

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

ZİLYETLİK SUÇLARI

POSSESSION OFFENCES

Gözde KAZAKER BOZKURT*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1262677](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1262677) 

Şimdiye kadar Türk ceza hukuku öğretisinde neredeyse hiç ele alınmamış konulardan biri olan zilyetlik suçları, sırf belli bir şeyin zilyetliğinin yani bir şeyi elde bulundurmanın cezalandırıldığı suç tiplerini ifade etmektedir. Düşünülenin aksine oldukça yaygın olan zilyetlik suçları, günümüzde kanun koyucuların mutad bir aracı olarak da kabul görmüştür. Hem temel ceza kanunumuzda hem de özel ceza kanunlarımızda yer alan bu suçlar, suç teorisi ve ceza hukuku dogmatığı açısından zorlu temel sorunlara sebebiyet verebilecek bir mahiyete sahiptir. Çalışmamızda, öncelikle zilyetlik suçu kavramı ortaya konulmuş, bu suçların suç teorisi bakımından sergilediği özellikler üzerinde durulmuştur. Zilyetlik suçlarının sınıflandırılmasına ve ihdas edilme sebeplerine ilişkin yapılan açıklamaların ardından, bu suçların çağdaş ceza hukukunun temel prensiplerinden olan fiil ve kusur ilkeleri karşısında yapısı itibarıyla mümkün olup olmadığı sorunu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Fiilen Elinde Bulundurma, Zilyetlik, Durum Suçları, Statü Suçları, Fiil ve Kusur İlkeleri.

* **Dr. Öğr. Üyesi.** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı /ADANA, **e-posta:** gozdekazaker89@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-3086-1085 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1262677

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

ABSTRACT

Possession offences, one of the subjects that have almost never been examined in the Turkish Criminal Law Doctrine, refer to the types of offences in which the mere possession of things or objects is punished. Contrary to what is thought, possession offences, which are quite common, have also been accepted as a habitual tool of legislators today. These offences, which are included both in our penal code and supplementary penal provisions, pose challenging fundamental issues regarding crime theory and criminal law doctrines. In our study, first of all, the concept of possession offence has been put forward and the features of these offences in terms of crime theory have been emphasised. Following the explanations on the classification of the possession offences and the reasons for their creation, the problem of whether these offences align with the structural requirements of the principles of act requirement and culpability, which are among the basic principles of contemporary criminal law, have been discussed.

Keywords: Safekeeping, Possession, Offences Criminalising States (of Being), Status Offences, The Principles of Act Requirement and Culpability.

EXTENDED ABSTRACT

This study deals with possession offences that criminalise the mere possession of things or objects. Although this subject poses challenging fundamental issues regarding crime theory and criminal law doctrines, it is evident that it lacks sufficient emphasis in the Turkish Criminal Law Doctrine. Similarly, German-speaking countries do not give significant attention to this subject in their current criminal law doctrines. As a matter of fact, the resource problem we encountered while carrying out our study justifies these arguments. The primary aim of this study is to lay the groundwork for future studies on this subject in the Turkish Criminal Law Doctrine by revealing the concept and the features of possession offences from the crime theory perspective.

In the first part of this article, the concept of 'possession' is described. Possession, as one of the civil law concepts in criminal law, also has a function in possession offences. However, even in civil law doctrine, this concept remains controversial. With the reflections of this on the criminal law doctrine, 'safekeeping' has emerged as a new concept in criminal law that does not align precisely with the concept of possession. This study also delves into the description of this concept. It is concluded that both of these concepts express a relationship of dominance or control between a person and a thing. Furthermore, this section examines the concept of 'possession offence', along with the definitions and formulations of such offences. In this regard, it becomes apparent that these offences can be formulated in many different ways, utilizing phrases like 'to possess' or 'possession', although these terms are not always necessary. Other terms which mean to have actual dominance or control over a thing, may also be preferred. However, the qualification of an offence as a possession offence does not depend on the specific wording chosen by the legislators. The point

that characterises these offences is that possession of things constitutes the conduct element of the offence. In this context, not every offence involving the possession of things as an element can be qualified as a possession offence. In addition, the types of offences that punish the acquisition of possession, are not covered by the possession offences.

In the second part of the study, firstly, proceeds with the classification of possession offences. Although different classifications can be made regarding these offences, the following two distinctions are generally emphasized: The distinction between pure-limited possession offences and the distinction focused on the dangerousness of the objects possessed. Also, in this part, possession offences in Turkish and German criminal law legislation are illustrated. Contrary to the academic negligence shown by the criminal law doctrine of both countries, these offences are frequently preferred by their legislators. Clearly, valid reasons are driving this decision. Within this context, another subject included in the second part is the rationales behind the creation of possession offences. Explanations are made regarding the reasons for the creation of such offences as being an effective tool of preventive criminal law, the facilitation of criminal prosecution, and fulfilling the requirements of international legal regulations.

The discussions on possession offences in comparative law focus on two points. Firstly, there is a consideration of predating criminal responsibility through possession offences, which are an effective tool of preventive criminal law. Possession offences result in the imposition of the penalty related to the completed offence for situations that, at best, constitute an early preparatory stage. Secondly, the question arises as to whether the mere possession of a thing (object, substance) should be punishable. When possession is described as a domination or control relationship between a person and a thing, the problem of how to reconcile possession offences with the fundamental principles of a liberal criminal law, in particular the principles of act requirement and culpability arises. In the third part of this study, this second problem is mainly focused on, and it is inquired into the structure of possession offences in the light of the perspectives in Turkish and German Criminal Law Doctrines. The prevailing stance in German doctrine argues that these offences penalise not a state but rather causal conduct, namely the bringing about and maintenance of such state. In our opinion, possession is a state of being modelled on the relationship between person and object. At this point, in accordance with the letter of the law, it is even possible to classify as offences criminalising states of being. However, embracing such criminal responsibility within contemporary criminal law poses challenges in terms of compatibility with the principle of act requirement. Consequently, it is imperative to emphasize that possession within the realms of private law and criminal law cannot be equated under any circumstances. On the basis of the principles of a liberal criminal law, the possession offence must be construed as necessitating causal conduct as a connecting factor for criminal liability, so that ultimately the bringing about and maintenance of a relationship is punished.

GİRİŞ

Zilyetlik suçları (=Besitzdelikte), mahiyeti itibarıyla başlangıçta şaşırtıcı olabilir. Zira zilyetlik suçları, ceza hukukunda alışık olduğumuz şekilde, zilyedin korunması ile ilgili değildir; aksine zilyedin cezalandırılabilirliğine ilişkin bir hususu ifade etmektedir. Bu suçlar aracılığıyla ceza hukuku, adeta malvarlığına karşı suçlarla bireylere özel alanında sağladığı korumanın bir karşılığı olarak, yine aynı alanda belirli şeylerin (nesne, madde) bulundurulmasından bireyleri sorumlu tutmaktadır¹.

Genellikle salt bir şeyin zilyetliğinin yani bir şeyi elde bulundurmanın cezalandırıldığı suç tipleri şeklinde tanımlanan zilyetlik suçları, modern kanun koyucuların bir icadı olarak nitelendirilemez. Uyarıcı etkiye sahip olan maddelerin (*venenum, venus, venustus*) bulundurulmasının cezalandırıldığı uygulamalarla Roma hukukunda da karşılaşılmaktadır². Ortaya çıkışı bu kadar eskilere dayanan zilyetlik suçları, günümüzde kanun koyucuların mutlak bir aracı olarak da kabul görmüş olmasına rağmen bu suç tiplerinin dogmatikliğine, suç teorisi bakımından sergilediği özelliklere ve elde bulundurmanın cezaya değerliğine ilişkin tartışmalar çok da eski değildir. Bu noktada gösterilen akademik ihmalin nedenlerinden biri, en önemli zilyetlik suçlarının dogmatik olarak genellikle ikinci planda kalan *yan ceza hukuku*³ kapsamında düzenlenmesi olabilir⁴.

¹ Benzer yönde Gudrun Hochmayr, *Strafbarer Besitz von Gegenständen, Zur Reichweite der Strafdrohungen für den (bloßen) Besitz von Waffen, Suchtmitteln, Kinderpornographie, etc.*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2005, s. 65.

² Lex Cornelia de sicariis (et veneficis) (M.Ö. 81), zehirleyene ek olarak üçüncü bir kişiyi öldürmek amacıyla zehri buldurana da ölüm cezasıyla cezalandırmaktadır (Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, 1899, s. 636); Ken Eckstein, *Besitz als Straftat*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 133, Duncker & Humblot Verlag, 2001, s. 22; Ken Eckstein, “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte-EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117(1), 2005, s. 107; Friedrich-Christian Schroeder, “Besitz als Straftat”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11, 2007, s. 444; Jan Baumann, *Besitz an Daten, 184b Abs. 4 StGB im Lichte neuer Medien*, 1. Auflage, Schriften zum Strafrecht, Band 279, Duncker & Humblot Verlag, 2015, s. 28.

³ (=Nebenstrafrecht). Yan (talî, fer’î, tamamlayıcı) ceza hukuku: Ceza hukukunun kapsamı, temel ceza kanununu aşmaktadır. Hukuk düzeninin tüm alanlarından, içerdikleri belirli hükümlerin ihlalini cezalandıran çok fazla sayıda kanun bulunmaktadır. Ceza kanunu haricinde, özel kanunlarda yer alan ceza hükümlerinin tümünü ifade eder (Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen- Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1, kn. 7, s. 4).

⁴ Hochmayr, s. 3.

Hem karşılaştırmalı hukukta hem de hukukumuzda kanun koyucuların çeşitli gerekçelerle büyük rağbet gösterdikleri bu suç tipleri, temel ceza kanunlarında ve özel ceza kanunlarında yer almakta ve genellikle patlayıcı madde, uyuşturucu madde, tıbbi ilaç, silah ve pornografik içerikler kapsamında karşımıza çıkmaktadır⁵.

Zilyetlik suçlarına ilişkin olan çalışma konumuzun fikri alt yapısının oluşturulmasında asıl etken, söz konusu suç tiplerinin suç teorisi ve ceza hukuku dogmatikliği açısından zorlu temel sorunlara sebebiyet verebilecek mahiyetidir. Zira zilyetlik suçları, karşılaştırmalı hukukta esasen iki yönüyle eleştirilmektedir: Bu eleştirilerden ilki, zilyetlik suçlarının cezalandırılabilirliği öne çeken, ceza hukukunun müdahalesini *zaman itibarıyla* genişleten düzenlemeler olmasına yöneliktir. İkincisi ise ceza hukukunun zilyetlik gibi salt bir durumu değil, sadece icra ve ihmâl şeklinde bir insan davranışını suç sayabileceği noktasına ilişkindir⁶. Esasen bu ikinci tartışma kapsamında da zilyetlik suçları, çalışmamıza konu olmuştur. Çalışmanın kapsamı bu şekilde sınırlandırılmış olmakla birlikte, en azından ilk tartışmanın neyi ifade ettiğine burada kısaca değinilmesinde yarar vardır: Önleyici ceza hukukunun etkin bir aracı olan zilyetlik suçlarında cezalandırılabilirlik öne çekilmektedir⁷.

⁵ Schroeder, s. 444. Zilyetlik suçlarının Türk Ceza Kanunu’ndaki en bilinen örneklerini m. 174, m. 186, m. 188/3,7, m. 191, m. 193, m. 197/1 ve m. 199/1, m. 200, m. 226/3, 4, m. 297 ve m. 339 oluşturmaktadır. Özel ceza kanunlarında ise 2521 sayılı Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanun m. 11/2; 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun m. 12/1, m. 13/1,3,4, m. 15/1,3; 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 3/11,12,13,14,15,16,18,20’de zilyetlik suçlarının düzenlendiği söylenebilecektir.

⁶ Claus Roxin, “Besitzdelikte”, Đorđe Ignjatović (Ed.), *Stanje Kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, II Deo*, Pravni Fakultet Universiteta u Beogradu, 2008, s. 10; Carlos Viveiros, “Wider die Zustandsdeliktassfassung der Besitzdelikte”- Zugleich ein Beitrag zur verhaltensbezogenen Dogmatik der Besitzstrafataten, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 133(1), s. 35-36.

⁷ *Bu yönde bkz.* Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer Verlag, 2015, § 2, kn. 23; Wolfgang Mitsch, “Terrorbekämpfung durch Strafrechtssvorverlagerung”, *Vortrag auf der dritten Internationalen rechtsvergleichende Konferenz an der Universität Potsdam am 16. Dezember 2014*, <https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-mitsch/Vorträge/Deutsch-russisches_Kolloquium2014.pdf>, Erişim Tarihi 4 Haziran 2021, s. 4; Walter Gropp, “Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit”, Arndt Sinn, Walter Gropp, Ferenc Nancy (Hg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*, Universitätsverlag Osnabrück, s. 103; Sebastian Abel, *Besitzdelikte im deutschen und US-amerikanischen Strafrecht*, Shaker Verlag, 2016, s. 2; Bernd Hecker, “Ist das bloße Aufrufen kinderpornografischer Dateien strafbar?”-Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg v. 15.2.2010- 2-27/09 (REV), NJW 2010, 1893, *Studentische Zeitsc-*

Zira zilyetlik suçları, en iyi ihtimalle erken hazırlık aşaması teşkil eden ve bu nedenle genellikle sadece kişinin kendi kendini tehlikeye atması şeklinde sonuç doğuracak bir durumu önlemek üzere, hukuk devleti ilkesine aykırı bir şekilde tamamlanmış suça ilişkin cezanın uygulanması sonucunu doğurmaktadır⁸. Kimseye zarar vermeyen salt bir şeyi bulundurmanın tamamlanmış suç şeklinde düzenlenmesi, ilk bakışta kolaylıkla anlaşılabilir değildir⁹.

Zilyetlik suçlarına ilişkin ortaya çıkan ve çalışmamızın ağırlık noktası olan ikinci tartışma ise esas itibarıyla çağdaş ceza hukukunun temel prensiplerinden olan fiil ve kusur ilkelerine dayanmaktadır. Suç teşkil eden haksızlığın esasını bir fiilin oluşturmasına ilişkin gerekliliği ifade eden fiil ilkesi kapsamında, zilyetlik suçlarında bir fiilin bulunup bulunmadığı, cezalandırılabilirliğin icra veya ihmal şeklinde bir insan davranışıyla ilişkilendirilip ilişkilendirilmediği, zilyetlik suçlarının salt bir durumun cezalandırmasından ibaret olup olmadığı tartışılmaktadır. Dolayısıyla zilyetlik suçlarının ceza hukukunun en tartışmalı kavramlarından birini teşkil eden “fiil¹⁰” kavramına kadar uzanan bir boyutu olduğu söylenmelidir. Yine zilyetlik suçlarında sırf bir

hrift für Rechtswissenschaft, 1, 2011, s. 150; Viveiros, s. 35. Zilyetliğin cezalandırılmasında, klasik zarar-netice suçlarına nazaran çifte bir öne çekme (*doppelte Vorverlagerung*) olduğu görüşü için bkz. Schroeder, s. 445. Kısıtlayıcı bir davranış unsuru (önemli adım, fiziksel yakınlık veya başka herhangi bir sınırlayıcı ölçüt) gerektirmediği belirtilen zilyetlik suçları, *çifte/iki yönlü (doubly) tamamlanmamış (noksan, eksik) suçlardır [inchoate (incomplete) offences=einleitende Straftaten]*. Zira bu suçlar, *adi/alelade (ordinary) tamamlanmamış suçlara* kıyasla zarar aşamasından bir adım daha uzaktır. *Bu hususta bkz.* Kai Ambos, “Possession as a Criminal Offence and the Function of the Mental Element: Reflections from a Comparative Perspective”, Suzannah Linton, Gerry Simpson, William A. Schabas (Ed.), *For the Sake of Present and Future Generations, Essays on International Law, Crime and Justice in Honour of Roger S. Clark*, Koninklijke Brill NV, 2015, s. 397. Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gözde Kazaker Bozkurt, “Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi- Kavram, Nedenleri, Görünüm Şekilleri (Alman Ceza Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(1), 2022, s. 241-288.

⁸ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 10. Zilyetliğin genellikle suç için yapılan hazırlıkların bir parçası olduğu yönünde bkz. Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016, § 6, kn. 60.

⁹ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 9.

¹⁰ Ceza hukuku doktrininde “fiil (=Tat)” kavramını ifade etmek üzere, “hareket (=Handlung)” ve “davranış (=Verhalten)” kavramları da kullanılmaktadır. Çalışmada, fiil, hareket ve davranış kavramlarının kullanımı konusunda, mutlak bir tercihte bulunulmamış; kavramlar, birbirlerinin yerine kullanılmıştır. Kavramların sözlük anlamı, doğa ve sosyal bilimlerde ve çeşitli bilim disiplinlerinde üstlendiği anlam konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Selman Durun, *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi*, Seçkin Yayıncılık, 2021.

durumun cezalandırıldığının kabulü hâlinde, hareket veya hareket imkânından vazgeçilmesi şeklinde bir sonucun mümkün görülmesi, kusur ilkesi açısından sorun arz etmektedir. Bu noktada, bu suçların fiil ve kusur ilkeleri ile uyumlu olup olmadığı ve yapısı itibarıyla mümkün olup olmadığı irdelenmesi gereken sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Zilyetlik suçlarının dogmatığının, suç teorisi bakımından sergilediği özelliklerin ve ihdas edilmesindeki sebeplerin incelenmesinin yanı sıra, fiil ve kusur ilkeleri bağlamında zilyetlik suçlarının yapısına ilişkin ortaya çıkan sorunların ve çözümlerinin karşılaştırmalı hukuk eserleri dikkate alınarak ortaya konulması çalışmamızın temel amaçlarını oluşturmaktadır¹¹. Bu nedenle öncelikle, zilyetlik, fiilen elinde bulundurma ve zilyetlik suçu kavramları ele alınacak (I.), ardından zilyetlik suçlarının sınıflandırılmasına ve ihdas edilme sebeplerine (II.) değinilecektir. Bu bölümlerin devamında, fiil ve kusur ilkeleri karşısında zilyetlik suçlarının yapısı itibarıyla mümkün olup olmadığı sorunu (III.) irdelenecektir. Çalışmanın sonuç bölümünde ise mesele tüm yönleriyle Türk Hukuku bakımından tahlil edilecektir.

I. ZİLYETLİK, FİİLEN ELİNDE BULUNDURMA VE ZİLYETLİK SUÇU KAVRAMLARI

A. Zilyetlik ve Fiilen Elinde Bulundurma Kavramları

Esasen bir medeni hukuk kurumu olan zilyetlik (=Besitz), kavram ve hukuki niteliği bakımından, özel hukuk doktrininde oldukça tartışmalı bir meseleyi oluşturmaktadır¹².

Türk Medeni Kanunu (TMK)¹³, 973. maddesinin birinci fıkrasında, “Bir

¹¹ Türk ceza hukuku öğretisinde neredeyse hiç ele alınmamış olan çalışma konumuza ilişkin incelememizi, Alman ceza hukuku öğretisi ile sınırlı tutacağız. Konuya ilişkin olarak, Alman ceza hukuku öğretisindeki tartışmaların da çok eski olmadığı ifade edilmelidir. Zilyetlik suçlarının ve bu suçlara ilişkin tartışmaların kökeni, aslında müşterek hukuk (*Common Law*) sisteminin geçerli olduğu ülkelerde “*possession offences*” başlığı altında bulunabilir. Alman ceza hukuku öğretisinde yer alan tartışmalar ise Anglo-Amerikan hukukundaki bu tartışmaların bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte çalışmamızda, ülkemizle aynı hukuk sisteminin geçerli olduğu bir ülke olan Almanya üzerinden konunun ele alınması tercih edilmiştir.

¹² Rona Serozan, *Eşya Hukuku I*, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2014, s. 107; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017, s. 46; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 68; Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, Cilt I, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989, s. 36.

¹³ 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, (RG. 08.12.2001-24607).

şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse, onun zilyedir” diyerek, zilyetlik kavramını doğrudan doğruya tanımlamamış¹⁴, kazanılması yoluyla açıklamaya çalışmıştır¹⁵. En basit olarak zilyetlik, “bir kimsenin bir şey üzerindeki fiili hâkimiyeti” olarak tanımlanabilir¹⁶. Hâkim görüşe göre zilyetlik, bir kişinin bir şey üzerinde iradi olarak kurmuş olduğu fiili hâkimiyet durumudur¹⁷. Bu çerçevede, zilyetliğin “fiili hâkimiyet (corpus)” ve “zilyetlik iradesi (animus)” olmak üzere iki alt unsurdan oluştuğu genellikle kabul edilmektedir¹⁸.

Özel hukukta zilyetliğin hukuki niteliği konusunda ileri sürülen görüşler ise üç grupta toplanabilir: Zilyetliğin fiili bir durum¹⁹ olduğunu savunanların yanı sıra, bir hak²⁰ ve hukuki bir durum²¹ olduğu yönünde görüşler de mevcuttur.

“Zilyetlik kavramının üstündeki karanlık²²” tabiriyle medeni hukuk doktrininde yer alan tartışmalar, ceza hukuku öğretisinde de farklı bir boyut kazanmaktadır. Zilyetlik kavramının yukarıda yer verilen tanımına ilişkin olarak medeni hukukun ve ceza hukukunun birbiriyle bağdaştığı ifade edilmekle birlikte²³, bu iki hukuk dalında zilyetliğin aynı gereklilikleri

taşınmasına rağmen hiçbir şekilde eşit tutulamayacağı da savunulan görüşler arasındadır²⁴.

Zilyetliğin medeni hukukta yalnızca fiili bir durum değil, hukuki bir durum olarak da nitelendirilmesi, ceza hukukçularının malvarlığına karşı suçlarda zilyetlik kavramına verilen anlam konusunda farklı bir arayışa girmelerine neden olmuştur²⁵. Zira ceza hukukunda zilyetlik kavramına verilen anlam, öncelikle malvarlığına karşı suçlarda, fiilin hırsızlık mı, güveni kötüye kullanma mı yoksa dolandırıcılık mı olduğu belirlenirken önem taşır²⁶. Bu noktada, Alman ceza hukuku doktrininde hırsızlık suçunda, başkasına ait taşınır eşyanın alınması unsuru (*die Wegnahme*) belirlenirken, Alman Medeni Kanunu’nun 854 ve devamı maddeleri anlamında zilyetlikten yola çıkılmamaktadır. Burada, dilimizde “fiilen elinde bulundurma” olarak ifade edilebilecek “Gewahrsam²⁷” kavramını kullanan Alman ceza hukukçuları, bunun zilyetlikle örtüşmediğini vurgulamaktadır²⁸.

Fiilen elinde bulundurma, Alman ceza hukuku doktrininde hâkim görüş tarafından, gerçek kişinin bir şey üzerinde doğal bir egemenlik iradesine

¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 47; Gökhan Antalya/Murat Topuz, *Eşya Hukuku*, Cilt: IV/1, Marmara Hukuk Yorumu, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 189. Bu maddeyi karşılayan hüküm, kaynak İsviçre Medeni Kanunu m. 919/1’de yer almaktadır. Alman Medeni Kanunu’ndaki benzer düzenleme için bkz. m. 854/1.

¹⁵ Antalya/Topuz, s. 189.

¹⁶ Gerhard Köbler, *Juristischer Wörterbuch, für Studium und Ausbildung*, 16., neuarbeitete Auflage Verlag Franz Vahlen, 2016, s. 60; Julian Fuchs, “Besitz”, Klaus Weber (Ed.), *Weber kompakt, Rechtswörterbuch*, 7. Edition, Verlag C. H. Beck, 2022.

¹⁷ Schroeder, s. 448. Mal (eşya) üzerinde iradi olarak fiili hâkimiyet kuran kişiye zilyet denir. *Tanım için bkz.* Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, C. I, Beta Yayınevi, 2017, s. 309, dn. 8.

¹⁸ Ambos, s. 399; Abel, s. 8; Baumann, s. 61, 65; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 39; Serozan, *Eşya*, s. 102; Ayan, s. 68; Antalya/Topuz, s. 194; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, Beta Yayınevi, 2018, s. 109. Zilyetlik iradesinin gerekli olmadığı yönünde aksi görüş için bkz. Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 33.

¹⁹ Serozan, *Eşya*, s. 107; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 37.

²⁰ *Fiili durumun yanında, bundan doğan bir de zilyetlik hakkı bulunduğu yönünde bkz.* Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 121.

²¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 52; Ayan, s. 75; Antalya/Topuz, s. 194.

²² *Tabir için bkz.* Serozan, *Eşya*, s. 107.

²³ Eckstein, *Besitz*, s. 121.

²⁴ Baumann, s. 141. Ceza hukukundaki zilyetlik kavramının medeni hukuktan bağımsız, otonom (özerk) olduğu ifade edilmektedir (Mustafa Temmuz Oğlakçıoğlu, *Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, zugleich eine Analyse der höchststrichterlichen Rechtsprechung zum Betäubungsmittelstrafrecht seit 1982*, Duncker & Humblot Verlag, 2013, s. 96). Özel hukuktaki zilyetlik kavramının değiştirilerek ve genişletilerek ceza hukukuna uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 380. *Benzer yönde bkz.* Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 564; Mehmet Emin Alşahin, *Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları (5237 Sayılı TCK. m. 151 vd.)*, Turhan Kitabevi, 2010, s. 17.

²⁵ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 695.

²⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 564.

²⁷ (=Safekeeping). *Kavramın İng. karşılığı için bkz.* Ambos, s. 401, dn. 48. “Fiili tasarruf kudreti” şeklinde çevirisi için bkz. Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, 2001, s. 351, dn. 18; Koca/Üzülmöz, *Özel*, s. 695. Ayrıca, Al. CK’nın hırsızlık suçunu düzenleyen 242. maddesi anlamında, “Gewahrsam über eine Sache begründen = Bir şey üzerinde fiili hâkimiyet sahibi olma” olarak da açıklanmaktadır. *Bu hususta bkz.* Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB)*, Genişletilmiş 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2015, s. 545.

²⁸ Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, *Strafrecht Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte*, 39., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2016, § 2, kn. 93; Petra Wittig, *Heintschel-Heinegg Beck’sche Online Kommentare StGB*, 55. Edition, Verlag C. H. Beck, 2022, § 242, kn. 12; Roland Schmitz, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Auflage, 2021, § 242, kn. 50; Abel, s. 10; Koca/Üzülmöz, *Özel*, s. 695.

dayanan fiili hâkimiyeti olarak anlaşılmaktadır²⁹. Kavram, sözlükte de buna paralel şekilde, hâkimiyet iradesine dayanan fiili bir tahakküm ilişkisi olarak tanımlanmaktadır. Bu, *objektif olarak*, şey üzerinde doğrudan etki edebilme iradesinin gerçekleştirilmesinin önünde hiçbir engelin bulunmamasını gerektirir. *Sübjektif olarak* ise şey üzerinde engelsiz etki imkânını sürdürme iradesini gerektirmektedir³⁰. Dolayısıyla medeni hukuk anlamında zilyet olarak nitelendirilmeyen zilyet yardımcısı, (*Besitzdiener*)³¹, ceza hukuku kapsamında fiilen elinde bulundurandır³². Ancak medeni hukuk anlamında zilyet olan dolaylı zilyet (*mittelbarer Besitzer*), ceza hukuku anlamında fiilen elinde bulunduran değildir³³. Yine medeni hukukta, mirasçılardan mirasın zilyet olduğu malların zilyetliğini doğrudan doğruya (fiili hâkimiyet ve irade gerektirmeksizin) kazandıkları bir istisna da olsa kabul edilirken (TMK m. 599/2)³⁴; bunun ceza hukuku açısından geçerli olması mümkün değildir³⁵. Zilyet olan ve fiilen elinde bulunduran kişi, bu noktalarda farklılaşmaktadır. Fiilen elinde bulundurma durumunun zilyetliğe istinat etmesi gerekmez. Zilyetlik kavramının ceza hukukunda taşıdığı anlam belirlenirken, özel hukukun kavrama yüklediği anlamdan yola çıkılmamalı, ceza hukuku öğretisi tarafından ortaya konulan özel ölçütlerle hareket edilmelidir.

Ceza hukukunda zilyetlik kavramına verilen anlamın önem taşıdığı ikinci nokta ise çalışma konumuzu oluşturan zilyetlik suçlarına ilişkindir. Zilyetlik kavramına ilişkin olarak, özel hukukta yapılan tanım veya hukuki nitelendirmelerden ya da onunla farklılık arz eden yönüyle fiilen elinde bulundurma kavramından yola çıkılması, zilyetlik suçları bakımından ortaya çıkan temel sorunu kanaatimizce çözmemektedir. Zira her ikisi de

esas itibarıyla şey (eşya, nesne) ile kişi arasındaki ilişkiyi yani bir *durumu* ifade etmek üzere kullanılan kavramlardır³⁶. Kavramlara ilişkin yapılan bu tespitler, bir sonraki başlık altında da detaylı şekilde ele alınacağı üzere, zilyetliğin cezalandırılmasını ifade eden zilyetlik suçlarında, ceza hukukunun cezalandırılabilirliğin bir bağlantı noktası olarak bir fiili konu alması gerekliliği karşısında bizi sonuca ulaştırmayacaktır.

B. Zilyetlik Suçu Kavramı

Zilyetlik suçları, farklı şekillerde tanımlanmaktadır: Bu tanımlardan ilkinde göre, zilyetlik suçları, sadece belirli bir şeyin zilyetliğinin yani bir şeyi elinde bulundurmanın cezalandırıldığı suç tipleridir³⁷. Benzer diğer bir tanıma göre ise ilgili ceza hükmü uyarınca sadece bir şeyin elde bulundurulmasıyla işlenen suçlardır³⁸. Yine bu suçlar, cezalandırılabilirliği yalnızca belirli şeylerin zilyetliğine bağlayan suç tipleri olarak da tanımlanmaktadır³⁹.

Zilyetlik suçlarını üçlü bir ayrımla ele alarak tanımlayan *Struensee* ise ilk grubu cezalandırılabilir davranışı, “suç teşkil eden bir eşyaya (=maddi varlığa sahip olan şey) zilyet olmak” şeklinde açıkça belirten suç tiplerinden oluşturur. Alman Uyuşturucu Maddeler Kanunu (Al. UMK)⁴⁰ m. 29/I,1 No. 3’teki düzenleme, bunun tipik bir örneğidir. İkinci kısım, içerik olarak, cezalandırılabilirliği esas itibarıyla sırf bir şeyin zilyetliğine bağlayan suçlardan oluşur. Bu grupta yer alan suçlarda, Alman kanun koyucusunun tercih ettiği “fiili hâkimiyet kullanmak (=Ausüben der tatsächlichen Gewalt)” ibaresi, zilyetliğin farklı bir ifade ediliş şekli olarak nitelendirilmektedir⁴¹.

²⁹ Wessels/Hillenkamp, § 2, kn. 82; Wolfgang Joecks/Christian Jäger, *Strafgesetzbuch Studien Kommentar*, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2018, § 242, kn. 12; Wittig, § 242, kn. 11; Abel, s. 19; Koca/Üzülmez, *Özel*, s. 695.

³⁰ Köbler, s. 187. Aynı yönde bkz. Abel, s. 27; Koca/Üzülmez, *Özel*, s. 695-696.

³¹ Serozan, *Eşya*, s. 114; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 60; Ayan, s. 89; Aybay/Hatemi, s. 35.

³² Wittig, § 242, kn. 12; Oğlakçioğlu, *Allgemeine*, s. 96; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Özel*, s. 567; Koca/Üzülmez, *Özel*, s. 675, dn. 14. Aksi yönde bkz. Centel/Zafer/Yenerer Çakmut, s. 320.

³³ Wessels/Hillenkamp, § 2, kn. 93, 94; Wittig, § 242, kn. 12; Schmitz, § 242, kn. 50. Yalnızca doğrudan zilyetlik (*unmittelbarer Besitz*) konusunda, her iki hukuk dalı örtüşmektedir.

³⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 65. Alman medeni hukukunda da zilyetliğin mirasçılara geçtiği kabul edilir. Bkz. Al. MK m. 857.

³⁵ Wittig, § 242, kn. 12; Schmitz, § 242, kn. 50; Koca/Üzülmez, *Özel*, s. 695.

³⁶ Fiilen elinde bulundurma kavramının da bir durumu yani bir kişinin bir şeyle olan fiili ilişkisini ifade ettiği yönünde bkz. Hochmayr, s. 63-64; Abel, s. 19.

³⁷ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 9; Jörg Eisele, *Schönke Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2019, § Vor 13, kn. 42. Benzer tanım için bkz. Ambos, s. 392.

³⁸ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 6, kn. 60.

³⁹ Abel, s. 28. Belli bir şeyin zilyetliğinin, ceza hukukuna göre suç olarak değerlendirilen bir fiilin tipe uygunluğu için yeterli olması hâlinde, zilyetlik suçlarından söz edileceği yönünde bkz. Walter Gropp, “Besitzdelikte und periphere Beteiligung- zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktauschbörsen und Besitzes von Kinderpornographie”, *Festschrift für Harro Otto, zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Carl Heymanns Verlag, 2007, s. 250.

⁴⁰ (Betäubungsmittelgesetz=BtMG).

⁴¹ Eberhard Struensee, “Besitzdelikte”, *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, s. 713. Benzer yönde bkz. Eckstein, *Besitz*, s. 44; Hochmayr, s. 15. Bir şey üzerinde fiili hâkimiyet kullanan kişi, kendi iradesi doğrultusunda bir şeyi elinde bulundurma imkânına sahip olan kişiyi ifade etmektedir.

Alman Savaş Silahlarının Kontrolü Kanunu⁴² m. 19 ve m. 20, buraya örnek olarak verilebilir⁴³. Son kısım ise belirli şeylerin zilyetliğini, bunlar için belirli bir kullanım planlanıyorsa cezalandıran suç tiplerinden oluşmaktadır. Bunlar, daha ayrıntılı olarak açıklanan nesnelere stok olarak bulundurulmasını (depolanmasını) veya muhafaza edilmesini cezalandıran suç tipleridir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu (Al. CK) m. 86’da anayasaya aykırı örgütlerin ve terör örgütlerinin propaganda araçlarının dağıtılması suçunda, propaganda araçlarının yurt içinde veya yurt dışında dağıtılmak üzere stok olarak bulundurulması cezalandırılmaktadır⁴⁴.

Kanun koyucular, zilyetlik suçlarını yaratırken “*zilyet, elinde bulunduran (Besitz)*” veya “*zilyet olmak, elinde bulundurmak (besitzen)*” ibarelerine yer verebilmekle birlikte, her zaman bu ibareleri kullanmak zorunda değildir. Ayrıca fiili hâkimiyete sahip olmayı anlam olarak karşılayan “*yanında bulundurmak (führen), elinde tutmak (halten), depolamak (vorrätig halten), muhafaza etmek, muhafaza altında bulundurmak (aufbewahren, verwahren)*” ve benzeri terimler de tercih edilmektedir⁴⁵. Aslında bu, ilgili normun işleviyle de ilintili bir durumdur⁴⁶. Örneğin; Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 188. maddesinin 3. fıkrasında, fiili hâkimiyete sahip olmayı anlam olarak karşılayan bulundurma unsuruna ek olarak, depolamaya da yer verilmişken; TCK m. 191/1’de bulundurmaya yer verilmesi yeterli görülmüştür. İlk suç tipi açısından çoğunlukla uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ticaret amacıyla fazla

⁴² (Kriegswaffenkontrollgesetz= KrWaffKontrG).

⁴³ Eckstein, *Besitz*, s. 46-47; Lennart M. Hügel, *Strafbarkeit der Anschlagsvorbereitung durch terroristische Einzeltäter und deren Unterstützer- Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der deutschen und amerikanischen Rechtsordnung*, Duncker & Humblot Verlag, 2014, s. 62, 64. Bu gruba verilen örneklerden biri olan Alman Silah Kanunu (Waffengesetz= WaffG) m. 52a mülga olmuştur. Alman Silah Kanunu’nun cezai hükümler başlığı altında yer alan ve adli cezaları düzenleyen 51. ve 52. maddelerinde ise “fiili hâkimiyet kullanmak” ibaresine değil, “zilyet olmak/elinde bulundurmak” tabirine yer verilmiştir. Bu güncel şekliyle, *Struensee*’nin yaptığı ayrımında ilk gruba dâhil olan düzenlemelerin hâlâ zilyetlik suç kapsamında olduğu izahtan varestedir.

⁴⁴ *Struensee*, s. 713-714.

⁴⁵ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 10; Eckstein, *ZStW*, s. 108; Schroeder, s. 444; Hochmayr, s. 8; Baumann, s. 97; Miguel Polaino-Orts, “Grenzen vorverlagert Strafbarkeit: Feindstrafrecht”, *Strafrechts als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Band I, Walter De Gruyter Verlag, 2011, s. 109; Abel, 28; Kazaker Bozkurt, s. 277. “Muhafaza etmek” unsuruna yer veren zilyetlik suçlarının Türk Ceza Kanunu’ndaki örnekleri için bkz. TCK m. 197 (parada sahtecilik), TCK m. 199 (kıymetli damgada sahtecilik) ve TCK m. 200 (para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlar).

⁴⁶ Baumann, s. 97.

miktarda bulundurmak suretiyle depolanması söz konusu olmaktadır. TCK m. 191/1’de ise kullanmak amacıyla bir bulundurma hâli söz konusu olduğundan, depolamak unsuruna gerek görülmemiştir. Dolayısıyla kanun koyucuların bu kelime tercihlerinin de rastgele olmadığı ifade edilmelidir. Bununla birlikte bir suçun zilyetlik suçu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, kanun koyucuların tercih ettiği kelimelerden bağımsızdır. Zilyet veya zilyet olmak ibareleri, zilyetlik suç tipine ilişkin getirilen düzenlemelerin sadece bir kısmında kullanılmaktadır⁴⁷.

Zilyetlik suçları, bir şeyin zilyetliğinin yani bir şeyi elde bulundurmanın suçun fiil unsurunu oluşturması ile ayırt edilmektedir. Bu bağlamda, bir şeyin zilyetliğinden suçun bir unsuru olarak bahseden her suç tipi de zilyetlik suçu olarak nitelendirilemeyecektir⁴⁸. Örneğin, TCK’nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunda, suçun konusunu “*başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan bir mal*” oluşturmaktadır. Bu suçta da suçun konusuna ilişkin bir zilyetlik durumu gereklidir. Ancak cezalandırılabilir fiil, “*zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak*” veya “*bu devir olgusunu inkâr etmek*”tir. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçu, bir zilyetlik suçu olarak nitelendirilemez. Aynı yorum, TCK m. 247’de düzenlenen zimmet suçu için de geçerlidir. İlgili düzenlemede suçun konusu, “*kamu görevlisine görevi nedeniyle zilyetliği devredilmiş olan bir mal*” veya “*kamu görevlisinin koruma ve gözetim yükümlülüğü altında olan bir mal*” olarak belirlenmiştir. Burada da suçun konusunu oluşturan malın zilyedi olan bir fail söz konusudur. Ancak fail, zilyetliği sebebiyle değil, zilyetliğine konu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi nedeniyle cezalandırılmaktadır. Bir başka ifadeyle, zimmet suçunun fiil unsurunu “zilyetlik” değil, “zimmete geçirme” oluşturmaktadır.

Zilyetlik suçu kapsamında değerlendirilemeyecek suç tiplerinden bir diğeri ise zilyetliği değil, zilyetliğin iktisabını veya elde edilmesini (*kabul etmek, iktisap etmek, edinmek, elde etmek, temin etmek, sunmak, arz etmek, satışı arz etmek, satışı çıkarmak vb.*) cezalandıran hükümlerdir. Salt bir şeyin elde bulundurulması suretiyle işlenen suç niteliğinde olmayan bu suçlar, icrai

⁴⁷ Burada belirleyici olan, cezalandırılabilirliğe neden olan sürecin bir kişinin bir şey üzerinde fiili hâkimiyete sahip olmasıyla tüketilip tüketilmediğidir. Zilyetlik suçu söz konusu olduğunda bu süreç, salt bir şeyi elde bulundurmaya objektif olarak tüketilmektedir. *Görüş için bkz. Eckstein, ZStW*, s. 108; Eckstein, *Besitz*, s. 22.

⁴⁸ Eckstein, *Besitz*, s. 20.

suç (= *Begehungsdelikt*) niteliği taşıır⁴⁹. Failin bir şeyi salt elde bulundurmasının sınırlarını aşan bir kullanımını gerektiren bu durumlar, zilyetlik suçu için gerekli koşulu sağlamaz⁵⁰.

Tartışmalı olmakla birlikte, yetkisi olmaksızın resmi bir üniforma giyilmesi veya resmi bir işaretin (nişan, madalya vb.) taşınmasına ilişkin suçlar da genellikle zilyetlik suçları altında sınıflandırılmaz. Zira bir şeyi giymek veya taşımak, bulundurmaktan daha fazlasını ifade etmektedir⁵¹. Bu hâllerde, aslında çoğunlukla icrai bir hareket de bulunmaktadır. Bununla birlikte aksi yöndeki görüşe göre, temelinde bir davranış bulunmaksızın da taşıma düşünülebilecektir. Bir toplantı katılımcısının kendisine kalabalığın içinde taşıma yetkisinin olmadığı resmi bir işaretin takıldığını fark etmesi, buna örnek olarak verilmektedir. Bu görüş uyarınca taşıma hareketi, spesifik fiili hâkimiyetin varlığıyla da gerçekleşmiş olabileceğinden, zilyetlik suçu olarak sınıflandırılmalıdır⁵². Burada, özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçunun düzenlendiği TCK m. 264 akla gelmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, bir rütbe ya da kamu görevinin veya mesleğin resmi elbisesini yetkisi olmadan alenen ve başkalarını yanıltacak şekilde giymek veya hakkı olmadığı hâlde belirli nişan veya madalyaları takmak suç olarak tanımlanmıştır⁵³. Kanaatimizce TCK m. 264, zilyetlik suçlarına örnek oluşturamaz⁵⁴. Zira suç, özel işaret veya kıyafetleri salt elde bulundurmak suretiyle işlenebilir değildir. Özel işaretin takılması veya kıyafetin giyilmesi, bulundurmanın sınırlarını aşan bir kullanımını gerektirmektedir.

⁴⁹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 6, kn. 60. *Benzer yönde bkz.* Struensee, s. 716.

Al. CK m. 184b/ I, 2, örnek olarak verilmektedir: “Her kim, gerçek ve gerçeğe yakın bir olayı yansıtan çocuk pornografisi içeriğinin zilyetliğini diğer bir kişiye sağlamaya kalkırsa...”. Örneğin, TCK m. 194’te yer alan sağlık için tehlikeli madde temini suçu da zilyetlik suçu olarak nitelendirilemez. Düzenlemede, sağlık için tehlike oluşturabilecek maddelerin zilyetliği değil; çocuklara, akıl hastalarına veya uçucu madde kullananlara zilyetliğinin sağlanması (verme veya tüketimine sunma) cezalandırılmaktadır. Benzer şekilde, uyuşturucu madde satan/temin eden kimselerin fiillerinin icrai nitelikte olduğu yönünde bkz. Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 228.

⁵⁰ Eckstein, *Besitz*, s. 22.

⁵¹ Eckstein, *Besitz*, s. 22.

⁵² *Görüş için bkz.* Hochmayr, s. 22

⁵³ *Bkz. TCK m. 264’ün gerekçesi.*

⁵⁴ Benzer düzenleme, Al. CK m. 132a/I, 4’te yer almaktadır: “Her kim, yetkisi olmaksızın, milli veya yabancı bir devlete ait üniforma, resmi elbise giyer veya resmi işareti taşırsa bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.” (*Bkz.* Yenisey/Plagemann, s. 231).

II. ZİLYETLİK SUÇLARININ SINIFLANDIRILMASI VE İHDAS EDİLME SEBEPLERİ

A. Zilyetlik Suçlarının Sınıflandırılması

Sadece bir şeyin zilyetliğinin suç hâline getirildiği zilyetlik suçları, çok çeşitlidir. Bu durum, zilyetlik suçlarının sınıflandırılması ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. Zilyetlik suçlarına ilişkin farklı sınıflandırmaların yapılması mümkün olmakla birlikte genellikle şu iki ayırım üzerinde durulmaktadır:

1. Saf-Sınırlı Zilyetlik Suçları Ayırımı

Zilyetlik suçlarına ilişkin yapılan ayırimlardan ilki, “saf zilyetlik suçları (*reine Besitzdelikte*)” ve “sınırlı zilyetlik suçları (*ingeschränkte Besitzdelikte*)” ayırımıdır⁵⁵.

Saf zilyetlik suçları ile kastedilen, bir şeyin izinsiz zilyetliğinin herhangi bir sınırlama olmaksızın cezalandırıldığı suç tipleridir. Sınırlı zilyetlik suçları olarak adlandırılan ikinci grupta ise zilyetliğin cezalandırılabilirliği, çeşitli sınırlayıcı koşullara (*fail, amaç/saik, yer veya madde itibarıyla*) bağlanmaktadır. Bu ayırım uyarınca örneğin, TCK m. 226/3’te düzenlenen çocukların kullanıldığı müstehcen ürünlerin bulundurulması suçu, saf zilyetlik suçu olarak nitelendirilirken⁵⁶; TCK m. 191’de yer alan kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçu, sınırlı zilyetlik suçu teşkil eder. Zira TCK m. 191’deki suçun oluşması, bulundurmanın “kullanmak için” olmasına bağlıdır⁵⁷. Dolayısıyla burada, zilyetliğin cezalandırılabilirliği kullanma maksadıyla yani sübjektif olarak sınırlandırılmış durumdadır.

Yapılan bu ayırım doğrultusunda, sınırlı zilyetlik suçları da kendi içinde

⁵⁵ *Ayırım için bkz.* Eckstein, *Besitz*, s. 84.

⁵⁶ Doktrinde, TCK m. 226/3 bakımından genel kastın yeterli olmadığı, genel kast dışında failin maksadının da belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak yine bu görüşe göre, “bulundurmak” dahi tek başına suçun işlendiğinin kabulü için yeterliyken; ayrıca maksadın araştırılması gereksiz görülmektedir. *Görüş için bkz.* Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 137-138; Gökhan Taneri, “Müstehcenlik Suçu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13 (1), 2018, s. 603.

⁵⁷ Suçun kullanma özel kastıyla işlenebileceği yönünde bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 1035; Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 696. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 831.

şahıs itibarıyla, subjektif (manevi) unsur itibarıyla ve dar anlamda sınırlı zilyetlik suçları şeklinde üçlü bir alt ayrıma tabi tutulmaktadır: Şahıs itibarıyla sınırlı zilyetlik suçları, kanuni tanımında belli özelliğe sahip olan kişilerin fail olabileceği belirtilen, özgü suç niteliğinde zilyetlik suçlarıdır. Subjektif (manevi) unsur itibarıyla sınırlı zilyetlik suçları ise zilyetlik suçları arasında sıklıkla rastlanan, hedefi aşan iç eğilimle işlenen suçlardır (=Delikten mit überschießender Innentendenz)⁵⁸. Failin amacının suç tipinin objektif unsurlarının da ötesinde bir neticeye yönelik olduğu bu suçlara, tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesini düzenleyen TCK m. 174'ün 1. fıkrasının 2. cümlesi örnek verilebilir: “Yetkili makamların izni olmaksızın, bu fıkra kapsamına giren maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak amacıyla, gerekli olan malzeme ve teçhizatı... depolayan, ... bulunduran kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.” Dar anlamda sınırlı zilyetlik suçları ise kanun koyucunun ilgili hükmün uygulama alanını, suçun diğer unsurları vasıtasıyla yer itibarıyla veya maddi olarak sınırladığı zilyetlik suçlarını ifade etmektedir. Dar anlamda zilyetlik suçlarına Al. CK m. 328/III, 1 örnek verilmektedir⁵⁹. Düzenlemeye göre: “Her kim, idare hukukundan doğan yükümlülükleri ihlal ederek, bir tesisin işletilmesinde, özellikle bir fabrika veya teknik bir tesisin işletilmesinde, radyoaktif maddeleri veya ... tanımlanan tehlikeli maddeleri depolar...ise beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” Alman kanun koyucusu, bir tesisin işletilmesinde, özellikle bir fabrika veya teknik bir tesisin işletilmesinde ibaresiyle ilgili hükmün uygulama alanını yer itibarıyla sınırlamış durumdadır.

2. Zilyet Olunan Şeylerin Tehlikeliliğini Esas Alan Ayrım

Zilyetlik suçlarına ilişkin oldukça basit ve natüralist (doğalcı) olan

⁵⁸ Kısaca amaç suçları (*Absichtsdelikte*) olarak nitelendirilen bu suçlara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Roxin, *AT I*, § 10, kn. 84; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot Verlag, 1996, § 30, II, s. 319; Selim Erdin, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Subjektif Unsur Sorunu*, Adalet Yayınevi, 2019, s. 58-59, dn. 148. Bu suçlarda kanun koyucunun endişe ettiği tehlikeyi açıkça dile getirdiğini ifade eden Schroeder, kendi ayrımında, bu suç grubunu “kullanma maksadıyla zilyetlik (*Besitz mit Verwendungsabsicht*)” olarak ele almaktadır. Daha çok zilyetlik suçlarının subjektif (manevi) unsurlarının içeriğini ve zilyet olunan şeyin tehlikeliliğini esas aldığı sınıflandırmasında, zilyetlik suçlarını öncelikle “saf zilyetlik suçları” ve “kullanma maksadıyla zilyetlik” şeklinde ikiye ayırır. Sonrasında, Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenlemelerden yola çıkarak, daha detaylı ayrımlara (*hazırlık olarak zilyetlik, üretimi teşvik eden zilyetlik ve ispatın kolaylaştırılması*) gitmektedir (*Bu hususta bkz. Schroeder, s. 445-446*). Aynı ayrım için bkz. Abel, s. 32-42.

⁵⁹ Örnek için bkz. Eckstein, *Besitz*, s. 85.

bir başka sınıflandırma ise *zilyet olunan şeylerin tehlikeliliği* esas alınmak suretiyle yapılmaktadır⁶⁰.

Ayrım doğrultusunda zilyet olunan şey, bizatihi (kendiliğinden) tehlikeli olabilir. Bu ilk gruba silah, uyuşturucu madde, müstehcen içerikler veya belirli kimyasal maddelerin zilyetliğinin suç sayılması örnek olarak verilmektedir. İkinci grupta ise zilyet olunan şeyin bizatihi nötr veya tehlikesiz olması yer alır. Örneğin, belli bir araç (bisiklet), normalde tamamen meşru bir amaç (tamirat) için kullanılabileceği gibi suç (hırsızlık) işlemek amacıyla da kullanılabilir. Bu çifte kullanım olanağı nedeniyle ikinci grup, *çift(e) kullanımlı şeyler (dual-use objects)* olarak adlandırılmaktadır⁶¹.

B. Zilyetlik Suçlarının İhdas Edilme Sebepleri

1. Önleyici Ceza Hukukunun Etkin Bir Aracı Olması

Zilyet olunan şeyin doğası, suç ihdasına ilişkin mantığı etkilemektedir. Bazı nesnelere doğasında var olan tehlikeler veya riskler, kanun koyucular tarafından bunların zilyetliğinin suç hâline getirilmesinin sebeplerinden birini oluşturmaktadır. Kanun koyucular, bu nesnelere zilyetliğini ceza hukuku vasıtasıyla yasaklayarak, bunlara içkin tehlikeyi sınırlandırıp kontrol etme amacı taşımaktadır. Genellikle önleme amacı taşıyan bu tür zilyetlik suçlarıyla, bizatihi tehlikeli şeylerin denetimsiz bir şekilde bulundurulmasından ve kullanılmasından doğabilecek zararların engellenmesi hedeflenmektedir⁶². Bu bağlamda, bireyin ceza sorumluluğunu sadece potansiyel olarak tehlikeli maddeleri elde bulundurmaya bağlayan zilyetlik suçları, önleyici ceza hukukunun etkin bir aracı olarak karşımıza çıkmaktadır⁶³.

⁶⁰ *Ayrım için bkz. Ambos, s. 392.*

⁶¹ Ambos, s. 392. *Nötr veya çift(e) kullanımlı şeylerin zilyetliğinin suç sayılmasına ilişkin ayrıca bkz. III. B. 2. c. (1). dn. 141.*

⁶² Ambos, s. 392-393. *Aynı yönde bkz. Mitsch, s. 4; Schroeder, s. 445; Eckstein, Besitz, s. 74.*

⁶³ Kazaker Bozkurt, s. 277. Statü suçları ile birlikte zilyetlik suçları, çekirdek düşman ceza hukuku (*Kernfeindstrafrecht*) kapsamında ele alınmaktadır. Zilyetlik suçlarında cezalandırmanın nedeni, düşüncenin cezasızlığı karşısında zilyedin suça yönelik amacı olamaz. Bilakis bunun nedeni, tehlikeli nesne ile failin arasındaki etkileşimin fiilen (de facto) bilişsel güvensizlik yaratması ve böylelikle normun geçerliliğinin vatandaşların artık norma güvenemeyecekleri bir şekilde zedelenmesidir. Vatandaşlar için asgari düzeyde bilişsel güvenlik sağlamak amacıyla bazı nesnelere bulundurulmasının önanda cezalandırıldığı yönünde bkz. Polaino-Orts, s. 109.

2. İspatın Kolaylaştırılması (=Beweiserleichterung)

Kanun koyucuların ceza sorumluluğunun bir bağlanma noktası olarak zilyetliği tercih etmesinin sebeplerinden bir diğeri, bunun ceza kovuşturmasını kolaylaştıracağı yönündeki beklentisidir⁶⁴. Burada kanun koyucuların öncelikli kaygısı, genellikle zilyetliğin elde edilmesinin (*Besitzverschaffung*) cezalandırılmasıdır. Ancak suçun konusunun iktisap edildiğini, ele geçirildiğini, temin edildiğini, devralındığını veya başka birinin vasıtasıyla alındığını ispat etmek çoğunlukla zorluk teşkil eder⁶⁵. Buna karşılık bir kişinin bir şeye zilyet olması, o şeyin mutlaka kişinin kendisi tarafından temin edildiği anlamına gelmez. Kişinin o şeyin gayri iradi eline geçtiğine dair olan itirazını ortadan kaldırmak için doğrudan doğruya zilyetliğin kendisi cezalandırılmaktadır. Bu suretle zilyetlik suçları, edinmenin cezalandırıldığı suç tiplerine kıyasla daha kapsayıcı bir işlev (*Auffangsfunktion*) üstlenmektedir⁶⁶. Zilyetlik suçlarının bu kapsayıcı mahiyetini defalarca vurgulayan Alman kanun koyucusu, çocuk pornografisiyle mücadele için Alman Ceza Kanunu'na dâhil ettiği suç tipini tanıtırken de düşüncesini açıkça şu şekilde ifade etmiştir: “*Çocuk pornografisi piyasasına katılmanın cezaya değer tüm durumlarını kapsamak ve belirli edinme hareketleriyle ilgili sınırlamalarla bağlantılı olan ispat zorluklarıyla engellenmeyen etkili bir ceza kovuşturmasının gerçekleştirilmesini mümkün kılmak için... zilyetliğin kendisi cezalandırılmalıdır*”⁶⁷.

Zilyetliğin kapsayıcı işlevi, salt ispat kolaylığıyla sınırlı değildir; ayrıca zamanaşımı üzerinde de etki gösterir. İmal etmek, satışa arz etmek, devretmek, edinmek ve benzeri fiil çeşitlemelerinde zamanaşımı, genellikle kısa bir

⁶⁴ Struensee, s. 717; Hochmayr, s. 1; Eckstein, *ZStW*, s. 111; Eckstein, *Besitz*, s. 79; Ambos, s. 401; Oğlakçıoğlu, *Allgemeine*, s. 95. Al. UMK m. 29/I, 1 No. 3'ün madde gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmektedir. *Bkz.* BT-Drs. VI/1877, s. 9. Öncelikle hukuki değerlerin korunmasını ifade eden ceza hukukunda, ceza kovuşturmasının kolaylaştırılmasının ancak talî veya yan bir amaç olabileceği haklı olarak ifade edilmektedir. *Bkz.* Otto Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Mohr Siebeck Verlag, 1996, s. 327; Baumann, s. 132. *Benzer yönde eleştiri için bkz.* Tatjana Hörnle, *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2021, § 184b, kn. 45.

⁶⁵ Schroeder, s. 446; Struensee, s. 717; Hochmayr, s. 1; Serkan Meraklı, Parada Sahtecilik Suçu (TCK m. 197), *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(2), 2020, s. 745.

⁶⁶ Hochmayr, s. 1; Gropp, *Beteiligung*, s. 250; Hörnle, *MüKoStGB*, § 184b, kn. 45.

⁶⁷ BT-Drs. 12/3001, 03.07.92, Alman Ceza Hukuku Değişikliği Kanunu Tasarısı-Çocuk Pornografisi, s. 6. Suçun bir kalkışma suçu olarak düzenlenmesi de aynı gerekçelerle açıklanmıştır. *Alman Ceza Hukuku Değişikliği Kanunu Tasarısı'nın tam metni için bkz.* <<https://dserver.bundestag.de/btd/12/030/1203001.pdf>>, Erişim Tarihi 7 Ekim 2022, s. 5-6.

süre ile sınırlı olan fiilin işlenişinin tamamlanmasıyla işlemeye başlarken; zilyetliğin cezalandırıldığı durumlarda zamanaşımı, söz konusu şey zilyetlikte bulunduğu sürece işlemeye başlamaz. Nitekim zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle failin suça konu şeyi imal etmesine veya edinmesine istinaden artık kovuşturulmasının mümkün olmaması durumunda dahi, zilyetliği nedeniyle sorumlu tutulabilmesi mümkün olmaktadır⁶⁸. Bunun kovuşturma makamlarına kolaylık sağlayacağı açıktır.

3. Uluslararası Hukuki Düzenlemelerin Gereklerinin Yerine Getirilmesi

Zilyetlik suçlarının sayısındaki artışın bir başka sebebi ise belirli şeylerin zilyetliğine karşı cezai hükümler getirilmesini zorunlu kılan uluslararası hukuki düzenlemelerdir. Bu şekilde farklı hukuk sistemlerinde, zilyetlik suçlarında gerekli yeknesaklığın sağlanması hedeflenmektedir⁶⁹. Örneğin, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahşeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol'ün 3. maddesine göre: “*Her taraf devlet, asgari olarak aşağıdaki fiil ve faaliyetlerin ülke içinde veya ülke dışında veya ferdi veya örgütlü bir biçimde işlenmiş olup olmamalarına bakılmaksızın, kendi suç veya ceza yasalarının tam anlamıyla kapsamı içine girdiğini garanti edecektir*”. Aynı maddenin devamı uyarınca ise *her taraf devlet... 2'nci maddede tanımlandığı üzere, çocuk pornografisinin, yukarıda belirtilen amaçlar için üretimini, dağıtımını, yayılmasını, ithalini, ihracını, sunumunu, satışını veya zilyetliğini, fiilin vahametini dikkate alan uygun cezalarla cezalandırılabilir suçlar hâline getirecektir*. Birleşmiş Milletler bünyesinde 8 Eylül 2002 tarihinde New York'ta imzalanan Protokol, ülkemiz tarafından 4755 sayılı Kanun⁷⁰ ile uygun bulunarak kabul edilmiş ve yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. *Pornografi ve çocuk pornografisi* terimlerine yer vermeyen 5237 sayılı TCK, ilgili fiilleri müstehcenlik suçu (TCK m. 226) kapsamında düzenlemiştir⁷¹. Nitekim TCK m. 226/3'te,

⁶⁸ Hochmayr, s. 2. Aynı yönde bkz. Schroeder, s. 446; Eckstein, *Besitz*, s. 79; Gropp, *Beteiligung*, s. 250; Meraklı, s. 745.

⁶⁹ Hochmayr, s. 2; Roxin, *Besitzdelikte*, s. 9; Gropp, *Beteiligung*, s. 250; Eckstein, *ZStW*, s. 125.

⁷⁰ 09.05.2002 tarihli ve 4755 sayılı Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, (RG. 28.06.2002- 24799).

⁷¹ Oldukça ağır cezaların öngörüldüğü TCK m. 226'nın uluslararası hukuk da nazara alınarak hazırlandığı ifade edilebilir. Bununla birlikte müstehcenlik suçunun pornografiyi de içeren geniş kapsamı düşünüldüğünde, maddenin 3. ve 5. fıkraları sorun doğurabilecek niteliktedir. *Görüş için bkz.* Özbek, s. 117-118.

üretiminde çocukların, temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin kullanıldığı müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, bulundurulması veya başkalarının kullanımına sunulması cezalandırılmaktadır. “Depolamak” ve “bulundurmak” ibareleriyle zilyetliği de cezalandıran bu düzenleme ile söz konusu Protokol’ün gereği yerine getirilmiş olmaktadır.

Yine Avrupa Birliği de Avrupa Birliği hukukunun asli kaynaklarını oluşturan kurucu antlaşmaların yanı sıra, birlik kurumlarının tasarrufları arasında yer alan ve bağlayıcı nitelikte olan tüzük, direktif ve karar şeklindeki düzenlemeleri üye ülkeler üzerinde etkili olmaktadır. Avrupa Birliği hukuki düzenlemeleri, Alman ceza hukukunda zilyetlik suçlarının yaratılmasında hareket noktası olarak ifade edilmektedir⁷². Örneğin Al. CK m. 184b/III, Avrupa Birliği Konseyi’nin 22.12.2003 tarihli ve 2004/68/JI sayılı Çocukların Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisiyle Mücadele Çerçeve Kararı’nın⁷³ Alman hukukuna uygulanmasıdır. AB Konseyi’nin 2004/68/JI sayılı Çerçeve Kararı, çocuk pornografisine ilişkin suçları düzenleyen 3. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde, üye devletleri çocuk pornografisi zilyetliğini suç saymakla yükümlü kılmaktadır⁷⁴. Dolayısıyla uluslararası hukuki düzenlemelerin zilyetlik suçlarının yaratılmasında ulusların ceza hukuku üzerinde artan bir etkiye sahip olduğu söylenmelidir.

III. ZİLYETLİK SUÇLARININ YAPISI İTİBARIYLA MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI SORUNU

A. Zilyetlik Suçlarının Yapısı İtibarıyla Tartışılmasının Nedenleri

Zilyetlik suçlarının yapısı itibarıyla Alman ceza hukuku doktrininde eleştirilmesinin, kimi yazarlarca kesin bir şekilde reddedilmesinin ve anayasaya aykırılığının iddia edilmesinin temel nedeni, ceza hukukunda cezai sorumluluğun bağlanma noktasını belli bir fiilin oluşturmasına ilişkin gerekliliktir. Cezalandırılabilirliği yalnızca belirli bir şeyin zilyetliğine

⁷² Eckstein, *ZStW*, s. 125; Eisele, Vor § 13, kn. 42; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9, kn. 44-45, dn. 91; Roxin, *Besitzdelikte*, s. 9.

⁷³ Official Journal of the European Union/Amtsblatt der Europäischen Union, 20.01.2004, L 013, s. 44 vd. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L.2004.013.01.0044.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2004%3A013%3ATOC>>, Erişim Tarihi 15 Ekim 2022, s. 44 vd.

⁷⁴ Eckstein, *ZStW*, s. 126-127; Hecker, s. 150.

bağlayan zilyetlik suçlarında, bir fiilin mevcut olup olmadığına ilişkin tartışmalar mevcuttur.

Ceza hukukunda haksızlığın temellendirilmesinde belirleyici ilke olarak görülen *fiil ilkesi*⁷⁵, en basit söylemle suç teşkil eden haksızlığın esasını bir fiilin oluşturmasını ifade etmektedir⁷⁶. Dolayısıyla ilke uyarınca cezalandırılabilirlik, ancak kanuni tipte unsurları belirlenmiş bir fiile bağlanabilecek; yaptırım da failin sürdürdüğü yaşam tarzının ve gelecekte ondan beklenebilecek tehlikelerin değil, münferiden şahsî fiilin bir karşılığını oluşturabilecektir⁷⁷. Bu bağlamda ceza hukukunun hareket noktası, normun muhatabı olan insan tarafından gerçekleştirilen fiildir⁷⁸. Buradan cezalandırmanın sebebini failin düşüncesinin veya kişiliğinin değil, fiilin haksızlık içeriğinin oluşturması gerektiği sonucuna ulaşılabilir⁷⁹. Dolayısıyla zilyetlik suçlarının ceza hukukunda mutlak anlamda bir fiilden yola çıkmaya ilişkin gereklilikle ne ölçüde bağdaştığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Zilyetlik suçları, çağdaş ceza hukukunun temel prensiplerinden bir diğeri olan *kusur ilkesi* bakımından da tartışmalıdır. İlke, failin işlemiş olduğu suçtan dolayı şahsen kınanabilir olduğu durumda cezalandırılmasını ifade eder⁸⁰. Fail ceza hukuku anlayışını değil, fiil ceza hukuku anlayışını benimseyen çağdaş ceza hukuku, kusurluluk araştırmasını failin işlemiş olduğu somut bir suçla ilgili olarak yapmalıdır⁸¹. Diğer bir ifadeyle kusura ilişkin değerlendirme, öncelikle suç teşkil eden haksızlığın işlenmesini gerektirir. Haksızlık olmadan kusur olmaz⁸². Zilyetlik suçlarında hareket veya hareket imkânından vazgeçilerek, cezai sorumluluğun bir kişinin bir şey üzerindeki fiili hâkimiyet durumu üzerine inşa edilmesine ilişkin bir kabulün mümkün görülmesi, kusur ilkesi açısından da sorun yaratmaktadır.

⁷⁵ Katrin Gierhake, “Zur geplanten Einführung neuer Straftatbestände wegen der Vorbereitung terroristischer Straftaten”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9, 2008, s. 400.

⁷⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 179; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 90.

⁷⁷ Roxin, *AT I*, § 6, kn. 1; Eisele, Vor § 13, kn. 3; Gierhake, s. 400; Hochmayr, s. 139.

⁷⁸ Koca/Üzülmöz, *Genel*, s. 90.

⁷⁹ Gierhake, s. 400.

⁸⁰ Jescheck/Weigend, § 4, I, s. 24.

⁸¹ Jescheck/Weigend, § 4, I, s. 23.

⁸² Koca/Üzülmöz, *Genel*, s. 54; Özgenç, s. 457.

B. Türk ve Alman Ceza Hukuku Öğretisinin Konuya Yaklaşımı

1. Türk Ceza Hukuku Öğretisindeki Görüşler

Zilyetlik suçları ve bu suçların yapısı itibarıyla sebebiyet verdiği sorunlar üzerine Türk öğretisinde şimdiye kadar çok fazla şey söylenmemiştir. Azınlıkta olmakla birlikte konu, suçun maddi unsurlarından biri olan hareket kapsamında ve *hareketsiz suçlar*, *sırf şüphe suçları* ve *durum suçları* başlıkları altında ele alınmaktadır. Ancak hareketsiz suç olmayacağı (*Lat. nullum crimen sine actione*) gerekçesi ile müspet veya menfi hareket haricinde böyle bir suç grubunun yaratılmak istenmesi, *boş bir uğraş* olarak nitelendirilmekte ve bu suçların aslında icrai suç niteliğinde olduğu, belirli eşyayı yanında taşımakla da tamamlandığı ifade edilmektedir⁸³. Bununla birlikte son zamanlarda, konuya *zilyetlik suçları* adı altında kısa da olsa değinen çalışmalara rastlanmaktadır. Bu çalışmalarda, zilyetlik suçlarının failin esasen icrai ve ihmali bir davranışından ziyade, içerisinde yer aldığı vaziyeti cezalandırdığı; yine, bu suçların cezalandırılabilirliği icra ve ihmal şeklinde bir insan davranışıyla değil, bir durumla ilişkilendirdiği belirtilmektedir⁸⁴.

Zilyetlik suçlarının hareketsiz suç olmayacağı, müspet veya menfi hareket haricinde böyle bir suç grubunun yaratılmasının gereksizliği bahsiyle reddedilmesi, ceza hukukunun hareket dogması bakımından sorunlu olduğu ifade edilebilecek bu suç tiplerinin mevcudiyetini ortadan kaldırmayacaktır⁸⁵.

⁸³ Nurullah Kunter, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 68; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt II, 14. Bası, Der Yayınları, 2019, s. 95-96; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 247. Aynı yönde bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 230-231.

Mülga 765 sayılı TCK m. 578'de yer alan kaynağını ve kullanılış yerini ispat edemeden bazı eşyaya zilyet olma suçu, bu suçlara örnek olarak gösterilmekteydi. Hükme göre: "Bir kimse dilencilikle veya sirkat veya nehip ve garet ve yol kesmek veya dolandırıcılık ve hırsız yataklığı ile mahkûm olduktan sonra üzerinde kendi haliyle mütenasip olmayan para ve eşya zuhur eder ve bunlara meşru surette malik olduğunu ispat edemezse iki aya kadar hafif hapis cezasına mahkûm olur. Böyle bir kimse üzerinde taklit veya tağyir olunmuş veya yaptırılmış anahtar veya kilitleri açmağa veya zorlamağa mahsus alât ve maymuncuk zuhur eder ve bunları o anda meşru surette nerede kullanacağını tâyin edemezse iki aya kadar hapis ve eğer bunlar gece vakti elinde zuhur etmiş ise iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezasına mahkûm olur ve üzerinde zuhur eden eşya müsadere olunur."

⁸⁴ Meraklı, s. 745; Kazaker Bozkurt, s. 278. Fiil gerekliliği prensibi bağlamında, zilyetlik suçlarına ilişkin Amerikan veya İngiliz ceza hukuku düzenindeki tartışmalar için bkz. Dursun, s. 230-231.

⁸⁵ Sırf şüphe suçlarına 5237 sayılı TCK'da yer verilmediği yönünde bkz. Dönmezer/Erman, s. 97.

2. Alman Ceza Hukuku Öğretisindeki Görüşler

Öncelikle, zilyetlik suçlarına ilişkin tartışmaların Alman ceza hukuku için de çok eski olmadığının belirtilmesinde yarar vardır⁸⁶. Bugün Alman öğretisinde ve yargı kararlarında⁸⁷ hâkim görüşe göre, zilyetlik suçlarında cezalandırılan bir durum değil, bu durumun meydana getirilmesi veya sürdürülmesidir. Bu suretle zilyetlik suçlarının ceza hukukunun hareket dogmasıyla uyumlu olduğu da genellikle savunulmaktadır⁸⁸.

Çalışmamızın bu başlığı altında, zilyetlik suçlarının yapısı itibarıyla mümkün olup olmadığı sorununa ilişkin Alman ceza hukuku öğretisinde ileri sürülen belli başlı görüşlerin detaylı bir incelemesi yapılacaktır. Bu husustaki görüşler, zilyetlik suçlarını *tamamen reddeden*, *ceza hukukunun hareket dogmasının dışına çıkararak açıklayan* ve *mevcut hareket dogması çerçevesinde çözümlenmeye çalışan* şeklinde üçlü bir ayrım ile ele alınabilir:

a. Zilyetlik suçlarını yapısı itibarıyla tamamen reddeden görüşler

(1) Lagodny

Alman ceza hukuku doktrininde *Lagodny*, (saf) zilyetlik suçlarının yapısı itibarıyla cezai hükümler arasında yer almaması gerektiğini savunan ilk kişidir. Saf zilyetlik suçlarında, ceza hukukuna ilişkin değerlendirme bakımından bağlama noktası olarak bir insan davranışının bulunmadığını; bu anlamda, bir yaptırım kuralı olarak amacı gerçekleştirmeye uygunluk (*Zweckerfüllungs-Geeignetheit*) kriterini taşımadığını ifade etmektedir⁸⁹. Yazara göre, her

⁸⁶ Nitekim *Roxin*, 2008 yılındaki çalışmasında, zilyetlik suçlarını Alman ceza hukukunda on ila on beş senedir tartışılan yeni bir suç grubu olarak ifade etmektedir (*Roxin, Besitzdelikte*, s. 9).

⁸⁷ 1978 gibi erken bir tarihte Alman Federal Yüksek Mahkemesi, uyuşturucu maddenin zilyetliğinin cezalandırılabilirliğine ilişkin kararında, zilyetliği, bir durum değil, bu durumun meydana getirilmesi veya sürdürülmesi anlamında nedensel bir davranış (*kausales Verhalten*) olarak nitelendirmiş ve cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir. *Karar için bkz.* BGH, 03.03.1978- 2 StR 717/77, BGHSt 27, 380= NJW 1978, 1696. Çocuk pornografisine ilişkin düzenlemedeki "zilyet olmak" unsurunun "fiili hâkimiyetin kurulması ve sürdürülmesi" şeklinde anlaşılacağı yönünde ayrıca bkz. BT-Drs. 12/3001, Alman Ceza Hukuku Değişikliği Kanunu Tasarısı-Çocuk Pornografisi, s. 5; OLG Hamburg v. 15.2.2010-2-27/09 (REV), NJW 2010, 1893. Klaus Weber, *Weber/Kornprobst/Maier, Betäubungsmittelgesetz*, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2021, BtMG, § 29, kn. 1326; Baumann, s. 141; Jörn Patzak, *Patzak/Volkmer/Fabricius, Betäubungsmittelgesetz*, 10. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2022, BtMG, § 29, kn. 1004.

⁸⁸ Mustafa Temmuz Oğlakcıoğlu, *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 7, Nebenstrafrecht I, 4. Auflage, 2022, BtMG § 29, kn. 1054.

⁸⁹ Lagodny, s. 321.

suç icrai veya ihmali bir insan davranışını gerektirmektedir. Salt zilyetlik, hiçbir şekilde aktif (pozitif) bir yapma hareketini (icrayı) karşılamaz. Burada sadece ihmal söz konusu olabilir. Ancak zilyetlik suçları, ihmali suç olarak da yorumlanamayacağı için Al. Anayasası'nın 103. maddesinin 2. fıkrasının bir insan davranışını gerektirmesi karşısında anayasaya aykırılık teşkil etmektedir⁹⁰. Zira *Lagodny*, Al. Anayasası m. 103/2'yi⁹¹ fiil ilkesinin bir güvencesi ve düşüncelerin ve durumların cezalandırılmasına ilişkin bir yasak olarak yorumlamaktadır⁹². Ayrıca yazara göre, cezalandırmanın münhasıran ispatı kolaylaştırmaya dayandırılmasıyla saf zilyetlik suçlarının uygunluk sorunu çözülemeyecektir. Burada ispatın kolaylaştırılmasının cezalandırmanın bir yan sonucu değil, yegâne amacı hâline gelmesi anayasal açıdan kabul edilemez niteliktedir⁹³. Amaçsız zilyetliği cezalandıran tüm suçlar (saf zilyetlik suçları), herhangi bir davranış gerektirmeyen salt olgusal suçlar olmaları nedeniyle cezai amaçların yerine getirilmesine uygun değildir

⁹⁰ Lagodny, s. 322-323.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, zilyetlik suçlarının anayasaya uygunluğunu kabul etmiştir (Claus Roxin, "Handlung", Eric Hilgendorf/ Hans Kudlich /Brian Valerius (Ed.), *Handbuch des Strafrechts, Band 2, Strafrecht Allgemeiner Teil*, Verlag C. F. Müller, 2020, § 28, s. 65, kn. 128; Eisele, Vor § 13, kn. 42). Mahkemeye göre, "söz konusu anayasal hüküm, bir fiilin cezalandırılmasının ancak söz konusu fiil işlenmeden önce, kanunla cezalandırılabilirliğinin belirlenmiş olması hâlinde mümkün olabileceğini belirtmektedir. Hükümde kullanılan fiil (Tat) kavramı, cezalandırılabilir davranışın ceza hukukunda belirli bir hareket kavramına tekabül etmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Ceza hukuku anlamında hareket kavramının iradi bir beden hareketini gerektirmesi, dolayısıyla "hareketsiz (hareketten yoksun) durum (handlungsleerer Zustand)" olarak zilyetliğin fiil teşkil etmeyeceği şeklinde kanuni bir çıkarım, ceza hukuku düzeyinde dahi mümkün değildir. Bilakis bu, ceza hukuku öğretisinde uzun süredir tartışmalı olan ve ceza hukuku doktrinindeki diğer çeşitli hareket kavramlarıyla çelişen, belirli bir hukuk dogmatik kavramının oluşturulması sorunudur. 103. maddenin 2. fıkrasıyla böylesine tartışmalı bir kavramın tespit edildiğine ilişkin hiçbir emare yoktur. Bu nedenle de kanun koyucunun tehlikeli şeylerin izinsiz zilyetliği veya muhafazası gibi... bedensel bir hareketle bağlantılı (ilişkili) olmayan yasak bir durumun meydana getirilmesi (Begründung=Herbeiführung) veya sürdürülmesini (Aufrechterhaltung) cezalandırması, anayasa ile engellenmiş değildir." (BVerfG, Besch. v. 16.06.1994-2 BvR 1157/94, NJW 1994, 2412). Mahkemenin silah bulundurmaya ilişkin aynı yönde kararı için bkz. BVerfG, Besch. v. 06.07.1994- 2 BvR 855/94, NJW 1995, 248.

⁹¹ Al. Anayasası'nın 103. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Bir fiil, ancak işlenmesinden önce ceza kanunuyla belirlendiği takdirde cezalandırılabilir." 1982 Anayasası'nın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı 38. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde de kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir. Düzenlemede geçen "fiil" ibaresi, Alman ceza hukuku öğretisindeki bu tartışmanın Türk hukuku bakımından da cari olduğunu ortaya koymaktadır.

⁹² Lagodny, s. 323. Aynı yönde görüş için bkz. Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 23., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, 2007, § 32, kn. 1089.

⁹³ Lagodny, s. 327.

ve anayasaya aykırıdır⁹⁴.

(2) Struensee

Alman öğretisinde zilyetlik suçlarını münhasıran ele alan ilk çalışmanın sahibi olan *Struensee*, çalışmasıyla ceza hukuku doktrininde ve kanun koyucuda, zilyetlik suçlarının yanlış bir yasal adım olduğuna yönelik bir farkındalık yaratmaya çalıştığını ifade etmiştir⁹⁵. Bu çabası sonuç vermemiş olacak ki bugün Alman ceza hukukunda, bir şeyin zilyetliğini cezalandıran yüzden fazla düzenleme bulunmakta⁹⁶ ve bunların sayısı da giderek artmaktadır⁹⁷.

Struensee'ye göre zilyetlik suçlarına ilişkin sıkıntılar, "zilyet olmak" ibaresinin dilbilgisi yapısına aykırı bir şekilde, bir davranışı tanımlamamasından kaynaklanmaktadır⁹⁸. "Ceza hukuku, yalnızca gerçek kişilerin davranışları ile ilişkilidir. Bu, cezalandırılabilirliğin koşullarına ilişkin çok sayıda pozitif kanuni düzenlemeden de çıkarılabilir. Zira söz konusu düzenlemeler, bir kişinin icrai veya ihmali davranışı ile bağlantılı kurallar içermektedir. Pozitif hukukun bir adım ötesine geçilecek olursa, cezanın yalnızca insan davranışıyla bağlantılı olduğu nadiren ifade edilen, ancak elbette ki kabul edilen bir ceza hukuku ilkesidir. İkincil öncül, insani davranışın gerçekleştiriliş biçimine ilişkindir. İnsan davranışı, yalnızca iki biçimde ortaya çıkar: İcrai veya ihmali olarak, *tertium non datur*⁹⁹. İcra, iradi bedensel hareketlerin yapılmasıyken;

⁹⁴ Lagodny, s. 335.

⁹⁵ Struensee, s. 713.

⁹⁶ Eckstein, *ZStW*, s. 107; Schroeder, s. 444; Roxin, *Besitzdelikte*, s. 9; Gropp, *Beteiligung*, s. 250.

⁹⁷ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 9. Alman Ceza Kanunu'ndaki tipik örnekleri, para ve kıymetli damgalarda sahteciliğin hazırlığı (Al. CK m. 149/I), çocuk pornografisi içeriğini bulundurma (Al. CK m. 184b/III), genç pornografisi içeriğini bulundurma (Al. CK m. 184c/III) ve radyoaktif maddelerin muhafazası (Al. CK m. 328/I) suçlarıdır. Özel ceza kanunlarında yer alan zilyetlik suçlarına örnek olarak ise izinsiz silah bulundurma (Alman Silah Kanunu m. 51/1 ve m. 52/1,1) ve izinsiz uyuşturucu madde bulundurma (Al. UMK m. 29/I, 1, No. 3) verilebilir. Bu türden en yeni suç tiplerinden biri ise sporda insan dopingi amacıyla, önemsiz miktarda olmayan doping maddelerinin bulundurulmasını cezalandıran, Alman Anti-Doping Kanunu (Sporda Doping Karşı Kanun) m. 4/I, 3 ve m. 3/IV' e aykırı olarak bir doping maddesinin bulundurulmasını (tıbbi endikasyon olmaksızın kullanmak veya bir başkasına kullanılmak ve bu suretle bir spor müsabakasında avantaj sağlamak amacıyla bir doping maddesinin bulundurulması) düzenleyen m. 4/II'dir.

⁹⁸ Struensee, s. 713.

⁹⁹ Biçimsel Aristo mantığının üç temel ilkesinden biri, "üçüncü olasılığın olanaksızlığı"dır. Belirli bir olgunun ya bu ya da şu olabilmesi ama üçüncü (başka) bir şey olamaması demektir

ihmal ise yapılmamasıdır. Davranış, bu her iki davranış biçimini de kapsayan bir terimdir... Üçüncü bir davranış biçimi yoktur¹⁰⁰.”

Yazara göre zilyetlik suçları, (tehlikeli veya istenmeyen) bir şeyin birinin tasarrufu altında olduğu durumlar olduğundan, icrai olarak şu biçimleri alabilir: Suç konusu eşyanın zilyetliğinin bir hareket aracılığıyla kazanılması (örneğin, bir şeyin satın alınması veya devralınması); bir hareket vasıtasıyla zilyetliğin kayıp tehlikesinin önlenmesi, zilyetliğin korunması (örneğin, arama sırasında silahların saklanması veya bir kap uyuşturucunun yutulması); şeyin kullanılması veya tüketilmesi (örneğin, silahla ateş edilmesi veya uyuşturucunun tüketilmesi). Ancak sayılan bu hareketler, ifade ettikleri anlam itibarıyla zilyetlik olarak nitelendirilemez¹⁰¹.

Struensee, zilyetliği bir icra değil, bir ihmal yani “zilyetliğin sonlandırılmasının ihmali (*Unterlassen der Besitzaufgabe*)” olarak açıklayan görüşleri de kabul etmemektedir¹⁰². Bir şey üzerinde fiili hâkimiyet kullanmayı, fiili hâkimiyetin sonlandırılmaması olarak tanımlamak saçmadır ve zilyetliğin bunu anlam olarak kapsamadığı açıktır¹⁰³. Kişinin o şeyi elden çıkarmadığını kabul etmek; zilyetliğin bir davranışı değil, bir şey ile bir kişi arasındaki ilişkiyi tanımladığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle içerik açısından zilyetlik, zilyetliğin iradi olarak sonlandırılmasının ihmali olarak anlaşılabilir¹⁰⁴.”

a. Zilyetlik suçlarını ceza hukukunun hareket dogmasının dışına çıkararak açıklayan görüşler

(1) Durum suçları teorisi

Alman ceza hukuku doktrininde ilk kez *Eckstein* tarafından ortaya atılan durum suçları teorisi¹⁰⁵, zilyetlik suçlarında bir fiilin bulunmadığı noktasında

(Rona Serozan, “Hukukta Yöntem Methodology in Law”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (Özel Sayı), 2013, s. 2433).

¹⁰⁰ *Struensee*, s. 714-715.

¹⁰¹ *Struensee*, s. 716.

¹⁰² *Örnek karar için bkz.* OLG Zweibrücken, NJW 1986, 2841. Mahkeme, kararında, bir süre boyunca devam eden (mütemadi) bir suç olarak ruhsatsız silah bulundurmanın ihmal unsuru içerdiğini ifade etmektedir. Fiili hâkimiyeti sağladıktan sonra fail, nihaî olarak silah üzerindeki zilyetliğini sonlandırmayı ihmal etmekle suçlanır (*Struensee*, s. 719).

¹⁰³ *Struensee*, s. 719. *Aynı yönde bkz.* Schroeder, s. 448.

¹⁰⁴ *Struensee*, s. 719-720.

¹⁰⁵ (=Theorie der Zustandsdelikte).

Lagodny ve Struensee’nin görüşleriyle paralellik arz etmektedir. Bununla birlikte zilyetlik suçlarının anayasaya aykırı olmadığını beyan eden *Eckstein*, anayasal sınırlar doğrultusunda kendine özgü bir çözüm üretmeye çalışmıştır. İleri sürdüğü görüşlerle harekete ilişkin ceza hukuku dogmatikinden uzaklaşmaya çalışan *Eckstein*, “durum suçları (*Zustandsdelikte*)” olarak adlandırdığı yeni bir suç grubu getirmek istemektedir¹⁰⁶.

Teoriye göre, bir kişinin bir şey üzerindeki fiili hâkimiyet durumunu cezalandıran suçlar olarak zilyetlik suçları, harekete ilişkin geleneksel şemanın (icra ve ihmal) dışında kalmaktadır¹⁰⁷. Zira zilyetlik, hareket değil; önemli bir hukuki durumdur. Bu nedenle zilyetlik suçları için kullanılan tipeştirmeler -yanında bulundurmamak, fiili hâkimiyet kullanmak, muhafaza altında bulundurmamak, stok olarak bulundurmamak gibi-, bir insan davranışını tanımlamaz¹⁰⁸. Bununla birlikte, faile-özneye bağlı (sübjektif) bir bakış açısıyla, statik-değişim göstermeyen hâkimiyet ilişkileri, insan hareketi (hâkimiyet ilişkisinin kurulması ve sürdürülmesi) içerir¹⁰⁹. Ancak bu ifade, insanın hareket yeteneğinin¹¹⁰ ulaştığı ölçüde geçerlidir. Hareket kavramının dayattığı bu sübjektif bakış açısı, fiili hâkimiyet geçici nitelikteki sebeplerle kullanılmadığında sınırlarına ulaşır. Zira bu hâlde de zilyetlik, maddi özgüleme işlevi (*Sachzuordnungsfunktion*) sayesinde şeklen atfedilmekte ve devam etmektedir. Bu açıdan zilyetlik, hareket yeteneğini nazara almaz; onu kurmayı ve sürdürmeyi sağlayan hareketlerin toplamından daha fazlasıdır¹¹¹.

Zilyetlik suçlarının bir kısmında cezai sorumluluğun insan davranışı ile hâlâ açıklanabilir olduğunu kabul eden teoriye göre, ceza hukukunun hareket dogmasına ilişkin perspektiften bakıldığında, neticeli suçlar, icrai veya ihmali suçlar ve mütemadi suçlar olarak, zilyetliği kurmayı veya sürdürmeyi sağlayan hareketlere dayanırlar. Bununla birlikte hareket ile zilyetlik birbirinden ayrılır. Neticeli suçlarda olağan olanın aksine, bu çakışma noksanlığı, tipe uygun zilyetliğin temelinde yatan hareketlerden bağımsız olarak ortaya çıkmasından kaynaklanır. Bu durumda artık suç ile fail arasındaki bağlantıyı

¹⁰⁶ Oğlakçıoğlu, *Allgemeine*, s. 99.

¹⁰⁷ *Eckstein, Besitz*, s. 264.

¹⁰⁸ *Eckstein, Besitz*, s. 226.

¹⁰⁹ *Eckstein, Besitz*, s. 224.

¹¹⁰ “Hareket yeteneği (=Handlungsfähigkeit)” kavramına mütakabil olarak kullanılan “fiil ehliyeti” kavramı için bkz. Özgenç, s. 180.

¹¹¹ *Eckstein, Besitz*, s. 224.

kuran, hareket değil; zilyetliğin maddi özgülleme işlevidir. *Dayatılan, empoze edilen zilyetlik (aufgedrängter Besitz=imposed possession)* durumlarında, hareket dogmasının başarısızlığa uğradığını ifade eden *Eckstein*, bu hususu şöyle açıklar: “*Kastı olmaksızın bir şeye zilyet olan, sonrasında suçun maddi unsurlarına ilişkin tüm durumların bilgisini edinen ve (bununla eş zamanlı olarak) zilyetliğini sürdürmeyi amaçlayan kimse, bu andan itibaren harekette bulunmaksızın, ilgili zilyetlik suçunu işlemektedir*”¹¹².

İleri sürülen bu gerekçelerle davranışa dayalı sorumluluk sistemi, zilyetlik suçları açısından, yabancı bir cisme şekil vermeyi amaçlayan yapay bir omurgaya benzetilmektedir¹¹³. Teoriye göre, zilyetlik suçlarının maddi içeriğinin tam olarak kapsanması için cezalandırılabilir davranışın bilinen tezahürlerine eklenen, yeni bir suç tipine ihtiyaç vardır. “İcrai ve ihmali suçlar”, üst kavram olarak “davranış suçları” altında özetlendiğinde; bu davranış suçlarının karşısında “durum suçları” olarak “zilyetlik suçları” yer almaktadır¹¹⁴.

Teoriye göre cezalandırılabilir zilyetlik durumu, bir şey üzerinde hâkimiyet sahibi olma (*Sachherrschaft*), hâkimiyet iradesi (*Herrschaftswille*) ve zilyetlik kastı (*Besitzvorsatz*) ile ayırt edilmektedir¹¹⁵. Zilyetlik suçları, normun muhatabı, zilyetlik durumuna hükmedebilir olduğu için¹¹⁶ kusur ilkesini ihlal etmemektedir. *Eckstein*'ın hareket dogmasından ayrılan bu görüşleri, ceza hukuku doktrininde davranıştan bağımsız olarak, tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğini belirli alanlarda sorumluluk olarak inşa etmek isteyen bir eğilime¹¹⁷ tekabül etmektedir¹¹⁸.

Alman ceza hukuku doktrininde, teoriyi destekleyen ve teoriye yakın görüşlere¹¹⁹ rastlanmakla birlikte, teoriyi eleştirenler de bulunmaktadır¹²⁰.

¹¹² *Eckstein, Besitz*, s. 224-225.

¹¹³ *Eckstein, Besitz*, s. 225.

¹¹⁴ *Eckstein, Besitz*, s. 264.

¹¹⁵ *Eckstein, ZStW*, s. 114; *Roxin, Besitzdelikte*, s. 12.

¹¹⁶ (Sübjektif hükmedilebilirlik = subjektive Beherrschbarkeit).

¹¹⁷ Ernst-Joachim Lampe, “Systemrecht und Unrechtssysteme”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 106(4), 1994, s. 715, 744.

¹¹⁸ *Eckstein, ZStW*, s. 141; *Roxin, Besitzdelikte*, s. 12.

¹¹⁹ *Lampe*, teori yönünde görüş bildiren bir diğer yazardır. Durum suçları teorisi temelinde olmakla birlikte, teoriyi bir adım daha ileriye taşıyarak statü suçlarına da yer veren görüşün çalışma kapsamında ayrı bir başlık altında ele alınması uygun görülmüştür.

¹²⁰ Doktrinde, durum suçları teorisinin zilyetlik suç tiplerinin yapısına ilişkin sorunları ortadan kaldırdığı ölçüde, anayasayı ve ceza hukuku dogmatikini ihlal ettiği ve kesinlikle hâlâ iyi-

Durum suçları teorisi, öncelikle *Eckstein*'ın hocası *Schroeder* tarafından desteklenmiştir. *Schroeder*'e göre, zilyetlik suçları kusur ilkesini ihlal etmez. Zira klasik öğretilerde kusur ilkesi, genellikle “*farklı hareket etme, farklı hareket etme imkânı*” olarak anlaşılmaktadır. Zilyetliğin sonlandırılması imkânından önce cezalandırılabilir olduğu birkaç nadir durumda da zilyetlik bakımından kast veya taksirin varlığının gerekli olması, kusur ilkesine uygunluk sorununu ortadan kaldırmaktadır¹²¹.

(2) Zilyetlik suçlarına ek olarak statü suçlarına yer veren görüş

Haksızlığı sosyal ilişkilerin bozulması (*Störung von sozialen Beziehungen*) olarak tanımlayan *Lampe*'ye göre, bu bozulmanın insan davranışı bir yana mutlaka insanlardan kaynaklanması dahi gerekmez. Hem polis hukuku hem de medeni hukuk, doğru bir şekilde, hareket sorumluluğunun yanında durum sorumluluğunu (örneğin komşu mülkten düşen tuğlalar için) da kabul eder. Şimdiye kadar yalnızca ceza hukuku, haksızlık değerlendirmesini sosyal aykırılık teşkil eden durumlara genişletmekte zorlanmıştır. Doğanın güçlerinin insanlığa kaza getirebileceği, ancak haksızlık getiremeyeceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte bu sav, durum suçlarının (örneğin, uyuşturucu maddenin zilyetliği) keşfedilmesiyle temelini yitirmiştir. Durum suçları, açık bir şekilde bir harekete değil; asosyal bir duruma dayanmaktadır. Buradan, diğer suçların esas olarak bir insan hareketine değil, sosyolojik bir olaya yani asosyal bir sürece dayandığının; yalnızca failin şahsi sorumluluğunun, icra veya ihmâl suretiyle asosyal süreçten kaçınabilecek veya bunu sonlandırabilecek olmasına bağlı olduğunun farkına varılabilir. Bu nedenle aynısı ceza hukuku için de geçerlidir. Hukuk kurallarının (haksızlığı gerekçelendiren) öncülüğü değil, sonuçları insan davranışına dayanmaktadır¹²².

leştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca teorisinin ceza hukukunun hareket dogmasına uygun bir çözümün neden reddedilmesi gerektiğini de açıklamadığı belirtilmektedir. *Eleştiri için bkz. Oğlakcıoğlu, Allgemeine*, s. 104. Bir kişinin bir şey üzerindeki fiili hâkimiyetini cezalandırmak suretiyle hareket ve hareket imkânından vazgeçen durum suçları teorisi, zilyetliğe konu şeyi elden çıkarma imkânı olmadan haksızlığın da bulunmayacağı gerekçesiyle kabul edilemez olarak nitelendirilmektedir (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9, kn. 46; Eisele, Vor § 13, kn. 42). Zilyetliğin kendi içinde hukuki bir durum olduğunu ve hareket olmadığını kabul eden; ancak davranışa dayalı kusurluluk ilkesinin cezalandırılabilirliğinin bir bağlama noktası olarak nedensel bir davranış gerektirmesi karşısında durum suçları teorisini reddeden, konuyu ceza hukukunun hareket dogması içinde çözmeyi tercih eden görüş için *bkz. Baumann*, s. 141.

¹²¹ *Schroeder*, s. 449.

¹²² *Lampe'nin görüşünün sosyolojik ve sosyo-psikolojik temellerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ernst-Joachim Lampe*, “Ernst-Joachim Lampe”, Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Die deutsch-*

Lampe, görüşlerini yukarıda ana hatlarıyla belirtilen sosyolojik ve sosyopsikolojik temellere dayandırmaktadır. Yazara göre, durum suçları teorisi ile ceza hukukunun temel kavramı olan harekete ilişkin dogmanın terk edilmesi, ceza hukukunun temellerinin yeniden düşünülmesi anlamında bir zorunluluk getirmektedir¹²³.

Lampe'ye göre birincil kurallar¹²⁴, ilk olarak, konusu *sosyal süreçler* (*soziale Prozesse*) olan yasak ve emirleri, ikinci olarak da konusu *sosyal durumlara* (*soziale Zustände*) ilişkin yasak ve emirleri kapsamaktadır¹²⁵. Bu bağlamda yazarın konusu sosyal süreçler olan emir ve yasakların yanında, konusu sosyal durumlar olan yasak ve emirleri de kabul etmek istediği belirtilebilir. Birincil kurallardan konusu sosyal durum olanlar, normun muhatabı ile lehtar arasında hukukun işlevleriyle çelişen bir sosyal ilişki kurduklarında; bu, ceza hukuku bakımından önem arz eder. Normun muhatabı, bu çelişen ilişki kendi hâkimiyetine tabi ise bundan sorumludur. Şeylerin sosyal durumu üzerinde hâkimiyet kullanma, "zilyetlik"; kullanmama ise "potansiyel zilyetlik" olarak tanımlanabilir. Her ikisinin ortak noktası, normun muhatabının hâkimiyeti kullanma veya kullanmama arasında, sorumlu olduğu bir seçim yapma konusundaki kişisel yeteneğidir¹²⁶. Bu çerçevede *Lampe*, zilyetlik suçlarını ikinci grupta yani konusu sosyal durumlar olan yasak ve emirler içinde ele almaktadır.

Buna ek olarak *Lampe*, görüşlerini bir adım daha ileriye taşımış ve zilyetlik suçlarının keşfinin bir başka keşfi daha gerektirdiğini ifade etmiştir. Bu kapsamda statü suçlarına (=Statusdelikte) değinir ve bu suç türünü şu şekilde tanımlar: "Statü suçları, bir davranış aracılığıyla değil; bir sosyal statünün zilyetliğiyle işlenen suçlardır¹²⁷". Yazara göre, "statü suçlarının pozitif hukukta

sprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, Walter De Gruyter Verlag, 2010, s. 333-334.

¹²³ Ernst-Joachim Lampe, "Besprechung des Buches von Eckstein", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 113(4), 2001, s. 895.

¹²⁴ Hart, hukuk kurallarıyla ilgili olarak yaptığı ayrım çerçevesinde, hukuk kurallarını *birincil* (*primary*) ve *ikincil* (*secondary*) kurallar olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Birincil kurallar, vatandaşların davranışlarıyla ilgili ödev ve yükümlülükler getiren kurallardır. Birincil kurallar, yükümlülük getirirken; ikincil kurallar, vatandaşlara ve yetkililere kamusal ve özel yetkiler vermektedir (H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Second Edition, Clarendon Press, 1994, s. 81). Bu anlamda ceza hukuku kuralları, ilk gruba yani birincil kurallara dâhildir.

¹²⁵ Lampe, *Besprechung*, s. 895-896.

¹²⁶ Lampe, *Besprechung*, s. 896.

¹²⁷ Lampe, *Besprechung*, s. 896.

(de lege lata) yer almaması, bunlarla ilgilenme gerekliliğini uygulamada azaltsa da bunların teorik olarak var olma olasılığını azaltmamaktadır. Örneğin; "örgüt üyeliğine" ek olarak "üye olarak katılmayı" gerektirmesi nedeniyle ancak bir davranış suçu olarak anlaşılabilen Al. CK m. 129, statü suçlarına yaklaşan bir mahiyete sahiptir¹²⁸."

(3) Zilyetlik suçlarında manevi unsurun taşıdığı işlevi vurgulayan görüş

Zilyetliği bir kişi ile bir şey arasındaki hâkimiyet veya kontrol ilişkisi olarak açıklayan *Ambos*, zilyetlik suçlarının fiil gerekliliği ile bağdaştırılmasının zor olduğunu belirtmektedir¹²⁹. Bir bulundurma durumu olarak zilyetlik, dinamik değil, durağandır. Ceza hukukunda da zilyetlik, *sübjektif* bir hâkimiyet iradesiyle birleşen *objektif* bir hâkimiyet veya kontrol ilişkisini ifade etmektedir. *Ambos*'a göre zilyetlik, belirtilen bu nitelikleri gereği davranış değildir¹³⁰. Zilyetlik suçları da davranıştan yoksun olan durum suçlarıdır¹³¹.

Görüğe göre, suç konusu şeyin zilyetliğini kazandıran daha önceki icrai bir harekete veya suç konusu şeyi elden çıkarmama gibi sonrasındaki bir ihmali harekete atıfta bulunarak, zilyetlik suçlarında zımnî bir davranış unsurunun bulunduğu söylenemez. Bu husus, şöyle gerekçelendirilmektedir: "Zilyetlik suçlarının öncesinde bir icrai hareketi gerektirir şekilde yorumlanması, yani daha önceki herhangi bir edinme fiiline dayandırılması durumunda, artık suçun bir unsuru hâline gelen fiilin ispatlanması gerekir. Bu, zilyetlik suçlarının yaratılmasındaki temel amaçlardan biri olan ceza kovuşturmasının kolaylaştırılması ile bağdaşmaz. Zilyetlik suçlarının zilyedin zilyetliğine son vermektense imtina etmesine atıfta bulunarak, bir ihmali unsur içerdiği şeklinde yorumlanması, daha makul gözükse de nihaî olarak ikna edici değildir. İcrai hareketin karşıtı olan ihmali hareket, hareketsizliktir, hareketin yokluğu veya harekette bulunmamasıdır. Bir şey üzerinde fiili hâkimiyet olarak tanımlanan zilyetliğin hareketsizlik veya fiili hâkimiyete son vermeden imtina şeklinde olumsuz yorumlanması, anlamsız ve ziyadesiyle yapaydır. Ayrıca zilyetliğe ihmali bir anlamın yüklenmesi, birçok sorun ortaya çıkarır: Öncelikle, zilyetliğin sona erdirilmesinin nasıl gerçekleştirileceği belirsizdir. İkinci

¹²⁸ Lampe, *Besprechung*, s. 896.

¹²⁹ Ambos, s. 398-399.

¹³⁰ Ambos, s. 399.

¹³¹ Ambos, s. 405.

olarak, ihmalden dolayı cezai sorumluluk, eylemde bulunma yükümlülüğüne bağlıdır. Bu, zilyetlik suçlarında söz konusu yükümlülüğün kaynağını neyin oluşturduğu gibi karmaşık sorunları gündeme getirir. Üçüncü ve son olarak, zilyedin suç konusunu elden çıkarma imkânına sahip olduğunun yani onun varlığından haberdar olduğunun ve ayrıca zilyetliğinin farkında olduğunun ispatlanması gerekir. Bu da yine kanun koyucunun suçun ispatını kolaylaştırma amacını zedeleyici niteliktedir¹³².”

Görüşlerinin büyük ölçüde durum suçları teorisi ile paralellik arz ettiği söylenebilecek yazar, zilyetlik suçlarının liberal bir ceza hukuku düzeninin temel ilkeleri olan kanunilik ve kusur ilkeleri ile nasıl bağdaştırılabileceği hususunun irdelenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹³³. Bu hususta zilyetlik suçlarında manevi unsurun taşıdığı işlev ve anlama dikkat çekmektedir. Hatta manevi unsurun en önemli (üçüncü) işlevini, zilyetlik suçlarını kusurluluk veya kusur ilkesiyle uyumlu hâle getirmek olarak açıklamaktadır¹³⁴. Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde konuyu ele aldığı çalışmasında, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından 1962 yılında yayınlanan Model Ceza Kanunu'nun *fiil olarak zilyetliği* düzenleyen 2.01/4. maddesine değinir. Düzenlemeye göre: “Zilyetlik, zilyedin zilyet olduğu şeyi bilerek temin etmiş veya kabul etmiş olması veya zilyetliğini sonlandırabilmek için yeterli bir süreyle bunun üzerindeki kontrolünün farkında olması hâlinde, bu madde anlamında bir fiildir¹³⁵”. *Ambos*, söz konusu düzenlemede, manevi unsurun öncelikle veya en azından münhasıran zilyetliği bir fiile dönüştürmeye hizmet etmediğini, aksine zilyetliğin iradiliğinin yeniden teyit edilmesini sağladığını ifade etmektedir. Yazara göre, hiç kimse asgari düzeyde fark edilebilir iradi bir münasebet olmaksızın bir şeye zilyet olamaz. Bu nedenle zilyetliğin en önemli temel sübjektif bileşeni, zilyet olunan şeye asgari düzeyde zilyet olma ve azami düzeyde hükmetme isteğiyle açıklanan iradiliktir¹³⁶. Yazar, Model Ceza Kanunu'nun zilyetliğin tanımına ilişkin bu hükmünü de bir kusur düzenlemesi

¹³² *Ambos*, s. 400-403.

¹³³ *Ambos*, s. 406.

¹³⁴ *Ambos*, s. 405. Uygulamada zilyetlik suçları söz konusu olduğunda manevi unsur incelemesinin geri planda kaldığı eleştirisi için bkz. Meraklı, s. 745.

¹³⁵ *The American Law Institute, Model Penal Code (Official Draft and Explanatory Notes, 1985)*, <<https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>>, Erişim Tarihi 28 Kasım 2022, s. 19. Bu düzenlemenin zilyetlik ile cezalandırılabilir davranışın birbirinden ayrı olduğunu teyit ettiği yönünde bkz. Eckstein, *ZStW*, s. 113.

¹³⁶ *Ambos*, s. 403-404.

olarak yorumlamaktadır¹³⁷.

Ambos, sırasıyla kanunilik ve kusur ilkesi bakımından yaptığı değerlendirmelerde, öncelikle kanunilik ilkesinin maddi kurallarına (*lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa*, *lex stricta*) uygun olduğu sürece, ilkenin kanun koyucuya isnadın doğası ve niteliği hususunda çok katı kurallar getirmediği görüşündedir. Kanunilik ilkesinin zilyetlik suçları için farklı bir ölçü içermediği düşüncesinde olan yazara göre¹³⁸; burada asıl incelenmesi gereken, zilyetlik suçlarının kusur ilkesi ile uyumlu olup olmadığıdır. Yine yazara göre, burada kusurluluk, normatif anlamda “*cezayı failin hatalı davranışının kınanabilirliğine dayandıran bir ilke*” olarak anlaşılmaktadır: Yani kınanabilirlik, salt manevi durumların ötesine geçen, mazeret sebeplerinin olumsuz işlev gördüğü müstakil bir kavramdır. Normatif kusurluluk, tipikliğin manevi (sübjektif) yönünün salt psikolojik (deskriptif, ampirik) unsurlarının yani kast (maksat, niyet vb.) ve bilmenin (farkındalık) çok ötesine uzanır¹³⁹.

Zilyetlik suçlarını *davranışsız suçlar* olarak nitelendiren *Ambos*'a göre, bu suçların kusurluluk ilkesi ile uyumlu hâle getirilmesi için *bağımsız (otonom), kusurluluğa dayalı ve daraltıcı bir şekilde yorumlanması* gereklidir. Yazarın bu hususta getirdiği sınırlamalar ise şunlardır¹⁴⁰:

- Zilyet olma iradesi ve zilyet olunan şeye ilişkin asgari farkındalık, zilyetliğin manevi unsurları olarak bulunmalıdır. Zira zilyedin zilyet olunan şey üzerinde kişisel hâkimiyetini kullanmasını (zilyetliğin objektif kurucu unsuru olarak) mümkün kılan, ancak böyle asgari düzeyde bir manevi ölçünün varlığıdır. Böylece, şeyden kişiye isnat gerekçelendirilmiş olur.
- Asgari farkındalık, daha objektif ve zilyetlik suçunun kurucu unsuru olan, zilyedin zilyet olunan şey üzerinde kişisel hâkimiyet kullanmasının önkoşuludur. İlgili şeyi (suç konusunu) keşfetme imkânını zilyede veren bu kişisel hâkimiyetin kullanılması, şey üzerinde potansiyel değil, fiili hâkimiyeti gerektirmektedir.

¹³⁷ *Ambos*, s. 405.

¹³⁸ Diğer tüm suçlarda olduğu gibi zilyetlik suçlarında da cezai yasağın davranışın işlendiği anda (*lex praevia*), yazılı olarak (*lex scripta*), sarıh ve belirli bir şekilde (*lex certa*) bulunması ve kıyas yoluyla benzer bir davranışa uygulanmaması (*lex stricta*) gerekir (*Ambos*, s. 406).

¹³⁹ *Ambos*, s. 406.

¹⁴⁰ *Ambos*, s. 407-408.

- Zilyetliğin meşru bir nedenden kaynaklandığı durumlar, dışarıda tutulmalıdır. Soruşturma ve kovuşturma makamlarının hukuka uygun faaliyetlerinin sonucu olan zilyetlik, yasaklanamaz ve cezalandırmanın konusu olamaz. Örneğin, uyuşturucu maddeye hâkim kararıyla elkonulması.
- Tehlike veya zararın ortaya çıkmasını engellemek için kısa süreli bir zilyetlik, haklıdır ve cezalandırılmaz¹⁴¹.

c. Zilyetlik suçlarına ceza hukukunun hareket dogması çerçevesinde çözüm arayan görüşler

(1) Zilyetlik suçlarının bağımsız bir suç grubu olmadığı görüşü

Görüş uyarınca, bağımsız bir suç grubu teşkil etmeyen zilyetlik suçları da bir hareketin varlığını gerektirir. Harekete ilişkin genel kurallar, zilyetlik suçları için de geçerlidir. Zilyedin zilyetliği, genellikle icra ya da ihmal şeklinde iradi bir davranışına dayanmaktadır. Bu durumlarda, zilyetliğin sebebinin oluşturan bir hareket bulunmakta olup, genellikle zilyetliğin kurulması veya elde edilmesi gibi ayrı fiillerle ilgili suç tipinde düzenlenmektedir. Bununla birlikte zilyetliğin kurulmasının ispatlanamadığı veya kişinin bilgisi olmaksızın zilyetliğin söz konusu olduğu durumların uygulamada sorunlu olduğu ifade edilmektedir. Örneğin, oturlan dairede üçüncü bir kişi tarafından uyuşturucu madde saklanması veya çocuk pornografisi içeriğinin farkında olmaksızın bilgisayarın belleğine kaydedilmesi¹⁴².

Yukarıda bahsi geçen durumlarda cezalandırılabilirlik, zilyetliğin iradi olarak sürdürülmesi veya bu durumun iradi olarak ortadan kaldırılmaması şeklinde ortaya çıkabilen, irade tarafından yönlendirilen bir davranış gerektirmektedir. Örneğin; zilyetliğe konu şeyin iadesi, kolluk kuvvetlerine teslimi, verilerin silinmesi veya yok edilmesi. Görüşe göre, ceza hukuku dogmatığı açısından, zilyetliği sonlandırmama, ilgili suç tipinin yapısı uyarınca, *gerçek ihmali suç* olarak nitelendirilebilir ve bu suretle bir

¹⁴¹ Bununla birlikte getirilen bu sınırlamalar, nötr veya çift(e) kullanımlı şeylerin zilyetliğinin suç sayılmasını kusurluluk ilkesi ile bağdaştırmak için yeterli değildir. Bu durumlarda suç ihdası, söz konusu şeyin suç teşkil eden kullanımının varsayılmasına ve zilyedin zımni tehlikeliliğine dayanmaktadır. Bu tehlikeliliğe ilişkin inandırıcı ve kesin delillere ek olarak, zilyedin ilgili şeyi/şeyleri suç teşkil edecek şekilde kullanma kastının kanıtlanması gereklidir. Zilyetliğin özel bir amacı olarak bu kullanma kastı, zilyetliği bir davranışa bağlar. Bu suretle de saf bir zilyetlik suçu ile arasındaki farkı ortaya koyar (Ambos, s. 408). *Nötr veya çift(e) kullanımlı şeylere ilişkin bkz. II. A. 2.*

¹⁴² Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9, kn. 44; Eisele, Vor § 13, kn. 42.

garantörlük konumuna gerek kalmaz¹⁴³. Ancak kişinin hareket imkânı yani söz konusu şeyi elden çıkarma imkânı bulunmalıdır¹⁴⁴. Bu, objektif olarak imkân dâhilinde değilse cezalandırmaya değer bir haksızlık da yoktur. Sırf şeyi alıkoyma kararı nedeniyle cezalandırma mümkün olmamalıdır¹⁴⁵. Örneğin, failin zilyetliğinden yurtdışındayken haberdar olduğu şeyi elinde tutma niyetinde olması. Bu durumda fail, söz konusu şeyin derhal imha edilmesini telefon aracılığıyla sağlayabilir veya polisi durumdan haberdar edebilir. Failin bunu yapmak zorunda olup olmadığı sorununun ortaya çıktığı ve teorik kaldığı ifade edilen bu son durum haricinde, zilyetlik suçlarının olağan suç kategorileriyle düzenlenebileceği savunulmaktadır¹⁴⁶.

(2) Zilyetlik suçlarında zilyetliğin ikili bir anlam taşıdığı görüşü

Hochmayr tarafından savunulan bu görüş uyarınca zilyetlik suçları, *neticenin devam ettiği mütemadi suç*¹⁴⁷ niteliğindedir. Bu doğrultuda, mütemadi suçlara ilişkin dogmatik model, zilyetlik suçlarına aktarıldığında; bu, en yakın olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna tekabül eder¹⁴⁸. Nasıl ki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, hareket özgürlüğünden yoksun bırakmanın tesisi veya sürdürülmesi ile işlenebiliyorsa, bir zilyetlik suçu da zilyetliğin kurulması veya sürdürülmesi yoluyla işlenebilecektir¹⁴⁹.

Görüş uyarınca zilyetlik suçlarının neticenin devam ettiği mütemadi suç şeklinde yorumlanması, “*durum olarak zilyetlik (Besitz als Zustand)*” ve “*cezalandırılabilir davranış olarak zilyetlik (Besitz als strafbares Verhalten)*” arasında katı bir ayırımın yapılmasını gerektirir¹⁵⁰. Zilyetlik suçlarında zilyetliğe ikili bir anlam yükleyen görüş, suçun tipik neticesini oluşturan “*durum olarak zilyetlik*” için “*fiilen elinde bulundurma (=Gewahrsam)*”

¹⁴³ Eisele, Vor § 13, kn. 42; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9, kn. 45.

¹⁴⁴ Örneğin; Al. CK m. 326/III’te şeyi elden çıkarmama (radyoaktif atıkların teslimine ilişkin olarak), açık bir şekilde düzenlenmektedir (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9, kn. 45). Atıklarla ilgili izinsiz davranışların düzenlendiği bu maddenin 3. fıkrasına göre: “Her kim, idare hukukundan doğan yükümlülükleri ihlal ederek, radyoaktif atıkları *teslim etmezse*, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.” (Bkz. Yenisey/Plagemann, s. 466).

¹⁴⁵ Eisele, Vor § 13, kn. 42; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9, kn. 45.

¹⁴⁶ Eisele, Vor § 13, kn. 42.

¹⁴⁷ (= Erfolgs-Dauerdelikt).

¹⁴⁸ Hochmayr, s. 63.

¹⁴⁹ Hochmayr, s. 145.

¹⁵⁰ Hochmayr, s. 146.

kavramının kullanılmasını önermektedir. Bir kişinin bir şeyle olan fiili ilişkisini yani bir durumu belirten ve ceza hukuku dogmatikliğinde yerleşik bir kavram olan fiilen elinde bulundurma, durum olarak zilyetliği açıklamak için yeterli, izlenen amaç için de uygun görülmektedir¹⁵¹.

Görüşe göre, bir kavramın hem suçun neticesini hem de tipik davranışı tanımladığı, bu anlamda muğlaklık içerdiği, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, yaralama ve mala zarar verme gibi başka suçlar da mevcuttur. Bununla birlikte bu muğlaklık, bizzat failde bir neticeye işaret eden zilyetlik suçlarında çok daha yoğundur. Örneğin: “A, B’yi yaralamıştır” ifadesi, açıkça A’nın davranışına atıfta bulunurken; “A, 5 gram eroin zilyettir” ifadesi, yalnızca A’nın davranışına atıfta bulunmaz, aynı zamanda neticeye de ilişkindir. İşte bu nedenle, netice için davranıştan net bir şekilde ayırt edilebilir bir kavramın kullanılması, önemli görülmektedir. Zira *Hochmayr*, bunun cezalandırılabilir davranış ile suçun neticesinin birbirinden ayrımını kolaylaştırmak suretiyle, durum olarak zilyetliğin her mevcudiyetinin zilyetlik nedeniyle cezalandırılabilirliğe yol açmayacağını da açıklığa kavuşturacağı iddiasındadır. Gerçekten bu görüşe göre, zilyetlik suçlarında fiilen elinde bulundurma, yalnızca tipik neticeye işaret ederken; suç konusu üzerinde fiilen elinde bulundurmanın tesisi veya sürdürülmesi, tipik davranış olarak açıklanmaktadır¹⁵².

Görüş, *dayatılan fiilen elinde bulundurma (=aufgedrängter Gewahrsam)* durumunda, fiili hâkimiyetin sürdürülmesinde, şeyi derhal elden çıkarma maksadının yokluğundan bir hâkimiyet iradesi oluşturan yapıya¹⁵³ karşı çıkmaktadır. Maksadın yokluğunun ceza sorumluluğunu kaldırma etkisi bakımından zamansal bir sınırlandırma (*elden çıkarmanın artık derhal gerçekleşmeyeceği veya fiilen elinde bulunduranın maksadını değiştirdiği an ile*) getirilmesi eleştirilmekte¹⁵⁴; böyle bir anlayışta, zilyet olmakla fiilen elinde bulundurmanın eşdeğer görülmüş olacağı ifade edilmektedir. Cezalandırılabilirliğin bu şekilde salt bir duruma bağlanması, fiil ve kusur ilkelerine aykırı görülmektedir¹⁵⁵. Dolayısıyla görüş uyarınca, bu durumda

¹⁵¹ Hochmayr, s. 63-64.

¹⁵² Hochmayr, s. 64. Zilyet olmak fiili, kişinin fiilen elinde bulundurmayı tesis eden veya sürdüren davranış biçimleri için hukuki bir kısaltmadır (Hochmayr, s. 150).

¹⁵³ Bu durumda, *hâkimiyet iradesi ve zilyetlik kastı* ile zilyetlik suçunun işlenebileceği yönünde *Eckstein*’ın görüşü için bkz. *Eckstein, Besitz*, s. 223-224. Ayrıca bkz. *III, 2, b, (1)*.

¹⁵⁴ Hochmayr, s. 135-136.

¹⁵⁵ Hochmayr, s. 149.

kişi, tek başına fiilen elinde bulundurmaya sonlandırmaya karar vermediği için cezalandırılmaz; ancak bunu sonlandırmayı ihmal ettiği takdirde cezalandırılabilir¹⁵⁶.

Zilyetlik suçları, sadece zilyetliğin elde edilmesini cezalandıran suçlara kıyasla özellikle fiilen elinde bulundurmanın ispat edilebilir bir şekilde daha uzun bir süre devam etmiş olması hâlinde, kapsayıcı bir işlev yerine getirmektedir. Bu durumda kural olarak, ihmalden dolayı cezalandırılabilirliğin koşulları sağlanmış olacaktır. Zilyetlik suçlarında fiilen elinde bulundurmanın sonlandırılmamasının *gerçek ihmali suç* olduğunu savunan *Hochmayr*, burada bir garantörlük konumunun da gerekli olmadığını ifade etmektedir¹⁵⁷. Belirli şeylere zilyet olmak, belirli tehlikelerle ilişkilendirildiğinden cezalandırılmaktadır. Bu noktada, şeyi fiilen elinde bulundurmanın kişinin kendi isteğiyle veya isteği dışında elde edilmiş olması, farklı değerlendirilmez. Fiilen elinde bulundurmayı sonlandırmaya ilişkin yükümlülük, buna hamil herkes için geçerli olmalıdır¹⁵⁸.

Görüş uyarınca, fiilen elde bulundurmanın tesisinin veya uzun bir fiilen elinde bulundurma süresinin kanıtlanamadığı durumlarda, zilyetlik nedeniyle cezalandırılabilirlik şüphelidir. Zira kişi, hâlâ düşünme süresi içinde olabilir, bu durumu sonlandırma imkânına sahip olamamış olabilir veya gerekli hareketi gerçekleştirmediği henüz kendisinden beklenebilir olmayabilir. “*Bu yorum, kovuşturma organları açısından sakıncalı olmakla birlikte, hukuk devletinin gereklilikleri, ceza kovuşturmasının kolaylaştırılmasının önüne geçer. Bu nedenle zilyetliğin altında yatan davranışın belirlenmesinden vazgeçilemez*”¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Hochmayr, s. 143, dn. 656.

¹⁵⁷ Zilyetliğin ihmal kısmının gerçek olmayan ihmali suç şeklinde yorumlanması durumunda, fiilen elinde bulunduran kişi, sadece fiilen elinde bulundurmanın tesisinin ispat edilebilir olması veya istisnai olarak fiilen elinde bulundurmanın sonlandırılmasına ilişkin bir garantörlük konumunun mevcudiyeti hâllerinde, ihmal nedeniyle sorumlu tutulabilir. Bu şekilde, zilyetlik suçlarının kendilerinden beklenen kapsayıcı işlevi yerine getirmesi mümkün değildir. Ayrıca bu yorumda, zilyetlik nedeniyle cezalandırılabilirlik, genellikle ilgili düzenlemede zaten cezalandırılan zilyetliğin edinilmesiyle çakışacaktır (*Görüş için bkz. Hochmayr, s. 100*). Aynı yönde gerçek ihmali suç görüşü için bkz. Abel, s. 85; Viveiros, s. 39. Al. UMK m. 29/I, 1, No. 3 anlamında zilyetliğin sürdürülmesinin en azından kısmen gerçek ihmali suç olduğunu savunanların yanında (Bkz. Oğlacioğlu, *BtMG*, § 29, kn. 1054), olmadığı yönünde aksi görüş de mevcuttur (Bkz. Weber, *Weber/Kornprobst/Maier, BtMG*, § 29, kn. 1326; Patzak, *Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG*, § 29, kn. 1022-1023).

¹⁵⁸ Hochmayr, s. 100-101. Zilyet olmak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan farklı olarak, ihmal kısmında bir garantörlük konumuna bağlı değildir (*Görüş için bkz. Hochmayr, s. 147*).

¹⁵⁹ Hochmayr, s. 149-150.

Nihaî olarak, zilyetlik suçlarında salt bir durum sorumluluğunu reddeden *Hochmayr*, zilyetliğin kendisini bir fiil olarak tanımlamaktadır¹⁶⁰. Bu suretle de zilyetlik suçlarının davranış normları sistemine uyduğu sonucuna ulaşmaktadır¹⁶¹.

(3) Zilyetliği müstakil bir hareket şekli olarak kabul eden görüş

Ceza hukukunda hareket, uzun zamandır önemli ölçüde esnetilmiş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. 1904 gibi erken bir tarihte ihmalin bir hareket olarak anlaşılamayacağını ifade eden *Gustav Radbruch* veya sosyal hareket kavramını ileri süren ve hareket kavramını “*sosyal açıdan önemli insan davranışı*” olarak tanımlayan sosyal hareket teorisi, bunun bir yansımasıdır¹⁶². Son olarak *Roxin*, hareketi “*kişiliğin ifadesi veya dışa vurumu*” yani “*zihinsel bir eylem (aksiyon) merkezi olarak insana atfedilebilecek her şey*” olarak tanımlamıştır¹⁶³. *Roxin*'e göre, zilyetlik suçlarının hareket yapısının dış dünyada iradi olarak değişikliğe sebebiyet verme veya gâfilik (amaca yönelik olma) gibi kriterlerle açıklanması, neredeyse mümkün değildir¹⁶⁴. Bu nedendir ki *Roxin*, zilyetlik suçlarını da harekete verdiği bu anlam doğrultusunda ele almaktadır.

Roxin'e göre, belirli yapılan veya yapılmayan *beden hareketleri* (= *Körperbewegungen*) anlamında sadece icra ve ihmalin cezalandırılabilirliği her zaman söylenemez. Alman Ceza Kanunu'nun hiçbir yerinde de “*hareket etme (Handeln)*” kavramı, insanın beden hareketleri ile sınırlı değildir. Bir şey üzerinde iradi olarak fiili hâkimiyeti haiz olmanın zilyedin kişiliğinin bir ifadesi olduğu, kolaylıkla reddedilemez. Örneğin bir kişi çok sayıda kitaba veya resme zilyet olduğunda; bu, onun kişiliğinin karakteristik bir dışa vurumdur. Muhafaza altında bulundurulmuş şey, silah, patlayıcı veya uyuşturucu madde veya çocuk pornografisi olduğunda da durum farklı değildir¹⁶⁵. Bazı hâllerde, bu zilyetliğin cezaya değerliği tartışılabilir. Ancak her halükârda cezalandırılabilirlik, hareketin yokluğu sebebiyle başarısızlığı

¹⁶⁰ Hochmayr, s. 145.

¹⁶¹ Zilyetlik suçları, soyut tehlike suçu niteliğindedir (Hochmayr, s. 150). Aynı yönde bkz. Schroeder, s. 445; Gropp, *Vorverlagerung*, s. 103; Abel, s. 46; Oğlakcıoğlu, *BtMG*, § 29, kn. 1053.

¹⁶² Schroeder, s. 448.

¹⁶³ Roxin, *ATI*, § 8, kn. 44.

¹⁶⁴ Roxin, *Handbuch*, § 28, s. 65, kn. 128.

¹⁶⁵ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 13.

uğramaz¹⁶⁶.

Bedensel hareketlerin yapılması veya yapılmaması olarak icra ve ihmale ek olarak, kişiliğin ifadesi anlamında müstakil bir hareket şekli olarak, hâkimiyeti haiz olmak ve kullanmak da bulunmaktadır. *Roxin*'e göre, hareketin kişiliğin bir ifadesi (veya dışa vurumu) olarak anlaşılması, zilyetlik suçlarına ek olarak ceza hukukunda icra veya ihmal şeklinde bir beden hareketine dayandırılmayacak suç teşkil eden davranışların diğer tezahürlerini¹⁶⁷ de kolaylıkla kapsayacaktır. Bu nedenle yazar, geliştirdiği hareket kavramının ceza hukuku açısından önemli olabilecek her şey için, temel bir kavram olarak uygun olduğunu savunmaktadır¹⁶⁸.

Roxin'e göre, bu suretle zilyetlik suçları, yapı itibarıyla ihmalle kurulan bağlantıdan daha iyi gerekçelendirilebilir. Zilyedin iyi niyetle veya kendi katkısı olmaksızın hâkimiyet alanına giren bir şeyi teslim etmemesi, bildirmemesi veya imha etmemesi durumunda, bazı zilyetlik suçlarının bir ihmal anı (*Unterlassungsmoment*) içerdiği doğrudur. Ancak ilk olarak, fiili hâkimiyet anlamında zilyet olmak, başka bir şeydir ve salt zilyetlik ilişkisinin sonlandırılmamasından daha fazlasıdır. İkinci olarak, bu ihmal anı, yasaklı şeylerin kendi zilyetliğine aktif olarak geçirilmesi temel durumunda da eksiktir. Zira burada zilyetliğin cezalandırılabilirliği, söz konusu şeyi elden çıkarma imkânı bulunmadan önce zaten gerekçelendirilmektedir¹⁶⁹.

SONUÇ

Zilyetlik, esasen bir medeni hukuk kurumu olmasına rağmen ceza hukukunda farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin hırsızlık suçunda zilyet, mağdur olarak belirlenmişken; güveni kötüye kullanma suçunda

¹⁶⁶ Roxin, *Handbuch*, § 28, s. 65, kn. 128. *Roxin*'in hareket kavramına atıfta bulunan *Schroeder*, “*hareket*” kavramının bu şekilde genişletilmesi hâlinde dahi bir hâkimiyet durumu olarak “*zilyetliği*” kapsayamayacağı görüşündedir. *Bu hususta bkz.* Schroeder, s. 448.

¹⁶⁷ Burada, suç veya terör örgütüne üyelik (Al. CK m. 129 ve m. 129a), statü suçu olarak örnek verilmektedir. Yine, talimatlara uygun olarak sabotaj eylemleri gerçekleştirmeye hazır olma (Al. CK m. 87/I,1), barışa tehlikeye düşüren ilişkiler sürdürmek (Al. CK m. 100/I) ve fuhşa aracılık ilişkileri sürdürmek (Al. CK m. 181a/I), icra veya ihmal şeklinde bir beden hareketine dayandırılmayacak suç teşkil eden davranışın görünüm şekillerine verilen diğer örneklerdir (*Bkz.* Roxin, *Besitzdelikte*, s. 13; Schroeder, s. 449; Eckstein, *ZStW*, 142).

¹⁶⁸ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 14. Kişisel hareket teorisinin bu kapsayıcı (genel) hareket tanımı ile “*hareket*”, ceza hukukundaki sınırlayıcı işlevini yerine getiremeyecektir. *Eleştiri için bkz.* Gropp, *ATI*, § 2, kn. 136.

¹⁶⁹ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 14.

zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden zilyet, fail konumuna getirilmiştir. Çalışmamızda ele aldığımız zilyetlik suçlarında ise salt bir şeyin zilyetliğinin suç hâline getirilmesinden söz edilmektedir. Dolayısıyla zilyetlik kavramı, ceza hukukuna çok da yabancı değildir.

Zilyetlik kavramının ceza hukukunda taşıdığı anlam belirlenirken, özel hukukun kavrama yüklediği anlamdan yola çıkılamayacağı öncelikle ifade edilmelidir. Bu hususta ceza hukuku öğretisince ortaya konulan özel ölçütlerle hareket edilmesi gereklidir. Bu anlamda “*fiilen elinde bulundurma*” kavramı önerilmektedir. Zilyetliğin fiilen elinde bulundurma şeklinde anlaşılması, malvarlığına karşı suçlarda ortaya çıkan problemi çözse de zilyetlik suçları açısından ortaya çıkan ve tartışılan fiil gerekliliğine ilişkin temel sorunu çözmez. Zira her iki kavram da şey (eşya, nesne) ile kişi arasındaki ilişkiyi yani bir *durumu* ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

Zilyetliğin bir fiil teşkil edip etmediği sorusuna bir cevap ararken, harekete ilişkin şimdiye kadar ortaya atılan teoriler kapsamında da bir değerlendirmede bulunulmalıdır. Zira bu teoriler, ceza hukukunda hareket kavramını zaman içinde oldukça değiştirmiş ve esnekliğe uğratmıştır. Klasik suç teorisinin başvurduğu doğal (nedensel) hareket teorisinden kişisel hareket teorisine kadar uzanan süreçteki tüm bu genişletmelere rağmen, bugün ceza hukukunda hem kendisinden beklenen işlevleri (*tasnif ve tarif edici, sınırlayıcı*) yerine getirip hem de tüm suç tiplerini kapsayan bir hareket tanımının imkânsızlığından söz edilebilir. Bu çerçevede, hareketin *yapma* veya *yapmama* anlamında *bedensel hareket* şeklinde anlaşılması durumunda, kişinin bir şey üzerinde fiili hâkimiyet durumunu ifade eden zilyetliğin dışarıda kalacağı muhakkaktır. Zilyetlik suçlarının yapısının dış dünyada iradi olarak değişikliğe sebebiyet verme veya gâlik (amaca yönelik olma) gibi kriterlerle açıklanması da kanaatimizce mümkün gözükmemektedir. Kişisel hareket teorisinin kapsayıcı hareket tanımında dahi icra ve ihmale ek olarak zilyetlik, müstakil bir hareket şekli olarak ele alınmaktadır. Hareket kavramına ilişkin yaptığı bu genişletmeyle, zilyetlik suçlarını ve ceza hukukunda icra veya ihmâl şeklinde bir beden hareketine dayandırılmayacak suç teşkil eden davranışların diğer tezahürlerini açıkladığı iddiasında olan teori, hareketin sınırlayıcı fonksiyonunu ortadan kaldırmak gibi farklı sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bir durumdan ibaret olan zilyetlik veya fiilen elinde bulundurma, hareket kavramından farklıdır. Bu mülâhazalarla daha açık ifade etmek gerekirse zilyetlik suçları, ceza hukukunun hareket dogması bakımından

sorunludur. Hatta *kanunun lafzı uyarınca*, zilyetlik suçlarının bir *durum suçu* olarak nitelendirilebilmesi dahi mümkündür. Bununla birlikte çağdaş ceza hukuku anlayışında böyle bir sorumluluğun kabul edilmesi mümkün değildir.

Durum sorumluluğunun kabulü hâlinde, fiil ilkesi ile bağdaştırılabilirlik bakımından sorunlar ortaya çıkmaktadır. Zira salt duruma dayalı bir bulundurma yasağı, anayasal açıdan en azından sorgulanabilir niteliktedir. Cezalandırmanın sebebi, salt bir durum sorumluluğu olarak görüldüğünde, fiil ilkesinin sağladığı güvencenin dışına çıkmış olur. Kanaatimizce bu noktada önemli olan, zilyetliğin bir durum olup olmaması değil, zilyetliğin cezalandırılabilirliğine ilişkin getirilen bir düzenlemenin çağdaş ceza hukukunun temel prensiplerinden olan fiil ve kusur ilkeleri karşısında nasıl anlaşılması gerektiğidir:

Ceza hukukunda, cezai sorumluluğun bağlanma noktasını normun muhatabı olan insan tarafından gerçekleştirilen bir fiilin oluşturmaya ilişkin gereklilik, zilyetlik suçları bakımından da farklı değerlendirilemez. Dolayısıyla zilyetlik suçlarında cezalandırılabilirlik için manevi unsurun işlevine önem verilmesi, tek başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra, bu zilyetliği kuran (*önceki*) veya sürdüren (*sonraki*) hareketin varlığından vazgeçilemeyecektir. Bu nedenle *dayatılan zilyetlik* durumlarında, durum suçları teorisi savunucularınca ileri sürülen “*kastı olmaksızın bir şeye zilyet olan, sonrasında suçun maddi unsurlarına ilişkin tüm durumların bilgisini edinen ve (bununla eş zamanlı olarak) zilyetliğini sürdürmeyi amaçlayan kimsenin herhangi bir harekette bulunmaksızın ilgili zilyetlik suçunu işlediği*” görüşü kabul edilebilir değildir. Sırf şeyi alıkoyma kararının cezalandırılmasının kabulü, düşüncenin cezalandırılmasıyla eşdeğerdir.

Bu çerçevede öncelikle, zilyetliğin temelinde yatan yani zilyetliği kuran hareketin ispatlanması gerekir. Buna olumlu cevap verilmesi hâlinde, ortada icrai bir hareket söz konusu olduğundan bir sorun da olmayacaktır. Ancak zilyetliği kuran hareket ispatlanamıyorsa, örneğin; kişinin dayatılan veya bilgisi olmaksızın zilyetliğinin söz konusu olduğu bir durumda, zilyetliğin sürdürülmesi anlamında ihmali hareket bakımından bir değerlendirmede bulunulması gerekir. Zilyetliğin sürdürülmesi bakımından, zilyetlik suçlarının yapısı itibarıyla *gerçek (saf) ihmali suç* niteliğinde olduğu ve bir garantörlük konumunu gerektirmediği görüşü, kanaatimizce kabul edilemeyecektir. Kanun koyucu, ilgili suç tipinde, zilyede şeyi elden çıkarmaya (iade, teslim, imha vb.) yönelik bir yükümlülük getirmediği, söz konusu suçların sırf hareket suçu teşkil ettiği gerekçesiyle gerçek ihmali suç olarak nitelendirilmesi zor

gözükmektedir. Zira böyle bir yükümlülük öngörülmezsizin, salt söz konusu şeyleri bulundurmaya yönelik yasak getiren bir düzenleme, *yasak normu* teşkil etmektedir. Bu yasak normunun da ancak icrai bir davranışla veya icrai davranışa eşdeğer bir yükümlülük ihmali ile ihlali mümkündür. Ancak zilyetlik suçlarının kanun koyucu tarafından gerçek (saf) ihmali suç şeklinde kaleme alınması, pekâlâ mümkündür. Bu durumda sorumluluk için tipik davranışı gerçekleştirmek bakımından failin hareket imkânının bulunması gerektiği izahtan varestedir.

Kanun koyucu tarafından ilgili suç tipinde gerçek ihmali suç düzenlemesine gidilmediği sürece, zilyetliğin tesisinin ispatlanamadığı durumlarda, zilyetlik suçlarında zilyetliğin sürdürülmesi açısından, ancak *görünüşte (gerçek olmayan) ihmali suç* değerlendirilmesi yapılabilir¹⁷⁰. Zilyetlik suçlarında, zilyetliğin sürdürülmesinin görünüşte (gerçek olmayan) ihmali suç şeklinde yorumlanması durumunda; zilyedin zilyetliğinin tesisinin ispat edilebilir olması haricinde, ancak istisnai olarak zilyetliğini sonlandırmaya ilişkin bir garantörlük konumunun ve yine hareket imkânının bulunması hâlinde¹⁷¹, bu ihmali nedeniyle sorumlu tutulabileceği doğrudur. Bu yorumun zilyetlik suçlarının kendisinden beklenen kapsayıcı işlevi yerine getiremeyeceği bahsiyle reddedilmesi, zaten *sınırlayıcı bir yorumla* ele alınması gereken zilyetlik suçları için kanaatimizce yerinde değildir. Bununla birlikte burada, hukukumuz açısından şu hususun belirtilmesinde yarar vardır: Alman Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin 13. maddesinde, suçun ihmal suretiyle icrasına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir¹⁷². Bu düzenleme

¹⁷⁰ İhmali suçlara ilişkin alt ayrımlar yapılırken, hangi ölçütlerin esas alınacağı noktasında farklı yaklaşımlar mevcuttur. Zilyetlik suçlarının zilyetliğin sonlandırılmamasına ilişkin olarak gerçek (saf) ihmali suç teşkil etmediğine ilişkin düşüncemiz, burada ölçütümüzün *ihlal edilen normun niteliği (emir-yasak normu)* olmasından kaynaklanmaktadır. Yasak normları, yapılmaması gereken şeyleri belirterek, kişileri bunları yapmaktan men ederler. Kanun koyucular, belirli şeylerin bulundurulmasını cezalandırarak aslında bulundurulmasını yasaklamıştır. Bu normların oluşturduğu suç tipleri, icrai suç niteliği taşır. Örneğin, zilyetliği tesis eden (kuran) icrai bir hareketle bu normun ihlal edilmesi mümkündür. Ancak yasak normlarının bazı durumlarda ihmali davranışlarla da ihlal edilmesi mümkündür. Görünüşte (gerçek olmayan) ihmali suçlar, tıpkı icrai suçlar gibi nihai olarak bir yasak normunun ihlal edilmesinden ibarettir. *İhmali suçların kendi içerisinde yapılan ayrımında esas alınan ölçütlere ilişkin açıklamalar için bkz.* Yurtlu, s. 152-156.

¹⁷¹ Tipik davranışı gerçekleştirme bakımından failin hareket imkânının (maddi-fiziki imkânının) bulunması hem gerçek hem de gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından aranması gereken bir unsurdur.

¹⁷² Düzenlemeye göre: “Bir ceza kanununda yer alan bir suç tipindeki neticeyi bertaraf etmekte ihmal gösteren kişinin bu kanuna göre cezalandırılması için, neticenin meydana gelmemesi için hukuki yükümlülük şeklinde bir sorumluluk üstlenmiş olması ve bu ihmali davranışın

kapsamında, bir *garantörlük konumu ve eşdeğerlik kaydı*¹⁷³ aranmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda ise ihmale ilişkin böyle bir düzenlemenin genel hükümlerde yer almaması ve özel hükümler aracılığıyla ihmale ilişkin sınırlı hükümler getirilmiş olması, böyle bir belirlemede bulunulmayan suçların ihmal suretiyle işlenebilirliği ve cezalandırılabilirliğine ilişkin olarak doktrinde tartışmalara sebebiyet vermektedir. Görünüşte (gerçek olmayan) ihmali suçların sınırlı sayıda olmadığı görüşü, bugün öğretilde azınlıktadır. Bu suçların sınırlı sayıda olduğuna ilişkin hâkim görüş, tüm suçların kural olarak ihmal suretiyle işlenip cezalandırılabilmesini *kanunilik ilkesi* karşısında haklı olarak reddetmektedir¹⁷⁴.

kanundaki suç tipini gerçekleştiren icrai bir davranış gibi kabul edilmesi şarttır.” (Bkz. Yeni-sey/Plagemann, s. 15-16).

¹⁷³ (=Entsprechungsklausel).

¹⁷⁴ *Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.* Rahime Erbaş, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 145-151.

KAYNAKÇA

- Abel S, *Besitzdelikte im deutschen und US-amerikanischen Strafrecht*, Shaker Verlag, 2016.
- Akipek J/Akıntürk T/Ateş D, *Eşya Hukuku*, Beta Yayınevi, 2018.
- Alşahin M E, *Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları (5237 Sayılı TCK. m. 151 vd.)*, Turhan Kitabevi, 2010.
- Ambos K, “Possession as a Criminal Offence and the Function of the Mental Element: Reflections from a Comparative Perspective”, Suzannah Linton, Gerry Simpson, William A. Schabas (Ed.), *For the Sake of Present and Future Generations, Essays on International Law, Crime and Justice in Honour of Roger S. Clark*, Koninklijke Brill NV, 2015, s. 391-408.
- Antalya G/Topuz M, *Eşya Hukuku*, Cilt: IV/1, Marmara Hukuk Yorumu, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Artuk M E/Gökçen A/Alşahin M E/Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Ayan M, *Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aybay A/ Hatemi H, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Baumann, J/Weber U/Mitsch W/Eisele J, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016.
- Baumann J, *Besitz an Daten, 184b Abs. 4 StGB im Lichte neuer Medien*, 1. Auflage, Schriften zum Strafrecht, Band 279, Duncker & Humblot Verlag, 2015.
- Centel N/Zafer H/Yenerer Çakmut Ö, *Kişilere Karşı Suçlar*, C. I, Beta Yayınevi, 2017.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Dönmezer S, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, 2001.

- Dönmezer S/Erman S, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt II, 14. Bası, Der Yayınları, 2019.
- Dursun S, *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Eckstein K, *Besitz als Straftat*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 133, Duncker & Humblot Verlag, 2001. Anılış: (Eckstein, Besitz).
- Eckstein K, “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte- EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117(1), 2005, s. 107-142. Anılış: (Eckstein, ZStW).
- Eisele J, *Schönke Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2019.
- Erbaş R, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Erdin S, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Subjektif Unsur Sorunu*, Adalet Yayınevi, 2019.
- Fuchs J, “Besitz”, Klaus Weber (Ed.), *Weber kompakt, Rechtswörterbuch*, 7. Edition, Verlag C. H. Beck, 2022.
- Gierhake K, “Zur geplanten Einführung neuer Straftatbestände wegen der Vorbereitung terroristischer Straftaten”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9/2008, s. 397-405.
- Gropp W, “Besitzdelikte und periphere Beteiligung- zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktaschbörsen und Besitzes von Kinderpornographie”, *Festschrift für Harro Otto, zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Carl Heymanns Verlag, 2007, s. 249-264. Anılış: (Gropp, Beteiligung).
- Gropp W, “Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit”, Arndt Sinn, Walter Gropp, Ferenc Nancy (Hg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*, Universitätsverlag Osnabrück, 2011, s. 99-119. Anılış: (Gropp, Vorverlagerung).

- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer Verlag, 2015. Anılış: (Gropp, AT).
- Hart H L A, *The Concept of Law*, Second Edition, Clarendon Press, 1994.
- Hecker B, “İst das bloße Aufrufen kinderpornografischer Dateien strafbar?”- Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg v. 15.2.2010-2-27/09 (REV), NJW 2010, 1893, *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, 1, 2011, s. 149-159.
- Hochmayr G, *Strafbarer Besitz von Gegenständen, Zur Reichweite der Strafdrohungen für den (bloßen) Besitz von Waffen, Suchtmitteln, Kinderpornographie, etc.*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2005.
- Hörnle T, *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2021.
- Hügel L M, *Strafbarkeit der Anschlagsvorbereitung durch terroristische Einzeltäter und deren Unterstützer- Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der deutschen und amerikanischen Rechtsordnung*, Duncker & Humblot Verlag, 2014.
- Jescheck H H/Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5.vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot Verlag, 1996.
- Joecks W/ Jäger C, *Strafgesetzbuch Studien Kommentar*, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2018.
- Kazaker Bozkurt G, “Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi- Kavram, Nedenleri, Görünüm Şekilleri (Alman Ceza Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(1), 2022, s. 241-288.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022. Anılış: (Koca/Üzülmez, Özel).
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022. Anılış: (Koca/Üzülmez, Genel).
- Köbler G, *Juristischer Wörterbuch, für Studium und Ausbildung*, 16., neuarbeitete Auflage Verlag Franz Vahlen, 2016.

- Kunter N, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Lagodny O, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Mohr Siebeck Verlag, 1996.
- Lampe E J, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 106(4) 1994, s. 683-745.
- Lampe E J, “Beschprechung des Buches von Eckstein”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 113(4), 2001, s. 885-896. Anılış: (Lampe, Besprechung).
- Lampe E J, “Ernst-Joachim Lampe”, Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Walter De Gruyter Verlag, 2010, s. 303- 348.
- Meraklı S, Parada Sahtecilik Suçu (TCK m. 197), *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(2), 2020, s. 726-776.
- Mitsch W, “Terrorbekämpfung durch Strafrechtsvorverlagerung”, *Vortrag auf der dritten Internationalen rechtsvergleichende Konferenz an der Universität Postdam am 16. Dezember 2014*, <https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-mitsch/Vorträge/Deutsch-russisches_Kolloquium2014.pdf>, Erişim Tarihi 4 Haziran 2021, s. 1-6.
- Mommsen T, *Römisches Strafrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, 1899.
- Oğlakcıoğlu M T, *Der Allgemeine Teil Betäubungsmittelstrafrechts, Zugleich eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Betäubungsmittelstrafrecht seit 1982*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 241, Duncker & Humblot Verlag, 2013. Anılış: (Oğlakcıoğlu, Allgemeine).
- Oğlakcıoğlu M T, *Münchener Kommentar zum StGB, Nebenstrafrecht I, Band 7*, 4. Auflage, 2022. Anılış: (Oğlakcıoğlu, BtMG).
- Oğuzman M K/ Seliçi Ö/ Oktay-Özdemir Saibe, *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017.
- Özbek V Ö, *Müstehcenlik Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17.

- Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Patzak J, Jörn Patzak/Mathias Volkmer/Jochen Fabricius, *Betäubungsmittelgesetz*, BtMG, 10. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2022.
- Pieroth B/Schlink B, *Grundrechte Staatsrecht II*, 23., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, 2007.
- Polaino-Orts M, “Grenzen vorverlagerter Strafbarkeit: Feindstrafrecht”, *Strafrechts als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Band I, Walter De Gruyter Verlag, Berlin/New York 2011, ss. 91-111, Erişim Tarihi: 11.09.2022.
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2006. Anılış: (Roxin, AT I).
- Roxin C, “Besitzdelikte”, Đorđe Ignjatović (Ed.), *Stanje Kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, II Deo*, Pravni Fakultet Universiteta u Beogradu, 2008, s. 9-24. Anılış: (Roxin, Besitzdelikte).
- Roxin C, “Handlung”, Eric Hilgendorf, Hans Kudlich, Brian Valerius (Ed.), *Handbuch des Strafrechts, Band 2, Strafrecht Allgemeiner Teil*, Verlag C. F. Müller, 2020. Anılış: (Roxin, Handbuch).
- Schmitz R, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Auflage, 2021.
- Schroeder F C, “Besitz als Straftat”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 11/2007, s. 444-449.
- Serozan R, “Hukukta Yöntem Methodology in Law”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (Özel Sayı), 2013, s. 2423-2440.
- Serozan R, *Eşya Hukuku I*, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2014. Anılış: (Serozan, Eşya).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Struensee E, “Besitzdelikte”, *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, s. 713-730.
- Taneri G, “Müstehcenlik Suçu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(1), 2018, s. 561-624.
- Tekinay S S/Akman S/Burcuoğlu H/Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, Cilt I, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989.
- Tezcan D/Erdem M R/Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Viveiros C, “Wider die Zustandsdeliktsauffassung der Besitzdelikte- Zugleich ein Beitrag zur verhaltensbezogenen Dogmatik der Besitzstraftaten”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 133(1), 2021, s. 35-59.
- Weber K/Kornprobst H/Maier S, *Betäubungsmittelgesetz, BtMG*, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2021.
- Wessels J/Hillenkamp T, *Strafrecht Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte*, 39., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2016.
- Wittig P, *Heintschel-Heinegg Beck'sche Online-Kommentare StGB*, 55. Edition, Verlag C. H. Beck, 2022.
- Yenisey F/Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB)*, Genişletilmiş 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2015.
- Yokuş Sevik H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Yurtlu F, *İhmali Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2022.

