddede (cosa mobile = taşınır şey) (md. 402. T.C.Y. md. 491/ilk); 403. maddenin ilk üç bendinde (TCY. md. 491/1, 492/4,5) «cose=şeyler» dendiği halde, aynı maddenin 5. (TCY. md. 492/6) ve inceleme konumuz olan 8. bentlerinde «oggetti» denilmiştir ve yasa koyucunun bu tutumu elbette anlamlıdır. O nedenle «oggetto» sözcüğünün tüm şeyleri kapsadığı savı ve bu savdan yola çıkarak bu sözcüğün ağaçta bulunan meyveleri de içerdiği görüşü, yasa koyucunun amacını aşan geniş bir yorum olacaktır (12).

Burada kullanılan «şey» sözcüğünün sınırlarını çizmekte kaynak yasanın hazırlık çalışmaları da yardımcı olmaktadır. Gerçekten 1868 komisyonunun önerdiği «araçlar, ticari eşya ve oggetti-ki buna tarım, sanayi, hizmete ilişkin şeyler giriyordu- niteliğinde olup görenek gereği kamu güvencesine bırakılan şeyler» anlatımı, 1883 ve 1887 tasarılarında değiştirilmiş ve bugünkü biçime sokulmuştur. Ayrıca İtalyan Yasa Koyucusu, Vico'nun belirttiği gibi, şey in görenek (âdet) ya da özgüleme (tahsis) sonucu kamu güvencesine bırakılması koşulunu getirince, «oggetto-şey» sözcüğünün nitelik ve sınırlarını ayrıca belirtme gereğini duymamıştır. Bu dü-

(11) Carrara, n. 2224.
(12) Giurati, s. 188-189.

şünce yerindedir. O yüzden maddedeki «oggetto-şey» sözcüğü, 403. maddenin dörtte üçünde kullanılan (cosa) sözcüğünden daha dar anlamda olup, bilinçli bir yeğlemenin sonucudur ve bu düşünsel anlamı içinde yorumlanmak gerekir (13).

Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, bu sözcük, ontolojik olarak cansız şeyleri, hizmet ile endüstri araç ve gereçlerini, topraktan ayrılarak bırakılmış şeyleri (odun, taş, kireç, tuğla, kum, çakıl, kömür gibi) içermektedir. Buna karşılık, insan tarafından işlenmemiş sıvılar, gazlar ve hayvanlarla onların ürünleri (bal, yumurta v.b.), bu sözcüğün kapsamı dışında kalmaktadırlar. İtalyan Yargıtayı bu sözcüğün kapsamını bir kararında (3.5.1897) bu doğrultuda çizmiştir (14).

Yeni İtalyan Yasasında «oggetto» sözcüğü yerine «cosa» denilerek bu kapsam genişletilmiştir. Türk Ceza Yasasında ise, bu iki sözcüğün karşılığı «şey-nesne» olduğundan yasa koyucu ayrım yapmamış, ancak basit hırsızlıkta (taşınır mal - cosa mobile) denildiği halde, 491/2. madde ve bentte (eşya-oggetti) denilmiştir.

Bu son terimi, birincisine göre, Kaynak Yasa doğrultusunda sınırlamak ve taşınır mala oranla daha dar olarak yorumlamak, inancımıza göre yerinde olacaktır. Yeter ki, çağdaş gelişme gözden uzak tutulmasın.

**2) Ağaçtaki Ürünler**

İtalya'da, öğreti ve yargısal görüşlerde çok tartışılan bir konu ile sözü bitirmek, bu sözcüğün anlamını çerçevelemekte bize yardımcı olacaktır. Bu da, ağaçta bulunan, henüz koparılmamış ürünlerin bu bent kapsamına giren şeylerden olup olmadıklarıdır.

Ağaçlarda koparılmamış meyvelerin bu bende girdiğini savunanların dayanakları şunlardır: Yasa koyucu, Yasanın 492/8. (İtalyan Ceza Yasası 403/7) madde ve bendinde, koparılmış ya da biçilmiş ürünleri korumuştur. İhtiyatlı bir malik elbette ürününü toplar ve açığa bırakmaz. O nedenle, ağaçtaki meyve doğal zorunluluk gereği koparılmadıkça, bu bende girecektir. Olgunlaşıp ağaçtan ayrılmış bir ürün ağır hırsızlık sayılırken, ayrılmamış bir meyveyi basit hırsızlık görmek bir paradokstur. «Şey: oggetto» sözcüğü hayvanları içermese bile, bitkileri ve toprak ürünlerini kap-

(13) Giurati s. 189-190; Manzini, 155 (Dipnot...).
(14) Giurati, s. 190; Manzini, s. 155/305, Caltanisetta mahkemesinin 1.2.1951 tarihli kararı, Manzini/305, dipnot 37.

sar. Esasen bunlar kamunun güvencesine bırakılmak durumundadırlar. Özgüleme (tahsis), hem doğal ve hem de yapay alanı kapsar. Yasa koyucu bunları ayırmamıştır. Uygulayıcı ise hiç ayıramaz. İtalyan Yargıtayı kimi kararlarında (23.12.1892, 17.4.1893, 17.8.1893, 11.12.1893, 2.3.1984) bu görüşü benimsedi. Özellikle, 11.12.1894'te, ağaçtaki meyvelerin özgüleme açısından kamu güvencesine bırakılmış eşyadan (oggetti) olduğunu belirtti (15).

Karşı ve çoğunluk görüşünü savunanların dayanakları ise şöylece özetlenebilir: Her şeyden önce, bentteki «şey»: «oggetto» sözcüğü, belki tarla ürünlerini içerir, ama ağaçtaki meyveyi içeremez. İçerse bile, ağaca, toprağa bağlı ürünlerde, görenek ve özgüleme gibi insan iradesiyle ve hareketiyle oluşan olgular yoktur. Bunlar doğal olarak böyledirler. Yasa, koparılmış ürünü ağırlaştırıcı neden sayarken, gereklilikten söz etmiştir. Bentte ise böyle bir öge bulunmamaktadır. Üstelik, eski mevzuatta bunlar, basit hırsızlık bile sayılmamış, ondan çok daha hafif görülmüşlerdir. Gerçekten Sardunya Yasasının 625. maddesinde tarladaki meyve, ürün, odun ve bu türden şeylerin hırsızlığı hafif cezaları gerektiriyordu. Ancak yeni Yasada, bunların daha ağır düşünüldüğünü gösteren bir işaret yoktur. Kırsal hırsızlık da elbette bir suçtur. Yasa, meyve hırsızlığı için daha az bir ceza öngörmediği için belki eleştirilebilir. Ancak, açıkça düzenlenmedikçe o elbette basit hırsızlık sayılacaktır. Ayrıca, ağaçtaki ürünlerin, kamu güvencesine bırakılmış şey sayılması için, doğanın benzer şeylerde sunduğu gözetimi yok etmek amacıyla, önce koparılıp ayrılmaları gerekir (16).

Kaynak Yasanın hazırlık tartışmaları da çoğunluğun görüşünü desteklemektedir. Gerçekten, ikinci komisyon tasarısında, toprağa bağlı ürünlerin de bu bende girmeyeceği belirtilmiş, Mancini'nin başkanlık ettiği komisyonda, 21.11.1877'de Paoli'nin Toskana Yasasından esinlenerek ayrılmış-ayrılmamış ürün önerisi, Başsavcı Oliva'nın görüşü doğrultusunda, ayrılmış kırsal ürünün daha çok korunması gerektiği ve tersi durumda ağırlaştırıcı nedenin kapsamının çok genişleyeceği gerekçesiyle benimsenmemiştir. Majno, Tuozzi, Crivellari-Suman, Altavilla, Puglia, Giurati, Micella, Manzini, Lollini, Vico, Stoppato, Vacchelli, Bertola, Carnevale, Tarantini, Bernardi, Razzatti, Lucchini, Germano gibi hukukçuların desteklediği bu görüşü, 9.2.1893, 17.12.1894, 12.2.1895, 22.2.1895, 4.2.1895, 25.8.1896, 8.3.1897, 11.2.1898, 10.12.1899, 13.11.1901 tarihli

(15) Giurati, s. 192-193; Manzini, s. 156/306; Majno, n. 1863.

(16) Giurati, s. 193; Majno, s. 1863; Manzini, s. 156/306; Puglia, s. 141, 142.

yargı kararları da paylaşmışlar ve daha sonraki yargı kararları bu konuda birlik gösterdiği için, yeniden yayımlanmalarına gerek görülmemiştir (17).

Ancak bu konudaki tartışma daha sonraları da sürmüştür. 19.3.1910'da Bakan Scialoja'nın tasarısında, bu bende bir sözcük eklenerek, çoğunluk görüşü ve bunu destekleyen yargı kararlarından söz ediliyor ve bu aşılmak isteniyordu. Ancak bu tasarı kadük kaldı. Bu, yerinde olmuştur. Çünkü, ceza hukuku bir ölçüde ahlâkın bir parçası olup, eylemin toplumsal ve ruhsal ağırlığı siyasal öğenin gerisinde düşünülemez ve böyle bir hırsızlık, toplumun değerlendirmesine karşın, ağır hırsızlık olarak benimsenemez (18).

Türk hukukunda, bildiğimiz kadarıyla, böyle bir tartışma çıkmamıştır. Belki «görenek» açısından böyle bir düşünce akla gelebilir. Ancak özgüleme yanında, Yasamız (ve kullanım) da dediğinden bu açıdan bir tartışma çıkmayacağı inancındayız. O yüzden bu konuda çoğunluk görüşüne katılmaktayız. Nitekim Yargıtayımız «köy merasında bulunan ceviz ağaçlarındaki cevizleri» bu bende sokmamıştır (19). Buna karşılık, tarlalarda harman sonu küme halinde bırakılan ürünlerin, bu bende gireceği belirtilmiştir (20). Çünkü bunların açıkta kurutulan çamaşırlardan bir ayrılıkları yoktur (21). Nitekim Yargıtayımız, «görenek gereği köy dışındaki çukurlarda bırakılan zahireyi» (22) ve «köyün kenarında görenek gereği açıkta bırakılan samanı» (23) bu bende sokmuştur. Buna karşılık, «köy kıyısında bulunan kişilere ait ot yığınlarını» (24), «harman yerinde bırakılan samanı» (25) ve herkese açık bahçedeki ağaçları (25/a) bu bendin dışında tutmuştur.

---

(17) Giurati, s. 194; Manzini, s. 156, dipnot 2 ve 3, 157, Ancak yeni yasa döneminde 12.7.1963'te tersine bir karara karşın, 8.6.1964'te yine çoğunluk görüşüne dönülmüştür (Manzini, loc. cit).

(18) Giurati, s. 194; Manzini, s. 157/306.

(19) 6.CD. 1.2.1990-9496/523; 6.CD. 30.12.1959-2750/3088 (Şensoy, s. 114); 6.1.1960, 2839/31. (Akdoğan-Köseoğlu, Devlet ve Şahıs Mallarına karşı işlenen cürümlerle sahtecilik suçları, Ankara, 1963 s. 149. Ancak, köy mezarlığından sökülen ağacı bu bende sokmuştur (6.CD. 27.3.1973, 2887/2737).

(20) Dönmezer, n. 300.

(21) Manzini, s. 306.

(22) 2.CD. 23.2.1943, 753/1239; 1.2.1946, 706/939; 30.1.1954, 803/1294; (Akdoğan - Köseoğlu, s. 149).

(23) 6.CD. 11.5.1965, 2738/2798 (Dönmezer, n. 300).

(24) 6.CD. 12.1.1963 25/139; Ad. D. 1964, sayı 2. s. 217.

(25) 2.CD. 3.10.1952, 11590/11867 (Şensoy, s. 112).

(25a) 6.CD. 20.2.1986, 12212/1708.

**B — Yer ve Zaman Koşulu**

Ağırlaştırıcı neden, suç yukarıda özellikleri belirtilen şeyler hakkında, görenek ya da özgüleme ve kullanım gereği kamu güvencesine bırakıldıkları zaman işlenirse uygulanacaktır. Çünkü Yasa, gerçekten, yalnızca o sırada bu koşulları taşıyarak kamu güvencesine bırakılmış şeyleri korumayı amaçlamıştır. Bu sürenin sürekli, uzun olması gerekmez. Yeter ki suç, bu nedenlerle ve hukuken gözetilebilecek bir süre içinde işlensin. Şey; hırsızlık öncesi ve sonrası bu koşulları toplasa, ama hırsızlık anında bu koşullar içinde değilse, ağırlaştırıcı neden uygulanmayacaktır (26). Sözgelimi, fuar sırasında şey satış için bu koşullarda sergilediği anda hırsızlık işlenirse, bu bent uygulanacak; ancak, satıcının tembelliği nedeni ile fuar dönemi bittiği halde şey orada bırakıldığı sırada çalınmışsa bu bent uygulanmayacaktır. Yine bir bina yapımı için, yapım sırasında açığa konan gereçler üzerinde hırsızlık suçu işlenmişse bu bent uygulanabilecektir. Ancak yapım bittikten sonra, bu gereçler orada satılmak ya da başka bir amaçla bırakılmışlarsa ve bu zaman içinde suç işlenmişse bu bent uygulanamayacaktır. Burada gözetilecek ölçü şudur: Cezai koruma, o koşulların bulunduğu zaman dilimi içinde eşyayı korumayı sağlamak içindir. Rastlantılar, tutkular, savsaklamalar bu koşullara giremezler (27).

**1) Kamu Güvencesine Bırakma**

Türk yasa koyucusunun, «umumun tekâfülüne bırakma» diye belirttiği bu koşul, Kaynak Yasadaki sahtecilik suçlarında o cürmün hukuki konusu olan ve bizde «kamunun güveni, ammenin itimadı» olarak belirtilen terimlerin sözcük olarak aynısıdır. Ancak sahtecilikte, belgelere karşı beslenen kamu güveni temel alınıp, suçun hukuki ve cezai konusu buna göre belirlendiği halde, hırsızlıkta durum değişiktir. Her şeyden önce hırsızlıkta suçun konusu, kamu güveni ya da güvencesi değil, malvarlığına ilişkin varlıklardır. «Kamu güvencesi» ise şeyin içinde bulunduğu özel durumu anlatmak içindir ve sahtecilikteki anlamından büsbütün ayrıdır. Ayrıca, «kamunun güvencesi» değil, böyle bir güvenceye bırakma söz konusudur. Yani, kamu güvencesi, bırakma sözcüğüne bağlıdır (28). Öyle ki, bu her tür gözetimden yoksun şeylerin başkasının mülkiyetine, zilyetliğine, bütünlüğüne karşı

(26) Manzini, s. 157/306; 6.CD. 3.5.1983, 11953/3944.
(27) Carrara, n. 2226, 2227.
(28) Manzini, -/s. 307; Nuvolone, s. 61.

saygının kamusal dürüstlükle güvence altına alındığı varsayımını anlatmaktadır. Böyle bir saygı, toplumda, en azından toplumu oluşturan bireylerin çoğunluğunda varsayılmaktadır ve şeyler bu nedenle kamusal güvenceye bırakılmaktadır. Bu tür hırsızlıkta, kolaylığı ve kamusal tehlikeyi de yaratan budur. İtalyan Yargıtayı bir kararında (17.3.1937) bu düşünceyi benimsemiştir (29).

Kamu güvencesine bırakma, insan iradesine bağlıdır. Bırakma eyleminde bu vardır. O yüzden doğal durumlar, bu eyleme girmezler. Tersi düşünce, bu kavramı çok genişletecek, örneğin, tarlada örgensel maddelerden oluşmuş çürümüş toprak gübresini, sel suyunun sürüklediği bir kum yığınını da bu kavramın içine sokacaktır (30).

Kamu güvencesine bırakma olgusunun oluşması için yer ve doğrudanlık koşulları gerekmektedir.

**a) Yer Koşulu**

Kamu güvencesine bırakma koşulunun varlığı için, her şeyden önce, şey kamuya açık, herkesin özgürce girebileceği genel bir yerde olmalıdır. Hırsızlık eyleminde kolaylık ve tehlikeyi yaratan budur (31). Alman Ceza Yasası (md. 243) bunu «kamuya özgü bir yol ya da yerde, su yolunda yahut trenlerde, posta binalarında veyahut bu binaların bahçelerinde» diyerek açıkça belirtmiştir.

Bu koşul açısından öğreti ve yargısal kararlarda görüş birliği bulunmaktadır. Yargıtayımızın kararlarında da bu koşul vurgulanmıştır (32).

Ancak, bir şeyin açık yerde olması demek, mutlaka herkese açık yerde, sözgelimi kırda olmasını gerektirmez. Bunların özel koruma altında bulunmayan, herkese açık kesimlerinde de bu suç işlenebilir. Yeter ki, buralarda bulunan şeyler, sabitleştirilmemiş ya da gözetim altında tutulmamış olsunlar. Bir binada ya da binanın

(29) Antolisei, Manuale di diritto penale, p.speciale ,Milano, 1977, s. 248; Carrara, n. 2223; De Marsico, s. 50; Manzini, s. 157/158/307.

(30) İtaly. Yargıt. 6.12.1960 ve 6.10.1972 tarihli kararları; Manzini, s.-/307.

(31) Antolisei, Manuale di diritto penale, p. speciale, Milano, 1977, s. 248; De Marsico, s. 50; Dönmezer, n. 300; Erem, s. 772; Gözübüyük, s. 513; Manzini, s. 158/244; Puglia, s. 140; Şensoy, n. 143.

(32) 6.CD. 8.3.1960-287/2359; 10.4.1963-2235/2372; Akdoğan-Köseoğlu, s. 146, 148; 6.CD. 8.2.1977, 693/692 (YKD. 1977/5, s. 731), YCGK. 29.3.1976, 139/163 (YKD. 1976/10, s. 1491).

kapı sundurmasında bulunan bisiklet, paspaslar, tükürük hokkaları, çöp çanakları gibi eşyalar bu türdendirler (33).

**b) Şey Doğrudan Doğruya Kamu Güvencesine Bırakılmış olmalıdır**

Şeyin çalınması için herhangi bir engelin aşılması gerekmemelidir. Böyle bir güçlük ya da gözetim, kamu güvencesine bırakma olgusuyla çatışacaktır. Ancak böyle bir gözetim, simgesel (sembolik) olmamalı, kişisel ya da fiilî bulunmalıdır. Sözgelimi, bir çakıl yığınının gelişigüzel çevrilmesi engel değildir (34). İtalyan Yargıtayı (23.11.1903), çitlerle çevrilmiş arı kovanını bu bende sokmuştur (35).

Görülüyor ki, şeyin kamunun güvencesine bırakılması yetmez. Şey küçük bir çabayla ve özgürce çalınabilmelidir. Eğer hırsızlığı işlemek için güçlükleri de aşmayı kapsasaydı, bu ağırlaştırıcı neden gözaltında tutma haline de uygulanırdı ve kamu güvencesine bırakma öğesine de gerek kalmazdı (36).

Kamu güvencesine bırakma olgusuna engeller, kişisel; yapay ya da doğal olmak üzere maddi bulunabilirler.

Şey herkese açık bir yerde olmakla birlikte, malikin ya da onun adına bir başkasının gözetiminde ise, hırsızlığı yapmak için o şeyi almak yetmeyip, bu kişisel gözetim engelini de aşmak gerekeceğinden, böyle bir eşya kamunun güvencesinde değildir (37). Yargıtayımız, sahibinin gözetimi altında tutulan bir bisikletin çalınmasında, herkese açık yaya kaldırımı üzerinde olsa bile, bu koşulun gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir (38). Yine aynı doğrultuda, üreticinin satmak üzere pazar yerine getirdiği buğdayın (39), okulun koruması altında olan okul bahçesindeki su musluklarının (40), kamu güvencesinde olmadığına karar verilmiştir.

Bununla birlikte, İtalyan Yargıtayı bir kararında (13.11.1893), «kamu güvencesine bırakılmışlık olgusunu, gözetim altında tut-

(33) İtaly. Yargıt. 30.6.1972; 3.10.1972; 15.5.1973; 21.5.1973 tarihli kararları (karşı. 27.10.1970) Manzini, s. 158/308.
(34) Manzini, s. 158/308; Şensoy, n. 146.
(35) Bu karar eleştirilmiştir: Giurati, s. 190.
(36) İta. Yarg. 9.3.1951, 22.11.1956; 26.2.1957; 5.3.1956 Manzini, loc. cit; Şensoy, n. 147.
(37) Antolisei, s. 248; De Marsico, s. 50; Manzini, s. 159/308.
(38) 2.CD. 23.12.1952; 17055/16974 (Şensoy, n. 146).
(39) YCGK. 8.11.1954, 149/149; 1.10.1962, 31/31 (Akdoğan, s. 146, 149).
(40) 6.CD. 16.10.1962-4673/4713 (Öztürk, 127).

manın kaldırmayacağına» karar vermiştir. Manzini, bu kararı haklı olarak eleştirmiştir. Gerçekten, gözetim altında tutulan bir şey, aynı anda kamu güvencesinde olamaz. Kaldı ki, olayda ısrarla gözaltında ve saatlerce kapalı tutulan kilisedeki bir eşya söz konusu idi. Rahibenin gözaltında tutması gereken bir resim kiliseden çalınmış ve bunu 21.2.1934'te Yargıtay bu türden eşya saymıştır. Yine malikin gelenek gereği kiliseye bıraktığı sandalye (22.11.1929), bir kahvehanedeki elbise askısına asılı pardesü (22.11.1926) kamunun güvencesinde sayılmıştır (41). Ancak, bir yolda, yüksekçe bir yere konulan ve gözetim altında tutulan paket hırsızlığında bu bendi uygulayan İtalyan Yargıtay kararı haklı olarak eleştirilmiştir (42).

Gözaltında bulundurmanın aynı noktada ve sürekli olması da gerekmez. O yüzden, bir pazarda, çarşıda ya da mağaza dışında sergilenmiş ticari eşya, maddi olarak güvenlik araçlarıyla önlemler alınmasa da, tacir ya da görevli kıldığı kişinin gözetiminde olduğundan, kamu güvencesinde sayılamazlar. Ancak bu eşya, maddi ya da kişisel olarak gözetimden, görenek gereği yoksun kılınmışlar ve bu da kanıtlanmışsa bu bent uygulanabilecektir. İtalyan Yargıtayının 21.11.1904 ve 14.8.1894 kararları bu yöndedir. Esasen 1859 Sardunya Yasasından farklı olarak, yer (fuar) koşulu, kamu güvencesine bırakmaya götürüyordu. Yürürlükteki yasa, bunu gerekli kıldı ve ayrıca bırakmanın iradi olmasını o şeyin iç özelliğinden ya da görenekten doğmasını istedi. O nedenle malikin gözetimi de bulunmadığı takdirde, fuar tablaları üzerindeki eşya böyle sayılabilecektir (43).

Eşya, maddi engeller olduğu zamanda da kamu güvencesi altında bulunmaktan çıkabilir. Bu engeller, doğal, yapay olabilirler. Sözgelimi, toprağa bağlı taşınmaz eşya, kamu güvencesine bırakılmamıştır. «Toprağa çivili masa, kazıklarla tutturulmuş bina, vidayla henüz tutturulmuş direkler kamunun güvencesinde sayılmamış, elektrik telleri ise böyle kabul edilmiştir (44). Çengelle kapıya bağlı bisikletler de aynı biçimde kamu güvencesinde sayılmaz-

(41) Manzini, s.-/309).
(42) Majno, n. 1862; Puglia, s. 140.
(43) Manzini, s. 159/247. İtalyan Yargıtayı, esasen bu durumlarda, yargıcın takdirine saygı göstermiş, ağırlaştırıcı nedeni benimseyen görüşlere destek olmuştur. Çünkü olaylar, bir türe sığmayacak ölçüde çeşitlidirler. 8.2.1904, 11.3.1904 tarihli kararlar ve 19.12.1904 tarihli olup karşı görüşü destekleyen karar için bkz. Giurati, s. 190.
(44) İçtihatlar ve eleştirileri için bkz. Manzini, s. 158/309.

lar. Ancak, mağazanın dış duvarına dayalı ve hiç bir önlem alınmamış bisikletin böyle sayılacağı belirtilmiştir (45).

Kamuya açık yerde olsalar da, boyutları, ağırlıkları nedeniyle güçlükle taşınabilen ve taşınır kılmak için teknik bilgi isteyen nesneler vardır. Bunlar, şeyin yapısından gelen ve özbekçiliği (autocustodia) sağlayan özelliklerdir. Örneğin, büyük mermer ve taş blokları, bir köprü yapımı için toplanılan metal direkler gibi şeyleri çalmak, kuşkusuz kasa kırmak ya da anahtarla kapı açmaktan daha çok çaba ister (46). Bu açıdan kamusal yol üzerine bırakılmış otomobillerin, bu bende girip girmediği tartışılmıştır. Manzini, önceleri (47) otomobili çalıştırmanın teknik bilgi istediğini, onu herkesin çalamayacağını, bu bilgi yaygın olmadığı sürece de otomobilin kamunun güvencesine bırakılmış olamayacağını savunurken, daha sonra görüş değiştirerek, her ne kadar otomobil çalıştırmak için teknik bilgi gerekiyorsa da, bu bilginin yaygınlaşıp kurallaştığını, o yüzden herkese açık yerde, hırsızlığa karşı bir aygıtla donatılmamış otomobili çalmanın bu bende gireceğini ileri sürmüştür (48). Buna karşılık Antolisei, gelenek gereği kamuya açık yollara ve alanlara bırakılan bisiklet ve otomobillerin, kilit vb.. araçlarla korunsalar bile, bu bende gireceklerini, çünkü günümüzde trafik zorunluluklarının sözkonusu araçların kamusal yerlere konmasını gerektirdiği gibi, faillerin mekanik engelleri çokluk kolayca aştıklarını; o yüzden de bu tür hırsızlıklara karşı hoşgörüsüz davranılmak gerektiğini, başkasının mülkiyetine karşı saygı alışkanlığının ileri toplumlarda ancak bu yolla geliştirilebileceğini savunmaktadır (49). Geliştirici yorumla otomobillerin bu bende girebilecekleri de ileri sürülmüştür (50).

İtalyan Yargıtayı, herhangi bir ayrım yapmadan 2.6.1933'te otomobilleri ve 17.3.1937'de Venedik kanalındaki kayıkları bu bende sokmuştur (51). Daha sonra, gözetimsiz ve yola bırakılmış tüm otomobilleri ayırımsız ve kararlı bir biçimde bu bende soktu (52).

Otomobil hırsızlığı konusunda İtalyan Yargıtayının görüşü şu yönde gelişmiştir: İlke olarak hiç bir ayırım gözetilmeden, her-

(45) De Marsico, s. 50; Manzini, s. 159/309.
(46) Manzini, s. 159/160/309.
(47) Manzini, s. 159/.
(48) Manzini, s.-/310.
(49) Antolisei, s. 248.
(50) Erem, s. 2224.
(51) Manzini, 1933 tarihli bası, IX, 246, dipnot 1.
(52) 18.7.1975, 17.6.1975, 25.3.1969, 8.5.1964, 8.2.1963 (Antolisei, s. 248, not 63).

kese açık yola park edilmiş otomobiller bu bende sokulmuştur (6.2.1951, 14.2.1974, 4.7.1975, 7.2.1976). Otomobilde hırsızlığa karşı önlem alınmasının bunu önlemeyeceği belirtilmiştir (4.6.1957, 10.2.1956, 13.11.1959, 15.6.1979, 3.4.1981). Kapı ya da camları açık bırakılan (12.2.1981, 2.3.1977) yahut da kapısı kilitli otomobil (23.3.1977, 19.5.1976, 4.10.1975, 10.12.1975) için de durumun değişmeyeceği açıklanmıştır. Dümeni kilitlenmiş (10.1.1972, 7.2.1976) otomobilin durumu da aynıdır. Ancak özel somut durumu gözetilerek kimi olaylarda ayrı sonuca ulaşılmıştır (15.2.1965, 8.2.1965). Öte yandan, yeni İtalyan Ceza Yasasında mekanizmayı zorlayarak ya da sahte kilit kullanarak hırsızlık ve kamu bekçiliğine bırakılan eşya üzerinde hırsızlık aynı maddenin iki ayrı bendinde düzenlendiğinden, bunların maddi içtima ile birleşebileceği (14.3.1977, 30.1.1976, 19.1.1976, 12.12.1975, 27.5.1975, 9.3.1973; ancak 4.2.1982 tarihli kararda konular ayrı denilmiş; 13.2.1973 ve 27.1.1972 tarihli kararlarda ise özel somut durum gözetilerek aynı sonuca ulaşılmıştır). Bu konu öğretide, Capaldo, Colacci, Franchina, Morelli, Gaito, Palazzo, Panzarani, Pecorello, Petteollo Mantovani, Salvini, Santoro, Stea, Cernigliaro, Monera gibi yazarlarca işlenmiş ve Yargıtayın görüşü genelde benimsenmiştir (Manzini, s. 310, dipnot 50).

Önceleri, İtalyan Yargıtayı, bisiklet ve motosikletler için bu çözümü reddetti, ancak hırsızlık büyük merkezlerde olduğunda kabul etti (53). Daha sonraları bu koşulu aramayarak benimsedi (54). Motosiklet kilitli ise, bu ve şiddet hırsızlıklarının birleşeceği görüşü ileri sürüldü (55). Ancak kamuya açık yerlerde de olsa, özel yerlere park edilmiş taşıtlarda bu görüş reddedildi (56).

Türk Yargıtayı, önceleri, kamyonların park yaptıkları yerde bırakılan taşıt aracını (57), yazıhane önünde bırakılan kamyonu (58), bu bende sokmamıştır. Gözetim sözkonusu olabileceğinden, bu kararlar yerinde olabilir. Ancak, yol üzerinde bulunan otomobilleri ve sahile bağlanmış motoru da otomobile benzeterek bu bende sokmayan kararlar (59) yerinde değildir. Aynı konuda görenek

(53) 22.11.1954, karşı görüş; 29.2.1957 (Antolisei, loc. cit).
(54) 8.3.1958, 14.2.1962 (Antolisei, loc. cit).
(55) 17.6.1958, 2.11.1959, 2.11.1986; tersi, 16.6.1959, 19.5.1859 (Manzini, s. 310, dipnot 50).
(56) 24.2.1975 (Antolisei loc. cit).
(57) 6.CD. 11.3.1963, 1380/1511 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 146).
(58) 6.CD. 13.1.1960, 3293/286 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148).
(59) 4.CD. 11.4.1946, 4273/4762 (İleten ve eleştiren: Dönmezer, n. 300); 4.CD. 28.1.1947, 917/1104 (Şensoy, s. 114), 6.CD. 7.1.1960, 2827/78.

olup olmadığını araştırmaya götüren kararsa elbette yerindedir (60). Ne var ki, son kararlarında Yargıtay, caddeye, park yerine, herkese açık boş arsaya, gelenek ya da zorunluluk gereği bırakılmış otomobil, kamyon ya da traktörü (61) ve bu araçlara özgü araba teybi ve radyo (62), kamyon dinamosu (63), kamyon sayacı (64), benzin (65), kriko (66), akü (67) gibi, Yargıtayın deyimiyle taşıtın vazgeçilmez eşyası (68) bu bende sokulmuştur.

Buna karşılık, takılmamış teyp (69), arabaya ait olmayan ya da açıkta bırakılması gerekmeyen çanta, ip, branda bezi, para, fotoğraf aygıtı, gömlek gibi eşya (70) ile kahvehane önünde gözaltında tutulan (71), özel bekçisi olan park yerindeki (72), benzin istasyonuna geçici olarak (73), ya da sokağa geçici ve çalışır durumda bırakılan arabalar (74) bu bende sokulmamıştır. Yargıtay, arabanın bırakıldığı garajın çevresinin açık ve bekçisi olup olmadığının araştırılmasını istemiş (75) ve geçici olarak cami avlusuna bırakılan otomobili (76) bu bende sokmamıştır. Yine Yargıtay, oylum

(60) 2.CD. 22.1.1948, 558/593 (Şensoy, n. 149).

(61) 6.CD. 6.2.1987, 10987/1182; 22.5.1986-2703/5707; 3.2.1986, 11904/976; 16.12.1988, 11132/13715; 12.12.1988, 10733/13439; 29.8.1988, 6598/10I20; 15.3.1988, 11572/3185; 27.2.1987, 713/1997; 19.12.1986, 9626/11561; 13.I.1987, 8458/157; 13.4.1989, 2500/3658; 2.5.1989, 3300/4417. Yeter ki, olaya Y. Ceza Yasasının 493. maddesinin 2. bendi uygulanmasın: 6.CD. 24.12.1987, 11369/11188; 7.4.1988, 909/4759; 27.9.1988, 6598/10120.

(62) 6.CD. 10.4.1986, 1154/3903; 12.4.1989, 2297/3530; 28.6.1988, 5239/8550; 24.1.1989, 12192/599; 21.3.1988, 1540/3551; 22.5.1987, 3842/5609; 16.4.1987, 2474/3992.

(63) 6.CD. 12.12.1988, 10758/13436; 2.2.1988, 10119/1087.

(64) 6.CD. 28.6.1989, 5060/6425.

(65) 6.CD. 19.6.1986, 5990/6767.

(66) 6.CD. 9.4.1988, 1777/3784.

(67) 6.CD. 3.5.1983, 11953/3944; 24.6.1983, 2781/5909.

(68) 6.CD. 17.4.1986, 3082/4246; 7.5.1987, 2986/4852; 27.4.1989, 2682/4265.

(69) 6.CD. 13.2.1987 11274/1450.

(70) 6.CD. 29.12.1988 11784/14243; 28.6.1988, 8131/8540; 2.6.1988, 5624/7211; 7.4.1988, 909/4759; 21.12.1987, 9333/10496; 17.12.1987, 9210/10856; 6.2.1987, 11411/1176; 3.3.1987, 366/2039; 27.2.1987, 661/1992; 10.3.1987, 534/2397; 13.10.1987, 7446/8481; 2.5.1989, 3305/4419.

(71) 6.CD. 15.9.1986, 6710/7688.

(72) 6.CD. 30.11.1987, 8616/10057; 12.6.1989, 4250/4442.

(73) 6.CD. 18.9.1986, 4061/8255.

(74) 6.CD. 2.2.1989, 12829/950.

(75) 6.CD. 13.12.1988, 11053/13572.

(76) 6.CD. 25.5.1989, 4169/5251.

ve ağırlıkları açısından kolayca korunabilen mobilet (77) ve bisikletlerin (78) bu bende girmeyeceklerini belirtmiştir. Bu son üç ayrı kararın tartışılabilirliği açıktır.

Şey bir başka şeyin içinde ise, içerilenin (mazruf) değil, yalnızca içeren şeyin (zarfın) kamu güvencesinde olduğu belirtilmiştir. Hırsız, içerileni çalmak için içerenin doğurduğu engeli aşmak zorunda olduğundan, bu durumda ağırlaştırıcı nedenin uygulanmayacağı, her ikisini birden çalmışsa eylemin bu bende gireceği ileri sürülmüştür (79). Sözgelimi, arı kovanları, her zaman değilse bile, genellikle kamu güvencesine bırakılmış eşyadan olup, 1853 Toskana (md. 377/9) ve 1859 Sardunya (md. 624) yasalarında açıkça böyle sayılmışlardır. Kovanlar içlerine bakılmaksızın bu ağırlaştırıcı nedenin kapsamına girebilirler. Ancak hırsız, kovanın içindeki balı çalmışsa, bu bent uygulanamaz. Çünkü, arıların etkin savunmaları aşılsa bile, kovan, balı korumaktadır. Bu koruma kimileyin öylesine güçlüdür ki zor ya da dolanlı araç kullanılmadan bal çalınamaz, denilmiştir (80).

Gerçekten maddi gözetimden yoksun bile olsa, sahibinin ya da onun adına başkasının gözetiminde olan eşyaya bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması olanaksızdır (81). Ne var ki bu gözetim, gözetilen eşya ile yeterince bağlantılı olmalıdır. Polisin gözetimi böyle değilse eşya yine kamunun güvencesinde sayılmak gerekir. İtalyan

(77) 6.CD. 22.3.1989, 2044/2682; 17.11.1988, 8992/11844; 24.5.1988, 5905/6659; 21.12.1987, 9416/10944.

(78) 6.CD. 17.2.1987, 11109/1565.

(79) Manzini, s. 159-160/1938, IX, 247. İtalyan Yargıtayı, kimileyin bir ayırım yapmaksızın arabadaki her çeşit eşyayı (26.5.1975, 27.3.1973, 14.11.1976, 27.10.1972, 17.11.1975), kimileyin de kolayca korunup arabada bulundurulmayacak, sahibinin yanına alamayacağı eşyayı (20.10.1976, 29.10.1969, 27.10.1970) bu bende soktu. Manzini, 1984, IX, s. 312.

(80) Manzini, s. 160/313. Manzini'nin ilettiğine göre Giurati de bir yazısında bu görüşü desteklemişse de, Yargıtay (17.4.1917) tersi düşüncededir (Manzini, loc. cit).

(81) Ancak İtalyan Yargıtayı, 13.11.1933, 21.2.1934 tarihli kararlarında tersi görüşü benimsedi (Manzini -/311) ve kiliselerde para konulan çanakları bu bende sokmadı (Majno, n. 1962; Puglia, s. 140). Ancak, daha sonra görüş değiştirerek kilise duvarına gömülü sadaka kumbarasının bu bende girdiğini belirtti (11.1.1929, 16.4.1937). Son bir kararda (4.4.1972), dağıtıcıya bırakılan gazeteler de bu bende sokulmuştur (Manzini, s. 311). Başka kararlarda ise (26.11.1934, 31.1.1945, 16.6.1959), kumbara kırılarak para alındığı zaman, hırsızlığın hem şiddet kullanarak ve hem de kamu güvencesine bırakılmış eşyada hırsızlık olduğu görüşü benimsenmiştir (Manzini, s. 313, dipnot 58).

Yargıtayı, 6.2.1951, 14.12.1942, 7.12.1957 kararlarında bunu belirtmiştir. Ayrıca, gözetimin uzaktan yapılmış olması, bendin uygulanmasını önlemeyecektir. İtalyan Yargıtayının 31.1.1973, 15.1.1973, 8.11.1972, 15.12.1981 tarihil kararları bu yöndedir (82). Ayrıca İtalyan Yargıtayı, bu gözetimin zorunlu olarak sürekli yapılamadığı durumlarda da bu bendin uygulanmasını, yeni getirilen zorunluluk öğesinin gereği benimsenmiştir (16.12.1933, Manzini, s. 315, not: 67).

Balık ağlarının içindeki kapalı balıklar için de durum böyledir. İtalyan Yargıtayı (9.11.1934), bir ayrım yapmaksızın, balık akımı sırasında, kıyıya yakın yerdeki ağların içindeki istakozlara, tıpkı ağ'lar gibi (12.10.1916) bu hükmü uyguladı (83).

Eşyanın, yalnızca kamuya sunulmasının yetmemesi, kamunun güvencesine bırakılmasının da gerektiği, bu nedenle de, kamunun güvencesine bırakıldığı halde, o eşyanın içindeki şeyi çalmanın engeli aşmak olup bunun kamu güvencesine bırakmayla çelişeceğinin bir örneğini de otomatik dağıtıcılar oluştururlar. Bu aygıtın kendisi, açık yerde ve kolayca taşınabilecek biçimdeyse kuşkusuz, kamunun güvencesinde bir eşya sayılabilecektir. Ancak, bu aygıtın içinde bulunan para, sigara, gibi şeyler için aynı şey söylenemez. Onları çalmak için, çoğu kez sağlam olan aygıtı kırmak ya da anahtarla açmak gerekecektir. O zaman da, bu bent değil, T.C. Yasasının 493/1-2. maddesi bentleri söz konusu olacaktır (84).

Türk Yargıtayının da bu görüşü destekleyen kararları bulunmaktadır. «Telgraf hatları, demiryolları, umumi bahçelerdeki kanepeler, yollardaki fener, lâmba ve çeşmeler için söz konusu olabilen (kamunun güvencesi altında bulunmak) kaydının, çuvallar içinde alana konmuş zahirelere teşmiline imkân yoktur» (85). Bu karardan anlaşılacağı üzere çuval içinde açık yere konmuş zahirenin çalınması için önce çuval engelini aşmak gerektiğinden, zahire kamunun güvencesinde sayılmamıştır. Buna karşılık çuvalın çalın-

(82) Manzini, 1984, IX, s. 312. Türk Yargıtayı ise, dükkân önüne bırakılan ve gözaltında tutulan malı (6.CD. 7.3.1988, 446/2761), bekçisi olduğundan, İnsu Mağarasına atılan paraları (6.CD. 28.3.1989, 1463/2895) bu bende sokmamış; ancak, dükkânın dışına ve cadde tarafına asılan tırpanı bu bende sokan mahkeme kararını yerinde bulmuştur (6.CD. 13.2.1986, 11952/1425).

(83) Manzini, s.-/313, dipnot: 57.

(84) Manzini, s. 160/314.

(85) 4.CD. 5.4.1949, 4016/5262 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 149).

masında bu bent uygulanabilecektir (86). Yüksek mahkeme aynı doğrultuda köy konuk ağırlama odasındaki eşyayı (87), okulun koruması altında bulunan okul bahçesindeki su musluklarını (88), bilirkişi düşüncesine karşın kırlarda bulunan arı kovanlarının içindeki balı (89), kamu güvencesine bırakılmış eşyadan saymamıştır. Buna karşılık Yargıtay, tedavi için girdiği hastanede kendisine verilen terlik ve gömleği çalmak suçunda T.C. Yasasının 491/son madde ve fıkrasının uygulanması gerektiğine, çünkü sanığın hem kendisine emanet edilen ve hem de kamunun güvencesine bırakılan eşya üzerinde suç işlediğine karar vermiştir (90). Oysa, hastane gibi herkesin giremeyeceği kapalı bir binadan bunları çalmak, bir çok engeli aşmaya bağlıdır. O yüzden bu kararın yerinde olmadığı açıktır (91). Bu tür eşya olsa olsa herkesin yararına özgülenmiştir (92), ama kamu güvencesine bırakılmamıştır. Çünkü bir başka kararda çok yerinde olarak belirtildiği gibi «bir şeyin kamunun güvencesi altında bulunduğunun kabulü için umumi veya umuma açık bir yerde bırakılmış olmakla birlikte, korunması için ayrıca bir önleme başvurulmamış olması da gerekmesine ve olayda ise, suç konusu yerde bulunan telefon kumbarası olmayıp, kumbaranın içine atılmak suretiyle korunan paralar bulunmasına göre; çalıntı paraların kamunun güvencesine bırakıldığının kabulüne yasal olanak olmadığına ve paraların el ile vurulmak suretiyle kumbaradan çıkartılmış bulunduğu gözetilerek T.C. Yasasının 491/ilk madde ve fıkrasının uygulanması gerektiğine» değinilmiştir (93).

### 2 — Kamu Güvencesine Bırakma Nedenleri

Yukarıda sergilenen anlamda kamu güvencesine bırakılmış şeyler üzerinde hırsızlık işlendiğinde bu bendin uygulanması her zaman olanaklı değildir. O şeyin kamu güvencesine bırakılması görenek ve töre ya da özgüleme ve kullanım gereği olmalı, yani bu konudaki nedensellik bağı kurulmalıdır. Şey başka bir nedenle kamu güvencesine bırakılmışsa açık yerde de olsa bu hüküm uygulanamayacaktır. Tıpkı, görenek gereği bir yerde bulunan herşeyin

(86) Şensoy, s. 109, dipnot 203.
(87) YCGK. 9.10.1933, 190 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 150).
(88) 6.CD. 16.10.1962, 4673/4713 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 146).
(89) 6.CD. 14.12.1972, 8402/8378.
(90) YCGK. 4.10.1937, 142/152 (Şensoy, s. 109).
(91) Şensoy, s. 109.
(92) YCGK. 18.11.1936, 26 (Şensoy, s. 109).
(93) 6.CD. 8.3.1960, 286/2359 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148).

kamunun güvencesinde olmaması durumunda olduğu gibi (95). Yargıtayımız, bu nedensellik bağını çeşitli kararlarda aramıştır (96). Özellikle bir kararda «yasa koyucu eşyanın yeri ve durumu gereği korunması olanaksız durumlarda çalınmasını cezayı artırıcı bir neden olarak benimserken âdet (görenek) gereği ya da tahsis ve istimalleri (özgüleme ve kullanımları) açısından eylemin kamunun güvencesi (umumun tekâfülü) altında bulunan eşyaya karşı işlenmesi koşullarını aramıştır. Şu halde eşyanın genele açık bir yerde bulunması ve özel korunma önlemleri alınmayıp, ancak görenek gereği özgüleme ve kullanımları açısından kamunun güvencesi altında bulunması gerekmektedir» denilmiştir (97). Bir başka kararda (98) da, bu nedensellik açıkça vurgulanmıştır: «sözkonusu eşyanın, görenek ve töre gereği kamunun güvencesine bırakıldığı bilirkişi düşüncesiyle anlaşılmış ve mahkemece de bu fiili sorun böylece takdir kılınmış bulunmasına göre, kamu güvencesine bırakma olgusu ile görenek olgusu arasında nedensellik bağı da kurulmuş bulunmaktadır». Son bir kararında ise Yargıtay, vaktiyle mahalle halkının katılmasıyla dizi dizi dikilen, daha sonra eskidikleri için, demir direk dikilmek üzere sökülüp oldukları yere bırakılmış olan ağaç elektrik direklerinin ne suretle görenek gereği ya da kullanımları ya da özgülenimleri itibariyle kamu güvencesine bırakıldıklarının açıklanmasını istemiştir (99).

Kamu güvencesine bırakma bu iki durumdan biri ile olmalıdır. Bu sayılı ve sınırlı durumlar da, her şeyden önce insan iradesiyle ortaya çıkmaktadır. O yüzden, açık yere ve kamu güvencesine

(94) Antolisei, s. 248; De Marsico, s. 50; Giurati, s. 191; Puglia, s. 140; Manzini, s. 160/248; Erem, s. 1224; Şensoy, n. 144, 6.CD. 14.10.1986, 8035/9069. Güneşlendirmek ve havalandırmak için tarlaya bırakılan ürün bu bende girmez (4.CD. 18.2.1946, 1381/2537-Özütürk, s. 129). Yeni İtalyan Ceza Yasası, bu iki nedene zorunluluk gereğini de ekleyerek üçüncü bir neden daha öngörmüştür.

(95) 6.CD. 25.6.1965, 4012/3926 (Özütürk, III, 1966 s. 125-126); YCGK. 1.10.1962 31/31 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 147).

(96) 6.CD. 23.5.1961, 1323/1335 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 147), 6.CD. 8.2.1977, 693/692 (YKD. 1977, s. 731).

(97) YCGK. 29.3.1976, 139/163 (YKD. 1976, 10, s. 1491/1493).

(98) 6.CD. 3.5.1983, 11953/3944; aynı nitelikte 6.CD. 24.6.1983, 2781/5909.

(99) 6.CD. 1.4.1987, 1861/3366.

(100) Manzini, s. 160/248; Giurati, s. 190. Türk Yargıtayı, ağır olduğu için köy alanına bırakılan baskülü bu bende sokan kararı, gerekçenin açıklanması için bozmuştur (6.CD. 29.12.1988, 11965/14241). Yine Yargıtay, köprü olarak sabitleştirilen ağacı bu bendin dışında tutmuştur (6.CD. 30.9.1986, 3968/8568).

bırakma, şeyin niteliğinden, doğasından ileri gelmişse, kendi koşullarıyla taşınmaz ya da öyle kılınmış olduğundan, çalmaya karşı engelleri varsa (çok boyutlu, hacimli, ağır şeyler gibi) veyahut yukarıda belirttiğimiz gibi şey kavramı dışında kalıyorlarsa (doğal durumdaki taş, toprak, çakıl gibi) bu bende elbette girmeyeceklerdir (100). O yüzden, köy merasında kurumuş ağaçlarla (101), köy tüzel kişiliğine ait koruluktaki ağaçların (102) ve mezarlıktaki dikili ağaçların (103) ve örneğin söğütlerin (104) bu yerlere konulmuş süs eşyasından sayılmayıp ancak özgüleme ve kullanımları nedeniyle kamu güvencesine bırakıldıkları kabul edilmiştir. Bu son örneklerde Yargıtayın, bu ağaçların insan eliyle açığa dikilmesi durumlarının doğal durumlarından önce geldiği düşüncesinden esinlendiği anlaşılmaktadır. Durum tartışma götürmekle birlikte, bu konuda kesin ölçüler getirmenin olanaksızlığı da açıktır. O yüzden, bu göreceli fiili sorunun çözümünde, Yargıtayın da belirttiği gibi, yasal ölçüler içinde kalmak koşuluyla, yargıcın takdirine saygı göstermek gerekecektir (105).

Kamu güvencesine bırakılabilen eşyadan olsa ve böyle bırakılsa bile maliklerin ya da elmenlerin savsamaları, umursamazlıkları, kaprisleri, deneyimsizlikleri gibi nedenlerle, açık yerde çalınan şeyler üzerindeki hırsızlık bu bende giremez (106). Öte yandan umulmayan durum, kaza ve zorlayıcı nedenlerle (mücbir sebep) bir şey açık yere bırakılsa kamunun güvencesinde sayılmamak gerekir (107). Ancak, Roma Mahkemesi 11.4.1985'te, alüvyonla başka yere taşınmış duvar taşının çalınmasını bu bende sokmuştur (108). Odun yapılmak üzere kesilip tarlada bırakılan ağaç (109), köy kıyısındaki kişilere ait ot yığınları (110), çayırdan biçilip taşımak üzere demet yapılan otlar (111), tarlada bırakılsa bile pulluk ka-

(101) 6.CD. 11.12.1962, 5905/5972 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 146).
(102) 6.CD. 19.11.1962, 5972/5948 (Ad. Der. 1965/5, 6, s. 679).
(103) 2.CD. 14.6.1955, 11045/10885 (Özütürk, s. 129).
(104) 2.CD. 21.12.1949, 12034/12775 (Özütürk, 129).
(105) 6.CD. 9.4.1963, 1380/2372 (Özütürk, s. 126); 6.CD. 3.5.1983, 11953/3944.
(106) Carrara, n. 2226; Roma üst. mah. 18.2.1918; İtalyan Yargıtayı, 17.3.1933 (Manzini, 161/314). Türk Yargıtayı, savsama sonucu kamyon üzerinde bırakılan örtünün bu bende nasıl gireceğinin açıklanmasını istemiştir (6.CD. 3.3.1987, 366/3039).
(107) Manzini, s. 161/314.
(108) Manzini, IX, s. 314.
(109) 6.CD. 11.2.1960, 610/2592 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148).
(110) 6.CD. 12.1.1963, 25/139 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 146).
(111) 6.CD. 8.2.1977, 693/692 (YKD. 1977, s. 731).

pağı (112) kamu güvencesindeki eşyadan sayılmamış ve «ihmal ve tedbirsizlikle açıkta bırakılan eşya hakkında bu bent ile benimsenen şiddete nedeninin uygulanamayacağı» belirtilmiştir (113).

Yeni İtalyan Ceza Yasası, 1889 Yasasından farklı olarak, yukarda da değindiğimiz üzere, zorunluluk nedeni ile kamu güvencesine bırakma durumunu da gözetmiştir. Ancak, zorunluluk nedeninin kaynak ve Türk Ceza Yasalarına bütünüyle yabancı olduğu ileri sürülemez. Görenek ya da özgülemede zorunluluk gerekmese (114) bile, zorunluluğun bu iki hali doğurabileceği ve nitekim, kaynak yasanın esinlendiği önceki yasaları yorumlayan mahkeme kararlarında kesin değil, ama yumuşak bir zorunluluk anlayışına başvurulduğu ileri sürülmüştür (115). Dahası, kimi yazarlar, kamu güvencesine bırakmanın görenek ya da özgüleme zorunluluğundan doğması gerektiğine, ancak bu her iki zorunluluğun kesin ve katı olmayıp, doğa, aile gibi koşullarla sınırlı ve görece bulunduğuna değinmişlerdir (116). Kaldı ki, T. Ceza Yasasında «âdet muktezası» (görenek gereği) denilmiştir.

Görenek ya da özgülemenin kamunun güvencesini gerektirip gerektirmediği herkese göre değişir ve bunun takdiri yargıca aittir. Yerel koşullar bu takdirde gözetilmelidir. Gerçekten ülkenin bir köşesinde kamu güvencesinde sayılan şeyler, bir başka kesiminde böyle sayılmayabilirler. Özellikle göreneğin bu konudaki rolü önemlidir (117).

**a) Görenek (âdet)**

Görenekler (âdetler), bir toplumda uyulagelen, genellik ve alışkanlık niteliklerini kazanmış davranış örnekleridir.

Ancak, görenek, yasaya, kamu düzenine ve ahlâka aykırı olmamalıdır. O nedenle suça konu olmuş, edebe aykırı şeyler görenek kavramının dışında kalırlar (118). Ancak burada, Battaglini'nin dediği gibi, teknik anlamda hukuk kaynağı görenekten çok, dürüst olmanın toplumsal duygusuna güvenden kaynaklanan görenek davranışları söz konusudur. İtalyan Yargıtayının 16.1.1950 tarihli kararı bu yöndedir (119).

(112) 6.CD. 13.5.1960, 2706/4386 (Özütürk, s. 128).
(113) 6.CD. 9.4.1963, 2235/2372 (Özütürk, s. 126).
(114) Carrara, n. 223; (Manzini, s. 161/-; Erem, s. 1224; Giurati, s. 191).
(115) Manzini, s. 161/-.
(116) Carrara, n. 225; Puglia, s. 140.
(117) Dönmezer, n. 300; Erem, s. 1224.
(118) Manzini, s. 161/1938, IX, 249.
(119) Manzini, 1984, IX, s. 316.

Görenek genel ya da bir meslek veya sanata özgü olabilir (120). Ancak bu bireysel alışkanlık değildir. Genel nitelik kazanmıştır. Genellikten amaç, evrensellik değil, bir bölüm insanlar için yaplagelen ya da uygulanagelen alışkanlık olmasıdır. Göreneği yaratan ya da yaşatan kişiler çemberinin kapsamını belirlemek olanaksızdır. Bu küçük bir bölge ya da büyük bir kent olabilir. Yeter ki, görenek, uzun yıllar süren bireysel alışkanlıklar dizisinin sonucu ve bir çok irade bunda birleşmiş olsun (121). O nedenle, balıkçıların satamadıkları balıkları kayıkta kamunun güvencesine bırakmalarını bilirkişinin görenek olarak değerlendirmesi yerinde bulunmuş (122), görenekte bireysel alışkanlığın değil, genellik niteliğinin temel olduğu belirtilmiştir (123).

Bundan başka, göreneğin, az çok sürekli olması, bir çok yıllar bir çok kuşaklarca benimsenip belli bir zaman denemesinden geçmesi ve böylece yasaca korunmaya değer görülmesi gerekir. Öyle ki, bu tür görenekler artık bireylerin tekil davranışlarından etkilenmezler (124). Ancak, belli bir davranış hırsızlığı doğuruyor ve bu sıklıkla görülüyorsa, görenekten söz edilemez. Örneğin, bir kentin belli bir yerinde sık sık bisiklet ya da otomobil hırsızlığı olduğunu deneyimler gösteriyorsa, orada kamu güvencesine bırakılmayı doğuran bir görenekten sözedilemez. Buna karşılık, bisiklet hırsızlarının rahatsız etmedikleri bir bölgede bundan konuşulabilecektir (125). O nedenle açıkta yapılmış geçici baraka üzerindeki saçlar (126), eskidikleri için yenileriyle değiştirilerek satılmak üzere yol kıyısına biriktirilen traversler (127), kamu güvencesinde sayılmamışlardır.

Bunlardan anlaşılacağı üzere, görenek ülke çapında ya da yerel olabilir. Gerçekten, aynı tür eşyaların kamunun güvencesine bırakılmaları, bir yerde görenek olmasına karşılık, bir başka yerde olmayabilir (128). Örneğin, kimi bölgelerde, bir dükkâna, eve, büroya vb. yerlere girildiğinde bisikleti bir süre sokakta bırakma

(120) Manzini, loc. cit.
(121) Giurati, s. 191.
(122) 6.CD. 9.2.1960, 4343/1400 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148).
(123) 6.CD. 28.5.1961, 1323/1335 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 147) 6.CD. 8.2.1961 306/301 (Özütürk, s. 128); CGK. 29.3.1976, 139/163 (YKD. 1976-10, 1491).
(124) Carrara, n. 2225; Giurati, s. 191; Dönmezer, n. 300; Manzini, s. 317.
(125) Manzini, s.-/251.
(126) 6.CD. 13.5.1960, 4815/2917 (Özütürk, s. 128).
(127) 6.CD. 3.5.1988, 1913/5652.
(128) Manzini, s. 161/316; Erem, s. 1224; Dönmezer, n. 300; Şensoy, n. 149.

görenek olduğu halde, başka yerlerde bisikleti kilitlemek ya da zincirle bağlamak yahut da bir kişinin gözetimine bırakmak alışkanlığı vardır. Bu sonuncu yerlerde açıkta bırakılan bir bisikletin çalınması, bu bendin uygulanmasını gerektirmeyecektir (129). Yargıtayımız, köy dışındaki çamlar altına arı kovanlarını (130), göl kıyısına kurumak üzere ağ (saka) (131) ve otobüsleri sokakta (132), satılmayan balıkları kayıkta (133), malları pazar yerindeki sergide (134) bırakmanın o yerde genel anlamda yerleşmiş bir görenek olup olmadığının araştırılmasını istemiştir.

Görenek konusunun güçlüklere yol açtığı ileri sürülmüştür (135). Yukarda belirttiğimiz gibi, yollara bırakılan taşıt araçlarının görenek gereği kamunun güvencesinde olduğu İtalyan Yargıtayınca sürekli benimsenen bir görüş olmasına karşılık, taşıt araçlarının içlerine konulan ve fakat insanların yanlarında kolaylıkla taşıyabilecekleri eşya böyle sayılmamıştır (136). Göreneğin görece bir kavram olduğu muhakkaktır (137). O nedenle göreneğin var olup olmadığı her türlü kanıt aracı ile saptanılabilecektir ve bunu suçlama makamı üstlenecektir (138).

İtalyan Yargıtayına ve öğretisine göre, kuruması için sokağa asılan çamaşırlar (139), saman ve kurumak üzere tarlada kalan tahıl yığınları (140), deniz üzerindeki ağlar (141), nehir boyu kıyıda kalan keresteler (142), bir yere yığılmış kömür (143), bir duvar yapımı için açığa kümelenmiş taşlar (144), bağ çubukları, demiryolu boyunca döşeli raylar ve demiryolu gereçleri, yollarda sürücülerin geçici olarak bıraktıkları arabalardaki eşyalar, anıtlara bırakılan

(129) Tersi kararlar 29.1.1957-24.11.1954-20.4.1942; Manzini s. 161/317.
(130) 6.CD. 23.5.1961, 1323/1335 (Özütürk, s. 126).
(131) 6.CD. 2.9.1962, 4131/4130 (Özütürk, s. 127).
(132) 2.CD. 22.1.1948 (Şensoy, n. 149).
(133) 6.CD. 9.2.1960, 4343/1400 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148).
(134) 6.CD. 22.6.1987, 5146/6740; 1.12.1987, 8255/10162.
(135) Antolisei, s. 248.
(136) 27.2.1973, 4.3.1969, karşı içtihat; 12.7.1966 (Antolisei, s. 248).
(137) Erem, s. 1224.
(138) Giurati, s. 191; 16.12.1954, Manzini, s.-/317.
(139) 18.11.1896; 19.6.1922 (Manzini, s. 161/317; Giurati, s. 191; Carrara, n. 2225.
(140) 7.5.1897; 5.3.1923; 9.11.1934; 9.12.1936; ve Catanzara Üst. Mah. 23.4.1936 (Manzini, s. 161/250); De Marsico, s. 50; Carrara, n. 2225.
(141) 12.10.1916 (Manzini, s. 161/317).
(142) 13.12.1903 (Manzini, s. 161/-; Carrara, n. 2225.
(143) 21.6.1901 (Manzini, s. 161/-).
(144) 5.4.1900 (Manzini, s. 161/-).

ayçalar (çelenkler), pazar yerinde sergilenen eşya (145), mağaza dışına bırakılan eşya, kahvehane dışındaki sandalye (146), kırlardaki kovanlar (147) görenek gereği kamu güvencesine bırakılmış şeylerden sayılmışlardır. Kaynak Yasadan önce, kaz, hindi, balık ağı v.s. (148), tarladaki ot demetleri (9.12.1936, 5.3.1923), plaja bırakılmış kayık (17.3.1939) (149) bu hırsızlığa sokulmuşlardır.

Gelenek, ne denli yaygın olursa olsun, kişinin savsaması ya da aldırmazlığıyla değişmemelidir (150). Ancak İtalyan Yargıtayının bu görüşü paylaştığını söylemek güçtür (151).

Buna karşılık Türk Yargıtayı, daha önce belirtilenlerin dışında, köy mezarlığındaki söğütleri (152), köy dışında kuyularda korunan zahireyi (153), cami önünde setlere konulan ayakkabıları (154), köy çeşmesine su getiren oluğu (155), içme suyu yapımında kullanılmak üzere kanal boyunca ve kırda bırakılan büzleri (156), köy kıyısında açıkta noda halindeki samanı (157), kış mevsiminde deniz kıyısına çekilip bırakılan küçük deniz araçlarını (158), bayındırlık idaresinin önünde ve açıktaki kamyondan çalınan lastiği (159), mescit enkazını (160), deniz ve açıktaki balık ağını (161), cami binası malzemesini (162), halkevine ait bahçede bulunan kuyudaki kireci (163), sefere hazır durumda işletme binası önündeki

(145) Majno, n. 1862.
(146) Puglia, s. 140.
(147) Carrara, n. 2226.
(148) Carrara, n. 2224.
(149) Manzini, s. 317.
(150) Manzini, IX, s. 317.
(151) 11.12.1942, 12.1.1981, 2.3.1977, 13.11.1971, 25.3.1976, 23.1.1974, 8.3.1974 (Manzini, IX, s. 317, dipnot: 76).
(152) 2.CD. 21.12.1949, 12034/12755 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 149); karşı içtihat, not n. 171.
(153) 2.CD. 23.2.1943, 753/1239; 1.2.1946, 706/939; 30.1.1954, 803/1294 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 149), 17.9.1953, 803/1294 (Şensoy, s. 112).
(154) 6.CD. 12.11.1963, 5973/5831 (Özütürk, s. 126); 6.CD. 5.5.1983, 3149/4056.
(155) 6.CD. 17.3.1969, 1365/1409 (Dönmezer, n. 300).
(156) CGK. 29.3.1976, 139/163 (YKD. 1976, 10. s. 1491).
(157) 2.CD. 25.11.1944 (Şensoy, s. 111); 6.CD. 11.5.1965, 2738/2798 (Dönmezer, n. 300). Buna karşı içtihat not: 176.
(158) 6.CD. 15.5.1970, 2426/2462 (Dönmezer, n. 300).
(159) 2.CD. 20.4.1941, 2427/3380 (Şensoy, s. 111).
(160) 2.CD. 30.4.1948, 4439/4619 (Şensoy, s. 112), karşı içtihat, dipnot 185.
(161) 2.CD. 24.4.1952, 5417/5222 (Şensoy, s. 112); 6.CD. 19.6.1986, 6008/6772; 14.3.1989, 1195/2341.
(162) 4.CD. 9.3.1945, 5116/5108 (Şensoy, s. 113), karşı içtihat, not: 178.
(163) YCGK. 11.10.1937, 201/156 (Şensoy, s. 113), karşı içtihat not: 178.

kamyonu (164), cami dışındaki namaz kilimini (165) ve köyde yoldaki traktörün aküsünü (166), göl kenarındaki kayıkları (167), pazar yerine bırakılan atı (168), görenek gereği kamunun güvencesinde saymış, köy meydanında köy kooperatifine ait inşaat malzemesini tartışarak bu bende sokan karara katılmıştır (169).

Buna karşılık Yüksek Mahkeme, elektrik akımını (170), meradaki ağaçları (171), tarladaki su motorlarını (172), kişiye ait değirmen arkasındaki ağacı (173), kamyon park yerindeki ağacı (174), inşaat yerindeki demirleri (175), köy kıyısındaki kişilere ait ot yığınlarını (176), PTT. idaresine ait eski ve çürük olup söküldükten sonra yerde bırakılan direkleri (177), köy okulunda kullanılmak üzere 5 km. uzaklıktaki kuyuda bulunan kireci (178), yoldaki otomobili (179), bina dışındaki boruları (180), üreticinin pazar yerine getirdiği buğdayı (181), bedesten kubbesindeki kurşunları (182), selektör makinası üzerindeki muşambayı (183), cami kenarındaki kurşunları (184), köy odası enkazını (185), PTT. idaresine ait yol kıyısına konulmuş boğaz sacını (186), tarlada bırakılan at araba-

(164) YCGK, 3.1.1944, 228/1 (Dönmezer, n. 300).
(165) 2.CD. 15.3.1951, 2630/2670 (Şensoy, s. 113).
(166) 6.CD. 3.5.1983, 11853/3944, karşı içtihat not: 179.
(167) 6.CD. 27.10.1987, 6879/8856.
(168) 6.CD. 7.5.1987, 3022/4739.
(169) 6.CD. 10.3.1987, 300/2359.
(170) 2.CD. 21.12.1949, 12034/12755; 10.1.1951, 40/49 (Erem, s. 1224).
(171) 6.CD. 13.12.1965, 7401/7465; 11.12.1962, 5905/5972; 11.2.1960, 610/2592 (Özütürk, s. 125, 127, 128) Karşı içtihat dipnot: 152.
(172) 6.CD. 25.6.1965, 4012/3926 (Özütürk, s. 126).
(173) 6.CD. 9.7.1963, 3956/3938 (Özütürk, s. 126).
(174) 6.CD. 11.3.1963, 584/613 (Özütürk, s. 126).
(175) 6.CD. 29.1.1963, 584/613 (Akdoğan-Köseoğlu) s. 146) Karşı içtihat not: 162.
(176) 6.CD. 12.1.1963, 25/139 (Özütürk, s. 127) 6.CD. 8.2.1977, 693/692, Dönmezer, n. 300) karşı içtihat, n. 157.
(177) 6.CD. 20.3.1962, 1188/1290 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 147).
(178) 6.CD. 30.1.1960, 3980/1048 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148) karşı içtihat not: 163.
(179) 6.CD. 7.1.1960, 2827/78 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 149) karşı içtihat, dipnot: 166; eleştiri: Dönmezer, n. 300.
(180) 6.CD. 6.1.1960, 2839/31 (Özütürk, s. 129).
(181) YCGK. 8.11.1954, 149/149 (Özütürk, s. 129).
(182) YCGK. 20.3.1944, 63/64 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 149).
(183) 1.CD. 7.2.1961, 306/301 (Dönmezer, n. 300).
(184) 4.CD. 9.4.1945, 6116/5109 (Dönmezer, n. 300); 2.CD. 14.5.1949, 5148/4923; 2.CD. 27.2.1951, 2217/2101 (Şensoy, s. 113).
(185) 6.CD. 31.12.1963, 6696/6788 (Dönmezer, n. 300) karşı içtihat not: 160.
(186) 6.CD. 28.6.1971, 4055/4102 (Dönmezer, n. 300) karşı içtihat, not: 156.

sını (187), sokakta bırakılmış arabadan bir farkı olmayan deniz kıyısındaki motörü (188), görenek gereği kamu güvencesine bırakılan eşyadan saymamıştır.

Görülüyor ki, Yargıtayımız görenek gereği kamu güvencesine bırakılmış eşyanın sınırını oldukça dar tutmaktadır. Zaman zaman görülen ve dipnotlarda değinmeye çalıştığımız çelişkiler de bu titizliğin sonucudur. Kanımızca, bu kavramı mekanik toplumdan dayanışmalı bir toplum yapısına evrilmekte olan, çağını yakalamaya çalışan ve mülkiyete saygıyı uygarlaşmanın bir simgesi sayan Türkiyemizde daha geniş tutmak ve cezai korumayı yaygınlaştırmak zorunludur.

**b) Özgüleme (tahsis)**

Kamu güvencesine bırakmanın ikinci bir nedeni de «şeyin özgüleme ve kullanımıdır». Görenek olmadığı takdirde, özgüleme ve kullanım olup olmadığına bakılacaktır.

Kaynak Yasada, yalnızca özgülemeden söz edilmesine karşılık, Yasamızda bunun yanına bir de «kullanım» sözcüğü eklenmiştir. Ancak, özgüleme zorunlu olarak bir şeyin kullanımına içkin bir nedenden doğar. Malik ya da elmenin iradesi de çokluk o şeyin bu kullanımı doğrultusunda gelişir. Çünkü, şey kullanımına göre özgülenecektir. Yani o kullanım olmadıkça o şey varlık nedenini, malik ya da elmenine olan hizmeti büyük ölçüde yitirecektir (189). Görülüyor ki, özgüleme, «kullanım» doğrultusunda olacağından, bu sözcüğün maddeye eklenmesi, yeni bir öğe getirmemiş, hırsızlığın bu türüne daraltıcı ya da genişletici bir etkide bulunmamıştır. Bir artık söz (tekrîr, pléonasme) olmasa bile belli bir oranda, anlamı açıklamaya ve güçlendirmeye yaramıştır, o kadar (190).

Ancak, malik ya da elmenin iradesinin özgülemedeki işlevi konusunda tartışma çıkmıştır. Manzini «makul irade» ölçüsünü ortaya atmış, makul olmayan iradenin hukukça gözetilemeyeceğini, şeyin durumu, konumu ile kullanımı arasında olağan bir ilişki kurulması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu yazara göre özgülemenin, şeyin doğal yapısında içkin olması gerekmez. 1889 tarihli yasa «özgüleme amacı ile» bu durumda olan şeylerden söz ederek, belki

(187) 4.CD. 11.4.1946, 4173/4762 (Şensoy, s. 113); 6.CD. 13.5.1960, 2707/4368 (Şensoy, s. 1114).
(188) 4.CD. 28.1.1947, 917/1104 (Şensoy, s. 114).
(189) Giurati, s. 192; Manzini, s. 162/318.
(190) Şensoy, n. 150.

salt nesnel biçimde bir özgülemeden söz etmeyi zorunlu kılan bir kuşkuya izin vermektedir. Ancak, yeni Yasada elmence şeyin özgülenmesi ön plana çıkmıştır. Kısaca eski Yasanın anlatımından nesnel bir ölçüye başvurmak zorunlu görünmektedir. 1910 tarihli Bakan Scialoja'nın tasarısında da bu vurgulanmıştır. Şeyin doğası kadar, insanın ondan yapmayı tasarladığı kullanım nedeni de önemlidir. Bununla birlikte özgülemenin şeyin doğasında içkin olması zorunlu değildir. Elverir ki, malikin ya da elmenin, o şeyi kullanırken kamunun güvencesine bırakmaktan başka çaresi olmasın (191).

Bir başka görüşe göre, Manzini'nin «makul irade» ölçüsü benimsenemez. Çünkü yasa, malikin basit iradesini yeterli görmemiştir. Özgüleme, ya bir zorunluluk ya da evrensel olarak benimsenmiş bir yararlılıkla yönlendirilmiş olmalıdır. Ancak, bu ölçünün kesin ve katı olmayıp görece bir objektiflik taşıdığı unutulmamalıdır. O nedenle ilkin şeyin özel bir özgülenmesi ve kullanımı olup olmadığı (örneğin, pulluk gibi) araştırılmalı; eğer birden çok kullanım olabiliyorsa, malikin elinde ve belli bir kullanımda en yararlı olanı gözetilmelidir. Sözgelimi, malikin, müşterilerinin buyruğunda ve kahvehanenin dışına bir masa koyması gibi (192).

Bendin uygulanmasında ve yorumunda bu genel ölçü ve düşüncelerin yardımcı olduğuna kuşku yoktur. Ancak, yasa eski yasalar gibi örnekleme bir saymada bulunmadığına göre yargıcın ihtiyatlı ve özenli olması (193) ve bizce şeyin doğası ve konusu kadar, malik ya da elmenin şeyin doğasına ters düşmeyen iradesini de gözetmesi yerinde olacaktır. Örneğin, deniz banyosu yapılırken kıyıya bırakılan giysiler böyle sayılmazlar (194). Ama anıtlara konulan ayçalar (çelenkler), balık avlamak için denize bırakılan ağlar (195) bu bende girerler. Ayrıca, yol kıyısına yığılmış taş ve çakıllar, şişmesi için deniz, göl ya da nehirlere bırakılan fıçılar, asfalt fıçıları, şantiye, bina yapımı için bırakılan gereçler, bir tarlada bırakılmış araçlar ve toplanmış gübre gibi şeyler, özgüleme açısından kamunun güvencesine bırakılmışlardır (196).

(191) Manzini, s. 162 ve dipnotlarındaki 11.4.1989, 21.6.1901 ve 14.7.1913 tarihli kararlar, Şensoy, n. 150, De Marsico, s. 50.
(192) Giurati, s. 192.
(193) Puglia, s. 140.
(194) Puglia, s. 140.
(195) 3.6.1893, 18.10.1916 (Manzini, s. 162/318.
(196) Antolisei, s. 248; De Marsico, s. 50; Manzini, s. 162/318: Şensoy, n. 150.

Görülüyor ki, örneklerin sergilediği üzere, özgüleme ve görenek kimileyin aynı şeyde birlikte bulunabilmektedirler. Bu takdirde o şeyin bu bende girmesi için kuşkusuz bunlardan birinin bulunması yeterli olacak, ancak bu durum ayrıca bir yasal artırma nedeni olmayacaktır. Kuşkusuz, cezanın takdirinde yargıcın bunu değerlendirmemesi için bir neden yoktur.

Yargıtayımız, PTT. idaresine ait telgraf direğini (197), tapınağın dışındaki pencere demirlerini (198), telefon ve elektrik tellerini (199), Devlet Demiryolları yapımında kullanılmak üzere hat boyunca bırakılan travers demirlerini (200), mezarlıktaki dikili ağaçları (201) yol üzerindeki trafik levhalarını (ki olayda testere ile kesilmişlerdir) (202), tepe üzerindeki televizyon yansıtıcısını (203) özgüleme nedeniyle kamunun güvencesine bırakılmış şeylerden saymıştır. Buna karşılık köy mezarlığındaki söğütleri hem özgüleme ve hem de görenek gereği kamu güvencesinde (204) kabul eden Yargıtay, söküldükten sonra o yerde bırakılan PTT. idaresine ait eski ve çürümüş direkleri (205) ve köy okulunda kullanılmak üzere beş kilometre ötede bulunan kuyudaki kireci (206), hem özgüleme ve hem de görenek gereği böyle saymamıştır.

## IV — PSİKOLOJİK ÖĞE

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için özel ve genel kast birlikte olmalıdır. Ancak, failin görenek ya da özgüleme gereği kamunun güvencesine bırakılmış şeyleri çaldığını bilmesi zorunlu değildir. Çünkü bu bırakma, fiili bir durum olduğundan herşeyden

(197) 2.CD. 20.4.1941, 2427/3380 (Şensoy, s. 111); 6.CD. 25.1.1990, 9256/351. Bu son kararda, elektrik döşemek için yol kenarında bırakılan direklerin bu bende girip girmeyeceğinin tartışılması istenilmiştir.

(198) 4.CD. 15.1.1946, 13211/416 (Şensoy, s. 111).

(199) 6.CD. 9.7.1963, 3944/3916 (Özütürk, s. 126); 27.11.1962, 5637/5729 (Özütürk, s. 127); 6.CD. 26.9.1968, 4726/4871; 3.CD. 21.9.1968, 13690/17773 (Dönmezer, n. 300); 6.CD. 10.4.1961, 952/942 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 147).

(200) 6.CD. 19.3.1960, 4815/2917 (Şensoy, s. 114); 6.CD. 2.5.1988, 3318/4420; 26.6.1989, 5285/6310.

(201) 2.CD. 14.6.1955, 11045/10885 (Özütürk, s. 129).

(202) 6.CD. 16.1.1990, 9203/48. Aynı doğrultuda, polisin denetimi için kapağı açık bırakılan trafik lâmba kutusunun içindeki lâmbaları kamunun güvencesinde sayan mahkeme kararı onanmıştır (6.CD. 20.2.1990, 10107/1047).

(203) 6.CD. 4.4.1989, 2269/3224.

(204) 2.CD. 21.12.1949, 12034/12755 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 149).

(205) 6.CD. 20.3.1962, 1188/1290 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 147).

(206) 6.CD. 30.1.1960, 3980/1048 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148).

önce bunda yanılma söz konusu olmaz. Yanılgı olsa bile, suçlu başkasına ait bir şeyi aldığını bildiğinden, suç kastı bundan etkilenmez. İkinci olarak da, özgüleme ve görenek, suçlanabilirliğin (isnadiyetin) öznel koşulu değil, daha enerjik olması istenilen cezai korumanın nesnel koşuludur. Hırsız, bu suçu iradi olarak işlediğinde, yasaca korunan durumu çiğnediğinden, ağırlaştırıcı neden ona uygulanacaktır. Üstelik madde şeylerin belli türünü değil, kamunun ve dolayısıyla o kamunun içinde yaşayan failin güvencesine bırakılmış bir şeyi çalmayı cezalandırdığından, o şeyin türünde yanılmadan da söz edilemeyecektir (207).

(207) Manzini, s. 163.