

T.C.

İstanbul Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU
(TCK md. 155)

Şölen Çakıroğlu

2501140484

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul, 2017



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : ŞÖLEN ÇAKIROĞLU Numarası : 2501140484
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR.ADEM SÖZÜER
Tez Savunma Tarihi : 09.08.2017 Saati : 11.00
Tez Başlığı : GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU(TCK md. 155)

EZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, orulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.ADEM SÖZÜER		Kabul
2- YRD.DOÇ.DR. SELMAN DURSUN		Kabul
3- YRD.DOÇ.DR.SERDAR TALAS		Kabul
4- YRD.DOÇ.DR.ABDULLAH BATUHAN BAYTAZ		
5- YRD.DOÇ.DR.MEHMET EMİN ALŞAHİN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- YRD.DOÇ.DR.KERİM ÇAKIR		
2- YRD.DOÇ.DR.HALİT UYANIK		Kabul

ÖZ

GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU ŞÖLEN ÇAKIROĞLU

Güveni kötüye kullanma suçu TCK'da malvarlığına karşı suçlar bölümü altında 155. maddede düzenlenmiş olup madde uyarınca bu suç; kişinin zilyetliği kendisine devredilen mal üzerinde devir amacı dışında tasarrufta bulunması veya devir olgusunu inkar etmesi hali olarak tanımlanmıştır. Üç bölümden oluşan çalışmamızda öncelikle suç hakkında genel bilgi mahiyetinde; suça ilişkin kavramsal çerçeve, suçun tarihi gelişimi ve suçla korunan hukuki değer ifade edilmiş, sonrasında suçun temel ve nitelikli hali açıklanmış, son olarak ise kusurluluk, cezalandırılabilirliğin diğer koşulları, suçun özel görünüş biçimleri, yaptırım ve yargılama hükümleri ve suçun unsurlarının daha iyi anlaşılabilmesi için bağlantılı suçlarla karşılaştırılmasına yer verilmiştir. Çalışmamızın yazımı esnasında doktrinden ve yargı kararlarından faydalanılmış, yakın zamanda değişen kanun maddeleri ve bunların getirdiği yenilikler de irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Güven, Zilyetlik, Mülkiyet, Malvarlığına Karşı Suç, Güveni Kötüye Kullanma

ABSTRACT

THE CRIME OF BREACH OF TRUST (TURKISH PENAL CODE ARTICLE 155) ŞÖLEN ÇAKIROĞLU

The crime of breach of trust, which is regulated in the article 155 and under the “Offences against Property” section of Turkish Penal Code, is defined thereunder as a person either acting against the purpose of possession on a property on which he has been rendered as a possessor or denying the phenomenon of the transfer. In this study consisting of three chapters; conceptual framework, historical background and the legally protected interest have been primarily expressed, following with the detailed explanation of basic and major forms of the crime, and lastly, special forms of aspect, culpability, other requirements of punishability, sanction theory, and for a better understanding on elements of the crime, comparison with relevant crimes have been included. During the writing, doctrine and court decisions were benefited and newly changed articles and the changes that those articles brought were examined.

Key Words: Trust, Possession, Property, the Crime of Breach of Trust, Crime against Property

ÖNSÖZ

Kişilerin birbirlerine duydukları güven duygusu girdikleri her türlü ilişkinin temelini, kişilerin birbirleriyle girdikleri tüm bu ilişkiler de toplum olmanın esasını oluşturmaktadır. Girilen her türlü ilişkinin, özellikle de hukuki ve ekonomik ilişkilerin temelinde yatan güven duygusu toplumu oluşturan bireylerin huzur ve barış içerisinde bir yaşam sürmesini de sağlamaktadır. Bu nedenle her ne kadar güveni günlük yaşantımızda basit bir duygu olarak da görssek toplumda huzur ve barış içerisinde bir yaşam sürülmesinde, ekonomik ilişkilerin güçlenmesinde ve kurulan her türlü ilişkide duyulan güven oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Çünkü kişiler duydukları güvene dayanarak hukuki ilişkiler kurmakta ve çoğu zaman bu ilişkilere dayanarak temel hakları olan mülkiyet haklarını sınırlandırmaktadırlar. Girilen tüm bu ilişkilerin temelini oluşturan güven genel olarak özel hukuk çerçevesinde korunsun da bazı hallerde bu koruma yeterli görülmemekle bu meseleye ceza hukuku tarafından da müdahale edilmiştir. Bu bağlamda da çalışmamızın konusunu oluşturan ve Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen "Güveni Kötüye Kullanma Suçu" ortaya çıkmaktadır. Çalışmamız İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır. Çalışmamız kapsamında uygulamada da çok sık görülen güveni kötüye kullanma suçu suç inceleme metodu çerçevesinde genel hatlarıyla incelenmiştir. Çalışmamızın amacı; kişilerin birbirlerine duydukları güvenin ve bu güvenden kaynaklanan ilişkiler neticesinde ihlal edilen mülkiyet hakkının korunmasını amaçlayan güveni kötüye kullanma suçunun önemini ve uygulamadaki kapsamını vurgulamak ve suçla ilgili problemleri ve sorunları ortaya koymaktır.

Çalışmamızın ortaya çıkmasına birçok kişinin katkısı rol oynamıştır. Öncelikle bu vesileyle yüksek lisans tez danışmanlığımı üstlenen, çalışmamın konusunun ve genel çerçevesinin belirlenmesinde ve üzerimde büyük emeği olan,

bilgisini ve desteğini esirgemeyen saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Adem SÖZÜER'e sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Mesaim sırasında şahsıma rahat bir çalışma ortamı sağlayan ve desteğini her zaman gösteren saygıdeğer hocam Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ'a; akademik hayata başladığım günden bugüne bana gerek hocalığı gerekse nezaketi ile yol gösteren, yardımlarını ve bilgisini esirgemeyen saygıdeğer hocam Prof. Dr. Hakan HAKERİ'ye teşekkürü bir borç bilirim.

Eğitim sürecimde ekonomik suçlara ilişkin bilgilerimin temelini atan ve gerek ders gerekse de tez aşamamda sorularımı asla cevapsız bırakmayan ve bilgisiyle destek ve yardımcı olan saygıdeğer hocam Yard. Doç. Selman DURSUN'a teşekkür ederim.

Bu süreçte yaşadığım tüm zorluklarda yanımda ve her koşulda yardımcı olan tüm arkadaşlarıma ve özellikle de çalışma sürecimde aynı odayı paylaştığım ve bu süreçteki stresime ortak olan ve başarılarının devamını dilediğim araştırma görevlisi arkadaşlarıma, özellikle bu süreçteki tüm sıkıntılara ortak olan ve desteklerini asla esirgemeyen İsmail ÇEKİÇ, Ömer UĞUR ve Murat UÇAK'a gösterdikleri yardım, anlayış ve dostluk için teşekkür ederim.

Son olarak bugünlere gelmemde çok büyük emekleri olan kendilerinin en zor günlerinde bile beni düşünüp cesaretlendiren ve asla yalnız bırakmayıp hayattaki en büyük destekçilerim olan anneannem Merih DÖNMEZER'e, annem Zuhal DÖNMEZER ÇAKIROĞLU'na, babam Orhan ÇAKIROĞLU'na, kardeşlerime ve tüm aile büyüklerime çok teşekkür ederim.

İstanbul 2017

Şölen Çakıroğlu

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	13

Birinci Bölüm

GENEL AÇIKLAMALAR, SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ, KORUNAN HUKUKİ DEĞER, SUÇUN UNSURLARI

I. GENEL AÇIKLAMALAR.....	17
II. KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE TERMİNOLOJİ.....	22
III. SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ.....	25
A. Roma Hukuku.....	25
B. İslam Hukuku.....	27
C. Türk Hukuku.....	29
1. Osmanlı Devleti Dönemi.....	29
2. Türkiye Cumhuriyeti Dönemi.....	31
IV. KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	32
V. SUÇUN UNSURLARI.....	37
A. Maddi Unsurlar.....	37
1. Suçun Konusu.....	37
a. Genel Olarak.....	37
b. Eşya Kavramı.....	39
(1) Genel Olarak.....	39
(2) Taşınır- Taşınmaz Mal Ayrımı.....	43
(3) Bütünleyici Parça.....	47
(4) Misli- Misli Olmayan Eşya.....	49
c. Başkasına ait olma.....	52
d. Zilyetliğinin Devredilmiş Olması.....	55

(1) Zilyetlik Kavramı	55
(2) Zilyetliğin Hukuki Fonksiyonları	57
(3) Zilyetliğe Tabi Şeyler	58
(4) Zilyetliğin Çeşitleri.....	59
i. Zilyet Yardımcılığı.....	59
ii. Asli Zilyetlik- Feri Zilyetlik.....	60
iii. Dolaysız- Dolaylı Zilyetlik	61
iv. Emin sıfatıyla Zilyet	61
(5) Zilyetliğin Devredilmesi.....	62
(6) Zilyetliğin Devrinin Geçerli Bir Hukuki İlişkiye Dayanması.....	66
(7) Güveni Kötüye Kullanma Suçu Açısından Zilyetliğin Önemi....	70
2. Fiil.....	71
a. Zilyetliğin Devri Amacı Dışında Tasarrufta Bulunma.....	76
(1) Satmak	78
(2) Rehnetmek.....	80
(3) Kullanma ve Tüketme	83
(4) Değiştirme ve Başkalaştırma.....	84
b. Devir Olgusunu İnkâr Etme	85
3. Netice.....	86
4. Fail.....	89
5. Mağdur	95
B. Manevi Unsurlar.....	97
1. Genel Olarak.....	97
2. Maksat	100
3. Olası Kast	102
C. Hukuka Aykırılık.....	103
1. Kanun Hükümünü İcra	104
2. Meşru Savunma	106
3. Hakkın Kullanılması.....	107
4. İlgilinin Rızası	110

İkinci Bölüm
SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI, KUSURLULUK,
CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN DİĞER KOŞULLARI, SUÇUN ÖZEL
GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

I. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI	111
A. Fail ile Mağdur Arasındaki İlişkiden Doğan Nitelikli Unsurlar	113
1. Ticaret İlişkisi	113
2. Hizmet İlişkisi	115
B. Failin Sıfatı Nedeniyle Nitelikli Unsurlar	117
1. Failin Meslek ve Sanat İcra Eden Kişi Olması.....	117
2. Failin Hangi Nedenden Doğmuş Olursa Olsun Başkasının Mallarını İdare Etme Yetkisi Olan Kişi Olması.....	119
C. Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Nitelikli Haller	120
1. Kurumların Güveni Kötüye Kullanması	121
2. Örtülü Kazanç Aktarımı	124
II. KUSURLULUK	129
A. Zorunluluk Hali	129
B. Cebir- Tehdit.....	130
III. CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN DİĞER KOŞULLARI	132
A. Şahsi Cezasızlık veya Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler	132
1. Şahsi Cezasızlık Sebebi.....	134
a. Haklarında Ayrılık Kararı Verilmemiş Eşler Arasında.....	135
b. Üstsoy veya Altsoyunun veya Bu Derecede Kayın Hısımlarından Biri veya Evlat Edinen veya Evlatlık Arasında	137
c. Aynı Konutta Beraber Yaşayan Kardeşler Arasında	139
2. Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler	139
a. Haklarında Ayrılık Kararı Verilmiş Olan Eşler Arasında.....	140
b. Aynı Konutta Beraber Yaşamayan Kardeşler Arasında.....	140

c. Aynı Konutta Beraber Yaşamakta Olan Amca, Dayı, Hala, Teyze, Yeğen veya İkinci Derecede Kayın Hısımları Arasında.....	141
B. Etkin Pişmanlık	142
IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	151
A. Teşebbüs	151
B. İştirak.....	155
C. İçtima	158

Üçüncü Bölüm

YAPTIRIM, YARGILAMA, BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA

I. YAPTIRIM.....	167
A. Genel Olarak	167
B. Tüzel Kişilere Uygulanan Yaptırım.....	171
II. YARGILAMA.....	173
III. BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA.....	181
A. Hırsızlık Suçu.....	182
B. Yağma Suçu	185
C. Dolandırıcılık Suçu	186
D. Mala Zarar Verme Suçu	189
E. Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçu	191
F. Zimmet Suçu	192
G. Bankacılık Zimmeti Suçu.....	195
H. Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu.....	197
SONUÇ	200
KAYNAKÇA	207

KISALTMALAR LİSTESİ

A.e.	:	Aynı Eser
a.g.e.	:	Adı Geçen Eser
a.g.t.	:	Adı Geçen Tez
a.m.	:	Aynı Makale
ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
AÜHFY	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
BAM	:	Bölge Adliye Mahkemesi
Bank.K.	:	Bankacılık Kanunu
BFHD	:	Banka ve Finans Hukuku Dergisi
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CD	:	Ceza Dairesi
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
E.T.	:	Erişim Tarihi
EÜHFD	:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	:	Fıkra
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HPD	:	Hukuki Perspektifler Dergisi
İİK	:	İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
K.	:	Karar
KVK	:	Kurumlar Vergisi Kanunu
md.	:	Madde

MÜHF-HAD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
SBE	:	Sosyal Bilimler Enstitüsü
SPK	:	Sermaye Piyasası Kanunu
SÜHFD	:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
sy.	:	Sayılı
T.	:	Tarih
T.C.	:	Türkiye Cumhuriyeti
TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
vb.	:	Ve Benzeri
vd.	:	Ve Devamı
Y	:	Yıl
y.y.	:	Yayın Yeri Yok
Yarg.	:	Yargıtay
YCGK	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun temel amacı 1. maddede de belirtildiği üzere; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek olup bu amaçların sağlanması amacıyla TCK'da suçlar ve bu suçlara bağlı olarak yaptırımlar düzenlenmiştir. TCK'nın amaçlarının birini oluşturan toplum barışının temelinde esasında toplumu oluşturan bireylerin birbirleriyle olan ve toplumla aralarındaki ilişkilerinin düzenlenmesi yatmaktadır. Böylece kişilerin birbirleriyle olan ilişkileri ve kendi aralarında düştükleri anlaşmazlıklar Ceza hukuku bağlamında da önem teşkil edip toplumsal barışın korunması çerçevesinde korunmakta ve önlenmeye çalışılmaktadır.

Toplumu oluşturan bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerinin kurulmasının temelinde ise kişilerin birbirlerine karşı duydukları güven yatmaktadır. Kişiler, karşısındaki insanın belirli bir şekilde davranacağına duydukları güven ile çeşitli işlemler gerçekleştirirler. Kişilerin belirli işlemleri gerçekleştirmeden önce karşısındaki kişinin belirli bir şekilde davranacağına ilişkin duyduğu güven aslında kanundan doğan bir yükümlülükten kaynaklanmaktadır. Kanundan doğan bu yükümlülükler ile kişilerin hukuki ilişkilere girdiği karşı tarafa duydukları güven ile bu güvenden kaynaklanan beklentiler korunmaktadır. Kişiler arasındaki güveni koruyan düzenlemeler ve bu bağlamda ortaya çıkan yükümlülükler genellikle özel hukukta öngörülmeyle birlikte özel hukukun yeterli olmadığı alanlarda güven ceza hukuku bağlamında da korunmaktadır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ve TCK'nın "Özel Hükümler" adlı ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlıklı onuncu bölümü ve 155. maddesinde düzenlenen "Güveni Kötüye Kullanma Suçu" da kişilere karşı duyulan güvene uygun olarak davranma yükümlülüğü yükleyen bir düzenleme olmakla birlikte bu yükümlülüğe aykırı davranışlar madde uyarınca cezalandırılmaktadır. Ayrıca güveni kötüye kullanma suçu ile güven ile birlikte temel olarak TCK'nın amaçlarında da korunacağı belirtildiği üzere bireylerin

temel hakkı olan ve Anayasa ile de güvence altına alınan mülkiyet hakkı da korunmaktadır. Suçla korunan hukuki değerin temelde kişilerin mülkiyet hakkı olması suçun malvarlığına karşı suçlar arasında yer almasına ve de gerçekleştirilen fiillerin kişilerin malvarlığı üzerinde doğrudan bir etki doğurmasına bağlanmaktadır. Böylece suçla kişilerin temel hakkı olan mülkiyet hakkı, zilyetlik ve ayrıca kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerinin temelini oluşturan güven korunmakta olduğundan suçun uygulama alanı oldukça geniş olup suç uygulamada da oldukça önemli bir yere sahiptir.

Nitekim uygulamaya ilişkin istatistiklere de genel olarak bakıldığında güveni kötüye kullanma suçuna oldukça sık rastlandığı görülmektedir. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün resmi web sitesinde verdiği istatistiklere göre 2016 yılında ceza mahkemelerinde güveni kötüye kullanma suçunun temel şeklinden açılan davalardaki toplam sanık sayısı 6724, suçun 155/2'de düzenlenen nitelikli halinden açılan davalardaki toplam sanık sayısı ise 12966'dır. Yine aynı istatistiklere göre 2016 yılında suçun temel şeklinden açılan bu davalardan 4939 tanesine mahkûmiyet, 1632 tanesine ise beraat hükmü verilirken suçun nitelikli halinden verilen mahkûmiyet sayıları 11409 olup beraat sayıları ise 4436'dır. İstatistiksel verilerde de açıkça gözüktüğü üzere güveni kötüye kullanma suçu ile ilgili davalar ve mahkûmiyet hükümleri bir hayli yüksektir. Bu nedenle inceleme konumuz hem kişiler arasındaki güvenin önemi ve mülkiyet hakkının korunması hem de uygulamadaki bu yaygınlık ve uygulamada görülen sıkıntılar nedeniyle büyük bir önem teşkil etmektedir.

Güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin olan çalışmamız üç ana bölümden oluşmakla birlikte çalışmamızda genel olarak suçun önemine ve suçla ilgili düzenlemelerin zamanla geçirdikleri değişikliklere doktrinindeki farklı görüşler ışığında değinilmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde ilk olarak suçun temeli ile ilgili daha ayrıntılı bilgi edinilebilmesi için amacıyla güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin genel açıklamalara yer verildikten sonra kısaca suça ilişkin kavramsal çerçeve

açıklanacaktır. Ayrıca kavramsal çerçeve ile birlikte suçun tarihsel gelişimi içerisinde TCK'daki açık düzenlemeye kadar doktrinde çeşitli tanımlara başvurulduğundan suçun terminolojisine de kısaca değinilecektir. Tüm bunların ardından suçun geçirdiği değişikliklerin açıklığa kavuşturulmasında faydalı olabilmesi için suçun tarihsel gelişimi açıklanıp suçla korunan hukuki değere yer verilecektir. Suçun tarihi gelişimi başlığı altında suçun günümüzdeki halinin temelini oluşturan Roma Hukuku'ndaki düzenlenişine, ardından suçun İslam Hukukundaki boyutuna ve Osmanlı Devleti ve Türkiye Cumhuriyeti'nde olmak üzere iki dönem şeklinde Türk Hukuku'nda geçirdiği değişiklikler incelenecektir. Birinci bölümde son olarak suçun temel şekline yer verilecektir. Suçun temel şekli incelenirken belirli bir suç inceleme metodu içerisinde hareket edilip suç bu metot ile TCK'daki suç teorisi çerçevesinde ayrıntılı olarak incelenecektir. Ayrıca suçun unsurlarına değinilirken suç açısından ayırt edici bir niteliği ve büyük bir önemi olan zilyetlik ve eşya kavramlarına ilişkin özel hukuk kapsamındaki bilgilere de özet olarak değinilecek ve bu kavramların güveni kötüye kullanma suçu açısından önemi üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise ilk olarak güveni kötüye kullanma suçunun TCK'da ve SPK'da düzenlenen suçun nitelikli hallerine yer verilecektir. Ayrıca suçun gerek ilk bölümde değinilen temel şekli gerekse de ikinci bölümde anlatılan nitelikli şekline ilişkin tüm unsurları 765 sayılı Kanun'daki ve TCK'daki düzenlemeler ve bu unsurların zamanla geçirdikleri değişiklikler karşılaştırılarak incelenecektir. Bunların ardından ikinci bölüm altında kusurluluk, suçun özel görünüş biçimleri, cezalandırılabilirliğin diğer koşulları konuları irdelenecektir.

Suçun üçüncü bölümü olan son bölümümüzde ise yaptırım ve yargılamaya ilişkin bilgilere yer verilecektir. Güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin genel açıklamaların ardından çalışmamızın sonunda suçun daha iyi bir şekilde anlaşılabilmesi için suçun benzer suçlarla karşılaştırılmasına yer verilecektir. Suçun benzer suçlarla karşılaştırılmasında suçlar arasındaki farklılıkların daha net anlaşılabilmesi ve uygulamadaki durumun da görülebilmesi için Yargıtay kararlarından faydalanılacaktır.

Çalışmamızda ilgili başlıklar altında suçun sadece TCK'daki düzenlenişine değil aksine söz konusu suç 765 sayılı Kanun'daki düzenlemelerle de karşılaştırılarak incelenecektir. Bu nedenle suçun unsurlarına ilişkin her ilgili başlık altında her iki Kanun arasında gözüken benzerlikler ya da farklılıkların üzerinden de kısaca geçilecektir. Ayrıca suçla ilgili açıklamalarda bulunulurken uygulamada tartışmalı olan hususlara çeşitli görüşler ışığında ayrıntılı olarak değinilecektir. Son olarak sonuç bölümünde ise güveni kötüye kullanma suçu ile ilgili verilen genel bilgiler ışığında kanaatlerimiz ve değerlendirmelerimiz yer alacaktır.



Birinci Bölüm

GENEL AÇIKLAMALAR, SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ, KORUNAN HUKUKİ DEĞER, SUÇUN UNSURLARI

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Güveni kötüye kullanma suçunun da yer aldığı malvarlığına karşı suçlar; TCK'nın “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Malvarlığına Karşı Suçlar” adlı onuncu bölümünde, 765 sayılı Kanun'da ise Kanun'un “Mal Aleyhine Cürümler” başlıklı onuncu babında düzenlenmiştir. Her iki Kanun açısından da belirtilen başlıklar altında yer alan suçların ortak yanı işlendiklerinde suça konu malın malikinin malvarlığından kaynaklanan yararının yok edilmesi veya azaltılmasıdır¹. Ayrıca TCK'da malvarlığına karşı suçların 765 sayılı Kanun'daki temel şekilleri önemli ölçüde korunarak çeşitli yeniliklerle birlikte tekrar öngörülmüştür². 765 sayılı Kanun'da malvarlığına karşı suçlar TCK'daki gibi kişiye bağlı bir değer olarak sayılıp bunlar kişilere karşı suçlar arasında değil ayrı bir başlık olarak “mala karşı suçlar” altında düzenlenmiştir³.

Malvarlığına karşı suçlarla genel olarak kişilere yönelik saldırı söz konusu olmakla birlikte kişilerin sadece doğrudan fiziki varlık veya kişilik hakları değil temelde kişilerin malvarlıkları ve malvarlıklarından doğan hakları ve de malvarlığını

¹ Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 17.bs., İstanbul, Beta Basım, 2004, s. 338.

² Selman Dursun, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, **HPD**, S:2, 2004, s. 190; Erdener Yurtcan, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, **Sempozyum Türk Ceza Kanununun 2 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, 2008, s. 355.

³ Mahmut Koca, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S.5., Kazancı Yayınları, 2005, s. 69-70; Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Kişilere Karşı Suçlar)**, 5. bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 2016, s. 300.

oluşturan tüm değerleri de korunmaktadır⁴. Anayasa'nın 35. maddesinde temel hak olarak herkesin mülkiyet hakkına sahip olabileceği belirtilmiş olup malvarlığına karşı suçlarla da genelde kişilerin mülkiyet hakları ve bu hakkı kullanmalarını sağlayan zilyetliğin kullanılmasını sağlayan hakları ihlal edilmektedir⁵. Mülkiyet hakkı her ne kadar genellikle özel hukuk ile korunmakta ise de mülkiyet hakkının malikin rızası olmadan veya cebir tehdit ile ihlali gibi durumlar için özel hukukun koruması yeterli görülmemiş ve toplumsal etkilerinin de olduğundan bahisle bu haklar ceza hukukunda da malvarlığına karşı suçlar ile korunmuştur⁶.

Güveni kötüye kullanma suçu yukarıda da değinildiği üzere TCK'nın "Malvarlığına Karşı Suçlar" adlı onuncu bölümünün 155. maddesinde düzenlenmiş olup 765 sayılı Kanunu'nun "Mal Aleyhine Cürümler" başlıklı onuncu babın "Emniyeti Suiistimal" başlıklı dördüncü faslında yer alan 508.⁷ ve 510.⁸ maddelerinde düzenlenen emniyeti suiistimal suçunun temel ve nitelikli halinin karşılığını oluşturmaktadır TCK, 765 sayılı Kanun'daki düzenleme gibi emniyeti suiistimal başlığı altında yer alan suçları böyle bir başlık altında toplamak yerine malvarlığına karşı suçlar bölümü altında açığa imzanın suiistimali suçu hariç olmak üzere hepsine ayrı maddelerde yer vermiştir. Güveni kötüye kullanma suçunun yer aldığı TCK'nın 155. maddesinde suç şu şekilde tanımlanmıştır⁹:

⁴ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C:1, 3. bs., İstanbul, Beta Basım, 2016, s. 281; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 8. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2015, s. 128.

⁵ Hasan Erman, "Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Yetersizliği", **İÜHFİM**, C:XVI, S:1-2, İstanbul, 1975, s. 134; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 281.

⁶ Koca, **a.g.m.**, s. 68; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 360; Mehmet Emin Alşahin, **Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 5.

⁷ Madde 508: (Değişik: 8/6/1933 - 2275/1 md.) Her kim başkasına ait olupta iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim olunan bir şeyi kendisinin veya başkasının menfaatine olarak satar veya rehneder veya sarf ve istihlak eder yahut ketim ve inkar eyler veyahut tahvil ve tağyir ederse mutazarrır olan kimsenin şikayeti üzerine iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır.

⁸ Madde 510: Geçen iki maddede yazılı cürümler meslek ve sanat veya ticaret veya hizmet sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veyahut idare etmek için kendisine tevdi olunan veya teminat olarak teslim edilen şeyler üzerinde yapılırsa faili hakkında bir seneden beş seneye kadar hapis cezası tertip olunur ve şikayetname itasına hacet kalmaksızın takibat yapılır.

⁹ Madde gerekçesi uyarınca; "Madde metninde güveni kötüye kullanma suçu tanımlanmıştır. Söz konusu suçla korunan hukukî değer kişilerin mülkiyet hakkıdır. Bu suçla mülkiyetin korunması

Madde 155- (1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufla bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

amaçlanmaktadır. Ancak, söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen kişi (fail) arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu ilişkinin gereği olarak taraflar arasında mevcut olan güvenin korunması gerekmektedir. Bu mülahazalarla, eşya üzerinde mevcut sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarruflar, cezai yaptırım altına alınmıştır.

Güveni kötüye kullanma suçunun konusu, taşınır veya taşınmaz maldır. Bu mal üzerinde fail lehine zilyetlik tesis edilmiş olmalıdır. Güveni kötüye kullanma suçunda fail, suç konusu malın maliki değildir. Bu nedenle, müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyete konu olan mallarla ilgili olarak, müşterek veya iştirak hâlinde malik olanlar birbirlerine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işleyemezler. Fail, suç konusu şey üzerinde lehine zilyetlik tesis edilmiş olan kişidir. Ancak, bu zilyetliğin mutlaka malik tarafından tesis edilmesi gerekmez.

Suçun konusunu oluşturan mal üzerinde belirli bir şekilde kullanmak üzere fail lehine zilyetlik tesisi gerekir. Bu nedenle, güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı gereklidir. Bu hukukî ilişki, örneğin kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, karz sözleşmesi, vedia sözleşmesi, istisna sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, rehin sözleşmesi ile tesis edilmiş olabilir. Bu akdi ilişki, karma veya sui generis bir sözleşme ile de tesis edilmiş olabilir. Örneğin, bir bankada açılan carî hesaba veya bir "özel finans kurumu"nda açılan "katılım ortaklığı hesabı"na ilişkin sözleşme ile de bu hukukî ilişki tesis edilmiş olabilir. Keza, örneğin bir anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile şirket tüzelkişiliği arasındaki hukukî ilişki, hizmet ve/veya vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Hatta, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alınmış olan eşyanın meselâ bir üçüncü kişiye satılması durumunda dahi, güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.

Bu zilyetlik devri, malik olmayan kişiye, aradaki hukukî ilişkinin niteliğine göre, şey üzerinde belli bazı tasarruflarda bulunma hak ve yetkisini vermektedir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için, failin suç konusu mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufla bulunması veya bu devir olgusunu inkar etmesi gerekir.

Güveni kötüye kullanma suçunun soruşturma ve kovuşturması mağdurun şikâyetine bağlı kalmıştır. Söz konusu suçun işlenmesi suretiyle bir yarar elde edilebileceği düşüncesiyle, yaptırım olarak hapis cezasının yanı sıra adli para cezası da öngörülmüştür.

Maddenin ikinci fıkrasında güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâli düzenlenmiştir. Buna göre, söz konusu suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da, hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi hâlinde, failin suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılması gerekmektedir".

Görüldüğü üzere güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli TCK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasında, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisi ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş olan eşyalarla ilgili olarak düzenlenen nitelikli hali ise maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Fakat ayrıntılı olarak suçun nitelikli unsurları başlığı altında inceleneceği üzere suçun nitelikli hallerine sadece TCK'da yer verilmemiş olup Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110. maddesinde Kanun'un yaptığı atıf ile suçun özel bir nitelikli hali düzenlenmiştir.

765 sayılı Kanun'daki düzenleme incelendiğinde suçun basit ve nitelikli halleri "emniyeti suiistimal" başlığı altında ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere TCK'da bu sistematik terk edilmiş ve suçun temel şekli ve nitelikli hali farklı maddelerde düzenlenmek yerine aynı madde altında farklı fıkralarda düzenlenmiştir¹⁰. Güveni kötüye kullanma suçunun her iki Kanun'daki düzenlemesine bakıldığında suçta her ne kadar kısmi değişiklikler yapılmış olsa da temelde suçun klasik yapısının korunduğu gözükmemektedir¹¹.

Hareket unsuru altında ayrıntılı olarak inceleneceği üzere iki kanundaki suç oluşturulan hareketlere kısaca değinilirse 765 sayılı Kanun'da suç oluşturulan hareketler; satmak, rehnemek, sarf ve istihlak etmek, ketim ve inkar eylemek veya tahvil ve taşıma etmek olmak üzere sınırlı olarak sayılmıştır. TCK ise hareket unsuru açısından da farklı bir sistematik benimsemiş ve suç oluşturulan hareketleri sınırlı olarak saymak yerine zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkar etme olarak belirleyerek 756 sayılı Kanun'daki hareketleri kapsayan daha geniş bir düzenlemeye yer vermiştir¹². Bu nedenle de aslında her iki kanuna bakıldığında hareket unsurları açısından uygulamada büyük bir farklılık gözükmemektedir¹³.

¹⁰ Halil Polat, **5237 sayılı TCK'da Yer Alıp Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 593.

¹¹ Sinan Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 249.

¹² Dursun, "Malvarlığına Karşı Suçlar", s. 194; Koca, **a.g.m.**, s. 84; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 428; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 249.

¹³ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 428.

Her iki kanun arasındaki diğeri bir farklılık da 765 sayılı Kanun'da suçta konu malın faile tevdi ve teslimi aranmışken TCK'da tevdi ve teslim yerine malın zilyetliğinin devri aranmaktadır. Fakat söz konusu dönemde de doktrinde tevdi ve teslimle malın iade veya belirli bir şekilde kullanmak üzere faile önceden teslim edilmesi ve bu teslimin de malın ferî zilyetliğinin teslimi anlamına geldiği savunulmuş olup¹⁴ bu nedenle de her iki kanundaki düzenlemeler her ne kadar ibare olarak farklı da olsalar uygulama açısından aynı anlama gelmektedirler. Aynı zamanda TCK md. 155/2'de düzenlenen suçun nitelikli hali açısından da "tevdi ve teslim" ibaresine yer verilmesi ile Kanun'da zilyetliğin devri ile tevdi ve teslim arasında bir fark öngörülmediği ve eş anlamlı olarak kullanıldığı açıktır¹⁵. Aynı zamanda zilyetliğin devri ibaresinin tevdi ve teslimden daha geniş kapsamlı olduğu ve böylece maddenin uygulama alanının genişlediği de savunulmuştur¹⁶.

Her ne kadar iki Kanun arasında çeşitli farklılıklar bulunsada temelde suç ile esasında zilyetliği failde bulunan ama aslında başkasına ait olan bir mal ve kişinin mülkiyet hakkı korunmak istenmiştir¹⁷. Bu koruma ile aynı zamanda insanlar arasındaki güvenin kötüye kullanılması önlenmiş ve kişiler arasındaki ticari hayatın korunarak güven içinde ilerlemesi de sağlanmıştır¹⁸. Bu nedenle de kanun koyucu her ne kadar muhtemelen suçu oluşturan hareketlerle kişinin özel hukuk açısından sorumlulukları doğacaksa da bununla yetinmeyerek kişiyi ceza hukuku kapsamında da sorumlu tutmuştur¹⁹. Böylece sonuç olarak her iki kanunda suçu düzenleyen hükümler temelde benzer olmakla birlikte aralarındaki farklılıklara ileride ilgili başlıklar altında ayrıntılı olarak değinilecektir.

¹⁴ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 503,506.

¹⁵ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 428.

¹⁶ Mustafa Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 407.

¹⁷ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 440.

¹⁸ Sedat Bakıcı, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler 1**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 3.

¹⁹ Serkan Meraklı, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan), 2009, s. 1657.

II. KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE TERMİNOLOJİ

Güveni kötüye kullanma suçunun terminolojisi anlatılmadan önce ilk olarak kısaca güven kavramı üzerinde durulmalıdır. TDK uyarınca “korku, çekinme ve kuşku duymadan inanma ve bağlanma duygusu, itimat”²⁰ anlamına gelen güven, kişiler arasındaki ilişkilerin kurulmasında oldukça önemli bir yere sahiptir. Çünkü güvenilir bir kişi ile kurulan ilişkiler, her zaman kişilerin bu ilişkilere korkusuzca girmesini ve içlerinin rahat etmesini sağlamaktadır. Böylece kişiler güvendikleri veya toplumda genel olarak güvenilir olarak görülen kişiler ile ilişki kurarlarken daha rahat davranabilmektedirler. Böylece günlük hayatta da etkilerini güçlü bir şekilde gösteren güvenin, özellikle kişiler arasında kurulan ilişkilerde, sözleşmelerde ve ticaret ilişkilerinde önemini gösterdiğini belirtmek yanlış olmaz. Örneğin bir kişinin ticaret hayatında güvenilir bir kişi olma niteliğine sahip olması o kişi ile rahatça alışveriş yapılabilineceği veya o kişiye borç verilebileceği veya kefaletinin kabul edilip olacağı konusunda kişiye sosyal bir statü sağlamaktadır²¹.

Kişiler duydukları bu güven ile güven duydukları kişilerin aralarındaki ilişkide bu güvene uygun olarak davranacakları yönünde bir beklentiye girmektedirler. Kişilerin bu beklentisinin yerine getirilmemesi ve güvenlerinin ihlal edilmesi halinde güveni yerine getirmeyen kişiler kınanarak ya da itibarları zedelenecek toplum tarafından cezalandırılmaktaysa da buna ek olarak söz konusu güven ihlalleri hukuken öngörülen yaptırımlarla da güvence altına alınmış ve böylece kişilere güven ilişkisine uygun davranmalarına ilişkin bir yükümlülük getirilmiştir²². Bu nedenle söz konusu düzenlemeler kişilerin güven duygularının ihlal edilmesi ve umut edilen beklentilerin boş çıkması halinde uygulama alanı bulurlar ve öngördükleri yaptırımlarla güvenen ve güven veren kişilerin menfaatleri dengelenerek gerek ceza hukukunda gerekse de özel hukukta beklentileri boşa çıkan

²⁰ Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr.

²¹ Ahmet Battal, **Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 9.

²² Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 9, 13.

kişilerin beklentilerinin bir nebze karşılanmasına çalışmaktadırlar²³. Hukuken öngörülen bu yaptırımlardan biri de kişiler arasındaki güvenin kötüye kullanılmasında uygulama alanı bulan ve çalışma konumuz olan güveni kötüye kullanma suçudur.

Güveni kötüye kullanma suçu; Türk Ceza Kanunu'nun 155. maddesinde başkasına ait ve muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkar etme olarak tanımlanmıştır. Her ne kadar suçun genel olarak tanımlanmasında ortak bir paydada buluşmak mümkünse de doktrinde suçun ifade edilmesinde farklı terimler kullanılmıştır.

Bazı yazarlar tarafından suç için inancı kötüye kullanma terimi kullanılmıştır²⁴. Söz konusu terimin kullanılma nedeni milletvekili seçilme yeterliliğinin düzenlendiği Anayasa'nın 76. maddesinden²⁵ kaynaklanmaktadır. İnancı kötüye kullanma terimini kullananlarca bu terimin Anayasa'da kullanıldığı ve ceza hukukunda da Anayasa'daki terimlerin kullanılmasının zorunlu olduğu ve bu terimlerin değiştirilmemesi gerektiği savunulmuştur²⁶. Ayrıca bazı yazarlar tarafından ise suç için "emniyeti kötüye kullanma" terimi de kullanılmıştır²⁷. Bunlara ek olarak 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön tasarısına bakıldığında "inancı kötüye kullanma" ibaresine yer verildiği de gözükmektedir²⁸. Ayrıca diğer bir terim olarak da 765 sayılı Kanun'da güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan hareketlerin

²³ A.e., s. 13.

²⁴ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 501.

²⁵ Anayasa madde 76: "(Değişik: 13/10/2006-5551/1 md.) Yirmibeş yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir. (Değişik: 27/12/2002-4777/1 md.) En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler".

²⁶ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 501.

²⁷ Abdullah Pulat Gözübüyük, "Emniyeti Kötüye Kullanma Cürümleri", **Adalet Dergisi**, S:8, 1973, s. 565.

²⁸ Adalet Bakanlığı, **Türk Ceza Kanunu Öntasarısı**, 1997, s. 248.

düzenlendiği bölümün adı olarak “emniyeti suiistimal” terimine yer verilmiştir. Bu nedenle de suç kapsamında kullanılan terimlerle ilgili bir terim birliği yer almamaktadır. Bu durum Yargıtay kararlarında da kendini göstermektedir. Yargıtay’ın bazı kararlarında “inancı kötüye kullanma²⁹” bazı kararlarında ise “itimadı kötüye kullanma”, “emniyeti suiistimal³⁰”, “emniyeti kötüye kullanma” tabirini kullandığı görülmektedir. Anayasa’da ise hala inancı kötüye kullanma ibaresinin bulunmasının yanı sıra TCK ‘nın 155. maddesinde açıkça “güveni kötüye kullanma” suçu ibaresi yer alarak kullanılacak olan terimlerde bir yeknesaklık sağlanmıştır.

Bu terimlerin kısaca anlamlarına değinilirse; emniyet³¹; güvenlik, güven, itimat, inanma, emniyeti suiistimal³²; güveni inancı kötüye kullanmak, itimadı suiistimal ve itimat³³; güven, güvenç, emniyet, dayanma, güvenme ve inanma; suiistimal ise kötüye kullanma³⁴ anlamına gelmektedir. Tüm bu terimlerin anlamlarına bakıldığında itimadı kötüye kullanma, emniyeti suiistimal ve güveni kötüye kullanma terimlerinin ortak noktalarının aslında güven olduğu ve tüm bu terimlerin temelde aynı anlamlara geldikleri görülmektedir. Çünkü burada suçun asıl özünü güvenin ihlal edilmesi teşkil etmektedir³⁵. TCK’nın ilgili maddesinde de açıkça belirtildiğinden çalışmamızda 155’de düzenlenen suç için güveni kötüye kullanma kavramı kullanılacaktır.

²⁹ YCGK, Karar Tarihi: 29.06.2004, Esas No: 2004/11-129, Karar No: 2004/150, https://www.kanunum.com/Yargitay/2004-150/Ceza-Genel-Kurulu-2004-11-129-E,-2004-150-K,-29062004-T_xxvid2245256_xxmid2245256_search#.WRW2nFWLSUK; (Bu siteye yapılan atflar “Kanunum” olarak adlandırılacaktır.) YCGK, Karar Tarihi: 26.11.1963, Esas No: 1963/215, Karar No: 1963/1790, Erişim: Kanunum; YCGK, Karar Tarihi: 31.10.1994, Esas No: 1994/9-256, Karar No: 1994/258, Erişim: Kanunum; YCGK, Karar Tarihi: 15.10.1990, Esas No: 1990/6-206, Karar No: 1990/233, Erişim: Kanunum; YCGK, Karar Tarihi: 03.03.1986, Esas No: 1985/258, Karar No: 1986/83, Erişim: Kanunum; YCGK, Karar Tarihi: 10.04.1995, Esas No: 1995/84, Karar No: 1995/109, Erişim: Kanunum; Y.6.CD., Karar Tarihi: 08.02.1977, Esas No: 1977/714, Karar No: 1977/745, Erişim: Kanunum, E.T. 10.12.16.

³⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, Karar Tarihi: 24.03.1989, Esas No: 1988/1, Karar No: 1989/2, Erişim: Kanunum, E.T. 10.12.16.

³¹ Cengiz Yelbaşı, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Sim Matbaacılık, 2014, s. 173.

³² **A.e.**, s. 174.

³³ **A.e.**, s. 317.

³⁴ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 10. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 1265.

³⁵ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 441.

III. SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ

Güveni, inancı kötüye kullanma kavramları çağdaş hukukçular tarafından 20. yüzyıla doğru konulmaya başlamış ve bu zamana kadar bu davranışların oluşturduğu suçlar, hırsızlık suçu ya da dolandırıcılık suçu³⁶ altında veya sadece tazminatı gerektiren hareketler olarak değerlendirilmişlerdir³⁷. Önceki dönemlerde güveni kötüye kullanma suçunun bugünkü gibi ayrı bir suç olarak düzenlenmeyip başka suçlar altında değerlendirilmesi esasında suçun toplumsal düzeni bozan bir nitelikte görülmemesinden kaynaklanmaktadır³⁸. Bu nedenle de suç çok uzun süre hırsızlık suçunun bünyesinde kalmıştır³⁹.

Suç oluşturan hareketlerin ayrı ve tek başına bir suç olarak düzenlenmesi ise Fransız Hukuku'nda 6 Ekim 1781 yılındaki bir kanun ile gerçekleşmiş olup bu suça güveni kötüye kullanma isminin verilmesi, güveni kötüye kullanma suçunun düzenlenmesi açısından Avrupa'da birçok kanuna örnek olan, 1810 Fransız Ceza Kanunu'na dayanmaktadır⁴⁰. Suçun tarihi gelişimi altında suçun ilk olarak Roma ve İslam hukukundaki görünümü ele alınıp ardından Türk Hukuku'ndaki durumu Osmanlı ve Türkiye Cumhuriyeti açısından ayrı ayrı ele alınacaktır.

A. Roma Hukuku

Güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin Roma Hukuku'nda 12 Levha Kanunlarından önce herhangi bir kavram yer almayıp suç ilk defa 12 Levha Kanunu ile hırsızlık suçu (furtum) içinde değerlendirilmiştir⁴¹. Roma hukukunda furtum yani hırsızlık suçları çok geniş olarak düzenlendiğinden güveni kötüye kullanma, zimmete geçirme, faili veya çaldığı malı saklamak ve dolandırıcılık gibi suçları da bünyesinde

³⁶ Emniyeti suiistimal suçlarının dolandırıcılık suçu altında değerlendirilmesi eğiliminin İtalyan doktrininde mevcut olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kenan Bulutoğlu, **Emniyeti Suistimal Cürümleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 635, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Yayınları No: 6, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1955, s. 19.

³⁷ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 502.

³⁸ Mustafa Emil Elöve, "Emniyeti Suistimal Cürmü", **Adalet Dergisi**, S:3, 1954, s. 261.

³⁹ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 429.

⁴⁰ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 20; Elöve, "Emniyeti Suiistimal", s. 263.

⁴¹ Türkan Rado, "Gaius'a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu", **İÜHFİM**, C: 18, S:1-2, 1952, s. 484; Elöve, "Emniyeti Suistimal Cürmü", s. 262.

barındırmaktadır⁴². Dönemin klasik hukukçularından Paulus'a göre furtum "bir malın veya kullanılmasının veya zilyetliğinin hileli bir şekilde ve kazanç gayesiyle elde edilmesidir"⁴³. Gaius'a göre ise furtum suçu "yalnız bir kimsenin başkasına ait malı temellük amacıyla alması halinde değil, fakat umumiyetle bir kimsenin başkasına ait mala malikinin rızası hilâfına el koyması halinde işlenir"⁴⁴. Görüldüğü üzere Paulus'un furtum tanımında Gaius'un yaptığı tanıma ek olarak kazanç amacı da yer almaktadır. Söz konusu bu tanımlardan hareketle hırsızlığın; bir şeyin/mal hırsızlığı (furtum rei), zilyetlik hırsızlığı (furtum possessionis) ve kullanma hırsızlığı (furtum usus) şeklinde üç türünün bulunduğu söylenebilir⁴⁵. Bir hırsızın bir eve girerek evin içinden bir eşya çalması halinde mal hırsızlığı (furtum rei), bir kişinin emaneten bıraktığı bir malın ya da vedia alınan bir malın emanet bırakılan kişi tarafından kullanılması halinde kullanma hırsızlığı (furtum usus)⁴⁶, rehin verilen malın gizlice geri alınması halinde ise kişi kendi malı üzerinde yalnızca zilyetliği çaldığından zilyet hırsızlığı (furtum possessionis) söz konusu olur⁴⁷. Burada güveni kötüye kullanma suçunun içerisinde değerlendirildiği hırsızlık türü, kullanma hırsızlığıdır. Gaius Institutiones'inde kendisine vedia olarak bırakılan veya ariyet olarak alınan bir malın kendisine devredilme amacı dışında kullanan kişinin hırsızlık suçundan sorumlu tutulacağını ve bu zilyetlik devrine aykırı davranışlardan failin cezalandırılması için bunları malikin iradesine ve iznine aykırı olarak gerçekleştirdiğinin bilincinde olması yani kastının bulunması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁸. Böylece örneğin vasinin vesayetinde bulunan çocuğun mallarını alması

⁴² Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 345; Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 17; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 146; Belgin Erdoğmuş, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 135.

⁴³ Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, s. 147.

⁴⁴ Rado, "Gaius'a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu", s. 501.

⁴⁵ Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, s. 147; Erdoğmuş, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, s. 135.

⁴⁶ Erdoğmuş, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, s. 135-136.

⁴⁷ Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, s. 147.

⁴⁸ "196. Nitekim bir kimse kendisine vedia olarak bırakılan şeyi kullanırsa furtum işler; eğer bir kimse, bir şeyi kullanmak üzere alır fakat sonradan aldığından başka bir maksatta kullanırsa, mesela ahbaplarını yemeğe davet etmek üzere bir gümüş sofrayı kullanmak için alır, fakat onu beraberinde seyahate götürürse, veyahut bir kimse gezinmek üzere ariyet olarak bir at alır fakat onu fazla uzağa götürürse, eski hukukçuların yazdığı gibi onunla harbe giderse, hırsızlıktan dolayı mesul olur. 197. Bununla beraber, şu kabul edilmiştir ki, ariyet olarak aldıkları şeyleri, alırken kastettiklerinden başka şekilde kullananlar, ancak bunu malikin rızası hilafına yaptıklarını

veya aynı şekilde kendisine muhafaza için emanet edilen şeyin haksız olarak mal edinilmesi halleri gibi güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan hareketler hırsızlık suçu altında değerlendirilmiştir⁴⁹. Tüm bu bilgiler ışığında özetle günümüzdeki güveni kötüye kullanma suçunun Roma hukukunda oldukça geniş düzenlenen hırsızlık suçu içerisinde değerlendirildiği açıkça gözükmektedir.

B. İslam Hukuku

İslam hukukunun kaynakları her ne kadar sadece bunlardan ibaret olmasa da esas olarak dört tane olup bunlar; Kitap, Sünnet, icma ve kıyas olarak adlandırılır⁵⁰. İslam hukukunda günümüzdeki gibi kamu ve özel hukuk diye ikili bir ayırım yer almayıp kendine özgü olarak Allah ile insan arasındaki ilişkileri düzenleyen ibadet, insan ile insan arasındaki ilişkiyi düzenleyen münakehat, muamelat ve de ukubat olmak üzere dörtlü bir tasnif bulunmaktadır⁵¹. Ceza hukuku ile ilgili hususlar bu bölümlerin içinde “ukubat” adlı bölümde düzenlenmiştir⁵².

İslam hukukunda cezalar had, kısas ve diyet ve de tazir olmak üzere üç gruba ayrılmaktadırlar⁵³. Değişmez olan had cezalarını gerektiren suçlar günümüzdeki karşılıkları ile birlikte zina, iffete iftira (kazf), içki içmek (şirb), hırsızlık (sirkat), yol kesme (hirabe: kat-ı tarik), dinden dönme (riddet) ve isyan (bağy) olmak üzere yedi tanedir⁵⁴. Kısas cezasında ise adam öldürme, yaralama, bir uzvun yok edilmesi veya işe yaramaz hale getirilmesi halinde bunu yapan kişi işlediği suçun aynısı ile

düşünüyorlar, ve malikin bunu bilmiş olsa idi müsaade etmiyeceğini zannediyorlarsa, furtum işlemiş olurlar; yoksa, bunun müsaade ettiğini zannediyorlarsa furtum suçu yoktur, zira, çok yerinde bir tarife göre kasd olmadan (sine dolo malo) hırsızlık islenemez”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rado, “Gaius’a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu”, s. 503.

⁴⁹ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 440.

⁵⁰ M. Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 14. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s. 31; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 18. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 63; Halil Cin, Ahmet Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku**, Cilt 1, İstanbul, Osmanlı Araştırma Vakfı Yayınları, 1995, s. 154.

⁵¹ Cin/Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku**, s. 297.

⁵² Üçok/Mumcu/Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 61.

⁵³ Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 315, Cin/Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku**, s. 298.

⁵⁴ Ahmet Gökcen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, y.y., 1989, s. 5; Cin/Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku**, s. 312.

cezalandırılmaktadır⁵⁵. Diyet ise öldürme veya yaralama suçlarında kısas cezasının uygulanmadığı hallerde suçu işleyen kişinin mal olarak vermesi gereken bedel olup bir nevi bir para cezasıdır⁵⁶. İslam hukukunda bu şekilde tüm suç ve cezaları tek tek belirlenmemiş sadece fertlerin haklarını ve kamu düzenini çok yakından ilgilendiren ve ihlal eden suç ve cezalar belirtilmekle yetinilip geri kalan suçların tespit edilmesinde belirli kurallar çerçevesinde yasama organlarına yetki tanınmıştır⁵⁷. Böylelikle İslam hukukunda yasama organına tanınan bu geniş takdir yetkisi çerçevesinde önceden cezaları belirtilmeyen ve yasama organınca veya devlet başkanınca belirlenecek suçlara uygulanacak olan bu cezalar tazir olarak adlandırılmaktadır⁵⁸. Bu nedenle de sonuç olarak tazirin had, kısas ve diyeti gerektiren suçlar dışındaki suçlar için uygulandığını ve bu suçlarda hakim belirli sınırlar içinde serbestiye sahip olduğundan çok geniş bir uygulama alanı olduğu belirtilmelidir⁵⁹.

İslam hukukunda cezalara ilişkin genel bilgilere bakıldığında güveni kötüye kullanma had ve kısas cezaları ile cezalandırılmadığından tazir cezaları kapsamında ele alınacağı kabul edilmelidir⁶⁰. Ayrıca güveni kötüye kullanma suçunda hırsızlık suçunun aksine suça konu malın gizlice alınması değil malikin veya zilyedin rızası ile faile verilmesi söz konusu olduğundan suç burada artık hırsızlık suçu içinde yer almamakta aksine bağımsız bir şekilde tazir cezası gerektiren suçlar arasında yer almaktadır⁶¹.

⁵⁵ Üçok/Mumcu/Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 94.

⁵⁶ Üçok/Mumcu/Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 96; Ansay, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, s. 321.

⁵⁷ Cin/Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku**, s. 324.

⁵⁸ Üçok/Mumcu/Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 102.

⁵⁹ Gökçen, **a.g.e.**, s. 7.

⁶⁰ Şenel Sarsıkoğlu, **Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 16; Nitekim evrakta sahtecilik ve dolandırıcılık suçu da tazir cezası ile cezalandırılan suçlar olduğu ve bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Üçok/Mumcu/Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 102.

⁶¹ Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2014, s. 304; Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 20-21.

C. Türk Hukuku

1. Osmanlı Devleti Dönemi

Osmanlı Hukuku genellikle Fransız Kanunu'ndan etkilenmelerin söz konusu olması nedeniyle Tanzimat Döneminden önce ve sonra olmak üzere ikili bir ayrım kapsamında incelenmektedir⁶². Osmanlı devletinde diğer Türk devletlerinde de olduğu üzere hukuk sistemi olarak, ceza hukuku da dahil olmak üzere, her ne kadar zamanla çeşitli ilavelerde bulunulsa da esas olarak İslam hukuku benimsenmiştir⁶³. İslam Hukuku'nda değinildiği üzere 4 temel kaynağında yer alan ve devletin etkisinden bağımsız oluşan ve de uymak zorunda olduğu hukuka şer'i hukuk; padişahların tazir cezası ile takdir haklarından faydalanarak verdikleri emir ve fetvalarıyla ihtiyaca göre yavaş yavaş oluşan hukuka ise örfi hukuk denmektedir⁶⁴. Nitekim örfi hukuk düzenlemelerinin en çok rastlandığı bölüm de ceza hukuku olup Osmanlı'da bağımsız her olay için tazir cezalarından kaynaklanan takdir yetkisinin kadiya tanınması yerine içlerinde tazir suç ve cezalarının da belirlendiği kanunnamelerin çıkartılması usulü tercih edilmiştir⁶⁵. Ayrıca bu dönemde mala karşı suçların ve güveni kötüye kullanma suçunun düzenlendiği yerler de örfi hukuk kapsamında yer alan kanunnamelerdir⁶⁶.

Tanzimat dönemi ile Osmanlı'da birçok alanda olduğu üzere hukuk alanında da yenileşmenin söz konusu olduğu bir dönem başlamıştır⁶⁷. Nitekim Tanzimat Fermanı'nda öngörüldüğü üzere Tanzimat'ın ilanından sonra düzenlenen ilk kanun olarak 1256 tarihinde (miladi takvim ile 1840 tarihinde) Ceza Kanunnamesi düzenlenmiştir⁶⁸. Söz konusu Kanun'da güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan fiiller tek başına düzenlememekle birlikte onların da dahil olduğu mala karşı suçlar

⁶² Erol Özbilgen, **Osmanlı Hukuku'nun Yapısı**, İstanbul, Nihal Kitabevi, 1985, s. 7.

⁶³ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 65, Gökçen, **a.g.e.**, s. 3.

⁶⁴ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 66.

⁶⁵ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 159.

⁶⁶ Elöve, "Emniyeti Suiistimal Cürmü", s. 263.

⁶⁷ Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, 30-31 Ekim 2003, Sempozyum, **AÜHFY**, No: 538, 2003, s. 168; Mustafa Şentop, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku**, İstanbul, Yaylacılık Matbaa, 2004, s. 23.

⁶⁸ Şentop, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku**, s. 24; Gökçen, **a.g.e.**, s. 12.

Roma Hukuku'ndaki furtum suçundan bile daha geniş bir şekilde alelumum mülkiyete tecavüz fiilleri ve cezaları olarak dördüncü fasılda yer alan iki maddede düzenlenmiştir⁶⁹. Özetle birinci madde ile kimsenin malına ne devlet ne de başka bir kişi tarafından el konulamayacağı ikinci maddede de bunun yapılması halinde uygulanacak ceza belirtilmiştir⁷⁰. Böylelikle bu fasılda haksız yere kimsenin malına dokunulmayacağı ve bunun gerçekleşmesi halinde uygulanacak olan ceza düzenlenmiş olup⁷¹ güveni kötüye kullanma suçu da bu geniş düzenleme içinde yer almaktadır.

Kısa bir süre sonra 1256 Ceza Kanunu'nun ihtiyaca cevap vermemesi üzerine eksikliklerini gidermek amacıyla fakat bu kanuna göre büyük bir değişiklik getirmeyen 1267 (miladi takvim ile 1851 tarihinde) tarihinde 1267 tarihli (miladi takvim ile 1851 tarihli) Kanun, Kanun-i Cedit, yürürlüğe girmiştir⁷². Her ne kadar Kanun ile yeni suç ve cezalar düzenlenmiş olsa da Kanun güveni kötüye kullanma suçu açısından yenilikler getirmediğinden bu Kanun'a ayrıntılı olarak değinilmeyecektir⁷³.

Bu Kanun daha fazla ihtiyaçlara cevap veremediğinden büyük ölçüde 1810 Fransız Ceza Kanunu'ndan tercüme etmek suretiyle 1274 tarihli (miladi takvim ile 1858 tarihli) Ceza Kanunname- i Hümayunu çıkarılmış⁷⁴ ve bu Kanun aynı zamanda batı hukuku anlayışı için öncülük ve böylece Türk Hukuk devrimini hazırlık vazifesi

⁶⁹ “4. Faslın birinci maddesine göre; “1. Tarafı devleti aliyeden bir kimsenin mal ve emlakine vaz-ı yed olunamayacağına meali merakip hazreti Şahaneden kezalik akdii misak buyurulmuş olduğundan büyük ve küçük bir kimse diğer birisinin mal ve emlakine taarruz, tasallut ve müdahale etmek veya cebren almak veya sattırmak için bizzat veya bilvasıta icbar eylemek misillü şeyler veche minel rücu caiz olmaya. 2. “Tecavüz olunan mallar iade veya tazmin ettirildikten başka, fiili ika eden memur ise işinden çıkarılır, değilse bir sene durmak üzere başka bir yere sürülür.” naklen Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 22.

⁷⁰ Şentop, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku**, s. 30.

⁷¹ Gökçen, **a.g.e.**, s. 21.

⁷² Üçok/Mumcu/Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 342-343; Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 426; Cin/Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku**, s. 337; Elöve, “Emniyeti Suiistimal”, s. 264; Gökçen, **a.g.e.**, s. 23.

⁷³ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 23.

⁷⁴ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt I, 13. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999, s. 126; Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 23.

görmüştür⁷⁵. Kanun'un ikinci babının dokuzuncu faslında güveni kötüye kullanma suçları "Emniyeti Suiistimal" başlığı altında⁷⁶ "sabinin ihtiyaç ve ihtiraslarının suiistimali (md. 234)", "mühürlü veya imzalı beyaz kağıdın suiistimali (md. 235)", "emniyeti suiistimal (md. 236⁷⁷)", "mahkemeye ibraz olunan vesaikin suiistimali (md. 237)" olmak üzere dört maddede düzenlenmiştir⁷⁸. Böylece Fransız Ceza Kanunu'nun aynen tercümesi olan ve inceleme konumuz suçu düzenleyen bu madde ile birlikte ferî zilyedin birçok sebebe dayanarak zilyet olduğu mala tecavüz etmesi halinde suç oluşmaktadır⁷⁹. 1330/1994 tarihinde söz konusu maddeye yapılan ilave ve değişiklikle önceki düzenlemede emanet eden şahsın zarara uğraması aranırken yapılan değişiklikle failin kendisinin veya başkasının yararına hareket etmesi suçun oluşması için yeterli görülmüş ve de cezada artırım öngörülmüştür⁸⁰.

2. Türkiye Cumhuriyeti Dönemi

1858 sayılı Ceza Kanunname-i Hümayunu; İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı Kanun'un 1 Mart 1926 tarihinde kabul edilip 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılmış ve Ceza hukuku açısından Cumhuriyet dönemi başlamıştır⁸¹. Emniyeti suiistimal faslı defineye usulsüz temellük hareketlerinin cezalandırıldığı fıkra haricinde ve ödenmiş senedin suiistimali hali eklenerek İtalyan Ceza Kanunu'ndan alınmıştır⁸². 765 sayılı Kanun 1930 yılından itibaren birçok kez değişikliğe uğramış olup emniyeti suiistimal suçuna etki eden değişiklik uygulamadaki

⁷⁵ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: I, s. 127.

⁷⁶ Gökçen, **a.g.e.**, s. 30.

⁷⁷ Madde 236: "Emanet ve vekalet tariki ile veya ibraz ve iade etmek veyahut muayyen olan bir suret ile istimal eylemek üzere ücretli ve ücretsiz bir hizmet sıfatıyla kendisine ita ve teslim kılınmış olan emval ve eşya ve nukud ve tahvilat vesair her türlü teahhüdât ve ibrayı mutazammın senet vesaireyi ahabını ızraren ketm veyahut zayı eden şahıs iki aydan iki seneye kadar hapis olunur ve kendisinden lazım gelecek tazminatın ifası ile bedel-i tazminin rub'u kadar ceza-ı nakdi dahi alınır ve eğer bu cürmü muvazzaf hizmetkar ve çırac ve yazıcı ve amele takımından biri kendisi veya üstadını ızraren irtikab eyler ise tazmini zarar ettirildikten sonra bir seneden aşağı olmamak üzere hapsedilir". Naklen; Elöve, "Emniyeti Suiistimal", s. 268; Gökçen, **a.g.e.**, s. 158-159.

⁷⁸ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 23; Elöve, "Emniyeti Suistimal Cürmü", s. 264.

⁷⁹ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 23.

⁸⁰ Şentop, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku**, s. 71.

⁸¹ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: I, s. 127.

⁸² Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 23.

sorunlardan dolayı 1933 yılında 2257 sayılı Kanun'da gerçekleştirilen değişikliktir⁸³. Değişiklik, suçu oluşturan hareketlere etki etmekle beraber söz konusu değişik öncesi suçu oluşturan hareketler temellük iddiasına kıyam iken değişiklik sonrası suçu oluşturan fiiller Kanun'da sınırlı olarak sayılmıştır.

Söz konusu düzenleme 1 Haziran 2005 tarihinde TCK'nın yürürlüğe girmesine kadar uygulanmış olup TCK ile güveni kötüye kullanma suçu son olarak 155. maddede günümüzdeki yerini almıştır. TCK da 765 sayılı Kanun'da olduğu gibi birçok kez değişikliğe uğramış olmakla beraber güveni kötüye kullanma suçuna etki eden değişiklik 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişikliktir. Kanun'un 18. maddesiyle "muhafaza etmek" ibaresi madde metnine eklenmiş ve böylece söz konusu ekleme ile fail suçu yalnızca zilyetliği kendisine "belirli bir şekilde kullanmak" üzere devredilmiş mal üzerinde değil muhafaza edilmek üzere zilyetliği devredilmiş mal üzerinde de gerçekleştirebilecektir. Söz konusu değişiklik ilgili başlık altında ayrıntılı olarak inceleneceğinden burada ayrıntılı olarak değinilmeyecektir.

IV. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Korunan hukuki değer kanun koyucunun suçu düzenlemesinin nedeni olan ve korunan sosyal ve soyut değerleri oluşturur⁸⁴. Kısaca hukuki değer, toplum açısından önemli olan ve ceza hukuku kapsamında da koruma altına alınan yaşamsal değerler ve toplumsal/sosyal düzenin devamı için zorunlu olan manevi ve soyut değerlerdir⁸⁵. Böylece özetle korunan hukuki değer ile kanun ile korunan ve suçlarla ihlal edilen

⁸³ Selman Dursun, "Emniyeti Suistimal Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 57, S. 1-2, 1999, s. 23.

⁸⁴ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 221.

⁸⁵ İçel, Kayıhan, Füsün Sokullu- Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu, Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, 3. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2004, s. 87; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 112; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 286.

hak ve çıkarların belirtilmek istendiği söylenebilir⁸⁶. Ayrıca her suçta bir tane hukuki değer korunması zorunlu olmayıp yağma, konutta hırsızlık, dolandırıcılık suçunda da olduğu üzere bir suçla birden fazla hukuki değer korunması da mümkündür⁸⁷. Kanaatimizce güveni kötüye kullanma suçu ile de birden fazla hukuki korunmaktadır. Bunlar zilyetlik, mülkiyet hakkı ve taraflar arasındaki güvendir.

Güveni kötüye kullanma suçu ile korunan hukuki değer belirlenmesinde doktrindeki görüşlere bakılırsa bu konuda doktrinde henüz bir görüş birliği bulunmamaktadır. Baskın olan görüşe göre; suçla korunan hukuki değer mülkiyet hakkıdır⁸⁸. Gerekece de belirtildiği üzere lehine zilyetlik tesis edilen kişi ile mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi veya malikin verdiği yetki uyarınca zilyet olan üçüncü kişi arasında bir sözleşme ilişkisi kurulur. Bu ilişki ile mala ferî zilyet olan kişi, mal üzerinde ancak malikin yapabileceği işlemleri yapabilme hakkına ve yetkisine sahip olur. Böylece bu görüşü savunan yazarlarca; her ne kadar taraflar arasındaki güven ilişkisi çerçevesinde bir sözleşme kurulmuş olsa da söz konusu sözleşme ile ferî zilyede malike özgü yetkileri kullanma hakkı tanındığından dolayı, suçla esas olarak malikin mal üzerindeki tasarruf yetkisinin, zilyetliğin kazandırdığı yetkiler kötüye kullanılarak, kaldırılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Bu noktada ilk olarak açıklığa kavuşturulması gereken hususlar; malik gibi davranmak veya malikin mal üzerinde sahip olduğu yetkileri kötüye kullanmak hareketleri ve bu

⁸⁶ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: I, s. 333; Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s. 234.

⁸⁷ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 160; Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 2015, s. 206; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 112; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s. 87; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 237.

⁸⁸ Ayhan Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 409; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere Karşı Suçlar)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 450; Nurullah Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 286; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 3; Taşdemir, Kubilay, Ramazan Özkepir, **Uygulamada- Öğretide Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar**, Ankara, Adil Yayınevi, t.y., s. 736; Remzi Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2012, s. 450; Çetin Arslan, Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayınları, 2004, s. 676; Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 7; Malkoç, **Açıklamalı- İctihathı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 150-241)**, C.3, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2013, s. 2628.

bağlamda malikin mülkiyet hakkıdır. Mülkiyet hakkı klasik tasnife göre; eşyanın zilyetliğini kullanma, gelir ve ürünlerinden yararlanma, eşya üzerinde tasarrufta bulunma imkanlarını sağlanmakla beraber genel olarak eşya üzerinde tanınabilen en geniş hakimiyeti sağlamaktadır⁸⁹. Klasik tasnifte belirtildiği üzere özetle mülkiyet hakkının olumlu yönünden doğan yetkileri; kullanma, yararlanma, tasarruf etme olmakla birlikte bunları sınırlı bir şekilde sayılması doğru olmayıp esasen mülkiyet hakkı eşya üzerindeki en geniş hakimiyet olarak tanımlanmalıdır⁹⁰. Bu hakimiyet ile mülkiyet hakkına sahip olan malik toplumda diğer kişilere nazaran daha güçlü bir konuma sahip olur⁹¹. Bu nedenle bu hakimiyet daha geniş olarak yorumlanmalı ve söz konusu hakimiyetle malik hukuk düzeni sınırları içerisinde mal üzerinde çeşitli haklara sahip olup bu haklara göre eşyanın zilyetliğini elinde tutabilmekte, ürünlerinden yararlanabilmekte, kullanım tarzını veya eşyanın kendisini değiştirebilmekte, tüketebilmekte veya eşya üzerinde tasarrufta bulunabilir örneğin eşyanın mülkiyetini başkasına devredebilmektedir⁹². Tüm bu nedenlerle belirtilen görüşe göre; suçla her ne kadar zilyetlik de ihlal edilse zilyede esas olarak belirtildiği üzere malik gibi hareket edebilme yetkisi tanındığından mülkiyet zilyetliğe esas teşkil eder ve suçla asıl korunmak istenen mülkiyet hakkıdır⁹³.

Madde gerekçesinde de açık bir şekilde suçla korunan hukuki değer mülkiyet hakkı olduğu belirtilmiştir. Fakat gerekçede bu durum belirtildikten sonra; suçun oluşması için lehine zilyetlik tesis edilecek kişi ile malik arasında sözleşme ilişkisinin olması ve bu ilişkideki güvenin korunması gerektiği vurgulanmıştır. Bu noktada da ikinci görüş ortaya çıkmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlarca taraflar zilyetliği ve suçun temelini oluşturan bu hukuki ilişkiyi aralarındaki güvene dayanarak kurmakta ve zilyet olan kişinin malikin mal üzerindeki tasarruf yetkisini yok eden davranışları ile taraflar arasındaki güveni zedelenmektedir. Taraflar

⁸⁹ Fikret Eren, "Mülkiyet Kavramı", **Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan**, Ankara, AÜHFY, No: 351, 1974, s. 785-786.

⁹⁰ Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, 4. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 17-18.

⁹¹ Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, 9. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 27.

⁹² Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 17.

⁹³ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 502; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 729.

arasındaki güvenin zedelendiğini ileri süren yazarlar da kendi aralarında ikiye ayrılmaktadırlar. Bir grup yazar korunan hukuki değeri esas olarak güven alırken diğer yazarlar suçla temel olarak mülkiyet hakkının korunduğunu, fakat suçla mülkiyet hakkının yanında güven ilişkisinin de korunduğunu ileri sürmektedirler.

Suçla korunan hukuki değerinin esas olarak güven olduğunu savunan yazarlara göre;⁹⁴ mal zilyede bir güven ilişkisi çerçevesinde belirli bir amaç doğrultusunda verilmişken zilyet malikle arasındaki güven ilişkisini zedeleyerek taraflarca belirlenen amacın dışına çıkmaktadır. Burada zilyet temelde malikle olan güven ilişkisini zedelediği için malikin mülkiyet hakkının korunma ihtiyacı doğmuştur. Bu nedenle görüşteki yazarlara göre; mülkiyetin korunması aslında güven yükümlülüğünün ihlalinin bir sonucudur ve suçla asıl korunmak istenen tarafların arasındaki güven ilişkisidir.

Korunan hukuki değer olarak mülkiyet hakkının yanında güven ilişkisinin de korunduğunu savunan yazarlara göre⁹⁵; suça temel olan fiillerle malike ait yetkiler kullanılarak ilk planda malikin mülkiyet hakkı zedelenmektedir. Fakat suçla sadece mülkiyet hakkının korunduğunu söylemek yeterli olmamaktadır. Malikin maddi zararı karşılanırsa da güven duygusunda oluşan zararın giderilmesi maddi zararın giderilmesi kadar kolay olmamaktadır. Örneğin; malikin maddi zararı her ne kadar tazmin edilse de malik güveni kötüye kullanma suçuna temel olan fiili gerçekleştiren zilyede karşı malını bir daha teslim ederken çok daha dikkatli davranabilecektir⁹⁶. Bu nedenle sadece mülkiyet hakkının korunduğunu söylemek yeterli değildir. Bu durum yazarlarca ayrıca maddenin gerekçesi temel gösterilerek de savunulmuştur. Gerekçede de açıkça belirtildiği üzere güveni kötüye kullanma suçu ile korunan hukuki değer mülkiyet hakkıdır. Fakat bunun ardından gerekçede belirtildiği üzere

⁹⁴ Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 249.

⁹⁵ Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 6 ve 194; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 629; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.3, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 2479; Fatih Selami Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 230; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 440-441.

⁹⁶ Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 6.

malike ait yetkilerin kullanılması taraflar arasındaki bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu sözleşme ilişkisinin temelinde taraflar arasındaki güven ilişkisi yer almaktadır ve suçla bu güven ilişkisi de korunmak istenmiştir. Tüm bu nedenlerden dolayı yazarlar; suçla temel olarak mülkiyet hakkının ve hakkın devamında da taraflar arasındaki güven ilişkisinin korunduğunu savunmaktadırlar.

Bir diğer görüşe göre ise suçla korunan hukuki değer hem zilyetlik hem mülkiyet hakkı hem de taraflar arasındaki güven ilişkisidir. Bu görüşü savunan yazarlarca⁹⁷ korunan hukuki değer belirlenmesinde belirtilenlere ek olarak zilyetliği devreden kişinin malik değil de zilyet olması durumu da göz önünde bulundurulmalıdır. Gerekçede de zilyetlik tesisinin mutlaka malik tarafından yapılmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Bu durumda fail fiilinin icrasını malikin yahut zilyedin iradesi dışında gerçekleştirir. Böylece zilyetliğin malik tarafından devredilmediği durumlarda zilyetliğin de korunacağı sonucuna çıkarılabilmektedir⁹⁸. Bu nedenle aslında zilyetliğin dolaylı olarak korunduğunu belirten yazarlar da vardır⁹⁹.

Kanaatimizce de bir suçla sadece bir tane hukuki değer korunması şart değildir. Örneğin yağma, dolandırıcılık suçlarında da olduğu üzere bir suçla birden fazla hukuki değer korunabilmektedir¹⁰⁰. Yukarıda genel açıklamalarda da değinildiği üzere bu suçlara çok ihlalli suçlar¹⁰¹, çok hukuki konulu suçlar¹⁰² da denmektedir. Sonuç olarak güveni kötüye kullanma suçuyla da kanaatimizce birden fazla hukuki değer korunmaktadır ve bunlar; taraflar arasındaki güven, zilyetlik ve

⁹⁷ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 691; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1665; Gökhan Taneri, **Yağma Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma Hakkı olmayan Yere Tecavüz Bedelsiz Senet Kullanma Kaybolmuş Eşyada Tasarruf Karşılıksız Yararlanma Suç Eşyasını Satın Alma Bilgi Vermeme Suçları**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 172; Özbek, Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı Özel Hükümler**, Madde 76–169, Cilt:2, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 1189; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 128.

⁹⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 431.

⁹⁹ Can Canpolat, **5237 Sayılı TCK.'da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu**, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 38.

¹⁰⁰ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s. 87.

¹⁰¹ Hafizoğulları/Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 206.

¹⁰² Dursun, "Emniyeti Suistimal Suçu", s. 6.

mülkiyet hakkıdır. Bunlara son olarak kısaca değinilirse; suç malvarlığına karşı suçlar arasında yer aldığından ve suçta zilyedin malikin tasarruf yetkilerini kullanarak malikin mal üzerindeki yetkilerini kullanmasının kısıtlandığından suçla esas olarak malikin mülkiyet hakkı korunmaktadır. Gerekçede de belirtildiği üzere zilyede bu yetkiler bir sözleşme ilişkisi ile tanınmakta ve suçla bu sözleşme ilişkisindeki güven de korunmaktadır. Ayrıca yukarıda da bahsedildiği üzere zilyedin malik değil de zilyet tarafından verildiği durumlarda zilyetlik hakları da korunan hukuki değer arasında yer almalıdır. Çünkü zilyetlik ile esasında malikin tasarruf yetkilerini başka bir şahsa tanınacağından, zilyetlik de temelde güvene dayalı olarak kurulan bir ilişkidir¹⁰³.

V. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar

1. Suçun Konusu

a. Genel Olarak

TCK'da suç olarak düzenlenen her hareketin mutlaka bir konusu vardır, konusu olmayan bir suç düşünülemez¹⁰⁴. Suçun konusu genel olarak doktrinde; “suçun cismini teşkil eden insan veya şey”¹⁰⁵, “tipik hareketin üzerinde icra edildiği kişi veya eşya”¹⁰⁶, “üzerinde suçun meydana geldiği insan veya şey”¹⁰⁷, “hareketin

¹⁰³ Ahmet Gündel, **Güveni Kötüye Kullanma Suçları**, Ankara , y.y., 2009, s. 405.

¹⁰⁴ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 111; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 284; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 198.

¹⁰⁵ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: I, s. 333.

¹⁰⁶ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 112; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 221; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs. Ankara Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 547.

¹⁰⁷ Erem/ Danışman/ Artuk, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 236.

yöneldiği kişi veya şey”¹⁰⁸, “suçun maddeten etkilerini üzerinde gösterdiği varlık”¹⁰⁹ veya “eşya veya şahsın fiziki yapısı/bünyesi”¹¹⁰ olarak tanımlanmaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçunun birinci fıkrası için suçun konusu; “başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal” iken suçun nitelikli halinin tanımlandığı ikinci fıkrası açısından suçun konusu ise “meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya” dır. Görüldüğü üzere güveni kötüye kullanma suçunda suçun konusu ilk fıkrada mal ikinci fıkrada ise eşya olarak belirlenmiştir.

Sermaye Piyasası Kanunu’nda düzenlenen ve güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini oluşturan fiiller açısından suçun konusu ise suçun nitelikli unsurları başlığında ayrıntılı olarak inceleneceği üzere SPK md.110/1’in a bendi uyarınca sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymet, b bendindeki nitelikli hal açısından suçun konusu halka açık anonim ortaklıkların kar ve malvarlıkları, c bendi açısından suçun konusu ise halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının karları ve malvarlıklarıdır.

765 sayılı Kanun’da ise suçun konusu 1933 tarihindeki değişiklikten önce “başkasına ait olup ta iade veyahut muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne nam ile olursa olsun teslim olunan bir mal” olarak düzenlenmişken 1933’teki değişiklikten sonra suçun konusu “başkasına ait olupta iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim olunan bir şey”dir. Kanun metinlerinde de açıkça görüldüğü üzere suçun konusu ile ilgili olarak eşya, mal ve şey gibi çeşitli kavramlar

¹⁰⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 284.

¹⁰⁹ Hafizoğulları/Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 209.

¹¹⁰ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s. 88; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 198.

kullanıldığından ve bir bütünlük bulunmadığından başlık altında ilk olarak kavramlar hakkında özet bilgiler verilecek ve ardından suçun konusu belirlenecektir.

b. Eşya Kavramı

(1) Genel Olarak

765 sayılı Kanun döneminde 1933 yılında yapılan değişiklikten önceki ve sonraki düzenlemelerle emniyeti suiistimal suçu incelendiğinde suçun konusu “şey ve mal” iken TCK’da birinci ve ikinci fıkra birlikte değerlendirildiğinde suçun konusu için “eşya ve mal” tanımlarının kullanıldığı görülmektedir. Şey, mal ve eşya kavramlarının anlamlarına kısaca değinilirse: şey “*nesne, maddi mal*”¹¹¹; eşya “*şeyler, mallar*”¹¹² yani şey kelimesinin çoğulu; mal ise “*mülkiyet konusu olabilen maddi eşya, malvarlığına girebilen bütün haklara hukuken verilen addır*”¹¹³. Eşya kavramına ilişkin olarak eski hukukta “ayn”, Roma Hukuku’nda şeyin karşılığı olarak “res” kelimesinden gelen Fransız Hukuku’nda “réel”, Alman Hukuku’nda “Sache” kavramları kullanılmaktadır¹¹⁴.

Her ne kadar kavramların hukuki anlamda birbirinden farklı ve şey kavramının içeriğinin mal kavramına göre mal kavramının içeriğinin ise eşya kavramına kıyasen daha geniş kapsamlı olduğu savunulabilirse de¹¹⁵ güveni kötüye kullanma suçu açısından söz konusu bu kavramların benzer oldukları ileri sürülmektedir¹¹⁶. Nitekim söz konusu kavramlar özel hukukta da gerek kanunda gerekse de mahkeme kararlarında ve doktrinde aynı anlama gelmek üzere birbirlerinin yerine kullanılmakta olup söz konusu kavramların kullanılmasında hukuk düzenimizde bir bütünlük bulunmamaktadır¹¹⁷. Bu nedenle de çalışmamızda

¹¹¹ Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, s. 1292.

¹¹² **A.e.**, s. 394.

¹¹³ **A.e.**, s. 866.

¹¹⁴ Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 4.

¹¹⁵ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2009, s. 29.

¹¹⁶ Hamid Köse, **Emniyeti Suistimal (Güveni Kötüye Kullanma) Suçu**, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 52.

¹¹⁷ Sanem Aksoy Dursun, **Eşya Kavramı**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2012, s. 6; Akipek/Akıntürk, **a.g.e.**, s. 30.

suçun konusu için kullanılan bu kavramlar bir bütün olarak değerlendirilecektir. Aksi halde bir tutum suçun konusunun suçun nitelikli ve temel halinde farklı olmasına ve bu durum da suçun iki halinin farklılaşmış iki ayrı suçun oluşmasına yol açmaktadır¹¹⁸.

Bu nedenle bu üç kavramın güveni kötüye kullanma suçu çerçevesinde aynı anlama geldiği varsayılarak suçun konusu olan eşya kavramının tanımlanmasında temel olarak, her ne kadar eşya kavramı kanunda açıkça tanımlanmamış da olsa¹¹⁹, Medeni Hukuk kurallarından faydalanılırsa eşya; “hukuki anlamda eşya, üzerinde bireysel hakimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismani/maddi varlıklardır”¹²⁰. Verilen tanımda da açıkça belirtildiği üzere eşyanın kişisel bir özellik taşımaması gerekir. Bu nedenle de insan ve insan vücuduna ayrılmaz bir şekilde birleştirilen parçalar, örneğin; diş protezleri, yapay göz, kalp kapakçığı gibi yapay organlar¹²¹, eşya sayılmaz¹²²; fakat insan vücudunun peruk, takma diş gibi ayrılabilir ve insan vücuduyla kaynaşmamış yapay parçaları eşya olarak kabul edilmektedir¹²³. Cesedin eşya sayılıp sayılmayacağı tartışmalı olmakla birlikte çoğunlukla kabul edilen görüşe göre ceset, eşya olarak kabul edilmemektedir¹²⁴. Bu nedenle cesedin bir kısmının veya tamamının iade edilmemesi durumunda güveni kötüye kullanma suçu değil TCK md. 130’da düzenlenen “kişinin hatırasına hakaret” suçu oluşabilecektir¹²⁵. Ayrıca tanımda da açıkça gözüktüğü üzere suça konu malın maddi bir varlığı olması gerektiğinden maddi varlığı olmayan haklar, şirket verileri, ticari bilgiler suçun konusunu oluşturmamaktadırlar¹²⁶.

¹¹⁸ Rasim Can Çakır, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumlulukları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 37.

¹¹⁹ Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, 13. bs., İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2016, s. 6.

¹²⁰ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 19. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 8.

¹²¹ Turhan Esener, Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 6. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 42.

¹²² Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku I (Zilyetlik ve Tapu Sicili)**, 13. bs., İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 41.

¹²³ Hasan Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, 6. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 3; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 6; Ertaş, **Eşya Hukuku**, s. 6.

¹²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 7; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 3; Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 42.

¹²⁵ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Madde: 141-196**, C:4, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 5004.

¹²⁶ Çakır, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumlulukları**, s. 41-43.

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi suç oluşturan davranışların yukarıda verilen tanımlara uygun olarak bir eşya üzerinde gerçekleşmesi aranmakta olup aksi takdirde başka suçlar tartışma konusu olabilecektir. Eşya kavramı bağlamında son olarak hayvanların suçun konusu olup olamayacağı hususu incelenecektir. Hayvanların eşya olup olmadığı konusunda İsviçre ve Alman Medeni Kanunu'ndaki¹²⁷ gibi açık bir hüküm hukukumuzda bulunmamaktadır. Bu nedenle de hayvanların eşya kabul edilip edilmediği hususu kanunumuzda açıkça belirtilmiş değildir. Bazı yazarlar tarafından hayvanların mal olduğu savunulmuştur¹²⁸. Fakat hayvanların korunması amacıyla çıkarılan 30.06.2004 tarih ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nda hayvanların yaşam hakkı olduğu düzenlendiği¹²⁹ ve bu düzenlemeden hareketle hayvanların eşya olmadıklarının çıkarılabileceği de ileri sürülmüştür¹³⁰. Ayrıca TMK'da hayvanlarla ilgili açık bir düzenleme yer almadığından karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerin Türk Hukuku'nda da uygulanması gerektiği ve aksine hüküm bulunmadığı durumlarda hayvanlara, eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı ve bu nedenle de hayvanların güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturacağı savunulmuştur¹³¹. Nitekim Yargıtay'ın çeşitli kararlarında da hayvanların güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturabileceğinin kabul edildiği görülmektedir;

“Katılanın, kardeşi olan sanığa bakması için 19 adet büyükbaş hayvan vermesine rağmen, sanığın bu teslim olayını inkar edip hayvanları katılana iade etmeyerek güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, sanık, katılan ve tanık beyanları ile dosya kapsamına göre, suçun sanık

¹²⁷ Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenleme için bkz.; “Hayvanlar eşya değildir. Onlar özel kanunlarla koruma altındadır. Eğer aksine hüküm yoksa eşyalar hakkındaki hukuk kuralları onlara da kıyasen uygulanır.” naklen Ertaş, **Eşya Hukuku**, s. 7; İsviçre Medeni Kanun'undaki düzenleme için bkz. 641/A.

¹²⁸ Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 168; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5003; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 412; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 300; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 362, Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 517; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 599.

¹²⁹ 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu md. 4/b: “Bütün hayvanlar eşit doğar ve bu Kanun hükümleri çerçevesinde yaşama hakkına sahiptir”.

¹³⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 10.

¹³¹ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 74.

tarafından işlendiği sabit olmakla bu gerekçelere dayanan mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamıştır”¹³².

Güveni kötüye kullanma suçunun konusu açısından değerlendirilmesi gereken diğer bir konu da verilen tanımda da belirtildiği üzere suç konusu malın ekonomik bir değer taşımasının gerekip gerekmediği hususudur. Bu konuda bir görüş birliği bulunmama ile birlikte bir görüşe göre¹³³ suça konu malın ekonomik bir değer taşıması gerekmektedir. Malın ekonomik değer taşıması gerekliliği, suçun, kanunda malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olmasına bağlanmakta¹³⁴ ve bu nedenle malvarlığına karşı işlenen suçların konusunu oluşturan şeylerin ekonomik bir değerinin olması gerektiği savunulmaktadır.

Diğer görüşe göre ise suçun oluşması için suç konusu malın ekonomik bir değer taşıyıp taşınamaması önemli değildir¹³⁵. Bu nedenle suça konu malın ekonomik değerinin çok az olması suçun oluşmasına mani değildir, aksine bu şekilde bir durum cezanın tayininde önem arz etmektedir¹³⁶. Bu görüşü savunan yazarların bir bölümü tarafından ceza hukukundaki mal kavramının özel hukuktaki/eşya hukukundaki mal kavramından daha geniş olduğu bu nedenle de ekonomik değer taşımayıp manevi değer taşıyan malların da ceza hukuku anlamında mal sayılıp güveni kötüye

¹³² Yargıtay 15. Ceza Dairesi, T. 22.2.2016, E. 2013/26243, K. 2016/1881, Erişim: Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 15.01.17. Yargıtay’ın suçun konusu hayvan olduğu hallerde güveni kötüye kullanma suçuna mahkumiyetten hüküm kurduğu diğer kararlar; Yargıtay 15. CD., T. 14.01.2016, E. 2013/21969, K. 2016/316; Yargıtay 15. CD., T. 01.06.2016, E. 2016/1306, K. 2016/5691; Yargıtay 23. CD., T. 25.05.2015, E. 2015/858, K. 2015/1848; Yargıtay 2. CD., T. 14.04.2014, E. 2013/21002, K. 2014/10205, Erişim: Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 15.01.17.

¹³³ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 7, Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 250; Haydar Erol, **Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma ve Dolandırıcılık Suçları**, Yayın Matbaacılık, Ankara, t.y., s. 28; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2479; İzzet Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 73; Necati Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 188; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 632.

¹³⁴ Ahmet Gündel, **Emniyeti Suistimal Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 1185-1186.

¹³⁵ Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 450; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 647-648, 731.

¹³⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5003; Mustafa Atalan, **Uygulamalı- Yorumlu- Örnekli Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 422.

kullanma suçunun konusunu oluşturacağı savunulmuştur¹³⁷. Ayrıca bazı yazarlarca; her ne kadar genel olarak suçun oluşması için suça konu malın ekonomik bir değerinin olmasının gerektiği ileri sürülse de suça konu malın manevi bir değerinin olması da suçun oluşması yeterli görülmüş¹³⁸ ve bu hususla ilgili olarak yalnızca malın ekonomik veya manevi değer taşıması gerektiği belirtilmiştir¹³⁹. Bu görüş altında diğer bir gerekçe olarak katıldığımız üzere suçla korunan hukuki değer sadece mülkiyet hakkı değil taraflar arasında sözleşme ilişkisinden doğan güven de olduğu ve bu nedenle de taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesine neden olan davranışlara konu olan ve ekonomik değer taşımayan malların da suçun konusu olabileceği ileri sürülmüştür¹⁴⁰. Suç konusu malın ekonomik bir değer taşıyıp taşınamaması konusunda son görüş olarak Bulutoğlu'nun görüşüne de değinilirse yazara göre “mal” ifadesinin daha çok ekonomik bir değeri ifade ettiği 765 sayılı Kanun'da gidilen değişikliklerle, mal ifadesi yerine “şey” ifadesinin kullanılmasıyla suç konusunun genişletildiği ve manevi değeri olan malların da suça dahil edildiği belirtilmiştir¹⁴¹. Fakat yukarıda da değinildiği üzere mal, eşya, şey gibi kavramların birbirlerine eş olarak kullanıldığı görüşünde olduğumuzdan çalışmamızda bu görüş üzerinde durulmayacaktır.

Suçun konusu için kanunda sadece mal ifadesi kullanıldığından ve madde metninde taşınır-taşınmaz, misli-misli olmayan eşya ayrımı yapılmadığından bu hususlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

(2) Taşınır- Taşınmaz Mal Ayrımı

Taşınır ve taşınmaz eşya ayrımı eşyanın taşınabilirliğine ilişkin bir ayrım olmakla birlikte; eşya özüne zarar verilmeden bir yerden bir yere taşınabiliyorsa veya

¹³⁷ Francesco Antolisei, “Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar”, Çev. Uğur Alacakaptan, **AÜHFD**, C: XIX, S: 1-4, 1962, s. 69; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 283; Hafizoğulları/Özen, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 303; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 452.

¹³⁸ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 365, 441; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 130.

¹³⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 692, 686; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1668-1669; Taneri, **a.g.e.**, s. 173; Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 409.

¹⁴⁰ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 75-76.

¹⁴¹ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 57.

yer değiştirilebiliyorsa taşınır eşya, taşınamıyorsa taşınmaz eşya söz konusu olacaktır¹⁴².

Kanun maddesinde suçun zilyetliği devredilmiş mal üzerinde işleneceği belirtilmiş olmakla birlikte söz konusu malın taşınır veya taşınmaz mal olup olamayacağı konusu, hırsızlık suçunda olduğu gibi¹⁴³, maddede açıkça düzenlenmemiştir. Bu konuya ilişkin düzenlemeye güveni kötüye kullanma suçunun gerekçesinde yer verilmiş olup gerekçeye göre suçun konusunu taşınır ve taşınmaz mallar oluşturabilmektedir. Kanun maddesinde açık bir düzenlemenin yer almaması, bu durumun gerekçede düzenlenmesi ve gerekçenin de bağlayıcı olmayışı nedeniyle suça konu malın taşınmaz mal olup olamayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre kanunda bu konuda bir ayrıma gidilmeyip madde metninde genel olarak mal ifadesine yer verildiğinden ve gerekçede de bu durum açıkça belirtildiğinden suçun konusunu hem taşınır hem de taşınmaz mallar oluşturmaktadır¹⁴⁴.

Diğer görüşe göre ise suçun konusunu sadece taşınır mallar oluşturmakta¹⁴⁵; taşınmaz mallar suçun konusu olamamaktadırlar¹⁴⁶. Fakat bu noktada Toroslu tarafından taşınmaz mala dahil ama ayrılabilir olan ve ayrıldığında taşınır mal haline

¹⁴² Rona Serozan, **Eşya Hukuku I**, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 252, 256; Ayan, **Eşya Hukuku I**, s. 42; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 10.

¹⁴³ TCK madde 141- (1) “Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir”.

¹⁴⁴ Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 188; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5004; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 7; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 452; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 250; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1667; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 631; Taneri, **a.g.e.**, s. 173; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 450; Erol, **a.g.e.**, s. 28; Erdener Yurtcan, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, 2. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 252; Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, s. 286; Ali Kemal Yıldız, **Seminer Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 279; Atalan, **a.g.e.**, s. 422; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2479; Özbek, **TCK İzmir Şerhi**, s. 1190; Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 72; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 731; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 435.

¹⁴⁵ Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 676; Gözübüyük, **a.g.m.**, s. 566; Kayıhan İçel, Yener Ünver, **İçel Uygulamalı Ceza Hukuku 4. Kitap**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000, s. 1023; Faruk Erem, Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 1994, s. 569.

¹⁴⁶ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 510; Taşdemir/Özkepir, **a.g.e.**, s. 736.

gelen malların üzerinde de suçun gerçekleşebileceği belirtilmiştir¹⁴⁷. Nitekim bu durum Soyaslan tarafından farklı yorumlanmış ve yazar; suçun kural olarak taşınırlarda işleneceğini; ancak taşınmaz mallardan çıkarılan veya koparılan eşyaların, örneğin evin penceresinin, su borularının alınması veya kiralanen arsadaki ağacın sökülmesi, suçun konusunu oluşturacağını ve bu durumda da suçun konusunun taşınmaz mallar olacağını savunmuştur¹⁴⁸.

Bu konudaki ayırımın ve farklılıkların daha net bir şekilde anlaşılabilmesi için taşınmaz eşyaların bütünleyici eşyalarına ilişkin eşya hukuku kapsamında kısaca bilgi verilmelidir. Her ne kadar bir taşınmaz malın bütünleyici parçası durumunda olan taşınır mallar artık taşınmaz malın hukuki rejimine bağlanıp “taşınmazsallaşsa” da asıl eşya kabul edilen taşınmaz eşyadan ayrılır ayrılmaz tekrar taşınır eşya halini alıp bağımsız niteliğe kavuşmaktadırlar¹⁴⁹. Taşınmaz eşyanın eklentileri durumunda olan taşınır eşyalar ise her halükarda taşınır eşya niteliklerini korumaktadırlar. Fakat söz konusu bu ayırım eşya hukukunda geçerli olmakla birlikte ceza hukukunda malın taşınır olması daha geniş yorumlanarak eşya hukukuyla örtüşmez ve taşınmaz eşyanın bütünleyici eşyası durumundaki eşyalar da ceza hukuku kapsamında taşınır mal olarak kabul edilmektedir¹⁵⁰. Bu nedenle kanaatimizce taşınmaz mala dahil olan ama ayrılabilen ve taşınmazdan ayrıldığında taşınır eşya niteliğini koruyan eşyaların üzerinde de suç işlenebilmekle birlikte bu durumda suçun taşınmaz mal üzerinde değil taşınır mal üzerinde işlendiği kabul edilmelidir.

Suçun sadece taşınır mallar üzerinde işlenebileceği görüşü altındaki gerekçelere de değinilirse ilk olarak bu bağlamda gerçek anlamda zilyetliğin devredilebilmesinin taşınır mallarda olabileceği ve taşınır malların bu niteliğe sahip

¹⁴⁷ Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 169.

¹⁴⁸ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 441.

¹⁴⁹ Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 253.

¹⁵⁰ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 301; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 652; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 599-600; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 28; Koca/Üzülmez, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 523.

olduğu ileri sürülmüştür¹⁵¹. Bu görüş altında diğer bir gerekçe olarak ise suçun taşınmaz mallar üzerinde de işlenebileceğinin kabulünün suçun yapısına uygun olmadığı ve bu kabul ile zilyetliğin devrini doğuran sözleşmeye aykırı her davranışın güveni kötüye kullanma suçu olarak yorumlanacağı; bu durumun da borcunu yerine getirmeyen borçluyu cezalandırmak anlamı taşıyacağı ve de Anayasa'nın “hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” hükmü ile çelişeceği belirtilmiştir¹⁵².

Ayrıca diğer gerekçelere de kısaca değinilirse taşınmaz malların zarar görmesinin tapu sicili ve kanundaki başka suçlarla korunduğu¹⁵³ ve gerek mülkiyete ilişkin işlemlerin tapu siciline bağlı tutulduğundan zilyedin malikin haklarını ihlal edecek tasarrufla bulunmasının imkansız olması¹⁵⁴ gerekse de suçun geleneksel yapısı nedeniyle suçun yalnızca taşınır mallar üzerinde işleneceği¹⁵⁵, taşınır malların ise zilyetlik nakli ile daha kolay nakledilebildikleri ve riske daha açık olmaları nedeniyle suçla korundukları¹⁵⁶ savunulmuştur.

Ayrıca suça konu malın taşınmaz mal olup olamayacağı konusundaki tartışmaların aynı zamanda suçun kapsamını da belirleyen suçla korunan hukuki değer bağlamında çözülmesi, yani suç ile mülkiyet ile birlikte taraflar arasındaki güvenin de ihlal edildiğinin dikkate alınıp buna göre düzenleme yapılması gerektiği de önerilmiştir¹⁵⁷.

765 sayılı Kanun dönemine de kısaca bu bağlamda değinilirse bu kanunda da TCK'da olduğu gibi hırsızlık suçunda “menkul maldan/taşınır bir maldan” söz

¹⁵¹ Gündel, **Emniyeti Suistimal Suçları**, s. 1186; Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, C.3, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1993, s. 2469.

¹⁵² Zeki Hafızoğulları, “Güveni Kötüye Kullanma Suçları”, **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, C.2, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 2765. Ayrıca yazar taşınmaz malların suçun konusu olarak kabulü halinde eve zilyet olan kiracının yaptığı tadilatın veya evin bir bölümünü başkasına kiralamasının da güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu belirtmiştir.

¹⁵³ Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 409.

¹⁵⁴ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 51. Yazar suçun tapu siciline bağlanmış gayrimenkullerde işlenemeyeceğini; fakat gayrimenkul mülkiyetinin zilyetliğe bağlı olarak el değiştirebileceği hallerde, örneğin tapusuz gayrimenkullerde, suçun söz konusu olabileceğini ifade etmiştir.

¹⁵⁵ Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 2469.

¹⁵⁶ Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 250.

¹⁵⁷ Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 14.

edilirken emniyeti suiistimal suçunda yalnızca “şey” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle yukarıda değinilen hususlar 765 sayılı Kanun zamanında da aynı şekilde tartışma konusu olmaktaydı.

(3) Bütünleyici Parça

Medeni Kanun’un 684. maddesine göre bütünleyici parça “*yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır*”. Bir eşyanın bütünleyici eşya olması iki şarttan birinin gerçekleşmesine bağlıdır¹⁵⁸: bunlardan ilki asıl şeye sıkı bir maddi veya işlevsel bağlantı ile bağlanması ve bu bağlantı nedeniyle asıl şeyden ayrılmanın asıl şeyin yok olmasına, zarara uğramasına veya yapısının değişmesine neden olmasıdır¹⁵⁹. Söz konusu bu bağlantı iç veya dış bağlantı şeklinde gerçekleşebilir ve dış bağlantı gereğince belirtildiği üzere bütünleyici ile asıl eşya arasında sıkı bir fiziki bağlantı aranırken iç bağlantı ile aralarında ekonomik görüşler ve iş hayatının olağan kabulleri uyarınca işlevsel bir bağlantı yani bütünleyici eşya olmadan asıl eşyanın kendisinden beklenen işlevi yerine getirememesi aranmaktadır¹⁶⁰. Asıl eşyadan beklenen ekonomik amaç ve fonksiyon bütünleyici eşyanın asıl eşya ile birleşmesi ile elde edilebilmekte ve bu bağlantılarla eşya tek bir eşya gibi görülmektedir¹⁶¹. Diğer şart ise her ne kadar ilk şartta olduğu gibi bir fiziki bağlantı söz konusu olmasa da eşyanın bulunduğu bölgedeki yerel adetlere göre asıl eşyayla birleşen eşyanın bağımsızlığını kaybedip kaybetmediğinin belirlenip birleştirilen parçanın asıl eşyanın temel unsuru sayılması ve kanun maddesinde de açıkça görüldüğü üzere bu parçanın asıl eşyanın bütünleyici parçası sayılmasıdır¹⁶².

Genel bilgilerin ardından başlık altında güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan hareketlerin eşyanın bütünleyici parçası üzerinde gerçekleştirilmesi halinde

¹⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 287.

¹⁵⁹ Ayan, **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, s. 37.

¹⁶⁰ Ayan, **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, s. 39.

¹⁶¹ Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 56, 59.

¹⁶² Aksoy Dursun, **Eşya Kavramı**, s. 49; Ayan, **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, s. 39; Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 63.

hangi suçun oluşacağı hususuna da kısaca değinilmelidir. Suça konu davranışların taşınmazın bütünleyici parçaları üzerinde gerçekleştirilmesi halini Yargıtay hırsızlık suçu kapsamında değerlendirmektedir. Nitekim verdiği kararlarda da “eşyaları alırken satış kapsamında olmayan dükkanın demirbaşları olan musluk, lavabo ve tuvalet taşını götürmede”¹⁶³, “kira kontratında depo olarak kiralanan boş dükkan içinde raf, lavabo, musluk ve duş başının teslim edildiğine dair bir kayıt bulunmamasına ... ve ayrıca eşyaların teslim konusu olmayıp kiralanan gayrimenkulün mütemmim cüz'ü olduğunun kabulü halinde”¹⁶⁴ hırsızlık suçunun tartışma konusu yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Yargıtay’ın kararlarında taşınmazların bütünleyici eşyalarına karşı gerçekleştirilen fiilleri hırsızlık suçu altında değerlendirmesinin asıl nedeni güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için özel bir tevdi ve teslim şartının aramasından kaynaklanmaktadır.

Bu durum Yargıtay kararlarında açıkça “kiraladığı evin çatısındaki kiremitleri alıp götürmekten ibaret eyleminin, teslim ve tevdi olmaması, gayrimenkulün mütemmim cüzü niteliğinde bulunması nedenleriyle TCK’nın 491/ilk maddesine uygun hırsızlık suçunu oluşturduğu¹⁶⁵” ve “sanığın; müdahile satın, üç ay sonra teslim ettiği apartman dairesinin mütemmim cüz'ü olan kombi ve radyatörleri satış vaadi sözleşmesi ve satış akdinde satım konusu dışında tutmaksızın rıza hilafına söküp götürmekten ibaret olan eyleminin, özel teslim ve tevdi söz konusu bulunmaması nedeniyle hırsızlık olarak nitelendirilmesi gerektiği¹⁶⁶” şeklinde belirtilmiştir. Yargıtay’ın bu konuda verdiği diğer bir karara göre de “*emniyeti suistimal suçunun, ev ile birlikte teslim edilen menkul eşyalara karşı işlenebileceği, gayrimenkulü oluşturan parçalara karşı işlenen eylemlerin hırsızlık suçunu*

¹⁶³ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T. 10.4.2002, E. 2002/2421, K. 2002/3080, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 05.01.17.

¹⁶⁴ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T. 25.11.2002, E. 2002/7536, K. 2002/9337, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 05.01.17.

¹⁶⁵ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T. 6.3.2002, E. 2002/1057, K. 2002/1771, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 06.01.17.

¹⁶⁶ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T. 16.4.1996, E. 1996/351, K. 1996/425, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 06.01.17

*oluşturacağı düşünülmeden hüküm kurulması hatalıdır*¹⁶⁷. Nitekim tüm bu kararlarda da açıkça belirtildiği üzere bütünleyici eşyaların söz konusu olduğu hallerde özel bir teslimin yapılması temel alınmakta ve asıl eşya ile özellikle ve rıza ile zilyetliği teslim edilen taşınır mallar üzerinde gerçekleştirilen tipik fiiller güveni kötüye kullanma suçunu oluştururken asıl eşyanın bütünleyici parçaları üzerinde özel bir teslim bulunmadan gerçekleştirilen fiiller hırsızlık suçunu oluşturmaktadır.

(4) Misli- Misli Olmayan Eşya

İlk olarak misli eşyanın tanımına kısaca değinilirse Medeni Kanun'da herhangi bir tanım yer almamakla birlikte söz konusu bu ayırım taşınır mallarda söz konusu olup misli eşya; sayı, ölçü veya tartı ile belirlenebilen şeylerken; misli eşya dışında kalan, diğerlerinden ayırt edici ve bağımsız bir niteliği olanlar ise misli olmayan eşyalardır¹⁶⁸. Misli eşyalarda bir malın yerini aynı cinsten diğer bir mal alabilir ve bu tür mallara örnek olarak para, buğday, pirinç, yumurta, kumaş, toprak, kömür verilebilir¹⁶⁹. Misli eşya ayrımı objektif olarak malın niteliğine göre yapılan bir ayırım olduğundan her zaman olmasa da genellikle misli mallar cins borcuna, misli olmayan mallar da parça borcuna konu olurlar¹⁷⁰. Fakat tarafların anlaşarak misli eşyaları parça borcunun konusu olarak belirleyebilirler¹⁷¹. Parça borcunun söz konusu olması halinde borç sözleşmede taraflar tarafından ayırt edilecek şekilde bireysel nitelik ve özellikleriyle belirlenirken nevi borcunda borcun sadece genel nitelikleri ile belirlenmesi yeterlidir. Parça borcu ile nevi borcu arasındaki fark tamamen sübjektif açıdan olup tarafların anlaşmalarına bağlı olarak bir şey her iki borcun da konusu olabilir¹⁷².

¹⁶⁷ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T. 07.02.2002, E. 2002/614, K. 2002/1024, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 06.01.17.

¹⁶⁸ Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 43.

¹⁶⁹ Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, 4. bs., Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2016, s. 12; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 12; Ayan, **Eşya Hukuku I**, s. 47.

¹⁷⁰ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 12- 13; Ayan, **Eşya Hukuku I**, s. 47.

¹⁷¹ Ertaş, **Eşya Hukuku**, s. 9.

¹⁷² Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 111-112; Ayan, **Eşya Hukuku I**, s. 48.

Yukarıda da belirtildiği üzere maddede suçun konusunun mal ve eşya olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiş, malın misli veya misli olmayan mal olması konusunda herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Aynı şekilde 765 sayılı Kanun döneminde de maddede “şey” denilmiş; misli mal konusunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Suçun konusunu misli olmayan bir mal oluşturduğunda herhangi bir sorun bulunmamakla birlikte suçun konusunun misli bir mal olması durumunda suçun oluşup oluşmayacağı ve ne zaman oluşacağı konuları incelenmelidir.

Türk Ceza Kanunu'nun bazı maddelerinin 2275 sayılı Kanun'la değiştirilmesine ilişkin Adliye Encümeni mazbatasındaki "... emanet ve vedia olarak bir şahsa teslim edilen- para olsun, sair mal olsun- bir şeyin satılması... emniyeti suiistimal cürmünü teşkil edeceği yolunda açık ifade ile 508. madde kaleme alınmıştır" ifadesinde de misli malların suçun konusu olabileceği açıkça belirtilmiştir¹⁷³. Doktrinde de genel olarak misli malların suçun konusu olacağı kabul edilmektedir¹⁷⁴.

Misli eşya söz konusu olduğunda güveni kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmayacağı eşya faile devredilirken kabul edilen şartlara bağlı olarak değerlendirilmelidir¹⁷⁵. Çünkü zilyetliğin devir amacı kişiler arasında bu anda belirlenecektir. Nitekim kişiler arasında örneğin iade zamanı geldiğinde iade etmek şartı ile bu sürede zilyetliği devredilen parayı kullanma hakkı tanınarak paranın kişiye emanet edilmesi amacıyla yapılan bir sözleşme söz konusu olduğunda kanaatimizce paranın harcanması halinde suç oluşmayacak suçun oluşup oluşmayacağı değerlendirilmesi için paranın iade tarihinin gelmesini beklemek gerekecektir. Çünkü suça konu malın misli mal olması durumunda eşyanın tüketilmesi anında değil mal faile devredilirken eşyanın iadesine anlaşıldığı zamanda

¹⁷³ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 509.

¹⁷⁴ Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 676; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 7; Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 73; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 632; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 450; Erol, **a.g.e.**, s. 28; Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta Basım, 2007, s. 239; Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, s. 286; Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 410.

¹⁷⁵ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 509.

ve anlaşılın şekilde iade edilmemesi anında suç oluşacaktır¹⁷⁶. Çünkü burada kişinin her an eşyayı yerine koyma olanağı ve niyeti olabileceğinden suç kastının oluşmadığı ileri sürülmektedir¹⁷⁷.

Bir diğere görüşe göre ise misli malların suçun konusu olup olmayacağı konusu zararın veya zarar tehlikesinin oluşup oluşmaması ile ilgilidir ve kişinin talep edildiğı zaman misli malı iade etmesi halinde herhangi bir zarar ve zarar tehlikesi oluşmadığından suçun da oluşmayacağı savunulmuştur¹⁷⁸. Bu görüşe ek olarak malın kişiye devredilirken paketlenerek devredilip devredilmediğı ayrımının da yapılması gerektiğı; devredilen malın paketlenmiş ve özel bir hale getirilmiş olması halinde paketin içindekilerin devir amacı dışında kullanılmasının suç oluşturacağı; suçun paketlenmemiş olması halinde ise derhal iade edilme imkanının bulunup bulunmadığı ve buna bağılı olarak belirtildiğı üzere zararın veya zarar tehlikesinin doğup doğmadığına göre suçun oluştuğuna karar verilmesi gerektiğı belirtilmiştir¹⁷⁹. Kanaatimizce burada yazar tarafından kast edilen borcun nevi borcu olarak veya parça borcu olarak taraflar arasında belirlenmesi halidir. Yukarıda da belirtildiğı üzere misli eşyalar genellikle nevi borcuna konu olmakla birlikte taraflar aralarında parça borcu olacağı konusunda da anlaşabilmektedirler. Eğer borç taraflar arasında paketlenip özel hale getirilip parça borcu haline getirilmişse bu durumda güveni kötüye kullanma suçunu söz konusu olur; fakat misli malın ve nevi borcunun olması halinde suçun oluşması açısından yukarıdaki görüşlerde de belirtildiğı üzere derhal iade imkanının olup olmadığına bağılı olarak karar verilmelidir.

Bu görüşlere karşı olarak; misli malların mülkiyetinin yukarıda da açıklandığı üzere teslimle geçmesi nedeniyle kişinin kendisine devredilen mal üzerinde malik gibi davranabileceğı ve bu nedenle de misli malların güveni kötüye kullanma suçuna konu olamayacakları aksine bu durumda borç sözleşmesine aykırılığın söz konusu

¹⁷⁶ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1669; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 436; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 732.

¹⁷⁷ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 515; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1669; Taneri, **a.g.e.**, s. 174.

¹⁷⁸ Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 452; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 436.

¹⁷⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5005.

olacağı sunulmaktadır¹⁸⁰. Bulutoğlu'na göre de misli malın mülkiyeti genel kural uyarınca teslimle geçmekte; fakat 765 sayılı Kanun döneminde yukarıda açıklanmış olan 508. maddenin değiştirilmesinde komisyonun hazırladığı gerekçede belirtilen mülkiyetin geçmesine rağmen misli malın veya paranın suça konu olması açıklaması genel kurala istisna teşkil etmektedir¹⁸¹. Fakat bu görüşe karşı görüş olarak da misli mallarda teslimle mülkiyetin geçmesi konusundaki özel hukuk kurallarının ceza hukukunda geçerli olmadığı; ceza hukukunda misli mal veya paranın kullanım için bir kişiye teslim edilmesiyle mülkiyetin geçirilmediği, sadece zilyetliğin devredildiği; bu nedenle de mal başkasına ait olma niteliğini kaybetmediğinden misli malların da güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilecekleri ileri sürülmüştür¹⁸². Ayrıca burada her ne kadar misli eşyaların teslimi ile malın mülkiyeti devrediliyor gibi görünse de malı devreden kişinin malın mülkiyetini devretme niyeti bulunmamakta ve mülkiyetin geçirilmesi istenmemektedir¹⁸³.

Bu konuda son olarak başka bir görüşe göre ise misli malların suçun konusu olup olamayacağı hususu suçla korunan hukuki değer ışığında çözümlenmeli ve suçla taraflar arasındaki güven ilişkisinin de korunduğundan bahisle suç konusu malın misli mal da olabileceği kabul edilmelidir¹⁸⁴.

c. Başkasına ait olma

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için suça konu malın failin mülkiyetinde bulunmaması gerekir¹⁸⁵. Zira bu durum madde metninde de “başkasına ait” mal demek suretiyle açıkça belirtilmiştir. Örneğin malikin kiracıdan ödünç aldığı kendi malını teslim amacı dışında kullanması veya iade etmemesi halinde suç oluşmaz¹⁸⁶. Malın başkasına ait olması özelliği aynı zamanda taraflar arasındaki

¹⁸⁰ Köse, **a.g.t.**, s. 56.

¹⁸¹ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 63-64.

¹⁸² Hafızoğulları, **a.g.m.**, s. 2766.

¹⁸³ Somay Tümerkan, “Emniyeti Suistimal Cürümlerinde Mülkiyet Geçişinin Değerlendirilmesi Sorunu”, **İÜHFİM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan**, C. 45, S.1-4, 1979-1981, s. 344.

¹⁸⁴ Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 15.

¹⁸⁵ Antolisei, **a.g.m.**, s. 76; Alşahin, **a.g.e.**, s. 15; Gündel, **Güveni Kötüye Kullanma Suçları**, s. 405; Hafızoğulları, **a.g.m.**, s. 2766.

¹⁸⁶ Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 169; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 442.

sözleşme ilişkisiyle malın mülkiyetinin devredilmesini de engellemektedir. Bu durumda fail fiilini icra ederken başkasına ait bir mal söz konusu olmayacak, dolayısıyla failin malı geri verme zorunluluğu da olmayacak ve suç oluşmayacaktır¹⁸⁷. Suçun oluşması için zorunlu olan başkasının mülkiyetinde olan mal üzerinde failin zilyetliğe sahip olmasıdır. Mülkiyetin kime ait olduğu ve hangi sözleşmeler ile mülkiyetin devredildiği hususu ise medeni hukuk ve borçlar hukuku kuralları çerçevesinde belirlenmektedir¹⁸⁸. Ayrıca zilyetliğin devredilmesinden önce mal sahibinin mülkiyeti nasıl elde ettiği de önemli değildir, suçun oluşması için önemli olan başkasına ait bir malın zilyetliğinin faile devredilmesidir¹⁸⁹. Müşterek ve iştirak halinde mülkiyete ilişkin ayrıntılı açıklamalara fail başlığı altında değinildiğinden bu başlık altında kısaca mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışa konu olan mallar ve rehinli mallara değinilecektir.

Mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışla gerçekleşen zilyetlik devirlerinde de güveni kötüye kullanma suçu oluşabilmektedir¹⁹⁰. Mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışta normal satış sözleşmesinde olduğu gibi malın teslim edilmesi ile mülkiyet geçmemektedir¹⁹¹. Taraflar belirli şartların gerçekleşmesine kadar mal üzerindeki mülkiyetin devamı konusunda anlaşmaktadırlar¹⁹². Mülkiyetin nakli için belirlenen şartlar tamamlanıncaya kadar bu sözleşme ile malı elinde bulunduran kişi için sözleşme konusu mal, başkasına ait mal niteliğini korumaktadır¹⁹³. Bu nedenle mülkiyeti muhafaza kaydı ile satılan malın belirlenen şart gerçekleşinceye kadar elinde bulunduran kişi tarafından devri inkar edilirse veya mal devir amacı dışında

¹⁸⁷ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 8.

¹⁸⁸ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 633; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1671; Erem/Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 571.

¹⁸⁹ Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 251.

¹⁹⁰ Tümerkan, **a.g.m.**, s. 345; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 8; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 451; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 732; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 453.

¹⁹¹ Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2767.

¹⁹² Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5005.

¹⁹³ Taneri, **a.g.e.**, s. 175; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1672.

kullanılırsa örneğin bir başkasına satılırsa güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır¹⁹⁴.

Taşınırın teslimine bağlı rehnedilmesinde de malın zilyetliğinin devredilmesi fakat malın başkasına ait olma niteliğinin korunması söz konusu olduğundan zilyetliği alan kişinin mal üzerindeki devir amacı dışındaki tasarrufları da güveni kötüye kullanma suçunu meydana getirebilecektir. Taşınır bir mal üzerinde rehin kurulması halinde istisnalar saklı olmakla birlikte kural olarak malın zilyetliği alacaklıya bırakılmakta ve malikin eşya üzerindeki fiili hakimiyeti sona ermektedir¹⁹⁵. Rehin kapsamında malın yalnızca zilyetliği devredilmiş olup mülkiyet rehinli alacaklıya geçmemekte¹⁹⁶ ve böylece söz konusu mal alacağa bağlı olarak alacaklı yani zilyet için başkasına ait mal olma niteliği korumaktadır¹⁹⁷. Rehinli alacaklı bu durumda ilgili başlıklar altında anlatılacağı üzere dolaysız ferî zilyet konumundadır¹⁹⁸. Bu nedenle de rehine konu olan malı elinde bulunduran kişi yani alacaklı mal üzerinde tasarrufta bulunamamaktadır; mal borçlu olan malikin mülkiyetinde ve tasarruf alanındadır¹⁹⁹. Rehinli alacaklı ancak alacağı ödenmediği takdirde malı icra yoluyla veya anlaşarak kendisi satıp paraya çevirerek alacağını tahsil edebilmekte ve rehin yoluyla alacağını güvence altına almaktadır²⁰⁰. Böylece alacak muaccel olmadıkça ve rehinli alacaklının malı satma hakkı doğmadıkça rehinli ve başkasına ait mal üzerinde gerçekleştirilen devir amacı dışındaki tasarruflar ile tipik hareketler güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır²⁰¹.

¹⁹⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5005.

¹⁹⁵ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1672; Ayan, **Eşya Hukuku-III Sınırlı Ayni Haklar**, s. 271; Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicili, Rehin Hakları)**, 4. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 227; Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 527.

¹⁹⁶ Ayan, **Eşya Hukuku-III Sınırlı Ayni Haklar**, s. 273.

¹⁹⁷ Taneri, **a.g.e.**, s. 175

¹⁹⁸ Nomer/Ergüne, **Eşya Hukuku**, s. 254.

¹⁹⁹ Tümerkan, **a.g.m.**, s. 341.

²⁰⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 1006; Ayan, **Eşya Hukuku-III Sınırlı Ayni Haklar**, s. 259, 266; Nomer/Ergüne, **Eşya Hukuku**, s. 226.

²⁰¹ Tümerkan, **a.g.m.**, s. 342.

d. Zilyetliğin Devredilmiş Olması

(1) Zilyetlik Kavramı

Kanunda bahsedildiği üzere suç konusu malın zilyetliğinin devredilmiş olması gerekir. Burada zilyetlikten ne anlaşılması gerektiği hususunda özel hukuk hükümlerinden yararlanılmalıdır²⁰².

İlk olarak zilyetliğin tanımına bakılırsa; zilyetlik sözlük anlamına göre; “bir şey üzerindeki fiili tasarruf biçiminde ortaya çıkan hakimiyet”²⁰³ olarak belirtilmiş olup Medeni Kanun’da zilyetlik için her ne kadar bir tanım bulunmamaktaysa da, Türk Medeni Kanunu’nun 973. maddesinde belirtildiği üzere; *bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir*. Söz konusu madde uyarınca zilyetlik bir eşya üzerindeki fiili hakimiyet olarak tanımlanmış; fakat fiili hakimiyetle kast edilenin ne olduğu TMK’da düzenlenmemiştir²⁰⁴.

Fiili hakimiyet ile aslında fiilen elde bulundurma, yani tam olarak eşya ile sıkı bir maddi ilişki kast edilmemektedir²⁰⁵. Zilyet eşyayı fiilen elde bulundurmasa da kendisinin eşya üzerinde fiili hakimiyet kurabilecek durumda olması²⁰⁶, yani eşya ile zilyet arasında maddi bir bağlantı olması fiili hakimiyetten söz edebilmek için yeterlidir ve bu bağlantı da genel hayat tecrübeleri, sosyal yaşam kuralları ile belirlenecektir²⁰⁷. Örneğin; eşya doğası gereği fiilen elde bulundurulamıyorsa bu durumda zilyetlik eşyanın korunmasıyla, arsanın çitlerle çevrelenmesinde olduğu gibi, belirlenebilecektir²⁰⁸. Fakat zilyet ile eşya arasında sıkı bir bağ olması gereken, örneğin para, mücevher gibi eşyalarda ise bunların zilyedin elinde bulunması veya saklandıkları yerde muhafaza edilmesi gerekmektedir²⁰⁹. Sonuç olarak verilen

²⁰² Antolisei, **a.g.m.**, s. 85; Erman, “Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Yetersizliği”, s. 139; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 368.

²⁰³ Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, s. 1527

²⁰⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 47.

²⁰⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 47-48; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 10.

²⁰⁶ Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 62.

²⁰⁷ Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 102.

²⁰⁸ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 41.

²⁰⁹ Akipek/Akıntürk, **a.g.e.**, s. 111.

örneklerde de görüldüğü üzere bahsedilen fiili hakimiyet ile kişinin zilyetlik konusu eşyadan doğrudan veya dolaylı olarak yararlanabileceği, kullanabileceği ve koruyabileceği durumda olması anlamı çıkarılabilir²¹⁰. Bu nedenle de zilyedin eşya üzerindeki fiili hakimiyeti doğrudan kullanması şart olmayıp belirtildiği üzere kişinin eşyadan dolaylı olarak yararlanıp koruyabilmesi zilyetlik için yeterlidir²¹¹. Bu durumda TMK md. 975'te de belirtildiği üzere dolaylı ve dolaysız zilyetlik söz konusu olacaktır²¹².

Ayrıca kişinin eşya üzerindeki hakimiyeti kullanım şekline göre zamansal olarak hakimiyette belirli ölçüde sürekliliğin de bulunması gerekmektedir²¹³. Örneğin mağazada bir malın incelenmek üzere alınmasında olduğu gibi kişinin eşyayı geçici ve kısa süreli olarak elinde bulundurması kişiyi zilyet yapmamaktadır²¹⁴. Belirtilen durumun tersi olarak zilyet olan kişinin TMK md. 976'da da açıkça belirtildiği üzere *“fiili hâkimiyetin geçici nitelikteki sebeplerle kullanılmaması veya kullanma olanağının ortadan kalkması zilyetliği sona erdirmez”*. Nitekim ileride ayrıntılı olarak inceleneceği üzere zilyetliğin devrinin söz konusu olmadığı hallerde güveni kötüye kullanma suçundan söz edilemeyeceği için geçici ve kısa süreli hakimiyetlerde gerçekleştirilen fiiller ile suç oluşmayacak ve de geçici ve kısa süreli zilyetlik kayıpları olsa da bu esnada suç oluşturan fiillerin gerçekleşmesi halinde suç oluşacaktır.

Kişinin eşyanın zilyedi olabilmesi için ayrıca zilyetlik iradesinin bulunması gerekip gerekmediği hususu ise tartışmalı olmakla birlikte günümüzde hakim olan görüşe göre zilyetlik için zilyet olma yani fiili hakimiyeti ele geçirme iradesi de aranmaktadır²¹⁵. İradenin varlığının kabulü için kişinin fiil ehliyetine sahip olması aranmaz, zilyet olmanın anlam ve önemini anlayabilecek seviyede ayırt etme gücüne

²¹⁰ Akipek/Akıntürk, **a.g.e.**, s. 110; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 41.

²¹¹ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 41.

²¹² TMK md. 976 uyarınca *“fiili hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir.”*

²¹³ Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 101; Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 62-63.

²¹⁴ Akipek/Akıntürk, **a.g.e.**, s. 112.

²¹⁵ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 42; Karşı görüş için bkz.: Aybay/Hatemi, **Eşya Hukuku**, s. 33. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek/Akıntürk, **a.g.e.**, s. 114.

sahip olması yeterlidir²¹⁶. Fakat bu irade malik olma iradesinden farklı olup kişinin malı yalnızca fiili hakimiyeti altında bulundurmasına ilişkin bir iradedir²¹⁷. Söz konusu irade ile mala bir kere zilyet olan kişi, kendi iradesi ile zilyetlikten vazgeçmedikçe veya zilyedin kendi iradesi dışında başkası eşya üzerinde hakimiyeti elde etmedikçe ya da zilyedin hakimiyeti başka şekillerle sona ermedikçe eşyanın zilyedi kalmaya devam edecektir²¹⁸. Tüm bu bilgiler ışığında özetle zilyetliğin, fiili hakimiyet ve zilyetlik, fiili hakimiyetinde bulundurma iradesi olmak üzere iki temel unsurunun olduğu söylenebilir²¹⁹. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmadığının tespitinde öncelikli olarak bu unsurların oluşup oluşmadığı incelenecektir.

(2) Zilyetliğin Hukuki Fonksiyonları

Zilyetliğin en önemli fonksiyonlarından biri aleniyettir ve aleniyet; mal üzerindeki aynı hak sahiplerinin kim olduğunun herkes tarafından anlaşılabilmesidir²²⁰. Kişilerin sahip olduğu aynı haklar, malın sahiplerine tanıdığı hakların yanında üçüncü kişilere de bu haklardan doğan yetkilere saygı gösterme zorunluluğunu yüklemektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi kişilerin bu haklara sahip olunduğunun herkes tarafından görülmesine bağlı olmakla birlikte bu aleniliği taşınırlarda zilyetlik, tapuya kayıtlı taşınmazlarda ise tapu sicili sağlamaktadır²²¹.

Söz konusu aleniyetin sağlanması ile taşınırlarda zilyetlik, aynı hakka, özellikle de mülkiyet hakkına karine teşkil etmektedir²²²; tapuya kayıtlı taşınmazlarda ise mülkiyet, tapu siciline tescil ile kazanılmaktadır. Fakat tapuya

²¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 48, dn. 11; Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 102; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 43.

²¹⁷ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 42.

²¹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 49, N. 283.

²¹⁹ Ertaş, **Eşya Hukuku**, s. 28-29; Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 102. Zilyet olma isteğinin fiili hakimiyetten ayrı bir unsur olmayıp onun bir parçası olduğu görüşü için bkz. Akipek/Akıntürk, **a.g.e.**, s. 116.

²²⁰ Akipek/Akıntürk, **a.g.e.**, s. 117.

²²¹ Akipek/Akıntürk, **a.g.e.**, s. 101; Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 97-98.

²²² Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 104; Akipek/Akıntürk, **a.g.e.**, s. 118.

kayıtlı olmayan taşınmazlarda da taşınırlarda olduğu gibi zilyetlik, aynı haklara ilişkin bir karine oluşturmaktadır²²³. Zilyetliğin taşınırlarda haklara karine teşkil ettiği, TMK'nın 985. maddesinde de “*taşınırın zilyedi onun maliki sayılır*” demek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

Zilyetliğin fonksiyonlarına ilişkin tüm bu bilgiler ışığında; taşınır bir mala zilyet olan kişinin, ileri sürdüğü şahsi ve aynı haklara sahip olduğu, bu hakkı ispatlamak için bir şey yapmak zorunda olmadığı ve bu durumu üçüncü kişilere zilyetlikle gösterdiği varsayılmaktadır²²⁴. Bu nedenlerle de zilyetlik eşya üzerinde çok güçlü bir etkiye sahip olup gerek özel hukuk gerekse de ceza hukuku kapsamında korunmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçu da bu noktada ortaya çıkmakta ve suç ile zilyetliğin kazandırdığı bu güçlü etkilerin kötüye kullanılması önlenmektedir.

(3) Zilyetliğe Tabi Şeyler

Üzerinde aynı hak kurulabilen²²⁵, eşya vasfı taşıyan şeyin üzerinde zilyetlik kurulabilmekte aksi halde hukuken eşya sayılmayan şeylerin, örneğin insan vücudu, üzerinde zilyetlik kurulamamaktadır²²⁶. Bir şeyin bütünleyici parçaları üzerinde de, asıl şeyden ayrı olarak örneğin bir evin odasının kiralanmasında, bir taşınmazın duvarının reklam amacıyla kiraya verilmesinde veya arsanın bir yerinin ekilmesinde olduğu gibi, zilyetlik kurulabilmektedir²²⁷. Ancak söz konusu bu eşyaların üzerinde fiili hakimiyet kurulabilecek eşyalar olması gerekmektedir. Örneğin kişi, kamu malı üzerinde fiili hakimiyet kuramayacağından zilyetliğin özel mülkiyete tabi eşyalar üzerinde kurulabileceği söylenebilir²²⁸.

Üzerinde zilyetlik kurulması açısından zilyetliğe konu malın taşınır ya da taşınmaz mal olması bir farklılık yaratmamaktadır. Buradaki tek fark yukarıda da

²²³ Akipek/Akıntürk, **a.g.e.**, s. 118.

²²⁴ Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 104.

²²⁵ Ertaş, **Eşya Hukuku**, s. 33.

²²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 54, N. 301; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 45.

²²⁷ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 45; Ertaş, **Eşya Hukuku**, s. 33.

²²⁸ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 46.

bahsedildiği üzere taşınmazlarda tapu siciline yapılan kaydın taşınırıldaki zilyetliğin yerini tuttuğudur²²⁹. Güveni kötüye kullanma suçu açısından da madde metninde açıkça suça konu malın zilyetliğin devri arandığından bu malların zilyetliğe tabi olmaları gerekmektedir. Aksi bir durum suçun bir unsuru olan zilyetliğin devrine imkan vermeyeceğinden bu halde güveni kötüye kullanma suçu değil diğer malvarlığına karşı suçlar tartışma konusu olacaktır.

(4) Zilyetliğin Çeşitleri

Zilyetliğin eşya hukukunda çeşitli ayrımları bulunmakla beraber başlık altında sadece zilyetliğin güveni kötüye kullanma suçu bağlamında önemli olan çeşitlerine değinilecektir:

i. Zilyet Yardımcılığı

Zilyet yardımcılığına ilişkin tanım TMK'da yer almamaktadır. Zilyet yardımcılığında aşağıda belirtilecek zilyetlik çeşitlerinden farklı olarak bir zilyetlik iradesi bulunmamakta, kişinin başkası adına ve yararına bir mal üzerinde tamamıyla başkalarının talimatlarına bağlı olarak, başkasına hizmet etmek için sadece kullanma imkanına ve de fiili hakimiyete sahip olması söz konusu olmaktadır²³⁰. Zilyet yardımcısının diğer zilyetliklerin aksine mal üzerinde zilyet adına ve zilyedin talimatlarına uygun olarak kullandığı fiili hakimiyeti vardır²³¹; fakat mal üzerinde zilyetliği bulunmamaktadır²³². Ayrıca zilyet yardımcıları için mülkiyet karinesi de bulunmamakta; zilyetlik yardımcısının hakimiyeti, geçici ve hak sahibi tarafından her an sona erdirilebilecek durumdadır²³³. Zilyet yardımcılara örnek olarak; odacı, bekçi, evdeki hizmetçi, fabrikada işçi, sinemada yer gösterici, tezgahdar, evdeki dolabı kullanan aşçı, arabayı kullanan şoför gösterilebilir²³⁴.

²²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 55, N. 305.

²³⁰ Ertaş, **Eşya Hukuku**, s. 31.

²³¹ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 52.

²³² Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 114; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 60, N. 318.

²³³ Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 12.

²³⁴ Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 114; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 52.

Zilyet yardımcılarının mal üzerindeki zilyetlik iddiaları kendileri zilyet olmadıklarından güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz; bu durumda zilyetlik yardımcısının malikin iradesiyle zilyetliğe sahip olmadığı göz önünde tutulduğunda hırsızlık suçu gündeme gelmektedir²³⁵.

ii. Asli Zilyetlik- Feri Zilyetlik

Söz konusu bu ayırım TMK 974'teki düzenlemeye dayanmakla birlikte ferî zilyetliğin kurulabilmesi için zilyedin malı, *bir sınırlı aynî hak veya bir kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim* etmesi gerekir. Kanundaki düzenlemede açıkça belirtildiği üzere ferî zilyet; sınırlı aynı bir hakkın veya şahsi bir hakkın kurulması veya kullanılması amacıyla malı teslim alan, hakimiyetinde bulunduran kişidir²³⁶. Ferî zilyede örnek vermek gerekirse; intifa hakkı sahibi, malı kiralayan, ariyet, ödünç, rehin alan kişiler, vekil ferî zilyettir²³⁷. Asli zilyet ise yine kanunda belirtildiği üzere, malik olma iradesiyle mala zilyet olan kişidir²³⁸. Ferî zilyetlikte başkasına hukuken bağıllık ve başkasının ondan üstün olan hakkını tanıma; asli zilyette ise kendi üstün hakkına dayanarak bağımsız zilyet olma durumu söz konusudur²³⁹.

Ferî zilyet eğer asli zilyet olduğunu yani malik olma iradesini ileri sürerse bu durum ferî zilyetlik sona erer ve asli zilyetlik başlamaktadır. Burada önemli olan ferî zilyedin bunu ileri sürmede hukuka uygun davranıp davranmadığı olmamakla beraber burada önemli olan ferî zilyedin bu yönde bir iradesinin veya tutumunun olduğunun, yani iradesinin dışarıdan nasıl görüldüğünün belirlenmesidir²⁴⁰. Güveni kötüye kullanma suçu açısından zilyetliğin önemi başlığı altında ayrıntılı olarak ferî zilyetliğin suçtaki yerine değinileceğinden burada kısaca ferî zilyedin zilyetliğin devri amacı dışındaki tasarruflarının ya da devir olgusunu inkar etmesinin güveni

²³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 60, N. 318; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 54.

²³⁶ Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 49.

²³⁷ Ertaş, **Eşya Hukuku**, s. 34; Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 67.

²³⁸ Ertaş, **Eşya Hukuku**, s. 34.

²³⁹ Serozan, **Eşya Hukuku I**, s. 110.

²⁴⁰ Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 67; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 58-59, N. 315; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 49.

kötüye kullanma suçunun tipik bir hali olduğu ve bu nedenle de ferî zilyetliğin inceleneceği üzere fail açısından belirleyici olup büyük bir önem teşkil ettiği belirtilmekle yetinilecektir.

iii. Dolaysız- Dolaylı Zilyetlik

Bu zilyetlik ayrımı TMK'nın 975. maddesinde yer almakla beraber “*bir şeyde fiilî hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir.*” Kanun maddesinde de açıkça belirtildiği üzere dolaylı-dolaysız zilyet ayrımı fiili hakimiyetin dışarıya karşı yürütülüş biçimi²⁴¹, yani bir başkası aracılığı ile sürdürülüp sürdürülmediğine bağlıdır. Malı fiilen elinde bulunduran kişi, örneğin kiracı, dolaysız zilyetken; malı fiilen elinde bulundurmeyen kişi, örneğin kiraya verilen evin maliki, dolaylı zilyet konumundadır²⁴².

Yukarıda kavram olarak açıklandığı üzere dolaylı zilyedin ferî zilyet olması şart değildir; başkası için zilyet de olabilir burada önemli olan zilyetliğin başkası aracılığıyla sürdürülmesidir²⁴³. Ayrıca ferî-asli zilyet ayrımında da değinildiği üzere burada da kişinin başkası adına zilyet olma iradesini daha fazla taşımaması halinde dolaylı zilyetlik kalkmakta ve kişi tek başına zilyet olmaktadır²⁴⁴. Bu durumda aralarındaki sözleşme uyarınca zilyetliği devreden kişi dolaylı zilyet, zilyetliği devralan kişi de doğrudan zilyettir ve güveni kötüye kullanma suçunun hem dolaylı zilyet hem de doğrudan zilyet tarafından işlenmesi mümkündür²⁴⁵.

iv. Emin sıfatıyla Zilyet

Emin sıfatıyla zilyetlik eşyanın maliki veya onun temsilcilerinin rızaları vasıtasıyla zilyetlik edinen kişinin zilyetliğidir²⁴⁶. Burada eşya malikinin kendi

²⁴¹ Serozan, *Eşya Hukuku I*, s. 109.

²⁴² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 61, N. 319; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 50.

²⁴³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 61, N. 320.

²⁴⁴ Serozan, *Eşya Hukuku I*, s. 109; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 50.

²⁴⁵ Canpolat, *a.g.t.*, s. 93-94.

²⁴⁶ Ertaş, *Eşya Hukuku*, s. 36.

zilyetliğini devam ettireceğine güvenerek eşyayı bir başkasına bırakması söz konusudur²⁴⁷. Burada güveni kötüye kullanma suçunda da olduğu üzere zilyetliği devreden ve devralan kişi arasında bir güven ilişkisi söz konusudur ve kişiler bu güven ilişkisine dayanarak zilyetliği devretmekte ve devralmaktadırlar. Böylece belirtilen güven ilişkisine aykırı tasarruflar kişiler arasındaki sözleşme ilişkisinden doğan güveni zedelemekte ve güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır.

(5) Zilyetliğin Devredilmesi

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için kanun metninde de açıkça belirtildiği üzere suç konusu malın, fail suç oluşturan fiilini gerçekleştirmeden önce faile devredilmiş olması gerekmektedir. Suç konusu malın faile devredilmiş olması bazı yazarlar tarafından fiil unsuru altında işlenmiş olsa da kanaatimizce malın zilyetliğinin devredilmiş olması suç konusu mala ait bir niteliktir ve bu nedenle de bu hususlar çalışmamızda suç konusu başlığı altında incelenecektir.

Suçun oluşması için fiilden önce gerçekleşmesi gereken zilyetliğin faile devrinin, suçun unsurları içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır²⁴⁸. Bir görüşe göre zilyetliğin faile önceden devredilmiş olması gerekliliği suçun ön şartıdır²⁴⁹. Genel olarak ön şartlar suçun unsurlarının oluşmasından önce gerçekleşmesi aranan olumlu veya olumsuz şartlardır²⁵⁰. Diğer bir görüşe göre ise zilyetliğin devri, suç unsurlarından bağımsız değil aksine suç unsurları içinde değerlendirilmeli²⁵¹ ve bu nedenle de suç unsurlarından bağımsız bir

²⁴⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 109, N. 520; Ertaş, **Eşya Hukuku**, s. 36.

²⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Canpolat, **a.g.t.**, s. 79- 80.

²⁴⁹ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 503; Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 67; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 76; Can Canpolat, **a.g.t.**, s. 79; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 437; Polat, **a.g.e.**, s. 596; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 8; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 250; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 453; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 415; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 451; Taneri, **a.g.e.**, s. 175; Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2766; Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, s. 287; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2480; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5006; Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 11; Erem/Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 570; Tümerkan, **a.g.m.**, s. 333.

²⁵⁰ Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s. 217.

²⁵¹ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 153; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 467.

kavramdan bahsedilmesi gerekmemektedir²⁵². İkinci görüş çerçevesinde zilyetliğin devri ayrı bir unsur olarak bir ön şart değildir; aksine suçun konusunu zilyetliğin devredilmiş mal oluşturmaktadır²⁵³.

Suçta konu malın, mağdurun rızası ile geçici olarak fail ile aralarındaki hukuki ilişki çerçevesinde belirleyecekleri bir amaç doğrultusunda, yani madde metninde de açıkça belirtildiği üzere *muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere* teslim edilmesi gerekmektedir²⁵⁴. “*Muhafaza etmek*” ibaresi madde metnine, uygulamada karşılaşılan tereddütleri engellemek amacıyla²⁵⁵, 29.06.2005 tarih ve 5377 sy. Kanun ile eklenmiştir. Muhafaza etmek üzere zilyetliğin devri; malın korunması, saklanması veya talep edildiğinde iade edilmesi amacıyla malın zilyetliğinin bir kişiye devri anlamına gelmektedir²⁵⁶. Böylelikle madde metnine eklenen bu ibare ile belirli bir şekilde kullanmak üzere değil de yalnızca muhafaza için verilen bir eşya üzerinde herhangi bir işlemde bulunmadan sadece iade etmeme halinde de suçun oluşacağı netleştirilmiştir²⁵⁷. Madde metninde de açıkça belirtildiği üzere *muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak* amaçları dışında kalan zilyetlik devirleri, örneğin ileri bir zamanda gerçekleşecek olan bir edaya karşılık yapılan zilyetlik devirleri, güveni kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmez ve güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturmaz²⁵⁸.

Belirtilenlerin aksine malın zilyede mülkiyeti nakil amacıyla devredilmesi, yani zilyetliğin değil mülkiyetin devredilmesi, malın başkasına ait olması başlığında da belirtildiği üzere malın başkasına ait olma niteliğini sonlandıracağından güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz²⁵⁹. Söz konusu devir, faille aralarındaki hukuki ilişkide belirtilen amaçlar çerçevesinde faile duyulan güven ve de mağdurun rızası ile

²⁵² Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 77.

²⁵³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 692.

²⁵⁴ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 633.

²⁵⁵ Adem Sözüer, Selman Dursun, Serdar Talas, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, 3. bs., İstanbul, Alfa Yayınları, 2017, s. 276; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, **Gereğeli Ceza Kanunları**, 17. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 198.

²⁵⁶ Gündel, **Güveni Kötüye Kullanma Suçları**, s. 405.

²⁵⁷ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 13.

²⁵⁸ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 420; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 173.

²⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için “Başkasına ait olma” başlığı altına bakınız.

gerçekleşmekte; böylece failin bu güven ilişkisini kötüye kullanan davranışları ceza hukuku çerçevesinde cezalandırılmaktadır. Fakat zilyetliği bizzat malikin devretmesi şart olmayıp devri malik adına hareket eden bir başkası da gerçekleştirebilmektedir²⁶⁰. Ayrıca suç kapsamında önemli olan zilyetliğin TMK’da düzenlenen zilyetliğin devri şekillerinden hangisi ile devredildiği değil yalnızca malın zilyetliğinin devredilmiş olmasıdır²⁶¹. Buna ek olarak malın faile doğrudan teslimi gerekmiyep suçun oluşması için faile mal üzerinde tasarruf imkanının tanınması da suçun oluşması için yeterlidir²⁶².

Zilyetlik tanımında da bahsedildiği üzere zilyetliği devreden kişinin mal üzerindeki hakimiyetinin devam ettiği hallerde, başka bir anlatımla malı devreden kişi, güvensizliğini belirten önlemler almışsa ya da malı denetimi ve gözetimi altında tutuyorsa bu durumda zilyetliğin devri gerçekleşmediği kabul edilmektedir²⁶³. Zira önceki bölümlerde de bahsedildiği üzere²⁶⁴ bu gibi durumlarda zaten malı denetim ve gözetiminde tutan kişi mal üzerindeki fiili hakimiyetini henüz terk etmediğinden ve de malı geçici olarak elinde bulunduran kişi de henüz fiili hakimiyete sahip olmadığından esasında zilyetliğin unsuru gerçekleşmemektedir. Bu gibi durumlarda güveni kötüye kullanma suçunun ayırt edici unsuru olan zilyetliğin devri unsuru gerçekleşmediğinden malvarlığına karşı olan diğer suçlar tartışılmalıdır²⁶⁵.

Zilyetliği devredilen malın içinden alınan şeyler de, örneğin; emanet bırakılan arabanın bagajından alınanlar²⁶⁶, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır²⁶⁷. Fakat bazı yazarlarca malın içerisinde bulunan şeyler açısından suçun oluşması failin bu malların varlığını bilip bilmemesine bağlı tutulmuştur²⁶⁸. Bu kapsamda diğer bir

²⁶⁰ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 504; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 9; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 251. Bu durum gerekçede de “..zilyetliğin mutlaka malik tarafından tesis edilmesi gerekmez” ibaresiyle açıkça belirtilmiştir.

²⁶¹ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 416.

²⁶² Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 452.

²⁶³ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 634; Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 411; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 10; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 451.

²⁶⁴ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için “Zilyetlik Kavramı” başlığına bakınız.

²⁶⁵ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 10; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 251.

²⁶⁶ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 632.

²⁶⁷ Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 414; Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 22.

²⁶⁸ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 735.

görüŖe göre ise suçun oluşup oluşmadığı eşyanın içinden alınan eşyanın özelliklerine ve ikisi arasındaki bağlantının niteliğine göre belirlenmelidir²⁶⁹. Bu görüş kapsamında örneğin devredilen eşyanın doğal parçaları için güveni kötüye kullanma suçu oluşurken içerisinde bulunması zorunlu olmayan eşyalar güveni kötüye kullanma suçu değil hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmektedir²⁷⁰. Zilyetliği devredilen eşya ve içerisinde bulunanlar arasındaki işlevsellik ve devir ile bütünlük de suçun oluşup oluşmamasında belirleyici olarak nitelendirilmiştir²⁷¹. Ayrıca zilyetliği devredilen eşyanın içerisinde kapalı olarak bulunanlar açısından emanet edilen eşyanın açılarak içerisindekilerin alınmasında doktrinde hem sadece güveni kötüye kullanma suçunun, hem de güveni kötüye kullanma suçu ile birlikte emanet edilen eşyanın içerisindekiler açısından da hırsızlık suçunun oluşacağı da savunulmuştur²⁷².

Bu başlık altında son olarak 765 sayılı Kanun ile olan farklılıklara kısaca değinilirse; zilyetliğin devredilmiş olması niteliğinin sadece TCK'da değil aynı zamanda 765 sayılı Kanun'da da aranan bir nitelik olduğu gözükcektir. 765 sayılı Kanun'da suçun konusu "*iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim olunan bir şey*" olarak belirlenmiş olup tevdi ve teslim ibaresi "kişinin diğer bir kişiye eşya üzerinde kendisine ait olan zilyetlik hakkını ve bu hakkın ortaya çıkardığı imkan ve iktidarı duyduğu güven nedeniyle mutlak olarak nakletmesi"²⁷³ olarak yorumlanmaktadır. Böylece tevdi veya teslim olarak kast edilen, TCK'da olduğu üzere, güven ilişkisi çerçevesinde zilyetliğin devrinden farklı bir anlama gelmemekte²⁷⁴ ve bu nedenle de

²⁶⁹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 15.

²⁷⁰ **A.e.**

²⁷¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 695.

²⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 172-173; Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2767.

²⁷³ Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 411.

²⁷⁴ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 78; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 732; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1673; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 451.

765 sayılı Kanun'daki "tevdî ve teslim" ile TCK'daki "zilyetliğin devri" arasında anlamsal olarak bir farklılık bulunmamaktadır²⁷⁵.

(6) Zilyetliğin Devrinin Geçerli Bir Hukuki İlişkiye Dayanması

Suçun oluşması için madde gerekçesinde de belirtildiği üzere zilyetliğin devrini öngören bir hukuki ilişki bulunmalıdır. Zilyetliği devreden ve devralan kişiler arasındaki güven ilişkisinin temelini aralarındaki hukuki ilişki oluşturmakta²⁷⁶ ve devrin amacı ve arzu edilen tasarruflar da bu ilişkinin niteliğine göre belirlenmektedir²⁷⁷. Madde metninde taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kaynağının ne olacağı belirtilmemiş olup gerekçede belirtildiği üzere *güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı* aranmaktadır. Gerekçede sözleşmenin türü açısından da herhangi bir sınırlama öngörülmemekle birlikte mağdurun rızasıyla zilyetliği devretmesi kaydıyla taraflar arasındaki hukuki ilişkinin *kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, karz sözleşmesi, vedia sözleşmesi, istisna sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, rehin sözleşmesi* ile de kurulabileceği belirtilmiştir²⁷⁸. Gerekçede mağdur ile fail arasında kurulan sözleşmenin türü açısından bir sınırlama olmamakla birlikte burada asıl önem teşkil eden husus örneğin satış, bağış, trampa gibi sözleşmenin mülkiyetin nakline yönelik olmaması aksine suç konusu malın zilyetliğinin devrine yönelik olmasıdır²⁷⁹. Ayrıca gerekçede açıkça belirtildiği üzere zilyetliğin devrinin kaynağı bir sözleşme olabileceği gibi, zilyetliğin devri sözleşmenin yanı sıra

²⁷⁵ Taneri, **a.g.e.**, s. 176; Erol, **a.g.e.**, s. 28.

²⁷⁶ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 635.

²⁷⁷ Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 191; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 437.

²⁷⁸ “..güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı gereklidir. Bu hukukî ilişki, örneğin kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, karz sözleşmesi, vedia sözleşmesi, istisna sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, rehin sözleşmesi ile tesis edilmiş olabilir. Bu akdi ilişki, karma veya sui generis bir sözleşme ile de tesis edilmiş olabilir. Örneğin, bir bankada açılan carî hesaba veya bir “özel finans kurumu”nda açılan “katılım ortaklığı hesabı”na ilişkin sözleşme ile de bu hukukî ilişki tesis edilmiş olabilir. Keza, örneğin bir anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile şirket tüzelkişiliği arasındaki hukukî ilişki, hizmet ve/veya vekalet sözleşmesine dayanmaktadır”.

²⁷⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5008.

mahkeme kararından, idari işlem den veya bir kanun hükmünden de doğabilmektedir²⁸⁰.

Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ve zilyetlik devir amacının hukuka uygun olması durumunda suçun oluşacağı hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamakla birlikte zilyetliğin hukuka aykırı bir amaçla devredilmesi durumunda suçun oluşup oluşmayacağı doktrinde tartışılmıştır. Bu tartışmalara değinilirse;

Bir görüşe göre suçun oluşması açısından malın hukuka aykırı veya uygun bir amaçla devredilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Zilyetlik kişiye hukuka aykırı bir amaçla devredilmiş de olsa suç oluşmaktadır²⁸¹. Suça konu mal hukuka aykırı bir amaçla da devredilmiş olsa da yapılan devir geçerli bir devirdir²⁸² ve ceza hukuku bu konuda medeni kanun hükümleri ile bağılı değildir²⁸³. Bu görüş altında ayrıca malın hukuka aykırı bir amaçla devredilmesi halinde kişinin devir amacına aykırı davranışının suçu oluşturmadığı kabul edilirse bu durumun mağdurun korunmayacağı suçlunun korunacağı anlamına geleceği ve bunun da kanunla bağdaşmayacağı da savunulmuştur²⁸⁴. Bu nedenle mağdur önceki suç oluşturan kendi fiilinden, malı alıp vermeyen kişi de suç oluştuğu takdirde güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulacaktır²⁸⁵.

Diğer bir görüşe göre ise hukuka aykırı bir amaçla zilyetliğin devredilmesi halinde kişi TBK'ya göre malı geri talep edemeyeceğinden güveni kötüye kullanma suçu da oluşmamalıdır²⁸⁶. Bu görüş TBK uyarınca geri talep edilemeyen bir malın ve malı geri talep edemeyen zilyetliği devreden kişinin TCK kapsamında da korunmaması²⁸⁷ ve bu nedenle de söz konusu mal üzerindeki tasarrufların güveni

²⁸⁰ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 438; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 170; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 95.

²⁸¹ Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 413; Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, s. 287; Taneri, **a.g.e.**, s. 177; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 734; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 452.

²⁸² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 696.

²⁸³ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1681.

²⁸⁴ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 9.

²⁸⁵ **A.e.**, s. 10.

²⁸⁶ Polat, **a.g.e.**, s. 597.

²⁸⁷ Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 251.

kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağı temeline dayanmaktadır²⁸⁸. Suçun oluşmayacağı görüşü altında diğer bir gerekçe olarak suçun oluşması için hukukun koruduğu ve hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin olması gerektiği de savunulmuştur²⁸⁹. Bu nedenle bu görüşe göre hukuka aykırı amaçla zilyetliğin devredilmesi halinde sözleşme geçersiz olacağından hukuka uygun bir zilyetlik devri de gerçekleşmeyecek ve suç oluşmayacaktır²⁹⁰. Ayrıca hukuka aykırı amaçla devredilen eşyalar üzerinde güveni kötüye kullanma suçunun işlenebileceğinin kabulünün; sözleşmenin hukuka aykırılığının görmezden gelinmesi anlamını taşıyacağı ve ileride hukuka aykırı işlemleri teşvik edeceği ve de böyle bir ilişkide toplumsal olarak korunması gereken bir güven ilişkisinin bulunmadığı da ileri sürülmüştür²⁹¹. Kanaatimizce bu başlık altında asıl tartışılması gereken husus taraflar arasında zilyetlik devrine temel olan sözleşmenin hukuka uygun ve özel hukuk hükümlerince geçerli olup olmasının suçun oluşması için önem taşıyıp taşımadığının belirlenmesidir.

Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin gerekçede belirtildiği üzere hukuken geçerli olması gerekip gerekmediği hususu ise doktrinde tartışmalıdır²⁹². Bir görüşe göre zilyetliğin devri hukuken geçerli bir sözleşmeye dayanmalıdır²⁹³. Taraflar her ne kadar aralarında sözleşme yapmakta özgür de olsalar bu serbestliğin sınırları olup kanunda öngörülen bu sınırlar uyarınca taraflar, sözleşmenin konusu yasanın emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişisel haklara aykırı olarak belirleyemezler²⁹⁴. Söz konusu hukuka aykırılık halleri Ceza Kanunu'na örneğin bir

²⁸⁸ Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2480.

²⁸⁹ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 417; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 455; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 438; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 636; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5007.

²⁹⁰ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 438.

²⁹¹ Dursun, "Emniyeti Suistimal Suçu", s. 21.

²⁹² Bu konudaki ayrıntılı bilgiler için bkz. Meraklı, **a.g.m.**, s. 1678-1681; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 454.

²⁹³ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 635; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5007; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2480; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 96; Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2766; Yurtcan, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 252; Taneri, **a.g.e.**, s. 177; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 251; Canpolat, **a.g.t.**, s. 107; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 94; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 416.

²⁹⁴ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: I, 14. bs., İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2016, s. 81-82.

kişinin malına ve canına zarar verilmesini yasaklayan bir düzenlemeye aykırılıktan da doğabilir²⁹⁵. Aksi halde bu şekilde gerçekleştirilen sözleşmeler batıl olur²⁹⁶. Yukarıda da anlatıldığı üzere bu görüşü savunanlara göre hukuk sistemi bir bütündür²⁹⁷ ve hukuka aykırı amaçla zilyetliğin devrini öngören sözleşme geçersiz olacağından hukuka uygun bir zilyetlik devri de gerçekleşmeyecek ve güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır²⁹⁸.

Diğer bir görüşe göre ise suçun oluşması için taraflar arasındaki zilyetlik devrine temel olan ilişkinin hukuka uygun olması gibi bir şart bulunmamaktadır²⁹⁹. Suçun oluşması için önemli olan taraflar arasındaki sözleşmenin geçerli olması değil; mağdurun rızası ile zilyetliğin faile devredilmiş olmasıdır³⁰⁰. Bu görüş çerçevesinde önemli olan zilyetliğin devreden ve devralan kişi arasındaki hukuki ilişkinin özel hukuk hükümlerince geçerli olması değil suçun oluşması için burada önemli olan rıza ile devir olduğundan sözleşmenin hukuka aykırı bir amaçla devredilmesi halinde de güveni kötüye kullanma suçunun işlenebileceği kabul edilmektedir. Kanaatimizce kişiler arasındaki hukuki ilişkinin hukuken geçerli olması gerekip gerekmediği madde metninde açıkça düzenlenmemiş olduğundan bu konuda karar verirken suçla korunan hukuki değer de göz önünde bulundurulmalıdır. Suçla mülkiyet ve zilyetliğin yanı sıra taraflar arasındaki güvenin de korunduğu kabul edildiğinde yukarıda belirtildiği üzere zilyetlik hukuka aykırı bir amaçla da devredilse gerçekleştirilen hareketlerle kişilerin güveni zarar göreceğinden suçun oluşacağı kabul edilmelidir.

²⁹⁵ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2012, s. 92.

²⁹⁶ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1676; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 82.

²⁹⁷ Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 455.

²⁹⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 438.

²⁹⁹ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1681.

³⁰⁰ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 734.

(7) Güveni Kötüye Kullanma Suçu Açısından Zilyetliğin Önemi

Zilyetlik daha doğrusu zilyetliğin devri, güveni kötüye kullanma suçunun belirleyici unsurudur³⁰¹. Bu konu üçüncü bölümde suçun diğer suçlarla karşılaştırılmasında ayrıntılı olarak işlenecek olmakla birlikte kısaca değinmek gerekirse; suç konusu eşyanın zilyetliğinin faile fiilinden önce mağdurun/ zilyetliği devreden rızası ile devredilmesi esasında güveni kötüye kullanma suçunu diğer malvarlığına karşı suçlardan ayırmaktadır³⁰². Zilyetliği devreden kişinin devir iradesindeki veya devire ilişkin rızasındaki sakatlık, kişinin fiilinin güveni kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesine mani olur ve bu durumda somut olayın özelliklerine göre dolandırıcılık, yağma, hırsızlık suçu gibi diğer malvarlığına karşı suçlar oluşabilmektedir³⁰³.

Zilyetliğin devri ile ilgili olarak yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere ceza hukukunda zilyetlik özel hukuk anlamına yakın anlaşılmalı ama özel hukuktaki kadar dar yorumlanmamalı ve suç için belirleyici özellik olan devir de bu şekilde belirlenmelidir³⁰⁴. Güveni kötüye kullanma suçu açısından ilk olarak zilyetliğin fiili hakimiyet unsuru incelenirse suç konusu mal gerekçede de belirtildiği üzere faile bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde devredilmeli, yani mal failin fiili hakimiyetine bırakılmalıdır. Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere³⁰⁵ failin hakimiyetine bırakılmasında mal ile fail arasında tam bir bağlantı aranmaz, failin genel hayat tecrübeleri çerçevesinde malı fiili hakimiyeti çerçevesinde bulundurması gerekmektedir. Bu nedenle de güveni kötüye kullanma suçu işlenirken malın failin fiili hakimiyetinde bulunması yeterli olup fiilen elinde bulunması suçun oluşması için şart değildir³⁰⁶.

³⁰¹ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 633.

³⁰² Canpolat, **a.g.t.**, s. 81.

³⁰³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 694-695.

³⁰⁴ Hafizoğulları/Özen, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 316; Canpolat, **a.g.t.**, s. 82

³⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için “Zilyetlik Kavramı” başlığına bakınız.

³⁰⁶ Canpolat, **a.g.t.**, s. 84.

Güveni kötüye kullanma suçu kapsamında ayrıca zilyetliğin ikinci unsuru olan zilyetlik iradesi incelenirse suça konu malın faile bir sözleşme çerçevesinde verildiği göz önünde bulundurulduğunda failin malikin mülkiyetini tanıdığı ve de kendisinin de zilyet olduğunun farkında olduğu açıktır³⁰⁷. Eğer kişilerin iradeleri mülkiyetin nakline yönelikse bu durumda suçun konusu başkasına ait mal olma niteliğini kaybedeceğinden bu mal üzerinde zilyetlik devir amacına aykırı davranışlar veya devir olgusunu inkar sonucunda güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Fakat genelde arada bir sözleşme ilişkisi bulunduğundan güveni kötüye kullanma suçu açısından zilyetlik iradesi unsurunda bir sorun bulunmamakta; bu irade taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre belirlenmektedir. Özetle failin kendisinin zilyet olmasını sağlayan hukuki ilişkide belirlenen zilyetlik devir amaçlarına aykırı ve de zilyetlik devir olgusunu inkar eden davranışları suçu oluşturmakta ve tüm bu nedenlerle de zilyetlik güveni kötüye kullanma suçu için ayırt edici ve çok önemli bir niteliğe sahip olmaktadır.

2. Fiil

Kişinin dış dünyaya yansımayıp sadece iç dünyasında kalan hareketleriyle ceza hukuku ilgilenmez³⁰⁸. Bir hareketin ceza hukuku açısından önemli olması için dış dünyaya yansıyan bu davranışların kanundaki tipik hareketlere uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir, aksi halde tipik bir hareket ve de suç oluşmaz³⁰⁹. Bu nedenle kişinin fiili, davranışı veya eylemi olmadan kişinin kastı, taksiri veya tipik bir suç da oluşamayacağından bir suçun varlığı için kişinin fiili şarttır³¹⁰. Güveni kötüye kullanma suçunun maddi unsurları olan fiiller; TCK'da "*zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak*" veya "*bu devir olgusunu inkar etmek*" olarak belirtilmekle birlikte 765 sayılı TCK'da sayma yöntemi çerçevesinde sınırlı

³⁰⁷ A.e., s. 85.

³⁰⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 221; Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 229.

³⁰⁹ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: I, s. 371; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 115.

³¹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 214.

bir şekilde sayılmıştır³¹¹. Böylece 765 sayılı Kanun'da suçu oluşturan fiiller 1933 yılında 2275 sayılı Kanun ile gidilen değişiklik sonrasında; “*satmak, rehnetmek, sarf ve istihlak etmek, ketim ve inkar etmek veya tahvil ve tağyir etmek*” şeklinde sınırlı olarak belirtilmiştir. Söz konusu değişiklik öncesi ise 765 sayılı Kanun'da suçun oluşması için “*temellük iddiasına kıyam*” etmenin gerçekleşmesi gerekmektedir. Önceki düzenlemelerde sayılan tüm bu fiiller TCK'daki düzenlemeye örnek teşkil etmesi amacıyla başlık altında incelenecektir.

Güveni kötüye kullanma suçunun kanunda serbest mi yoksa bağlı hareketli suç olarak mı düzenlendiği hususu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Kanun'da suçun sadece belirli hareketlerle ihlal edilebileceğinin öngörüldüğü hallerde bağlı hareketli suç, kanun tarafından yasaklanan neticelerinin sadece belirli bir hareketle değil bu neticeyi meydana getirmeye elverişli her hareket ile işlenebileceğinin kabulü halinde ise serbest hareketli suçlar söz konusu olmaktadır³¹². Bir görüşe göre suç 765 sayılı Kanun'daki tüm fiilleri kapsayan bir düzenleme ile TCK'da serbest hareketli olarak düzenlenmiştir³¹³ ve bu nedenle suçun hangi hareketlerle işleneceği kanunda sınırlı olarak gösterilmemiştir³¹⁴. Bu görüş zilyetliğin devri amacı dışındaki tasarrufun değişik şekillerde ortaya çıkabileceğine ve bunların kanunda sınırlı sayılmamasına dayanmaktadır.

Bir diğer görüşe göre ise kanunda zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulması ibaresi suçun serbest hareketli olması için yeterli değildir. Suçun oluşması zilyetlik devri amacı dışında tasarruf etmek veya devir olgusunun inkar etmek gibi iki davranışa bağlı tutulduğundan suç bu görüşe göre bağlı hareketli olarak düzenlenmiştir³¹⁵. Ayrıca suçun bağlı hareketli suç olduğunu savunan diğer bir görüşe göre ise zilyetliğin devri amacı dışında hareket etmek ve devir olgusunu inkar etmek 765 sayılı Kanun'da sayılan fiillere karşılık gelmekte ve bu nedenle de

³¹¹ Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 23.

³¹² Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: I, s. 362- 363.

³¹³ Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 456; Taneri, **a.g.e.**, s. 172; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 44; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 440.

³¹⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5016; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 425; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 13.

³¹⁵ Canpolat, **a.g.t.**, s. 46; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 253.

suç 765 sayılı Kanun'da olduğu üzere bağlı hareketli bir suç olma niteliğini devam ettirmektedir³¹⁶.

765 sy. Kanun'daki düzenlemeye de kısaca değinilirse suçu oluşturan hareketler kanunda belirtildiği üzere “*satar veya rehneder veya sarf ve istihlak eder yahut ketim ve inkar eyler veyahut tahvil ve tağyir ederse*” denilmek suretiyle sınırlı sayıda sayılmıştır³¹⁷. Suçu oluşturan hareketler kanunda bu şekilde sınırlı sayıda ve tek tek belirtildiğinden suç, 765 sy. Kanun'da bağlı hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Böylelikle söz konusu kanun döneminde kanunilik ilkesi gereğince sayılanların dışında kalan fiillerin gerçekleştirilmesi halinde suç oluşmayacaktır³¹⁸.

765 sayılı Kanun döneminde suçu oluşturan hareketlerin örnek mahiyetinde belirtildiği ve suçun bağlı hareketli değil serbest hareketli suç olarak düzenlendiği de savunulmuştur. Bu görüşe kanunda gidilmiş olan değişiklik gerekçe olarak gösterilmiştir. 1933 yılındaki 2275 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce suçu oluşturan fiil “temellük iddiasına kıyam etmek” iken emanet edilen paranın iade edilmeyip kişinin bu paranın borç olduğunu iddia etmesinin emniyeti suiistimal suçuna kapsamına girmediğinden bahisle değişiklik ihtiyacı doğmuş ve gerçekleştirilen değişiklik ile suça konu fiil genişletilmiştir³¹⁹. Bu görüşü savunan yazarlara göre kanun koyucunun buradaki amacı, suçun uygulama alanının genişletilmesinin istenmesidir. Bu nedenle de kanun koyucunun iradesi temel alınarak suça konu fiillerin kanunda mutlak olarak değil örnek olarak sayılması gerektiği savunulmuştur³²⁰. Ayrıca buradaki değişikliğin sebebinin maddenin amacının daha iyi anlaşılması olduğundan suçun oluşması için kişinin kanunda örnek olarak sayılan hareketler dışında herhangi bir şekilde haksız tasarrufta bulunmasının suçun oluşması için yeterli olduğu da ileri sürülmüştür³²¹.

³¹⁶ Hafızoğulları, **a.g.m.**, s. 2767.

³¹⁷ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 511; Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 23.

³¹⁸ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 127.

³¹⁹ Mehmet Şerif Yılmaz, **Emniyeti Suistimal Cürmü (Suçun Basit Hali)**, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1988, s. 63

³²⁰ Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 415

³²¹ Gözübüyük, **a.g.m.**, s. 567

Suç kanunda seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir³²². Suça konu mal üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarruf edilmesi veya devir olgusunun inkar edilmesiyle suç oluşmaktadır. Kanun metnindeki “veya” ifadesinden de açıkça anlaşıldığı üzere suçun oluşması için kanunda birbirine alternatif olarak gösterilen bu iki hareketten birinin gerçekleştirilmesi yeterli olup bu hareketlerin ikisinin birlikte gerçekleştirilmesine gerek yoktur³²³. Ayrıca bu hareketlerden ikisinin gerçekleştirilmesi halinde ise içtima başlığı altında ayrıntılı olarak inceleneceği üzere tek bir suç oluşacağından faile tek bir ceza verilecektir³²⁴. Fakat bu durum hakim tarafından TCK md. 61’deki hususlarla birlikte somut ceza belirlenirken göz önünde bulundurulabilir³²⁵. Suç 765 sayılı Kanun’da da seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir³²⁶. Kişinin her iki kanunda da sayılan hareketlerden herhangi birini gerçekleştirmesi suçun oluşması için yeterlidir.

Fiil başlığı altında işlenmesi gereken diğer bir konu da suçun ihmali hareketle de işlenip işlenemeyeceğinin belirlenmesidir. Hukuk normları emir ya da yasak normları olarak düzenlenmektedir³²⁷. Suçun ihmali davranışla veya icrai davranışla işlenmesinin farkının temel olarak kanunda emredici veya yasaklayıcı bir düzenlemenin bulunmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Kanunda belirtilen ve yapılması beklenen bir hareketin yapılmaması ihmal³²⁸ olmakla beraber kişinin kanunda yasak olan hareketleri meydana getirmesinde ise icrai hareketlerle suç işlenmiş olmaktadır³²⁹. İhmali harekette, icrai harekette olduğu gibi herhangi bir davranışta bulunulmayarak olayın gidişatına müdahale edilmemektedir³³⁰.

³²² Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5016; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 632; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 440.

³²³ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: I, s. 374; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 117.

³²⁴ Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 189; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 16; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 229.

³²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 237.

³²⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 696; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 43.

³²⁷ Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 27.

³²⁸ **A.e.**

³²⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 238.

³³⁰ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 374.

İhmali suçlar; gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek ihmali suçlarda suçu oluşturan ihmali hareketlerin neler olduğu kanunda açıkça gösterildiğinden³³¹ ve güveni kötüye kullanma suçu açısından da böyle bir düzenleme bulunmadığından bir sorun bulunmamaktadır. Aslında görünüşte ihmali suçlar başlığı altında da güveni kötüye kullanma suçunun incelenmesine gerek yoktur. Çünkü görünüşte ihmali hareketle işlenen bir suçun bulunması için öncelikle neticeli bir suçun ve söz konusu neticenin önlenmesi yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir. Görünüşte ihmali suçlarda kişinin hareket etme yükümlülüğüne uymaması sonucu kişinin fiilinin neticenin oluşmasına neden olması söz konusudur³³². Fakat güveni kötüye kullanma suçu netice başlığı altında da inceleneceği üzere kanaatimizce kanunda sırf hareket suçu olarak düzenlendiğinden failin herhangi bir neticenin önlenmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır ve bu nedenle de suç kanunda görünüşte ihmali suç olarak düzenlenmemiştir.

Tüm bunların dışında güveni kötüye kullanma suçunun neticeli bir suç olduğu kabul edilse dahi görünüşte ihmali suçların hangi suçlar açısından uygulanacağı konusuna da değinildiğinde güveni kötüye kullanma suçunun kanunda her halükarda görünüşte ihmali suç olarak düzenlenmediği gözükmektedir. TCK'nın genel hükümler kısmında görünüşte ihmali suçlara ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Görünüşte ihmali suçlarla ilgili düzenlemeler TCK'nın özel hükümler kısmında; öldürme, yaralama ve işkence suçlarında yer almaktadır. Kanun'daki düzenleme görünüşte ihmali suçların sadece belirtilen suçlarla mı sınırlı olduğunun belirlenmesinde açık değildir. Fakat 2008 yılında Orman Kanunu'na getirilen düzenleme³³³ ile kanun koyucunun özellikle garantör yükümlülüğünü ve bu yükümlülüğün ihlalini açıkça özel hükümlerde düzenlemesiyle gerçek iradesinin görünüşte ihmali suçları; öldürme, işkence ve yaralama suçları ile sınırlı tutmak

³³¹ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s. 107.

³³² **A.e.**, s. 109.

³³³ 6831 sayılı Orman Kanunu madde 105/2: “*Bu maddede yazılı memurlarla orman teşkilatında vazifeli olanlardan yangın yerine yardım göndermeyenlerle alaka göstermeyenler, Türk Ceza Kanununun 170 inci maddesinde tanımlanan suçu ihmali davranışla işlemiş olmak dolayısıyla cezalandırılır*”.

olduğu ve bu nedenle kanunilik ilkesi çerçevesinde görünüşte ihmali suçların sadece kanunda açıkça belirtilen suçlar için uygulanacağı belirtilmektedir³³⁴. Tüm bu nedenlerden dolayı güveni kötüye kullanma suçunun her halükarda ihmali hareketlerle işlenemeyeceği kanaatindeyiz.

Ayrıca bu başlık altında son olarak doktrinde bulunan diğer görüşlere de değinilirse ilk olarak güveni kötüye kullanma suçu açısından kanunda herhangi bir davranışta bulunmayı emreden bir düzenleme bulunmayıp aksine zilyetliğin devrine aykırı tasarrufta bulunmayı ve devir olgusunu inkar etmeyi yasaklayan bir düzenleme yer aldığından suçun icrai davranışlarla işlenebilen bir suç olduğu savunulmuştur³³⁵. Bu görüşü savunan yazarlarca devir olgusunun inkar edilmesi hareketi de icrai bir davranış olarak yorumlanarak suçun ihmali davranışlarla işlenemeyeceği ileri sürülmüştür³³⁶.

Diğer bir görüşe göre ise devir amacı dışında tasarrufta bulunma hareketi icrai bir hareket gerektirmesine karşın devir olgusunun inkar edilmesi hem icrai hem de ihmali bir davranışla gerçekleştirilebilmektedir³³⁷. Bu görüşü savunanlarca icrai harekete malın iadesi istendiğinde devir olgusunun inkar edilmesi; ihmali harekete ise zilyetliği kendisine devredilen malı iadede kaçınması³³⁸ ve iadenin ihmalinin devir olgusunun inkarı sayılması hali örnek olarak gösterilmektedir³³⁹.

a. Zilyetliğin Devri Amacı Dışında Tasarrufta Bulunma

Suçun oluşması için kanunda öngörülen ilk seçimlik hareket, zilyedin söz konusu devir amacına aykırı tasarrufta bulunmasıdır. Gerekçede de açıkça belirtildiği üzere öncelikle suç konusu malın zilyetliğinin faile *muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak* amacıyla hukuken geçerli bir sözleşme çerçevesinde devredilmesi

³³⁴ Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 177.

³³⁵ Canpolat, **a.g.t.**, s. 45.

³³⁶ Hafızoğulları, **a.g.m.**, s. 2767.

³³⁷ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 62; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 633; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5016; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 440.

³³⁸ Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 174; Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 79; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5016

³³⁹ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 63.

gerekmektedir³⁴⁰. Devrin amacının ne olduğu ise taraflar arasındaki hukuki ilişki çerçevesinde belirlenmelidir. Söz konusu bu hukuki ilişki; satım sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, istisna sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi veya rehin sözleşmesi şeklinde kendini gösterebilir³⁴¹. Zilyetliğin devrinin amacı örneklerde olduğu gibi sözleşmenin niteliğinden açıkça anlaşılabilceği gibi taraflar amacı aralarında ayrıca da düzenleyebilirler³⁴². Suç konusu malın zilyetliğinin devredilmesi ile faile, aralarında kurulan hukuki ilişkideki amaca bağlı olarak bir takım yetkiler tanınmakta ve failin bu yetkilerinin dışındaki tasarrufları ile suç oluşmaktadır³⁴³.

Kanunda 765 sayılı Kanun'daki gibi sayma yönteminin uygulanmasının aksine “zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma” gibi taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı davranışların hepsini kapsayacak genel bir ifadeye yer verilmiştir. Madde gerekçesinde *eşya üzerinde sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarrufların* cezalandırılacağı belirtilmiş olup doktrinde genel olarak zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak ile kast edilenin failin zilyetlik yetkilerini aşip malik gibi davranarak ona özgü yetkileri kullanması olduğu ifade edilmektedir³⁴⁴. Malik olmanın getirdiği yetkilerin neler olduğu konusunda Türk Medeni Kanunu'ndan yararlanılırsa TMK'nın 683. maddesi uyarınca “*bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir*”. Söz konusu madde ile mülkiyetin sağladığı aktif yetkiler belirtilmiş olup bu yetkiler; “eşyayı elinde tutma, kullanma, ürünlerin alınması, malda değişiklik yapılması, malın tahrip ve taşıyır edilmesi gibi fiili tasarrufları”³⁴⁵ da kapsar niteliktedir. Ayrıca devir amacı dışında tasarrufta bulunma uygulamada Yargıtay kararlarında da gözüktüğü üzere; malı

³⁴⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 694.

³⁴¹ Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 192

³⁴² **A.e.**, s. 191

³⁴³ Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2483.

³⁴⁴ Taneri, **a.g.e.** s. 172; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 453; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 632; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1684; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 253; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5014; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 423; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 735.

³⁴⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 274, N. 1123; Ayan, **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, s. 29.

satma, malın değerinin azaltmak, yerine başka bir mal koyma, tamamen veya kısmen eskisi gibi kullanma olanağını kaldırma, tüketime şeklinde de gerçekleşebilmektedir.

Söz konusu tasarrufların kapsamı görüldüğü üzere çok geniş olduğundan çalışmamızda suça konu fiilin daha iyi anlaşılması için 765 sayılı Kanun'da sayılan hareketler örnek olarak alınacaktır. Bunlar; satmak, rehnemek, kullanmak ve tüketmek, değiştirmek ve dönüştürmektir.

(1) Satmak

Güveni kötüye kullanma suçuna konu malın fail tarafından bir başkasına satılması güveni kötüye kullanma suçunun çok tipik bir halini oluşturmaktadır. Suçu oluşturan söz konusu satım sözleşmesinin ve bir alt başlıkta açıklanacak olan rehin sözleşmesinin tanımlanmasında Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerinden yararlanılmalıdır³⁴⁶.

Satım sözleşmesi, TBK md. 207'de belirtildiği üzere; *“satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir”*. Satım sözleşmesinin esaslı unsurları maddede de açıkça belirtildiği üzere; satılan şey, satış bedeli ve satıcı ve alıcının aralarında satılanla satım bedelinin değiştirilmesi konusundaki anlařılmasıdır³⁴⁷. Satmak fiili açıısından suçun oluşması için taraflar arasında satım sözleşmesinin yapılmasının yeterli olup olmadığı satım sözleşmesine ek olarak satıma konu malın tesliminin gerekip gerekmediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Söz konusu tartışmalara değinmeden önce satış sözleşmesinin kurulması hususuna da kısaca değinilmekte fayda vardır.

Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde de belirtildiği üzere sözleşmeler; sözleşme taraflarının karşılıklı birbirine uygun irade beyanları yani bir tarafın teklifini diğer tarafın kabul etmesi ile kurulmaktadır³⁴⁸. Satım sözleşmesinin

³⁴⁶ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 511.

³⁴⁷ Nihat Yavuz, **Satış Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 79.

³⁴⁸ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 49.

kurulması da alıcı ile satıcının satılan şey ve satış bedeli ve bunların değiştirilmesi hususunda karşılıklı anlaşmaları ile gerçekleşmektedir. Buna ek olarak sözleşmenin kurulması için malın zilyetliğinin devredilmesi gerektiği belirtilmemiş olup aksine satış sözleşmesi genel olarak kabul edildiği üzere rızai bir sözleşme niteliğindedir³⁴⁹. Rızai sözleşmelerde sözleşmenin kurulması için tarafların iradeleri yeterli olup tarafların rızaları dışında herhangi bir şeye gerek yoktur³⁵⁰. Tüm bu nedenlerden dolayı da satış sözleşmesinin kurulması için; alıcıyla satıcının sözleşme konusu malla karşılığı bedelin değiştirileceği konusunda anlaşmaları yeterlidir; buna ek olarak malın zilyetliğinin ya da mülkiyetinin devri ya da paranın ödenmesi gerekmemektedir³⁵¹. Teslim, satım sözleşmesinin kurulması ile ilgili değil sözleşmenin ifa edilmesi ile ilgilidir ve mülkiyeti geçirme borcunun bir sonucudur³⁵². Böylece mülkiyet, kural olarak malın zilyetliğinin devredilmesiyle zilyetliği devralan kişiye geçmektedir³⁵³.

Satım sözleşmesi ile ilgili genel bilgilerden sonra bu konudaki ilk görüşe değinilirse; bu görüşe göre suçun oluşması için taraflar arasında satış sözleşmesinin yapılması yeterli olmayıp satış sözleşmesine ek olarak malın teslim edilmesi de aranmaktadır³⁵⁴. Bu görüşe göre; taraflar arasında yapılan satış sözleşmesi, tasarrufi işlem olan malın teslimini, mülkiyetin naklini borçlandırıcı bir işlemdir ve tarafların uygun irade beyanları ile kurulan bu borçlandırıcı işlem mülkiyetin nakil borcunu doğurup mülkiyeti henüz nakletmediğinden malikin haklarını bu aşamada ihlal etmez ve bu nedenle de bu aşamada gerçekleştirilen fiiller güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz³⁵⁵. Maddede suçun oluşması için tasarrufta bulunulması aranmış olup

³⁴⁹ Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 14. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 26; Yavuz, **Satış Sözleşmeleri**, s. 79; Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 33-34.

³⁵⁰ Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, s. 26.

³⁵¹ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 42.

³⁵² Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, s. 28.

³⁵³ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 31.

³⁵⁴ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 511; Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 135. Mal teslim edilmedikçe kişilerin yaptığı satım sözleşmesini hazırlık hareketi olarak nitelendiren görüş için bkz. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 642; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 739.

³⁵⁵ Canpolat, **a.g.t.**, s. 47.

sözleşmenin kurulması bir tasarruf değil borçlandırıcı bir işlemdir³⁵⁶. Bu nedenle malın teslim edilmemesi ve sadece satım sözleşmesi gibi bir hukuki işleme konu olması mülkiyete tecavüz doğurmamaktadır³⁵⁷. Malın tesliminin gerekeceğine ilişkin diğer bir gerekçe olarak; suçun oluşması için failin malı zilyetliğinden çıkarması gerektiği ve malın teslimi gerçekleşmeden tarafların bu amaçla yaptıkları sözleşmenin hazırlık hareketi niteliğinde olacağı ve cezalandırılmayacağı belirtilmiştir³⁵⁸.

Diğer görüşe göre ise suçun tamamlanması için satış sözleşmesinin yapılması yeterli olup satım sözleşmesine ek olarak malın teslimine gerek yoktur³⁵⁹. Bu görüşe gerekçe olarak, her ne kadar malın teslimi sözleşmeden doğan bir borç da olsa teslimin sözleşmenin oluşumu için bir şart olmadığı³⁶⁰ ve kişinin satım sözleşmesini gerçekleştirmesiyle güvenilir bir kişi olmadığını zaten gösterdiği³⁶¹; bu nedenlerden dolayı da suçun oluşması için teslimin gerekmediği savunulmuştur.

Dursun'a göre ise söz konusu tartışma korunan hukuki değerlerin belirlenmesiyle son bulacaktır. Korunan hukuki değerlerin sadece mülkiyet hakkı olduğu savunulursa suçun oluşması için mülkiyetin geçmesi açısından zorunlu olan teslim şartı aranacak eğer korunan hukuki değerlerin güven veya mülkiyet ve güven olduğu savunulursa suçun oluşması için malın teslim edilmesi şartı aranmayacaktır³⁶².

(2) Rehnetmek

765 sayılı Kanun'da sayılan fiillerden bir diğeri de rehnetmek olup suç konusu malın rehnedilmesiyle güveni kötüye kullanma suçu oluşmaktadır³⁶³.

³⁵⁶ A.e., s. 48.

³⁵⁷ Elöve, "Emniyeti Suiistimal Cürmü", s. 282.

³⁵⁸ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 637.

³⁵⁹ Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 254, Bakıcı, **a.g.e.**, s. 17.

³⁶⁰ Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 77.

³⁶¹ Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 416.

³⁶² Dursun, "Emniyeti Suistimal Suçu", s. 24-25.

³⁶³ Önder'e göre ferî zilyet rehnettiği malı geri almayı düşünüyorsa ve maddi imkanları buna yeterli ise devamlılık arz etmeyen bu gibi durumda rehnetme fiili suçu oluşturmaz. Bu durumda kişinin

Rehnetmek fiilinin tanımlanmasında da satmak fiilinde olduğu üzere Medeni Hukuk hükümlerinden yararlanılmalıdır³⁶⁴. Rehin hakkı alacaklıya kendisine olan borcun ödenmemesi halinde rehin konusu malı paraya çevirerek bu paradan alacağını tahsil etme hakkı tanımakta ve alacaklı bu hakla alacağını güvence altına almaktadır³⁶⁵.

Taşınır mallar üzerinde rehin hakkı, istisnalar saklı olmak üzere, kural olarak teslimine bağlı rehin olarak kurulmaktadır³⁶⁶. Güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için de ilk olarak zilyetliğin devri gerektiğinden ve bu durum da teslimine bağlı rehinde söz konusu olabileceğinden³⁶⁷ suçun oluşması için öncelikle kurulan rehin sözleşmesi kapsamında taşınır malın zilyetliğinin teslimine bağlı rehinle teslim edilmesi gerekmektedir³⁶⁸. Bu nedenle rehinin oluşması için malın teslim edilmesi zorunlu olduğundan malın teslim edilmesi olgusu, satış sözleşmesinde olduğu gibi, teslim rehinin kurulması açısından suç kapsamında bir tartışmaya neden olmamaktadır.

Rehin sözleşmesi uyarınca rehin edilen mal, TMK'nın 944. maddesinde de düzenlendiği üzere, alacağın ödenmesi ile veya başka bir sebeple rehin hakkının sona ermesiyle hak sahibine geri verilmelidir. Çünkü rehin hakkı alacağa bağlı olan sınırlı bir ayni haktır ve alacağa bağlı olarak doğar ve de sona erdiğinde alacağa bağlı olarak sona ermektedir³⁶⁹. Böylece şartları oluştuğu halde söz konusu malın mal sahibine iade edilmemesi ve bu nedenle devir amacı dışında tasarrufta bulunulması halinde kişi güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulmalıdır³⁷⁰.

kastının bulunmadığı görüşünün ayrıntıları için bkz. Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 416.

³⁶⁴ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 511; Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 136.

³⁶⁵ Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 467.

³⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 1010, N. 3604; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 527. Ayrıca bkz. Medeni Kanun md. 939: “*Kanunda öngörülen ayırık durumlar dışında taşınurlar, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir*”.

³⁶⁷ Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 77.

³⁶⁸ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 511.

³⁶⁹ Tümerkan, **a.g.m.**, s. 341; Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 470.

³⁷⁰ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 40. Rehin eden kişinin fiillerinin suç oluşturup oluşturmayacağı konusu için bkz. Erdener Yurtcan, “Alman ve İsviçre Ceza Kanunlarına Göre Rehin Malın Geri Alınması Suçu ve Türk Hukukunun Durumu”, **İÜHFİM**, C. XXXIII, İstanbul, 1968, s. 3-4.

Borç muaccel olduğunda alacağın ödenmemesi ihtimalinde ise alacaklı, rehine konu olan malı paraya çevirmekte ve paraya çevrilmesi sonucu elde edilen miktardan alacağını karşılamaktadır³⁷¹. Kişi rehin konusu malın paraya çevrilmesini resmi makamlar aracılığıyla gerçekleştirmekle birlikte rehin konusu malı borcuna karşılık mal edinmesi ve tarafların bu yönde önceden anlaşmaları mümkün değildir³⁷². Bu kurala *lex commisoria* yasağı adı verilmektedir. Lex commisoria yasağı ile rehin veren korunarak rehin sözleşmesini gerçekleştiren kişilerin rehine konu malın mülkiyetinin alacaklının mülkiyetine geçmesi konusunda alacak muaccel olmadan önce anlaşmaları önlenmiş olmaktadır³⁷³. Nitekim Medeni Kanunu'muzda da bu yasak taşınır için TMK'nın 949. maddesinde³⁷⁴, taşınmazlar için ise TMK'nın 873/2. maddesinde³⁷⁵ öngörülmüştür. Böylelikle söz konusu yasak ile parasal olarak sıkışık olan rehin verenin zor durumundan yararlanılması ve düştüğü bu zor durumun kötüye kullanılması önlenmek istenmiştir³⁷⁶. Nitekim lex commisoria yasağı borcun muaccel olmasından önce yapılan anlaşmaları kapsamakla beraber kanaatimizce kişilerin borç muaccel olmadan önce bu şekilde bir anlaşma yapmaları her ne kadar özel hukuk boyutunda belirtilen sorunları oluşturacaksa da güveni kötüye kullanma suçunda kişilerin aralarındaki sözleşme ilişkisindeki iradeleri temel alındığından suç açısından bir sorun bulunmamaktadır.

Böylelikle zilyetliğin devri amacının sözleşme hükümlerine göre belirlendiği göz önüne alınırsa rehin sözleşmesinde bir görüşe göre tarafların borcun muaccel olması ve ödenmemesi halinde rehin edilen malın paraya çevrilerek alacağın karşılanması olduğu düşünülürse kişinin burada borç muaccel olduktan sonra sözleşmeye aykırı olarak rehin konusu malı paraya çevirmeyip malikin iradesine aykırı olarak mal edinmesi, mülkiyetine katması güveni kötüye kullanma suçunu

³⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 1028, N. 3682; Ayan, **Eşya Hukuku III Sınırlı Aynı Haklar**, s. 155.

³⁷² Ayan, **Eşya Hukuku III Sınırlı Aynı Haklar**, s. 155.

³⁷³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 1029; Nomer/Ergüne, **Eşya Hukuku**, s. 244-245.

³⁷⁴ TMK md. 949: "*Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir*".

³⁷⁵ TMK md. 873/2: "*Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir*".

³⁷⁶ Nomer/Ergüne, **Eşya Hukuku**, s. 245.

oluşturabilmektedir³⁷⁷. Zira bu durumda da alacaklı rehnedeki kişinin güvenli zedelemiş olmaktadır.

Buna ek olarak kanaatimizce alacaklı, borç muaccel olup alacağını temin etmeden de güvenli kötüye kullanma suçunu gerçekleştirebilir. Örneğin; TMK'nın 942. maddesi uyarınca *alacaklı, rehinli taşınırı ancak rehnedeki rızasıyla bir başkasına rehnedebilir*. Kanaatimizce alacaklının rehnedeki kişinin rızası olmadan malı bir başkasına rehnemesi halinde de güvenli kötüye kullanma suçu oluşabilir. Aynı zamanda rehin süresi içerisinde rehin alan kişinin malı korumayarak satması halinde de sözleşmeye aykırı bir tasarruf söz konusu olacağından güvenli kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere taraflar aralarında gerçekleştirdiği rehin sözleşmesinde böyle bir amaç belirlememişlerdir ve alacaklı bu davranışıyla zilyetlik devir amacına aykırı davranarak tipik davranışı gerçekleştirmiş olmaktadır³⁷⁸.

(3) Kullanma ve Tüketme

765 sayılı Kanun'da suçu oluşturan fiiller arasında *sarf ve istihlak* sayılmıştır. Kelime anlamları itibarıyla sarf; harcama, tüketme, kullanma, masraf etme³⁷⁹, istihlak; harcıyı tüketme, bitirme³⁸⁰ olup kanun maddesinde sarf ve istihlak ile anlatılmak istenen kullanma suretiyle, malın miktar veya değeri yönünden eksilmesidir³⁸¹. Böylece malikin malını eskisi gibi kullanma imkanı ortadan kalkar ve malın değerinde bir azalma söz konusu olmaktadır³⁸². Ayrıca örneğin malın tabii ve hukuki semelerinden yararlanma da kullanma ve tüketme fiili altında değerlendirilmektedir³⁸³.

³⁷⁷ Canpolat, **a.g.t.**, s. 50; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 40.

³⁷⁸ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 40.

³⁷⁹ Yelbaşı, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, s. 533.

³⁸⁰ **A.e.**, s. 308.

³⁸¹ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 512; Elöve, "Emniyeti Suiistimal Cürmü", s. 282.

³⁸² Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 416.

³⁸³ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 136.

Söz konusu iki kavramın anlamları bu yönde olup başlıkta günümüz Türkçesindeki karşılığı olarak kullanma ve tüketme kavramlarına yer verilmiştir. Kullanma ve tüketme ile aslında malik gibi tasarrufta bulunmanın ifade edildiği de savunulmaktadır³⁸⁴. TCK kapsamında söz konusu fiiller değerlendirilirse tüketmek fiilinde bir eşyanın kullanılarak bitirilmesi, yok edilmesi ve de malda bir eksilmenin bulunması söz konusu olduğundan herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Kullanma fiili açısından ise malın miktar ve değerinde bir azalmanın aranıp aranmayacağı tartışılabilir. Fakat bu noktada asıl bakılması ve tartışılması gerekenler suçun zarar suçu mu tehlike suçu mu olduğu, korunan hukuki değer sadece mülkiyet hakkı mı olduğu yoksa mülkiyet hakkı ile güven ilişkisinin de korunup korunmadığı konularıdır.

(4) Değişirme ve Başkalaştırma

765 sayılı Kanun'da suçu oluşturan fiillerden bir diğeri de *tahvil ve tağyirdir*. Yargıtay kararları bağlamında tahvil; değiştirme, çevirme, dönüştürme, bir şeyin yerine başkasını koyma, tağyir ise; değiştirme, başkalaştırma, bozma, bir şeyden alınan kısım yerine başka bir şey karıştırarak, hacim ve miktarı muhafaza edip kıymet farkından yararlanmak olarak tanımlanmıştır³⁸⁵. Çalışmamızda kullanılan başlıkta kullanma ve tüketme fiilinde de olduğu üzere fiilin günümüz Türkçe karşılığına yer verilmiştir. TCK dönemi kapsamında söz konusu fiiller değerlendirilirse yine başlık altında fiiller neticesinde bir değer azalmasının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışılabilir. Fakat bu durum kullanma ve tüketme başlığı altında da bahsedildiği üzere suçun zarar suçu mu tehlike suçu mu olduğu ya da korunan hukuki değer sadece mülkiyet hakkı mı olduğu yoksa mülkiyet hakkı ile güven ilişkisinin de korunup korunmadığı konularıyla ilgili olup karar verirken bu konulardaki ayrıntılı tartışmalara bakılmalıdır.

³⁸⁴ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 54.

³⁸⁵ Tanım ve Yargıtay kararı için bkz. Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 513. Ayrıca tahvili malı daha kıymetsiz bir malla değiştirmek, tağyiri de malı daha kıymetsiz bir madde ile karıştırarak değerini düşürmek olarak tanımlayan görüş için bkz. Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 2477. Ayrıca tahvili bir şey yerine diğeri bir şeyi değiştirerek koymak olarak ve tağyiri bir şeyden alınan bir kısım yerine diğeri bir şey koyarak vasfını değiştirme olarak tanımlama için bkz., Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 417.

b. Devir Olgusunu İnkâr Etme

Seçimlik hareketlerden bir diğeri olan devir olgusunu inkâr edilmesi; muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliğı kendisine devredilen malın teslim edildiğinin inkâr edilmesidir³⁸⁶. Söz konusu seçimlik fiilde de zilyetlik devri amacı dışında tasarrufta bulunmada olduğı gibi failin suça konu mal üzerinde doğrudan bir tasarruf yoktur. Burada failin iade borcunun doğmasının ardından ilk olarak mağdurun malın kendisine iade edilmesi konusunda bir talebi söz konusudur³⁸⁷. Suç, iade talebinin ardından tarafların arasındaki devir olgusunun inkâr edilmesi anında gerçekleşmektedir.

Söz konusu fiil 765 sayılı Kanun ile karşılaştırılırsa fiilin 765 sayılı Kanun'un 508. maddesinde sayılan “*ketim ve inkâr*” seçimlik hareketine karşılık geldiğı ileri sürülmektedir³⁸⁸.

Ketmetmek “gizlemek, saklamak, sır halinde tutmak”³⁸⁹; inkâr ise malın kendisine teslim ve tevdi edilmediğinin açıklanmasıdır³⁹⁰. Nitekim vekaletname ile satış yetkisi verilen kişinin vekaletname veren kişiye ait taşınmazı satması ve bu satışta satış bedeline ilişkin anlaşmazlıkla ilgili olarak Yargıtay da gerçek satış bedelinin, sormasına rağmen müdahilden gizlenmesini veya istenmesine rağmen sanığın vermemesini ketim ve inkâr olarak nitelendirmiştir³⁹¹.

Bazı yazarlara göre ise devir olgusunu inkâr etmek, ketim ve inkârı tam olarak karşılamamaktadır³⁹². Bu noktada inkâr hareketi konusunda bir sorun bulunmamakla birlikte ketim yani gizleme hareketi değerlendirilmelidir. Örneğin 765 sayılı Kanun'daki düzenlemeye göre kişinin malı gizlemesi, örneğin çalındığını söylemesi

³⁸⁶ Taneri, **a.g.e.**, s. 172; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 453.

³⁸⁷ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 138.

³⁸⁸ Canpolat, **a.g.t.**, s. 54; Hafızoğulları, **a.g.m.**, s. 2767.

³⁸⁹ Esat Şener, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 444.

³⁹⁰ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 512.

³⁹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 27.6.1988, E. 1988/9-189, K. 1988/304, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 18.02.17.

³⁹² Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 239.

ve malı mağdura iadeden kaçınması ketim olarak değerlendirilmektedir³⁹³. Kişi burada devir olgusunu inkar etmemekte devri kabul etmekle birlikte suç konusu malla ilgili yalan söyleyerek malı kendi elinde tutmaya devam etmektedir. TCK'da her ne kadar ketim fiiline yer verilmemişse de failin söz konusu malı saklama hareketi eşya üzerinde malik gibi tasarrufta bulunma olarak değerlendirilip güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır³⁹⁴. Ayrıca her ne kadar fiilen devir olgusu inkar edilmese de geri verilmesi gereken tarihte malike malının teslim edilmemesi, saklanması ve bu durumun uzun bir süre devam etmesi halinde söz konusu davranışın inkar olarak yorumlanabileceği de ileri sürülmüştür³⁹⁵.

3. Netice

Suçun kanuni tanımında yer alabilen diğer bir maddi unsur da neticedir. Netice; hareket sonucunda dış dünyada meydana gelen ya da meydana gelmesine engel olunmayarak müsaade edilen değişikliklerdir³⁹⁶. Eğer suçun kanuni tanımında netice unsuruna yer verilmişse bu durumda kişinin gerçekleştirdiği davranışlardan dolayı cezalandırılabilmesi için bu neticenin de gerçekleşmesi gerekmektedir birlikte kanunda yer almayan neticeler hukuki bir önem arz etmemektedir³⁹⁷.

Netice unsuru başlığı altında ilk ayırım olarak sırf hareket suçu ile neticeli suç ayırımına değinilirse; suç kanunda sırf hareket suçu olarak düzenlenmiş olup failin zilyetliğin devri amacı dışındaki tasarrufu veya devir olgusunu inkarı ile suç tamamlanmış olacaktır³⁹⁸. Kanunda belirtilen söz konusu fiillerin, zilyetlik devir amacı dışında tasarruf ya da devir olgusunun inkarı, gerçekleştirilmesi dışında suçun

³⁹³ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 138

³⁹⁴ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, 63.

³⁹⁵ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 425; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1685; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 736; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 441; Erem/Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 574.

³⁹⁶ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: I, s. 380; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 122; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 250; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 174; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 236.

³⁹⁷ Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 238.

³⁹⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5017; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 634; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 425; Canpolat, **a.g.t.**, s. 129; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 442.

tamamlanması için ayrıca bir neticenin ortaya çıkmasına gerek yoktur. Kanunda belirtildiği üzere failin davranışlarını kendisinin veya bir başkasının yararına olarak gerçekleştirmesi gerekmektedir. Failin fiilini icra ederken kendisinin veya başkasının yararına hareket etmesi suç oluşturan fiiller neticesinde failin bir yarar sağlaması olarak anlaşılmalıdır³⁹⁹. Suçun kanuni tanımında belirtilen yarar failin iradesiyle ilgili bir unsur ve de iradesinin yöneldiği bir hedef olarak anlaşılmalıdır⁴⁰⁰. Nitekim bu durum suçla korunan hukuki değerın sadece mülkiyet hakkı değil kişiler arasındaki güven ilişkisi olmasından da kaynaklanmaktadır⁴⁰¹. Bu nedenlerle suç kanunda tehlike suçu olarak düzenlenmiştir⁴⁰². Tehlike suçlarında zarar suçlarında olduğu gibi suçun konusu zarara uğratılıp tahrip edilmez aksine suçun konusu bir zarar olasılığı ile karşı karşıya kalmaktadır⁴⁰³. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için fiillerin gerçekleştirilmesi neticesinde herhangi bir zararın ortaya çıkması yani mağdurun bir zarara uğraması zorunlu değildir⁴⁰⁴. Tehlike suçları, somut ve soyut tehlike suçları olarak ikiye ayrılır. Somut tehlike suçlarında madde metninde belirtilen suç konusu üzerinde gerçek bir zarar tehlikesi oluşması gerekirken soyut tehlike suçlarında ayrıca bir tehlikenin oluşması aranmamakta, suçun oluşması için hareketlerin icra edilmesi yeterli olup bu hareketler ile tehlikenin meydana geldiği kabul edilmektedir⁴⁰⁵. Bu nedenle somut tehlike suçlarında gerçekleştirilen hareketin bir zarar tehlikesine sebep olup olmadığının araştırılması gerekirken soyut tehlike suçları açısından bu yönde bir araştırma yapılmasına gerek

³⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 736; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 445.

⁴⁰⁰ Erem/Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 575.

⁴⁰¹ Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 27-28; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 696.

⁴⁰² Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 425; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 457.

⁴⁰³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 286.

⁴⁰⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5017; Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 194; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 736; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 254; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Sulh Ceza Davaları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 380. Kanun’da malvarlığına karşı suçlar altında yer alan tüm suçların cezalandırılması için zararın ortaya çıkması gerektiğine dair görüş için bkz. Antolisei, **a.g.m.**, s. 77; Alşahin, **a.g.e.**, s. 18; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 131-132; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 365; Hafizoğulları/Özen, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 309.

⁴⁰⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 238-239; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 200-201; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 113-114.

yoktur⁴⁰⁶. Güveni kötüye kullanma suçunda da kanundaki düzenleme gereği fiilin icrası ile somut olarak belirlenebilen bir zarar tehlikesi aranmadığından suç kanunda soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir⁴⁰⁷. Ayrıca suçla korunan hukuki değer mülkiyetin yanında taraflar arasındaki güven ilişkisi de olduğu göz önüne alındığında suça konu hareketlerin gerçekleştirilmesi ile zaten taraflar arasındaki güven ilişkisinin zaten zarar gördüğü kabul edilmelidir⁴⁰⁸. Belirtilen tüm bu nedenlerden dolayı suç her ne kadar malvarlığına karşı suçlar arasında da düzenlenmiş olsa suçun oluşmasında tipik olan hareketlerin gerçekleştirilmesi sonucunda netice olarak bir yararın veya zararın ortaya çıkması aranmamaktadır⁴⁰⁹. Fakat failin fiillerinin icrası sonucunda bir zararın ortaya çıkması halinde bu zarar, TCK md. 61/1-e uyarınca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır⁴¹⁰.

765 sayılı Kanun'daki düzenleme netice unsuru kapsamında tartışılırsa bu hususta kanunda net bir ifade bulunmadığından doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kanun'da yer alan "*mutazarrır olan kimsenin şikayeti*" ifadesinden dolayı zararın meydana gelip gelmeyeceği konusunda çeşitli görüşler yer almakta olup TCK'da bu ibareye yer verilmemesi tartışmaları sona erdirmiştir. 765 sayılı Kanun döneminde bir taraftan Kanun'da yer alan "*mutazarrır olan kimsenin şikayeti*" ifadesinden dolayı⁴¹¹ ve suçun malvarlığına karşı bir suç olmasından dolayı⁴¹² suçun oluşması için bir zararın meydana gelmesi gerektiği⁴¹³ ve de suçun bir zarar suçu olduğu⁴¹⁴ savunulurken diğer taraftan şikayet hakkı sahibi olan kişinin mutazarrır olan kişi olarak kanunda belirtilmesinin suçta netice unsuru olarak bir

⁴⁰⁶ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 114.

⁴⁰⁷ Canpolat, **a.g.t.**, s. 133.

⁴⁰⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 442.

⁴⁰⁹ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1686; Taneri, **a.g.e.**, s. 163; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 696.

⁴¹⁰ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 16.

⁴¹¹ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 514.

⁴¹² Mehmet İnan, **Emniyeti Suistimal ve Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması Suçları**, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1988, s. 32.

⁴¹³ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 144.

⁴¹⁴ İçel/Ünver, **İçel Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 640. Zararı bir cezalandırma şartı olarak gören görüş için bkz. Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 417.

zarar meydana gelmesi olarak yorumlanamayacağı ve bu nedenle fiillerin gerçekleşmesine ek olarak bir zararın aranmadığı da savunulmuştur⁴¹⁵.

4. Fail

Fail, suçun oluşmasına neden olan ve suçu düzenleyen maddedeki tipik hareketleri gerçekleştiren kişidir⁴¹⁶. Ceza hukukunda suçlar genel olarak herkes tarafından işlenebilirken fail için özel niteliklerin veya vasıfların aranması durumunda özgü suçlar oluşmaktadır⁴¹⁷. Eğer failin suçu işleyebilmesi için bazı hukuki ve maddi özelliklere veya yükümlülüklerle sahip olması; örneğin kamu görevlisi ya da belirli bir cinsiyette olması aranıyorsa bu durumda suç kanunda özgü suç olarak düzenlenmiş olmaktadır⁴¹⁸. Özgü suçlarda kişinin suçta belirtilen özellikleri taşıması halinde suçun tipik unsurları oluşmamaktadır. Ayrıca bir suçun özgü nitelik taşıyıp taşımadığı iştirak bahsinde özel önem taşımakta ve aranan özel nitelikleri taşımayan ve suça iştirak eden kişiler ancak yardım eden ve azmettiren olarak cezalandırılabilirler⁴¹⁹.

Güveni kötüye kullanma suçu bu bağlamda incelenirse suçun özgü suç olup olmadığı konusunda doktrinde iki görüş yer almaktadır.

Bir görüşe göre, kanunda güveni kötüye kullanma suçunun faili için “zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden kişi” demek suretiyle suçun failinin herkes olabileceğinin ifade edildiği ileri sürülmektedir⁴²⁰. Fail olan kişinin malikle veya kendisine zilyetliği teslim eden kişi ile arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmalıdır. Sözleşme ilişkisinin temelindeki

⁴¹⁵ Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 82. Suça korunan hukuki değer mülkiyetin yanında güven ilişkisi de olmasından dolayı amaca aykırı tüm hareketlerin suçu oluşturacağı ve bu nedenle de bir zararın aranmadığı görüşü için bkz. Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 27-28.

⁴¹⁶ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999, s. 401.

⁴¹⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 220; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 191.

⁴¹⁸ Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 159.

⁴¹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 274.

⁴²⁰ Atalan, **a.g.e.**, s. 421; Polat, **a.g.e.**, s. 598; Erol, **a.g.e.**, s. 30; Canpolat, **a.g.t.**, s. 45; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 4999.

güvenle kişi zilyetlik kazanmalıdır. Failin, zilyetliği karşı tarafın rızası ile alması güveni kötüye kullanma suçunu diğer malvarlığı suçlarından ayıran temel farktır. Böylece failin zilyetliğin naklini sağlayan sözleşme ilişkisinin tarafı olması gerekliliği de diğer görüşü doğurmaktadır.

Diğer bir görüşe göre ise güveni kötüye kullanma suçu özgü suçtur⁴²¹. Suçun oluşması için kanunda belirtildiği üzere zilyetlik kendisine devredilen kişinin, zilyetliğine devri amacı dışında tasarrufta bulunması veya devir olgusunu inkar etmesi gerekmektedir. Kanun metninden de açıkça anlaşıldığı üzere failin icrasından önce malın zilyetliğinin kişiye devredilmiş olması gerekmektedir. Bu noktada suçun özgü suç olduğu görüşü ortaya çıkar ve görüşü savunan yazarlara göre suçun faili olunabilmesi için kişinin zilyet olması gerekmektedir. Zilyetlik, kişiye belirli bir amaç doğrultusunda (muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak) ve gerekçede de belirtildiği üzere bir sözleşme ve güven ilişkisi çerçevesinde devredilmiştir. Zilyetliğin devrine temel teşkil eden sözleşme ilişkisine uygun davranma yükümlülüğü de sadece zilyetlik kendisine devredilen kişiye aittir. Ancak bu yükümlülüğe sahip olan kişi suçun faili olabilir ve bu nedenle bu görüşe göre suç, özgü suç niteliğindedir. Sözleşme ilişkisine taraf olmayan dolayısıyla bir yükümlülüğü bulunmayan diğer kişiler ise suça iştirak hükümlerince cezalandırılabilirler.

765 sayılı Kanun'daki düzenlemede TCK'daki düzenleme gibidir ve kanaatimizce gerek 765 sayılı Kanun gerekse de TCK uyarınca güveni kötüye kullanma suçu özgü suç olarak düzenlenmemiştir ve bu nedenle de suçun faili herkes olabilir.

Failin kamu görevlisi olması halinde hangi suçun oluşacağına zilyetliğin devrinin nasıl yapıldığı incelenerek karar verilmelidir. Kamu görevlisine malın zilyetliği görevinden ötürü veriliyorsa bu durumda güveni kötüye kullanma suçu

⁴²¹ Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 450; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1683; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 65; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 630; Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2768; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2479; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 5; Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 187.

oluşmamaktadır. Kamu görevlisine zilyetlik kamu görevinden ötürü değil de kişiye duyulan güvenden ötürü veriliyorsa bu durumda güveni kötüye kullanma suçu oluşabilir. Nitekim Yargıtay da malın zilyetliğinin kamu görevlisine devredilmesi halinde kamu görevlisinin fiillerinin hangi suçu oluşturduğunu tespit ederken malın zilyetliğinin kamu görevlisine görevi nedeniyle teslim edilip edilmediğine bağlı olarak karar vermektedir⁴²². Bu hususlara ilişkin ayrıntılı bilgiler güveni kötüye kullanma suçu ile zimmet suçunun karşılaştırılmasında yer aldığından burada bu açıklamalarla yetinilecektir.

Fail başlığı altında değinilmesi gereken diğer bir konu da; paylı veya elbirliği halinde mülkiyete sahip olan kişilerin birbirlerine karşı bu suçu işleyip işleyemeyeceği sorunudur. Konu ile ilgili görüşler incelenmeden önce ilk olarak kısaca paylı ve elbirliği halinde mülkiyet kavramları üzerinde durulmalıdır.

Paylı mülkiyette⁴²³ birden fazla kişi aynı anda bir mala belirli paylarla malik olmaktadır⁴²⁴. Ayrıca paylı mülkiyette maliklerin eşya üzerinde sahip oldukları payların matematiksel oranları (1/2, 1/3) belirli olmakla birlikte paylar mal üzerinde fiilen ayrılmadıklarından malik olunan kısımlar belirli olmayabilir⁴²⁵. Paylı mülkiyet söz konusu olması halinde paylı mülkiyete sahip olan malik malın tamamı üzerinde ancak tüm paylı mülkiyet sahiplerinin rızası ile tasarrufta bulunabilirken kendi payı üzerinde serbestçe yani diğer maliklerin rızası olmadan da tasarrufta bulunabilir⁴²⁶. Paylı mülkiyetin söz konusu olması halinde elbirliği halinde mülkiyetteki gibi malikler arasında kişisel bir ilişki olması aranmamaktadır⁴²⁷. Elbirliği halinde

⁴²² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 22.10.2013, E. 2012/5-1275, K. 2013/419, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 08.02.17.

⁴²³ TMK md. 688: “Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir. Başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır. Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir”.

⁴²⁴ Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 85; Ayan, **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, s. 57-58.

⁴²⁵ Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 183-184.

⁴²⁶ Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 184, Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 93; Ayan, **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, s. 64.

⁴²⁷ Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 183; Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 86.

mülkiyette⁴²⁸ ise belirtildiği üzere malikler arasında kanundan veya kanundan doğan bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanan ve var olan kişisel bir ilişki ve de bu ilişkiden doğan bir ortaklık aranmakta ve elbirliği halinde mülkiyete sahip olan malikler mal üzerinde matematiksel olarak belirli bir paya değil malın tamamı üzerinde mülkiyet hakkına sahiptirler⁴²⁹. Özetle elbirliği halinde mülkiyet halinde malikler aralarında bulunan kişisel bir ilişki nedeniyle mala birlikte malik olmaktadır⁴³⁰. Maliklerin hepsi mal üzerinde aynı oranda yani malın tamamı üzerinde mülkiyet hakkına sahiptirler ve elbirliği halinde malikler tek başlarına kendi iştirak hakkı üzerinde tasarruf edemezler; malikler istisnaları bulunsa da birlikte hareket etmek zorundadırlar⁴³¹.

Bir görüşe göre⁴³² kanunda açıkça suçun konusu malın başkasına ait olması gerektiği belirtilmiştir ve malın maliki suç açısından başkasına ait olma durumunu sağlamamaktadır. Bu nedenle bu görüşü savunan yazarlarca suçun faili suç konusu olan malın maliki olamayacağından paylı veya elbirliği halinde malik olanlar birbirlerine karşı bu suçu işleyemezler. Bu durum kanunun gerekçesinde de “müşterek veya iştirak halinde malik olanlar birbirlerine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işleyemezler” demek suretiyle belirtilmiştir.

Diğer görüşe göre ise; paylı ve elbirliği halinde mülkiyete sahip olan malikler birbirlerine karşı bu suçu işleyebilirler. Bu görüşü savunanlarca çeşitli gerekçeler ileri sürülmüştür.

⁴²⁸ TMK md. 701: “Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır”.

⁴²⁹ Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 197; Ayan, **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, s. 122.

⁴³⁰ Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 128.

⁴³¹ Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 197; Eren, **Mülkiyet Hukuku**, s. 129-130; Ayan, **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, s. 124.

⁴³² Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 73; Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 188; Ahmet Gündel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C:III, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2009, s. 3317; Parlar/Hatipoğlu, **Sulh Ceza Davaları**, s. 376; Yurtcan, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 252; Polat, **a.g.e.**, s. 593; Taneri, **a.g.e.**, s. 177; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 5; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 632; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 252; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 451; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2479.

Bu gerekçelerden ilki⁴³³; paylı mülkiyette maliklerin kendi payların dışındakilerin, elbirliği halinde mülkiyet halinde ise her malik için diğerlerinin başkasına ait eşya niteliğinde olduğudur ve bu nedenle de her iki halde de söz konusu eşya üzerinde tipik fiillerin gerçekleştirilmesi suçu oluşturmaktadır. Çünkü her iki mülkiyet halinde de mal hem kişinin kendi malı hem de diğer kişilerin malı olup aralarında bir anlaşma olmadan kişi tek başına tüm mal üzerinde kendi malıymış gibi tasarrufta bulunamamaktadır⁴³⁴. Bu nedenle yazarlara göre başkasına aidiyet Medeni Hukuk hükümlerine göre belirlenmelidir.

Bazı yazarlar ise başkasına ait olma niteliğini paylı ve elbirliği halinde mülkiyet hallerini ayrı ayrı ele alarak suçun paylı mülkiyette oluşacağını lakin elbirliği halinde oluşmayacağını savunmuşlardır⁴³⁵. Bu yazarlara göre; paylı mülkiyet söz konusu olduğunda herkesin payları belli olduğundan malikler arasında başkasına ait olma özelliği sağlamaktadır ve paylı mülkiyet ilişkisi olan malikler söz konusu suçu birbirlerine karşı işleyebilmektedirler. Lakin yazarlara göre bu durum elbirliği halinde mülkiyet söz konusu olduğunda geçerli değildir. Malikler arasında elbirliği halinde mülkiyet varsa bu durumda malikler arasında mal paylara bölünmez, tüm malikler mal üzerinde birlikte mülkiyet hakkına sahip olurlar ve mal elbirliği halinde mülkiyet sahibi olan malikler arasında başkasına ait mal niteliğinde değildir. Bu nedenle bu görüşü savunan yazarlar; paylı mülkiyet halinde maliklerin birbirlerine karşı suçu işleyebileceklerini, ama elbirliği halinde mülkiyet söz konusu olduğunda maliklerin birbirlerine karşı suçu işleyemeyeceklerini ileri sürmektedirler.

Bir diğer gerekçeye göre ise, bu konuda karar verirken her iki mülkiyet şeklinde de maliklerin anlaşıp zilyetliği paydaşlardan birine bırakmaları hali göz önünde tutulmalıdır⁴³⁶. Böylece eğer zilyetlik kendisine devredilen paydaş malik,

⁴³³ Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 410; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1672; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 732; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 396.

⁴³⁴ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 396.

⁴³⁵ Canpolat, **a.g.t.**, s. 58; Köse, **a.g.t.**, s. 48.

⁴³⁶ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 410; Dursun, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, s. 194; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5001; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 67.

güveni kötüye kullanma suçunu meydana getiren fiilleri icra ederse diğer maliklere karşı güveni kötüye kullanma suçunu işlemiş olacaktır.

Paylı ve elbirliği halinde malik olanların birbirlerine karşı söz konusu suç işleyebileceklerine dair gösterilen diğer bir gerekçe de kanunda hırsızlık suçu için öngörülen ve daha az cezayı gerektiren hallere dayanmaktadır⁴³⁷. Kanunda, (TCK md. 144/1-a) hırsızlık suçunun “*paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde*” işlenmesi hırsızlık suçu açısından daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmiştir. Hırsızlık suçunun oluşması için de güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi suça konu olan malın başkasına ait olması gerekmektedir. Bu nedenle eğer söz konusu durum hırsızlık suçu açısından başkasına ait mal olabiliyorsa bu görüşü savunan yazarlara göre bu durum güveni kötüye kullanma suçu açısından da geçerli olmalıdır. Bu nedenle görüşü savunan yazarlara göre sadece gerekçeden hareket edilerek paylı veya elbirliği halinde malik olanların birbirlerine karşı söz konusu suçu işleyemeyeceği sonuca varılması doğru değildir ve bu kabul hırsızlık suçuna ilişkin düzenleme dikkate alındığında çelişkili bir durum yaratmaktadır.

Bazı yazarlara göre ise malın maliki de suçun faili olabilmektedir⁴³⁸. Bu görüşün temelinde suçla korunan hukuki değer sadece mülkiyet olmadığı, mülkiyetle beraber taraflar arasındaki güven ilişkisinin ve zilyetliğin de korunduğu fikri yatmaktadır. Örneğin; malik bir malını birine kiralamış ve kiracıdan malını birkaç günlüğüne ödünç almış ise ve bu dönemde güveni kötüye kullanma fiillerini gerçekleştirmişse bu gibi durumlarda malın malikinin de fail olabileceği ileri sürülmüştür. Kanaatimizce her ne kadar suçla zilyetlik haklarının da korunduğu kabul edilse kanun maddesinde açıkça “*başkasına ait*” ibaresinin geçmesinden dolayı bu sonuca varılması yerinde değildir. Nitekim kanaatimizce bu gibi haller özel hukuk kapsamında değerlendirilmeli ve zilyedin zilyetlik haklarından doğan dava açma hakkı nazara alınarak problem çözülmelidir.

⁴³⁷ Atalan, **a.g.e.**, s. 424; Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, s. 287; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 450.

⁴³⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 693; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1682.

5. Mağdur

Suçun mağduru, suçun konusunun ait olduğu ve ihlalin direk muhatabı olan kişilerdir⁴³⁹. Böylece suçun mağdurları suçla korunan hukuki yararın sahibidirler⁴⁴⁰. Mağdur aynı zamanda suçtan zarar gören kişi de olduğundan genellikle suçtan zarar gören ile mağdur kavramları da birbirine karıştırılmaktadır⁴⁴¹. Her ne kadar mağdur suçtan zarar gören olsa da suçtan zarar gören kişi her zaman suçun mağduru değildir. Ayrıca mağdur işlenmiş suç nedeniyle oluşan ceza ilişkisinin bir tarafıyken suçtan zarar gören bu ceza ilişkisine dahil olmayıp sadece zarar tazmini iddiasına sahip olduğu hukuki bir ilişkinin tarafıdır⁴⁴². Örneğin; öldürme suçunda suçun mağduru ile suçtan zarar gören kişiler aynı kişiler olmayıp suçun mağduru ölen kişi suçtan zarar görenler ise destekten yoksun kalan yakınlarıdır⁴⁴³.

Suçun mağdurunun kim olduğu konusunda doktrinde çeşitli görüşler mevcut olmakla birlikte bir grup yazara göre suçun mağduru, suça konu olan malın malikidir.⁴⁴⁴ Bu görüş temelinde suçla korunan hukuki değer mülkiyet hakkı olmasına dayanmaktadır. Bu nedenle suça konu mal üzerinde birden fazla kişinin mülkiyeti olması halinde de maliklerin hepsi mağdur olarak kabul edilmelidir.

Diğer bir grup yazara göre ise suçun mağduru, faille arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde malın zilyetliğini faile devreden kişidir.⁴⁴⁵ Bu görüşü savunan yazarlara göre zilyetliği faile devreden kişi herkes olabilir; ilk görüşün aksine kişinin malın maliki olmasına gerek yoktur.

⁴³⁹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 202; Hafizoğulları/Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 208; Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 232.

⁴⁴⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 220.

⁴⁴¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 202.

⁴⁴² Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s. 427.

⁴⁴³ Hafizoğulları/Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 209; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 550.

⁴⁴⁴ Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 167; Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2765

⁴⁴⁵ Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 451; Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 677; Polat, **a.g.e.**, s. 598.

Diğer bir görüşe göre ise⁴⁴⁶ suçun mağduru, zilyetliğin devrini sağlayan sözleşme ilişkisinden dolayı faile olan güveni sarsılan kişidir. Bu görüşün temelinde, kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, söz konusu suçla zilyetliğin devrine neden olan sözleşme ilişkisinin tarafları arasındaki güvenin de korunmak istenmesi yatmaktadır. Böylece kanunda belirtilen fiillerin gerçekleştirilmesiyle kişinin sözleşme ilişkisine dayanarak duyduğu güven zedelenmektedir ve kişi mağdur olmaktadır.

Mağdurun belirlenmesinde son görüşler ise zilyetliği devreden kişi ile malın malikinin farklı kişiler olması ayırımından hareketle doğmuştur.

Zilyetliği devreden kişinin aynı zamanda malın maliki olması halinde tartışmalı bir durum söz konusu olmamakla birlikte suçun mağduru malın maliki olarak kabul edilmektedir. Fakat madde gerekçesinde de belirtildiği üzere suçun oluşması için malın zilyetliğinin mutlaka malik tarafından faile devri şart değildir. Zilyetliğin üçüncü bir kişi tarafından faile devredilmesi halinde suçun tamamlanması ile zilyetliği devreden üçüncü kişinin de güveni zedelenmiş olmaktadır. Suçla korunan hukuki değer mülkiyet hakkının yanında taraflar arasındaki güven ilişkisi ve zilyetlik olduğu da kabul edilirse suçun mağduru olarak malikin yanında zilyetliği devreden üçüncü kişinin de yer alması gerekmektedir⁴⁴⁷. Çünkü malın faile malik tarafından devredilmediği ihtimalinde malikin çoğu zaman malın devredildiği kişi ile bir tanışıklığı olmadığından esasında güveninde herhangi bir zedelenme olmamaktadır⁴⁴⁸. Malikin malı kendisinin devretmemesine rağmen mağdur olmasının sebebi malikin mülkiyet hakkının zedelenmesinden dolayıdır.

Bu ayırmda oluşan diğer bir görüş ise zilyetliği devreden kişi ile mağdurun farklı kişilerin farklı olması halinde, güveni sarsılan kişi malı faile devreden üçüncü

⁴⁴⁶ Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 188; Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 84; Semray Cüstan, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Güveni Kötüye Kullanma Suçu**, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 9; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 253.

⁴⁴⁷ Canpolat, **a.g.t.**, s. 65; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1682; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 693; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5002; Atalan, **a.g.e.**, s. 424; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 69.

⁴⁴⁸ Köse, **a.g.t.**, s. 50.

kişi olduğundan, mağdur olarak malın zilyetliğini devreden kişiyi alıp malın malikini suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir⁴⁴⁹. Bu görüşün aksine zilyetliği devreden kişi ile malikin farklı kişiler olması halinde mağdurun malik olduğu güveni sarsılan zilyedin ise suçtan zarar gören olduğu da savunulmuştur⁴⁵⁰. Burada zilyetliğin veya malikin suçtan zarar gören ya da mağdur olarak kabulü şikayet hakkının bulunması açısından önem doğuracaktır.

Bazı suçlarda mağdurun kimliği, sıfatı veya vasfı suçun unsurlarının belirlenmesinde önemli olabilmektedir⁴⁵¹. Güveni kötüye kullanma açısından bu şekilde özel bir durum bulunmama ile birlikte suçun mağdurunun kim olduğu ilerde ilgili başlıklar altında inceleneceği üzere şahsi cezasızlık sebeplerinin ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin uygulanması açısından değerlendirilecek ve ilgili maddelerde belirtilen akrabalık ilişkilerinin bulunduğu bir kişinin mağdur olması halinde faile ceza verilmeyecek veya cezasında indirim uygulanacaktır.

Kısaca 765 sayılı Kanun'daki düzenlemeye mağdur açısından değinilirse burada mağdur suç oluşturan hareketler nedeniyle suçtan zarar gören kişidir. Nitekim bu durum 508. maddede mutazarrır olan denmek suretiyle de açıkça belirtilmiştir. Söz konusu ibare nedeniyle suçun işlenmesi halinde zararın ortaya çıkmasının gerekip gerekmediği yukarıda belirtildiği üzere tartışma konusu yapılmış olup TCK'da bu ibareye yer verilmediğinden bu açıdan bir sorun bulunmamaktadır.

B. Manevi Unsurlar

1. Genel Olarak

Kişinin suçu oluşturan hareketleri tipik bir şekilde gerçekleştirmesi cezalandırılması için yeterli değildir. Failin bu hareketleri ile manevi bir bağ içerisinde olması da aranır ve bu bağın bulunmaması halinde suçun oluştuğundan

⁴⁴⁹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 7; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 630.

⁴⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 730.

⁴⁵¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 221.

bahsedilemez⁴⁵². Böylece söz konusu bağ ile suçun manevi unsuru gündeme gelmekte ve bu noktada failin kastla mı taksirle mi hareket ettiği önem arz etmektedir.

Güveni kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Kast TCK md. 21’de tanımlandığı üzere “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*”. Diğer bir ifade ile kast Kanun’da suç olarak düzenlenen hareketlere yönelik iradedir⁴⁵³. Kanuni tanımdan hareketle kastın bilme ve isteme olmak üzere iki unsuru bulunmakta olup bunlara göre failin suçun kanuni tanımındaki unsurlar hakkında bilgi sahibi olması hem de bunların gerçekleşmesini istemesi gerekmektedir⁴⁵⁴. Buradan hareketle güveni kötüye kullanma suçunda suçun kanuni tanımında yer alan bütün unsurların failin kastının kapsamında olmalıdır.

Kanun’da güveni kötüye kullanma suçunun taksirli hali de düzenlenmediğinden çalışma konumuz olan suç taksirle işlenemez. Bu nedenle kişinin suça konu olan hareketleri gerekli dikkat ve özeni yükümlülüğünü ihlal ederek gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterli değildir, suçun oluşması için kanunda belirtilen maddi unsurların failin kastı kapsamında olması gerekir.

Bu nedenle kişinin; suç konusu malın başkasına ait olduğunu, kendisinin malın zilyedi olduğunu ve malın zilyetliğinin bir hukuki ilişki çerçevesinde kendisine devredildiğini ve bu ilişki nedeniyle yükümlü olduğu davranışlara aykırı davrandığını bilmesi gerekmektedir⁴⁵⁵. Kişinin söz konusu hukuki ilişki ile bağdaşmayan davranışlarını, yani özetle; kişinin zilyetliği kendisine muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere devredilmiş başkasına ait mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devir amacı dışında tasarrufta bulunduğunu veya devir olgusunu inkar ettiğini, bilmesi ve istemesi gerekir. Suçun olası kast ile işlenip işlenemeyeceği hususu ise bu konuda farklı görüşlerin ve

⁴⁵² Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 139; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 221.

⁴⁵³ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 367.

⁴⁵⁴ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 148.

⁴⁵⁵ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 639.

tartışmaların yer alması nedeniyle ayrıntılı olarak aşağıda ayrı başlık altında incelenecektir.

Üçüncü bölüm altında suçun benzer suçlarla karşılaştırılmasında ayrıntılı olarak değinileceği üzere failin kastının bulunma zamanı da suç açısından önem taşımaktadır. Failin kastı suç konusu malın zilyetliğinin devredilmesinden sonra malın iadesi aşamasında doğmalıdır⁴⁵⁶. Malın zilyetliğinin devrinden önce failin başlangıçta kastının bulunması ve failin zilyetliğin devrine hileli davranışlarıyla neden olması halinde dolandırıcılık suçu tartışılabilirken⁴⁵⁷ malın iradi tesliminin ardından failin iade zamanındaki kastı neticesinde ise güveni kötüye kullanma gündeme gelmektedir.

Dolandırıcılık suçunda olduğu gibi hırsızlık suçu ile güveni kötüye kullanma suçu arasında da kastın doğma zamanı konusunda farklılık olduğu⁴⁵⁸ ileri sürülse de hırsızlık suçunda malın zilyetliğinin iradi devri söz konusu olmadığından bu görüşe karşı çıkmıştır⁴⁵⁹.

Ayrıca ileride değinileceği üzere failin arasında belirli akrabalık ilişkilerin bulunduğu kişilere karşı suçu işlemesi halinde şahsi cezasızlık sebeplerinin veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin uygulanması için bu nedenleri failin bilmesi yani kastı kapsamında olması gerekmemektedir⁴⁶⁰.

Son olarak 765 sayılı Kanun'daki düzenlemeye değinilirse emniyeti suiistimal suçu da kasten işlenen bir suçtur ve kanunda suçun taksirli hali düzenlenmemiştir. Emniyeti suiistimal suçunda da güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi "*kendisinin veya başkasının menfaatine olarak*" ifadesine yer verilmiş olup bu ibarenin niteliği için bu dönemde yer alan tartışmalar aşağıda belirtilen görüşler

⁴⁵⁶ Polat, **a.g.e.**, s. 598; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 255.

⁴⁵⁷ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 17; Albayrak, **Notlu- Atıflı- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Öz Kitap**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 979.

⁴⁵⁸ Albayrak, **a.g.e.**, s. 980; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 427

⁴⁵⁹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 18.

⁴⁶⁰ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 230.

doğrultusunda olduğundan başlık altında tekrara düşmemek amacıyla bu görüşlere değinilmeyecektir.

2. Maksat

Failin suçu gerçekleştirme arzusuna ek olarak fail fiili ile ulaşmayı istediği hedeflere yani bazı amaçlara da sahip olabilir⁴⁶¹. Suçun oluşması için failin bu amaçla hareket etmesi yeterli olup bu maksadı elde etmesi gerekmemektedir⁴⁶².

Bu kapsamda manevi unsur başlığı altında güveni kötüye kullanma suçü açısından değinilmesi gereken diğer bir mesele de maddede yer alan “*kendisinin veya başkasının yararına olarak*” ifadesi nedeniyle failin kastının yanında bir yarar sağlama amacının aranıp aranmayacağı hususudur.

Bir görüşe göre suçun oluşması için failin kastı yeterli olup ayrıca yarar elde etme amacı ile hareket etmesine gerek yoktur⁴⁶³. Kanunda geçen “*kendisinin veya başkasının yararına olarak*” ifadesi, bu görüşü savunan yazarlara göre failin fiilini sadece kendi yararına olarak değil başkalarının yararına da gerçekleştirebileceğini ve bu iki durum arasında bir farkın olmadığını göstermek için kanunda yer almaktadır⁴⁶⁴.

Ayrıca kanunda kastın yanında yarar sağlama amacının yer almadığı görüşü hırsızlık suçundaki “*kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla*” ifadesiyle karşılaştırılarak da savunulmuştur ve yazarlara göre kanunda hırsızlık suçundaki gibi net bir ifadenin yer almaması suçun başkasının yararına da işlenebileceğinin açıklığa kavuşturulmasından kaynaklanmaktadır⁴⁶⁵. Çünkü söz

⁴⁶¹ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 243.

⁴⁶² **A.e.**

⁴⁶³ Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 87; Özbek, **TCK İzmir Şerhi**, s. 1195; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 454; Taneri, **a.g.e.**, s. 178; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 106.

⁴⁶⁴ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 639.

⁴⁶⁵ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1697.

konusu ifade failin böyle bir amaçla hareket etmesinin belirlenmesi için yeterli olmayıp böyle bir amacın kanunda açıkça belirtilmesi gerekir⁴⁶⁶.

Ayrıca bu görüş altında diğer bir gerekçe de failin hareketini gerçekleştirirken yarar sağlama amacının aranmasının suçla korunan hukuki değerlerin kapsamını da daraltacağıdır. Suç açısından önemli olan mülkiyet hakkının ve taraflar arasındaki güven ilişkisinin korunması olduğundan failde korunan hukuki değerleri zedelemesinin yanında ayrıca bir amacın aranmasına gerek bulunmamaktadır⁴⁶⁷.

Diğer görüşe göre ise failin fiilini gerçekleştirirken kendisine veya başkasına yarar sağlama amacıyla hareket etmesi gerekmektedir⁴⁶⁸. Söz konusu yararın maddi olmasına gerek yoktur, suça konu fiille manevi bir yarar sağlama amacı da bulunabilir⁴⁶⁹. Ayrıca failin gerçekleştirdiği hareketin sonucunda bir yarar elde etmesi önemli değildir, önemli olan bu amaçla hareket etmesidir⁴⁷⁰. Kanaatimizce de failin suça konu fiilini icra ederken kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla hareket etmesi gerekmekte olup söz konusu yarar maddi olabileceği gibi manevi de olabileceği gibi burada önemli olan failin bu amaç doğrultusunda hareket etmesidir.

Ayrıca failin malı malike ileride iade etme amacıyla suça konu hareketleri gerçekleştirmesi de suçun oluşmasına mani değildir. Suç failinin fiillerini gerçekleştirmesi ile zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunması veya bu devir olgusunu inkar etmesi ile tamamlanmaktadır. Failin fiillerinin yanında iade etme amacının bulunması önemli değildir⁴⁷¹. Failin iade etme niyetinin bulunması suç konusu malın misli mal veya para olması durumunda önem teşkil etmektedir. Örneğin birine teslim edilmesi için verilen veya emanet edilen paranın harcanması

⁴⁶⁶ Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 87; Cüstan, **a.g.t.**, s. 35

⁴⁶⁷ Dursun, "Emniyeti Suistimal Suçu", s. 31.

⁴⁶⁸ Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 677; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 255; Gündel, **Güveni Kötüye Kullanma Suçları**, s. 406

⁴⁶⁹ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 446; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 426; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 176; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 458.

⁴⁷⁰ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 427.

⁴⁷¹ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 445.

fakat iade zamanında aynı miktar paranın kendi parasından iade edilmesi durumunda failin kastı bulunmamaktadır⁴⁷².

3. Olası Kast

TCK md. 21'e göre olası kast; *kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde* söz konusu olmaktadır. Olası kast kastın isteme unsuru ile ilgili olup olası kastta fail suçun unsurlarının gerçekleşmesini tam olarak istememekte; fakat bunları öngörmesine rağmen umursamayıp kabullenerek ve aynı zamanda meydana gelmemelerini de umarak hareketlerini icra etmektedir⁴⁷³. Güveni kötüye kullanma suçu açısından da tartışmalı olan bir diğer husus da suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği hususudur.

Bir görüşe göre TCK'nın 21. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere⁴⁷⁴ kasten işlenebilen suçlar kural olarak olası kastla da işlenebilirler. Bunun sınırı gerekçede değinildiği üzere suçun kanuni tanımında açıkça "bilerek..." gibi ifadelerin yer alması durumudur. Bu tarz ifadelerin yer aldığı suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilirler. Bu görüşü savunan yazarlara göre güveni kötüye kullanma suçunda "bilerek" gibi bir ifade yer almadığından kural olarak suç olası kastla da işlenebilecektir⁴⁷⁵.

Diğer bir görüşe göre ise suç kanunda sırf hareket suçu olarak düzenlendiğinden olası kastla işlenemez⁴⁷⁶. Bu yaklaşım olası kasta netice unsuru odaklı bakılmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle de görüş kapsamında sırf hareket suçlarında failin herhangi bir neticeyi öngörmesi ve buna rağmen hareketini

⁴⁷² Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 446; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 427; Özbek, **TCK İzmir Şerhi**, s. 1194; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5018; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 176

⁴⁷³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 277.

⁴⁷⁴ "Kasten işlenebilen suçlar, ilke olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Ancak, kanundaki tanımında "bilerek" ifadesine yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir. Örneğin iftira suçunda, failin suçsuz olduğunu "bilerek" kişiye suç isnat etmesi gerektiğinden, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir."

⁴⁷⁵ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 18; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 103.

⁴⁷⁶ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 428.

gerçekleştirmesi gerekmediğinden bu suçların olası kast ile işlenemeyeceği ileri sürülmektedir. Bu görüşe karşı olarak ise TCK'nın 21. maddesinde yer alan “*kanuni tanımdaki unsurların*” ifadesinin sadece netice unsurunu değil diğer maddi unsurları da kapsadığı ve bu nedenle netice dışındaki maddi unsurlarda da olası kastla hareket edilebileceği savunulmuştur. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçunun sırf hareket suçu olması olası kastla işlenmesine engel teşkil etmemektedir⁴⁷⁷.

Suçun olası kastla işlenemeyeceği görüşüne diğer bir gerekçe de suçun yarar sağlama amacı ile gerçekleştirilmesi gerekmesinden doğmaktadır⁴⁷⁸. Bu görüşe göre kişinin yarar sağlama amacıyla olası kast yani kanunda belirtilen unsurların öngörülmesine rağmen fiilin gerçekleştirilmesi birbirine uymamakta ve güveni kötüye kullanma suçu da bu nedenle olası kast ile işlenememektedir⁴⁷⁹.

Kanaatimizce suçun sırf hareket suçu olarak düzenlenmesi ve suçun oluşması için neticenin meydana gelmesi gerekmemesi suçun olası kastla işlenmesine mani değildir. Nitekim yukarıda da değinildiği üzere fail suçun netice dışındaki diğer unsurları için de olası kastla hareket edebilmektedir. Ayrıca belirtildiği üzere suçun düzenlendiği madde metninde açıkça suçun bilerek gerçekleştirilmesine ilişkin bir ibare yer almadığından suçun olası kast ile de işlenebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

C. Hukuka Aykırılık

İşlenen bir hareketin kanundaki tanımlara uygun olarak gerçekleştirilmesi bu hareketin mutlaka hukuka aykırı olması anlamına gelmemektedir. Fakat bu şekilde suçun kanuni tanımındaki unsurların kast kapsamında yerine getirilmesi bu hareketlerin hukuka aykırı olduğu yönünde karine teşkil etmektedir⁴⁸⁰. Yani başka bir deyişle kanundaki suç tanımlarına uygun olarak gerçekleştirilen bir hareketin hukuka aykırı olup olmadığının araştırılmasına gerek olmayıp bu hareketler hukuka

⁴⁷⁷ Canpolat, **a.g.t.**, s. 146.

⁴⁷⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 284.

⁴⁷⁹ Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 194

⁴⁸⁰ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 292; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 287.

aykırı sayılıp bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı araştırılacaktır⁴⁸¹. Eğer bir hukuka uygunluk nedeni bulunmazsa hareketin suç oluşturduğu kabul edilecektir⁴⁸². Çünkü söz konusu nedenlerle hareketin hukuka aykırılığı kalkar ve hareket ceza hukukunun amacıyla çelişmeyen başlangıçtan itibaren ona uygun bir hale gelir ve de cezalandırılmaz⁴⁸³.

TCK'da hukuka uygunluk nedenleri ayrı bir başlık altında düzenlenmemiştir. Hukuka uygunluk nedenleri kusurluluğu kaldıran ve azaltan haller ile birlikte Kanun'un Birinci Kitap İkinci Kısım İkinci Bölüm'de düzenlenen Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlık altında düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri; kanunun hükmünü icra (TCK md. 24/1), hukuka uygun emrin ifası (TCK md. 24/2), meşru savunma (TCK md. 25/1), hakkın kullanılması (TCK md. 26/1) ve ilgilinin rızası (TCK md. 26/2) olmakla birlikte güveni kötüye kullanma suçu kapsamında; kanun hükmünü icra, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası incelenecektir.

1. Kanun Hükmünü İcra

TCK md. 24/1 uyarınca "*kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*". Kanun, günümüzde iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki yasama organının çıkardığı soyut, genel ve sürekli nitelikte olan yazılı hukuk kuralları diğeri ise tüm yazılı hukuk kurallarıdır ve bu tanımlar şekli kanun ile maddi kanun görüşlerini oluşturmaktadır⁴⁸⁴. Kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninde hangi kanun anlayışının benimseneceği sorun teşkil etmektedir⁴⁸⁵. Doktrinde genel olarak kanun geniş anlamda kullanılmakta ve bir nevi

⁴⁸¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 292.

⁴⁸² Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 256; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 268.

⁴⁸³ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s. 18.

⁴⁸⁴ Halil Altındağ, **İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 6.

⁴⁸⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 294.

maddi kanun anlayışı benimsenerek tüzük, yönetmelik gibi diğer bazı düzenleyici işlemlerin de kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁸⁶.

Ayrıca bir kanunla kişiye tanınan hak ve yetki nedeniyle kişinin bu hak ve yetkiyi kullanan fiilleri de kanun hükmünü yerine getirme kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁸⁷. Fakat kanun hükmünün yerine getirilmesinde kanundan doğan hak ve yetkiler, kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kullanılmalıdır; bu sınırların aşılması halinde hukuka aykırılık ortaya çıkmakta ve kişi TCK md. 27/1 uyarınca sınırın aşılması hükümleri uyarınca cezalandırılmaktadır⁴⁸⁸.

Güveni kötüye kullanma bağlamında kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni incelenirse teorik olarak bu hukuka aykırılık nedeninin suç kapsamında gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin; hukuka aykırı amaçla devirlerin de suçu oluşturduğu kabul edilirse bu durumda hukuka aykırı amaçla kişiye devredilen bir malın, örneğin uyuşturucu maddenin kuryeliğinde olduğu üzere, hukuka aykırı amaç doğrultusunda teslimi değil de aksine bu amaca aykırı olarak örneğin polise teslim edilmesinde kanun hükmünün yerine getirilmesi söz konusu olacaktır⁴⁸⁹.

Ayrıca söz konusu hukuka uygunluk nedeni İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesi uyarınca borçlunun üçüncü kişilerdeki mal ve alacakların haczinde de kendini göstermektedir⁴⁹⁰. Zira İİK md. 89 uyarınca taşınır malı elinde bulunduran üçüncü kişi malı ancak icra dairesine teslim edebilmektedir. Bu sürece kısaca değinilirse söz konusu madde uyarınca üçüncü kişinin elindeki bir mal haczedildiğinde icra dairesi bu kişiye bir ihbarname gönderir ve bu birinci haciz ihbarnamesi ile 89. madde uyarınca "*malı elinde bulunduran üçüncü şahsa bundan böyle taşınır malı ancak icra dairesine teslim edebileceğini, malı takip borçlusuna*

⁴⁸⁶ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 319; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 118. Kanun hükmü ibaresinden "kanun kuralı"nın anlaşılması gerektiği ve tüzükler, yönetmelikler söz konusu olduğunda da TCK md. 26/1'de düzenlenen hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 388.

⁴⁸⁷ Özbek/ Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 293.

⁴⁸⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 389.

⁴⁸⁹ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1693.

⁴⁹⁰ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 119.

vermemesini, aksi takdirde malın bedelini icra dairesine ödemek zorunda kalacağını bildirir". Birinci haciz ihbarnamesini alan üçüncü kişi eğer kanunda belirtilen sürelerde ve şekillerde itiraz etmezse bu durumda mal elinde kabul edilir ve bu durum kişiye ikinci bir haciz ihbarnamesi bildirilir⁴⁹¹. Böylelikle üçüncü kişinin 89. madde uyarınca *itirazda bulunmadığı takdirde zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemesi veya yedinde sayılan malı icra dairesine teslim etmesi istenir*. İkinci ihbarnameye de itiraz etmeyen ve yedinde sayılan malı icra dairesine teslim etmeyen üçüncü kişiye başka bir ihbarname ile itiraz etmediği için elinde sayılan malı 15 gün içerisinde teslim etmesi yahut bu süre içinde menfi tespit davası açması, aksi takdirde yedinde sayılan malı teslim zorlanacağı bildirilir⁴⁹². Böylece malı elinde bulunduran üçüncü kişi mal sahibi ile aralarındaki sözleşme gereği malı sahibine iade etmesi veya belirli bir şekilde hareket etmesi gerekirken 89. madde uyarınca bildirilen ihbarnamelerde belirtildiği üzere icra dairesine teslim ederse bu bağlamda suç oluşmaz ve mal sahibinin bu noktadaki iradesi önem arz etmez. Çünkü malı elinde bulunduran üçüncü kişi belirtilen kanun hükmünü yerine getirmektedir.

2. Meşru Savunma

Meşru savunma oluşturan haller TCK md. 25/1'de düzenlenmiş olup madde uyarınca *"gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez"*.

Açıkça görüldüğü üzere haksız bir saldırıdan korunmak amacıyla yapılan hareketlerin suç oluşturmaması halinde maddede belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde suçu oluşturan bu hareketler hukuka uygun kabul edilmektedir. Maddedeki ilk şarta göre meşru savunmanın kabul edilmesi için öncelikle *gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı* aramakta olup maddede

⁴⁹¹ Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 183; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özkes, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 3. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 221- 222.

⁴⁹² Kuru, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 183.

bu saldırının hangi hakka yönelik olacağına ilişkin Kanun'da bir açıklık bulunmadığından kişinin herhangi bir hakkına karşı olan saldırılar bu kapsamda değerlendirilmelidir⁴⁹³. Meşru savunma hükümlerinin uygulanması için ikinci şart ise saldırıya karşı savunmanın zorunlu olması yani kişinin savunma hareketlerini gerçekleştirmeden başka şekillerle saldırıyı önlemesi veya sona erdirmesi mümkün olmamalıdır⁴⁹⁴. Ayrıca buna ek olarak saldırı ile saldırıyı defetmek için kullanılan araçlar birbirleriyle orantılı olmalıdır⁴⁹⁵.

Söz konusu genel açıklamalar ışığında meşru savunma hükümleri güveni kötüye kullanma suçu kapsamında incelenirse bu hukuka uygunluk nedeninin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan hareketlerde de gerçekleşebileceği görülmektedir⁴⁹⁶. Örneğin kişiye emanet olarak bırakılan bir silahın suçun mağduru tarafından gerçekleştirilen haksız bir saldırıda güveni kötüye kullanma suçunun mağduruna karşı kullanılması halinde meşru savunma hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmakta ve kişinin hareketi hukuka uygun kabul edilmektedir⁴⁹⁷.

3. Hakkın Kullanılması

Güveni kötüye kullanma suçu kapsamında gerçekleşebilecek diğer bir hukuka uygunluk nedeni de hakkın kullanılmasıdır. TCK md. 26/1 uyarınca *hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*. Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi için hukuken kişiye tanınan ve kişinin hiçbir mercii aracılığına gerek olmadan doğrudan kullanabileceği bir hak olmalıdır⁴⁹⁸. Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için bu hakkın kullanılması ile suçun işlenmesi arasında nedensellik bağlantı bulunması ve hakkın kötüye

⁴⁹³ Mustafa Ruhan Erdem, “Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma için İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AIHS m. 2)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 989; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 310; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 343.

⁴⁹⁴ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2016, s. 312; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 318; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 345.

⁴⁹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 320.

⁴⁹⁶ Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2768.

⁴⁹⁷ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 443.

⁴⁹⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 297.

kullanılmaması gerekmektedir⁴⁹⁹. Ayrıca hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesi için söz konusu hakların; kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi düzenlemelerden veya hukuken tanınıp düzenlenen mesleğin icrasından doğmaları gerekmektedir⁵⁰⁰.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni altında güveni kötüye kullanma suçu bağlamında TMK md. 950-953 arasında düzenlenen hapis hakkı incelenmelidir. TMK’da düzenlenen söz konusu hak ile alacaklı; alacağını temin edene kadar zilyetliğinde bulunan alacağına karşılık gelebilecek ölçüdeki taşınır malı geri vermez ve bu malı alacağına garanti olarak elinde tutar ve de paraya çevirme yetkisine sahip olur⁵⁰¹. Böylelikle esasında hapis hakkı alacaklıya, zilyetliği kendisine devredilmiş ve geri vermekle yükümlü olduğu malları geri vermekten kaçınmayı ve hatta gerekli şartların varlığı halinde, alacağın ödenmemesi ve yeterli miktarda güvence gösterilmemesi halinde, bu malı paraya çevirerek alacağını tahsil etme imkanı sağlamaktadır. Hapis hakkı borçlunun rızası ile alacaklının zilyetliğine devredilmiş mallar üzerinde doğacağından aslında hapis hakkına sahip olan kişiler ferî zilyet ve zilyet yardımcısı konumundaki kişilerdir⁵⁰². Burada da açıkça görüldüğü üzere hapis hakkının söz konusu olduğu mallar ile güveni kötüye kullanma suçunun da konusunu oluşturan mallar, zilyetliği rıza ile devredilmiş olan mallar olup hapis hakkı çerçevesinde mala zilyet olan kişi tarafından gerçekleştirilen bu fiiller güveni kötüye kullanma suçunun tipik hareketlerini oluşturmaktadır. Sonuç olarak hapis hakkının TMK’deki hükümler uyarınca gerekli şartlar gerçekleştirilerek alacaklının malı iade etmemesinde ya da malı paraya çevirip alacağını tahsil etmesinde her ne kadar bu fiiller güveni kötüye kullanma suçu açısından tipik olsa da hakkın kullanılması çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmekte ve kişi cezalandırılmamaktadır.

⁴⁹⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 324.

⁵⁰⁰ Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2468. Bu durum madde gerekçesinde de açık bir şekilde belirtilmiştir; “Maddenin birinci fıkrasında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Bir hakkı kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılamayacağı, bilinen bir gerçektir. Bir hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamla dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir. Burada hakkın doğrudan doğruya kullanılabilir olması aranacaktır. Eğer hak, bir mercie başvurarak kullanılabilirse, artık buradaki hak kapsamında kabul olunmayacaktır”.

⁵⁰¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 1040, N. 3750.

⁵⁰² Esener/Güven, **Eşya Hukuku**, s. 549.

Böylelikle güveni kötüye kullanma suçu kapsamında hapis hakkı değerlendirilirse borçlunun rızası ile *muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş* mala zilyet olan kişinin mal üzerinde hapis hakkının bulunması ve bu hakkı kullanması halinde hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmektedir⁵⁰³. Kişi alacak hakkına karşılık olarak hapis hakkını kullanarak her ne kadar zilyetliğin devir amacına veya iade edilmesi gerektiğine aykırı hareket etmiş de olsa tipik fiil, hukuka aykırı olarak nitelendirilmemektedir⁵⁰⁴. Böylece kişi hapis hakkı ile belirli bir amaç çerçevesinde aldığı malı iade etmeme imkanını kazanmaktadır⁵⁰⁵.

Fakat hapis hakkının kullanılabilmesi için hapis hakkı kullanılan şeyler bir alacağa karşı teminat olarak kişiye verilmemiş olmalıdır⁵⁰⁶. Ayrıca TMK md. 951'de belirtildiği üzere *nitelikleri itibarıyla paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınurlar üzerinde ve alacaklının üstlendiği yükümlülükle veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hâllerde de hapis hakkı kullanılamaz*. Bu bağlama güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturan mal niteliği itibarıyla paraya çevrilmeye elverişli değilse ya da maddede belirtilen diğer haller söz konusu ise zilyedin malı hapsedmesi hapis hakkı kapsamında değerlendirilmez ve kişinin bu fiili güveni kötüye kullanma suçu uyarınca cezalandırılmaktadır.

Sonuç olarak özetle belirtilirse hapis hakkına bağlı olarak malın zilyetliğinin malike devredilmemesi veya alacaklının borcun muaccel olduğu zaman alacağına karşılık olarak rehnedilmiş veya hapsedilmiş taşınır malı satarak alacağını tahsil etmesinde hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni söz konusu olacaktır⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 91; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 443; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 698; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 454; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 738; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5019; Taneri, **a.g.e.**, s. 180.

⁵⁰⁴ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 639.

⁵⁰⁵ Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 257.

⁵⁰⁶ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 443.

⁵⁰⁷ Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2768.

4. İlgilinin Rızası

Güveni kötüye kullanma suçu bağlamında gerçekleşebilecek bir diğer hukuka uygunluk nedeni de TCK md. 26/2’de düzenlenen ilgilinin rızadır⁵⁰⁸. Söz konusu hukuka uygunluk nedeni uyarınca; *kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*

Her ne kadar doktrinde kişinin zilyetlik devri amacı dışındaki tasarruflara rızası, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilse de aslında zilyetliği devreden kişinin rızası ile devir amacı dışında tasarrufta bulunuluyorsa bu durum kişilerin arasında yeni bir hukuki ilişki kurması olarak değerlendirilmelidir⁵⁰⁹. Zira rıza hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşebilmesi için rızanın suça konu hareketten önce ve en geç suçun işlendiği yani icra hareketlerinin gerçekleştirildiği sırada gerçekleşmesi gerekmektedir⁵¹⁰. Bu durumda kişinin rızası ile zilyetliğin devri amacı zimnen değişmiş olduğundan rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak değil suçun unsuru olarak değerlendirilmelidir ve bu nedenle de fiil rıza sonucu hukuka uygun hale gelmeyecek aksine gerçekleştirilen fiil ile suçun unsurları oluşmamış olacaktır⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 443; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 738; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 458; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 698; Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2768; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1693; Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, s. 288.

⁵⁰⁹ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 640.

⁵¹⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 360.

⁵¹¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5020; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 458; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 19.

İkinci Bölüm

SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI, KUSURLULUK, CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN DİĞER KOŞULLARI, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

I. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

Suç için kanunda öngörülen cezaların arttırılması veya azaltılmasına neden olan unsurlara o suçun nitelikli halleri denmektedir¹. Nitekim suç için öngörülen bu nitelikli unsurlar suçun konusunun niteliğinden, fiilin işleniş tarzından, fiilin gerçekleştirildiği zaman ve yerden, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığından, failin güttüğü saik veya amaçtan, mağdurun veya failin durumu ve sıfatından, fail ile mağdur arasındaki ilişkiden kaynaklanabilir².

Güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halleri, suçun temel şeklinin hemen ardından maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. TCK'nın 155. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca³; *suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Suçun nitelikli halleri kapsamında 765 sayılı Kanun dönemindeki düzenlemeye de değinilirse 510. madde uyarınca; meslek ve sanat veya ticaret veya hizmet sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veyahut idare etmek için kendisine tevdi olunan veya teminat olarak teslim edilen şeyler üzerinde yapılırsa suçun nitelikli hali oluşturmaktadır.*

¹ Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 726; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 658.

² Adem Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş Ve Pratik Çalışma Notu**, s. 32, Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 206-208; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 586.

³ TCK md. 155/2'de görüldüğü üzere suçun temel şekilden farklı olarak zilyetliğin devri kavramına değil, 765 sayılı Kanun'un 508. maddesindeki gibi tevdi ve teslim ibaresine yer verilmiştir.

Her iki kanuna bakıldığında suçun nitelikli hallerinde 765 sayılı Kanun'da TCK'a ek olarak malın kişiye emanetçi sıfatıyla tevdi edilmesi ve teminat olarak teslim edilmesi bulunmaktadır. Ayrıca 765 sayılı Kanun'da nitelikli haller 510. maddede güveni kötüye kullanma ve açığa imza için ortaklaşa hüküm olarak düzenlenmiştir; fakat TCK'da bu sistematik terk edilmiş ve güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halleri güveni kötüye kullanma suçu ile aynı maddede ek fıkra ile düzenlenmiştir. İki kanun arasındaki farklılıklar bu yönde olup bunların uygulamada etkili olup olmadıkları aşağıda ilgili başlıklar altında incelenecektir. Ayrıca 765 sayılı Kanun'da tüm mala karşı suçlar açısından ortak nitelikli hal olarak malın ve zararın değerinin fahiş olması hali düzenlenmiştir. 765 sayılı Kanun'daki bu nitelikli hal TCK'da yer almamaktadır ve malın değerinin fahiş olması durumu TCK md. 61/1-d uyarınca cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır⁴. Ayrıca gerek 765 sayılı Kanun dönemindeki gerekse de TCK'da düzenlenen nitelikli unsurlara genel olarak bakıldığında nitelikli unsurların suçun temel unsurlarını kapsayan bir mahiyette olduğu, bu nedenle de suçun temel şekli ile nitelikli hali arasındaki ayrım yapılmasının oldukça güç olduğunu söylemek yanlış olmaz⁵.

Güveni kötüye kullanma suçunda faille mağdur arasında kanunda belirtilen ilişkiler için nitelikli hallerin tanınmış olması, bu ilişkilerdeki güven ilişkisinin daha yoğun olmasından kaynaklanmaktadır⁶. Çünkü toplumda bazı kişilerin sıfatları onların hukuki ilişkiye uygun davranacaklarına ve daha güvenilir kişiler olduklarına dair bir intiba uyandırmaktadır⁷. Meslek ve sanat icra edenlere, ticaret ve hizmet görenlere normal bir kişiye duyulan güvenden daha fazla bir güven duyulması kişilerin sürekli olarak bu konularla ilgili olarak belirli işleri görmelerinden kaynaklanmaktadır⁸. Böylece kişiler bu kişilere mallarını daha kolay teslim etmektedir ve bu nedenle de bu kişilerin hukuki ilişkiye aykırı davranışları daha ağır

⁴ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 120.

⁵ Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 87; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 177.

⁶ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 445; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5021; Erem/Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 577.

⁷ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1690; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 445.

⁸ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 640.

bir cezaya tabi tutulmaktadır. Yani kişiler arasındaki güven tesisini kolaylaştıran durumların nitelikli hal bakımından temel alındığı gözükmektedir⁹.

Ayrıca bu tip ilişkilerde kişilerin güvenlerinin zedelenmesi de yine daha yoğun bir şekilde gerçekleşmektedir; örneğin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan tipik eylemlerin gerçekleştirilmesi bir meslek ve sanat ilişkisine dayanıyorsa suçun gerçekleşmesi durumunda kişilerin güveni yalnızca kişiye karşı değil söz konusu meslek ve sanata karşı da zedelenmiş olacaktır¹⁰. Bu nedenle kanunda bu ilişkiler nitelikli hal olarak düzenlenmiş ve suçun temel haline kıyasen daha ağır bir şekilde cezalandırılmıştır. Kanun koyucu güven ilişkisinin yoğunluğundan dolayı güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hallerini fail ile mağdur arasındaki ilişkiden doğan ve de failin sıfatından doğan nitelikli haller olarak düzenlemiştir. Bu nedenle de nitelikli unsurların açıklanmasında bu ayrıma yer verilecektir.

Fakat buna ek olarak belirtilmelidir ki söz konusu nitelikli hallerin gerçekleşmesi için sadece malın tevdi ve teslimi yeterli olmayıp bu tevdi ve tesliminin, fail ile mağdur arasındaki ilişkiye bağlı olarak ve failin sıfatından dolayı gerçekleşmiş olması gerekmektedir¹¹. Aksi halde suçun nitelikli hali gerçekleşmez ve bu davranışlar suçun unsurlarına uygun olması şartıyla güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli kapsamında değerlendirilecektir.

A. Fail ile Mağdur Arasındaki İlişkiden Doğan Nitelikli Unsurlar

1. Ticaret İlişkisi

TCK'da yukarıda da belirtildiği üzere 765 sayılı Kanun'da da olduğu gibi fail ile mağdur arasında ticari bir ilişki olması ve malın tevdi veya tesliminin bu ilişkiye

⁹ A.e., s. 640, Dursun, "Emniyeti Suistimal Suçu", s. 32.

¹⁰ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 445; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1690.

¹¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 696-697; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 177.

dayanması hali, kişiler arasındaki güvenin yoğunluğundan dolayı ve de ticaret hayatına olan güvenin korunması amacıyla güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır. Zira kişiler arasındaki hukuki ilişkisinin kaynağı ticaret ilişkisi olduğundan suçla korunan hukuki değer olarak güvenin etkisi mülkiyet hakkının etkisinden daha fazladır¹². Bu nedenle yukarıda da değinildiği üzere kişiler arasındaki güvenin yoğunluğundan dolayı ticaret ilişkisi kapsamında tevdi ve teslim edilen mal üzerinde suçun işlenmesi halinde fail suçun nitelikli halinden cezalandırılacaktır.

Nitelikli halin gerçekleşmesi için failin ticari bir amaçla hareket etmesi yeterli olup, kanunda da özellikle tacir şartı aranmadığından, tacir olması şart değildir¹³. Bu durum mağdur için de geçerli olup nitelikli hal için mağdurun da tacir olması aranmamaktadır¹⁴. Ayrıca burada önemli olan malın tevdi ve tesliminin veya tevdi ve teslimine neden olan sözleşmenin söz konusu ticaret ilişkisinden dolayı gerçekleşmiş olması gerekmektedir¹⁵. Aksi takdirde suçun nitelikli hali oluşmayacaktır. Kişiler arasındaki ticaret ilişkisinden doğan bu sözleşme örneğin; finansal kiralama sözleşmesine konu olan bir taşınır malın ücretinin ödenmemesi nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi ve fesih sonucunda da malın iadesi gerektiği ama iade edilmemesine ilişkin bir olayda Yargıtay'ın ticaret ilişkisi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun olduğu yönünde verdiği kararda¹⁶ da gözüktüğü üzere finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanabilir.

Ticaret ilişkileri yukarıda da açıklandığı üzere esasında bir alış-veriş ve bir değiş-tokuş ilişkisine dayandığından burada suçun oluşup oluşmadığına, suçun konusunda da değinildiği üzere malın başkasına ait olması gerektiğinden, her somut

¹² Dursun, "Emniyeti Suistimal Suçu", s. 33.

¹³ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 430; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2487.

¹⁴ Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 256.

¹⁵ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁶ Yargıtay 15. Ceza Dairesi, T. 13.05.2015, E. 2013/11475, K. 2015/25417, Erişim: Kanunum, E.T. 15.02.17.

olay bakımından tevdi ve teslim ile malın mülkiyetinin kişiye geçip geçmediğine bağlı olarak karar verilecektir¹⁷.

Ayrıca değinildiği üzere 765 sayılı Kanun'un 510. maddesi uyarınca teminat olarak teslim edilen mallar üzerinde suçun işlenmesi nitelikli bir hal oluştururken TCK'da bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat teminatın genellikle ticaret ilişkisine özgü olduğu ve ticari bir ilişki çerçevesinde teminat olarak teslim edilen malların ticaret ilişkisi altında değerlendirilip TCK açısından da suçun nitelikli halini oluşturduğu da savunulmuştur¹⁸.

2. Hizmet İlişkisi

Suçun diğer bir nitelikli hali de, hem TCK sayılı hem de 765 sayılı Kanun'da, suça konu malın bir hizmet ilişkisi çerçevesinde devredilmesinde kendini göstermektedir. Nitelikli halin oluşması için kişiler arasında bir hizmet ilişkisinin bulunması yeterli olmayıp aynı zamanda malın tevdi ve tesliminin bu ilişkiden kaynaklanması gerekmektedir¹⁹. Kişiler arasında hizmet ilişkisi bulunması; fakat teslim ve tevdiinin bu ilişkiye bağlı olarak yapılmaması sonucunda hırsızlık suçu gündeme gelebilecektir²⁰. Kişiler arasındaki hizmet ilişkisinin temelinde genel olarak bir hizmet sözleşmesi²¹ yatmaktadır. Fakat hizmet ilişkisi sadece hizmet sözleşmesi ile kurulmaz; iş, istisna, vekalet ve nakliye gibi diğer özel hukukta düzenlenen sözleşmelerle de kişiler arasında hizmet ilişkisinin kurulması mümkündür²².

Hizmet sözleşmesi kapsamında kanundaki tanımından hareketle doktrinde iki husus; ilişkinin sürekli olup olmayacağı ve hizmet ilişkisinden dolayı bir ücret ödenip ödenmeyeceği, tartışmalıdır²³. Suçun oluşması için bir görüşe göre; hizmet

¹⁷ Gündüz, **Malvarlığın Karşı Suçlar**, s. 459; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 22; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 122.

¹⁸ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 122; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁹ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 124.

²⁰ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 125.

²¹ Hizmet sözleşmesi, TBK md. 393/1'de tanımlandığı üzere; "*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*".

²² Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 424; Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 158.

²³ Dursun, "Emniyeti Suistimal Suçu", s. 34.

ilişkisinin süreklilik arz etmesi gerekmezken²⁴, diğer bir görüşe göre ise hizmet ilişkisinin süreklilik arz etmesi gerekmektedir²⁵. Hizmet ilişkisinden dolayı bir ücret ödenip ödenmeyeceği konusunda da doktrinde bir görüş birliği olmayıp bir görüşe göre hizmet ilişkisi çerçevesinde herhangi bir ücret alınması gerekmemekte ve ücret alınmasının aranması nitelikli halin uygulama alanını daraltmakta olduğundan²⁶ bir ücret alınmasa da suçun nitelikli halinin oluştuğu kabul edilmelidir²⁷, diğer görüşe göre ise hizmet ilişkisindeki işin bir ücret karşılığı yapılması gerekmektedir²⁸. Hizmet ilişkisi bağlamında bir ücret ödenip ödenmeyeceği konusundaki diğer bir yaklaşım ise bu konuda suçla korunan hukuki değer göz önünde bulundurularak karar verilmesini savunmaktadır. Zira bu görüşe göre; suçun nitelikli hallerinin düzenlenmesinde kişilerin arasındaki güven ilişkisinin yoğunluğunun dikkate alındığı göz önünde bulundurulduğunda kişiler arasındaki hizmet ilişkisinin ücret karşılığı yapılmasında güven yoğunluğu daha belirgin olduğundan nitelikli halin varlığı için hizmet ilişkisinde bir ücret alınması gerekmektedir²⁹.

Yukarıda da belirtildiği üzere TCK'da, 765 sayılı Kanun md. 510'da olduğu gibi, emanetçi sıfatıyla tevdi veya teslim edilen malların suça konu olması hali ayrıca nitelikli hal içinde belirtilmemiştir. Emanetçi sıfatıyla tevdi veya teslim edilen malların söz konusu olduğu bu nitelikli hal doktrinde hizmet ilişkisi kapsamında değerlendirilerek uygulamada bu durumun uygulamada bir değişiklik yaratmayacağı; fakat teminat olarak verilen malları hizmet ilişkisinde değerlendirmeyip daha ağır bir

²⁴ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 517; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 446; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 642; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 737; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 459; Taneri, **a.g.e.**, s. 181; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 455.

²⁵ Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 89; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 23; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2487.

²⁶ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 518.

²⁷ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 446; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 642; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 737; Taneri, **a.g.e.**, s. 181; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 455.

²⁸ Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 459; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 23; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2487. Menfaat sağlayan bir ilişki sağlamasından dolayı güven ihlali ile suçun daha vahim bir hali olduğu bu nedenle de ücret ödenmesi gerektiği görüşü için bkz. Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 158.

²⁹ Dursun, "Emniyeti Suistimal Suçu", s. 34.

ceza öngören düzenlemenin gerekliliği savunulmuştur³⁰. Bu görüşün aksine Yargıtay “katılan firma ile sanık arasında kurulan ariyet sözleşmesi uyarınca sanığın katılan şirketten satın aldığı dondurmaları satmak ve muhafaza etmek için kendisine emanet olarak buzdolabı teslim edildiği, ancak sonrasında katılan firmanın elemanlarının sanığın işyerine gittiklerinde buzdolabının işyerinde bulunmadığını tespit ettikleri, sanığın talep edilmesine rağmen buzdolabını katılan firmaya teslim etmediği” bir olayda sanığın ticaret ilişkisi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılmasında bir isabetsizlik görmeyip hükmü onayarak emanet edilen mallar üzerinde suçun gerçekleşmesi halini ticaret ilişkisi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirmiştir³¹. Bu nedenle kanaatimizce emanet edilen malların hangi nitelikli hal içerisinde değerlendirileceğinin belirlenmesinde emanet edilen malın emanet edilmesine neden olan ilişkiye bağlı olarak karar verilmelidir.

B. Failin Sıfatı Nedeniyle Nitelikli Unsurlar

1. Failin Meslek ve Sanat İcra Eden Kişi Olması

Güveni kötüye kullanma suçunun diğer bir nitelikli hali de failin sıfatından kaynaklanan bir hal olarak failin meslek ve sanat icra eden kişi olması halidir. Bu nitelikli halin düzenlenmesinin temel sebebi kişilere belirli bir meslek ve sanat icra etmelerinden dolayı duyulan güvenin normal bir insana duyulandan daha fazla ve özel olmasından kaynaklanmaktadır³². Meslek ve sanat yürüten kişiler, gerek bu işi yürütmelerinden dolayı gerekse de çoğunun işyeri açmasından dolayı toplumda tanınıp bilinmektedirler. Bu nedenle de meslek ve sanatlarını işyerleri kapsamında yürüten kişilere, işyeri olmadan aynı işi yapan kişilerde olduğu üzere yeterince

³⁰ Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 455; Taneri, **a.g.e.**, s. 181; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 736; Ayrıca emanetçi sıfatıyla malın teslim edilmesini meslek ve sanat icra eden kişiler kapsamında ele alan görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 446. Malın teminat olarak teslim edilmesi halini de hizmet ilişkisi altında değerlendiren görüş için bkz., Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2468. Ayrıca malın teminat olarak teslim edilmesi halinin ticaret ilişkisi içerisinde değerlendirme için “Ticaret İlişkisi” başlığına bakınız.

³¹ Yargıtay 15. Ceza Dairesi, T. 06.10.2016, E. 2014/3329, K. 2016/7436, Erişim: Kanunum, E.T. 15.02.17.

³² Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 177.

araştırma yapma gereği bile duymadan duyulan güven de bu kişilere meslek ve sanat icra etmeyen kişilerden daha fazla güvenilmesinin bir göstergesidir³³. Bunlara ek olarak daha önce de belirtildiği üzere bir kişinin bir meslek ve sanat icra etmesi ve güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi halinde sadece bu kişiye olan güven değil aynı zamanda kişinin icra ettiği meslek ve sanata olan güven de zarar görmektedir. Tüm bu nedenlerle de meslek ve sanat faaliyeti yürüten bir kişi ile kurulan bir hukuki ilişkiye aykırı olarak bir meslek erbabının yürüttüğü faaliyetten dolayı kendisine tevdi ve teslim edilen mallar üzerinde söz konusu ilişkiye aykırı tasarrufları güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir³⁴.

Söz konusu nitelikli halin oluşmasını sağlayan meslek ve sanat ibaresinin anlamına kısaca değinilirse meslek ve sanat, sürekli olarak icra edilen ve geçimin sağlandığı bir iş olarak tanımlanmaktadır³⁵. Bedeni ve fikri çalışma ve becerilerine göre faaliyet gösteren bu kişilere örnek olarak; berber, tamirci, boyacı, yazar, ressam, heykeltıraş gibi işlerle uğraşan kişiler gösterilebilir³⁶. Bir işi asıl mesleği olmadan amatörce ve geçici olarak yapan bir kimseye malın teslim edilmesi halinde bu kişinin suça konu fiilleri gerçekleştirmesi ise suçun nitelikli halini oluşturmamaktadır³⁷. Burada süreklilik arz eden kişinin meslek ve sanat olarak nitelendirilen işi sürekli olarak yapmasıdır, aksine mağdur ile arasındaki ilişkinin sürekli olması aranmamaktadır³⁸. Böylece genelde meslek ve sanat çerçevesindeki ilişkilerde, aralarında hizmet sözleşmesi olmayan kişiler bu mesleği sürekli olarak yapan kişilerle söz konusu hizmet için anlaşmaktadırlar³⁹. Bu noktada hizmet ilişkisinden doğan nitelikli hal ile söz konusu nitelikli hal arasındaki farklılık doğmaktadır. Ayrıca bunlara ek olarak, hizmet ve ticaret ilişkisinde de olduğu üzere, suça konu malın kişiye icra ettiği meslek ve sanat nedeniyle ve meslek gereği tevdi ve teslim

³³ Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 459; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 20.

³⁴ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 641.

³⁵ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 446; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 256; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 459; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 20.

³⁶ Gündel, **Güveni Kötüye Kullanma Suçları**, s. 407.

³⁷ Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 256.

³⁸ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 21.

³⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5021.

edilmesi gerekmektedir⁴⁰. Mesleğin icrası ile malın teslimi arasında bir neden-sonuç ilişkisinin bulunmaması halinde nitelikli hal gerçekleşmez⁴¹.

2. Failin Hangi Nedenden Doğmuş Olursa Olsun Başkasının Mallarını İdare Etme Yetkisi Olan Kişi Olması

TCK md. 155/2 uyarınca güveni kötüye kullanma suçunun incelenecek son nitelikli hali; failin hangi nedenden doğmuş olursa olsun başkasının mallarını idare etme yetkisi olan kişi olması halinde suçu işlemesidir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için daha önceki açıklamalarda olduğu üzere kişiler arasında meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin bulunması veya tevdi ve teslimin bu ilişkiler nedeniyle gerçekleşmesi de aranmamaktadır⁴². Söz konusu nitelikli hal kapsamında asıl önemli olan başkasının mallarını idare etme yetkisinin tanınması olup kişinin bu yetkiyi hangi nedenden kaynaklandığı⁴³ ve ne şekilde elde ettiği önemli değildir⁴⁴. Failin başkasının mallarını idare etme yetkisi bir sözleşmeden, yönetmelikten, kanundan, bir mahkeme kararı ile resmi makam ve merciler tarafından verilen bir yükümlülükten de kaynaklanabilir⁴⁵. Ayrıca nitelikli hal kapsamında başkasının mallarını idare etme yetkisi olan kişiler; kişinin malvarlığını yönetmek için atanan vasi, kayyım, veli, vekil, tasfiye memurları, şirket genel müdürü, yöneticileri ya da temsilcileri de olabilir⁴⁶. Bu kişilerin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan tipik fiilleri gerçekleştirmesi sonucunda bu kişiler TCK md. 155/2 uyarınca suçun nitelikli halinden cezalandırılırlar.

⁴⁰ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 516; Taneri, **a.g.e.**, s. 181.

⁴¹ Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 455.

⁴² Meraklı, **a.g.m.**, s. 1693; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 697; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 736.

⁴³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 697.

⁴⁴ Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 257.

⁴⁵ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 27; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 446.

⁴⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5025; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 27; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2487.

C. Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Nitelikli Haller

Sermaye Piyasası Kanunu'nda güveni kötüye kullanma suçuna açıkça yapılan atıfla güveni kötüye kullanma suçunun özel bir nitelikli hali düzenlenmiş olup söz konusu gönderme nedeniyle nitelikli hal başlığı altında SPK'daki düzenlemeler genel olarak incelenecektir. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda bu nitelikli halleri oluşturan davranışlar 47/1(A-6). maddenin 15'inci maddeye yaptığı atıfla örtülü kazanç aktarımı suçunu bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenip suçun güveni kötüye kullanma ile ilişkisi içtima kuralları çerçevesinde çözülmüşken 6362 sayılı SPK'da bu sistem terk edilmiş olup söz konusu fiiller kapsamı genişletilerek güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir⁴⁷. 6362 sayılı SPK'da, TCK md. 155/2'de nitelikli hal oluşturan meslek sanat, ticaret, hizmet ilişkisine veya idare etme yetkisine aykırı davranışlara uygun bir şekilde kişilerin sermaye piyasasından kaynaklanan ilişkilerinin ve hukuki statüsünün kötüye kullanması önlenmek istenmiştir⁴⁸. Sermaye piyasaları devletin ekonomik düzeninde önemli bir yere sahip olup bu işlevini yerine getirebilmesi için de yatırımcıların bu piyasaya güven duymaları gerekmektedir; aksi halde yatırımcılar kendilerini sermaye piyasalarından çekerler ve bu durum da devletin ekonomik sisteminin çalkalanmasına sebep olur⁴⁹. Bu nedenle de SPK'da düzenlenen suç kapsamında sermaye piyasasına duyulan güvenin ve böylece de piyasanın istikrarının sağlanabilmesinin suçla korunduğu ve suçun güveni kötüye kullanma suçunun özel bir nitelikli hali olduğu söylenebilir.

SPK'nın 110. maddesi uyarınca suçun nitelikli hali aşağıda belirtildiği şekilde olup nitelikli hal kapsamında a bendi ile b ve c bendi ayrı ayrı incelenecektir:

⁴⁷ Ahmet Arslan, "Yeni Bir Sermaye Piyasası Suçu: Güveni Kötüye Kullanmak", **BFHD**, C.3, s. 9, Legal Yayıncılık, 2014, s. 216.

⁴⁸ Ahmet Caner Yenidünya, Can Canpolat, "Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu", **BFHD**, Cilt: 3, Sayı: 9, Legal Yayıncılık, 2014, s. 109.

⁴⁹ Selman Dursun, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 249; Yenidünya/Canpolat, "Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu", s. 115.

“(1) Aşağıdaki fiiller güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturur; ancak bu durumda 5237 sayılı Kanununun 155 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre hükmolunacak ceza üç yıldan az olamaz:

a) Yatırım kuruluşuna, 58 inci madde kapsamındaki fon kuruluna ve 59 uncu madde kapsamındaki teminat sorumlularına; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veya her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satmak, kullanmak, rehnetmek, gizlemek veya inkâr etmek

b) Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak (...) örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak

c) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunarak kârlarını veya malvarlıklarını azaltmak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek”

1. Kurumların Güveni Kötüye Kullanması

SPK'nın 110. maddesine bakıldığında ikili bir ayırım olarak; a bendinde belirli kurullara veya kişilere belirli amaçlar çerçevesinde tevdi ve teslim edilen şeylerin kendisinin veya başkasının menfaatine satmak, kullanmak, rehnetmek, gizlemek veya inkâr etmek fiillerinin, b bendinde ise örtülü kazanç aktarımı doğuran hareketlerin düzenlendiği gözükmektedir. İlk olarak birinci bende kısaca değinilirse burada hem

765 sayılı Kanun'da hem de TCK'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçuna büyük bir benzerlik söz konusudur. Nitelikli hali oluşturan fiiller, suçun temel şeklini oluşturan fiiller ile aynı nitelikte ve zilyetlik devri amacı dışında tasarrufta bulunma ve devir olgusunu inkar etme hareketlerinin kapsamında olup bunlar fiil başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Suçun temel şeklinde de açıklandığı üzere suçun oluşması için söz konusu hareketlerin kendisinin veya başkasının menfaatine olarak gerçekleştirilmiş olması yeterli olup bu hareketlerden bir menfaat sağlanması gerekmemektedir. Söz konusu fiillerin gerçekleştirilmesi ile suç oluşmaktadır.

Maddenin a bendi açısından suçun konusunu sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymet oluşturmaktadır. Sermaye piyasası araçları, tanımlara ilişkin SPK'nın 3. maddesinde tanımlandığı üzere menkul kıymetler⁵⁰ ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları olarak tanımlanmaktadır. A bendi uyarınca suçun nitelikli unsurunun konusunu bu sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer kıymetler oluşturup bu nitelikte olmayan değerler nitelikli hal kapsamında değerlendirilmez⁵¹. Hisse senetleri, tahviller, kâr ve zarar ortaklığı belgeleri, gayrimenkul sertifikaları, yatırım fonu katılma belgeleri, menkul kıymetlere örnek olarak gösterilebilir⁵². Ayrıca 3. maddede belirtildiği üzere de Kurulun sermaye piyasası araçlarını belirlemede etken ve özgür olduğu da suçun konusunun belirlenmesinde nazara alınmalıdır.

Suçun konusu olan sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymetin maddede belirtilen kurul, kuruluş ve kişilere kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilmiş olması gerekir. Maddede her ne kadar tevdi ve teslim ibaresi belirtilmiş olsa da bu konuda suçun nitelikli hali altında yapılan açıklamalarda da değindiğimiz üzere tevdi ve teslim ile kast edilen zilyetliğin devri olmalıdır. Kayden veya fiziken ibarelerine de kısaca değinilirse; günümüzde sermaye piyasasında

⁵⁰ Menkul kıymetler SPK'nın 3. maddesi uyarınca "*para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere; 1) Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını, 2) Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarını*" ifade eder.

⁵¹ Dursun, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, s. 253.

⁵² **A.e.**, s. 16-17.

SPK'nın 13. maddesi uyarınca kaydi sistem esas sistem olarak kabul edilmiş olup sermaye piyasası araçlarının fiziken tevdi ve teslim edildiği haller de tabii ki görülmektedir⁵³. Söz konusu kaydileştirme elektronik ortamda SPK md. 13 ve Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma Ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik'te⁵⁴ düzenlendiği üzere Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından gerçekleştirilmekte ve takip edilmektedir. Söz konusu suç konusu şeylerin de belirtildiği üzere kayden veya fiziken tevdi ve teslim edilmesi gerekmekte olup tevdi ve teslim ile suçun temel şeklinde de olduğu üzere suç konusunun mülkiyeti geçirilmemelidir. Ayrıca maddede düzenlendiği üzere söz konusu tevdi ve teslimin sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veya her ne nam altında olursa olsun gerçekleşmesi gerekmektedir. Madde metninde suç konusu şeylerin tevdi ve teslimini doğuran sermaye piyasası faaliyetleri sebebi veya emanetçi sıfatı veya idare etmek gibi sebep ve amaçlara bakılırsa suçla temel olarak yukarıda da değinildiği üzere kişilerin güvenlerinin korunmak istendiği söylenebilir. Nitekim zaten bu ilişkilerden emanetçi sıfatıyla veya teminat veya idare etmek için tevdi ve teslimin 765 sayılı Kanun'da da suçun nitelikli halini oluşturduğu önceki başlıklar altında değinilmişti. Burada bunlara ek olarak nitelikli halin özel düzenlemesinden kaynaklanan sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle tevdi ve teslim etme aranmaktadır.

Nitelikli halin oluşması için suç konusunun sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymet olması ve bunların madde metninde belirtilen amaç ve nedenlerle kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilmiş olması gerekmekte olup bunlar nitelikli hal için yeterli değildir. Bu unsurlara ek olarak suç konusu şeylerin belirli kuruluş, kurul veya kişilere tevdi ve teslim edilmesi de gerekmektedir. Bunlar; yatırım kuruluşu, 58 inci madde kapsamındaki fon kurulu ve 59 uncu madde kapsamındaki teminat sorumlularıdır. SPK md. 3/1-v uyarınca yatırım kuruluşu; *aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları* ifade

⁵³ Yenidünya/Canpolat, "Sermaye Piyasası Kanununda Güveni Kötüye Kullanma", s. 144.

⁵⁴ Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma Ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 07.08.2014, Resmi Gazete Sayısı: 29081, md. 9/1-a.

eder. Fon kurulu ise ipoteğe veya varlığa dayalı menkul kıymetlerin sahiplerinin haklarını korumak amacıyla fonu temsil eden ve yöneten kuruldur. Kurumlar kapsamında genel olarak işlevlerine değinilirse sermaye piyasası kurumları; esasında yatırımcılardan ihraççılara yönelik ve sermaye piyasası araçlarıyla sağlanan fon akışının gerçekleşmesine, fon arz ve talebine aracılık, danışmanlık yaparak veya fonların yönetimi, sermaye piyasası araçlarının saklanması, derecelendirilmesi, sermaye piyasası kurumlarının denetlenmesi gibi yollarla yardımcı olmaktadır⁵⁵. Böylece madde metninde belirtildiği üzere sayılan kurumlara belirtilen sebep ve amaçlar doğrultusunda kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine olarak satan, kullanan, rehmeden, gizleyen, inkar eden güveni kötüye kullanma suçunun özel nitelikli halinden cezalandırılacaktır⁵⁶.

2. Örtülü Kazanç Aktarımı

Güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini oluşturan diğer davranışlar ilgili maddenin birinci fıkrasının b ve c bendinde örtülü kazanç aktarımı suçu olarak düzenlenmiştir. Fıkranın b bendine göre; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulayan veya örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltan kişi güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden cezalandırılmaktadır. Fıkranın b bendindeki nitelikli hal açısından suçun konusunu halka açık anonim ortaklıkların kar ve malvarlıklarını oluşturmaktadır. Halka açık anonim ortaklıklar, SPK'nın 3. maddesinin e bendinde de belirtildiği üzere, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan⁵⁷ anonim ortaklıkları ifade eder. Ortaklığın halka arz edilmesi aynı maddenin f bendine göre, sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her

⁵⁵ Dursun, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, s. 19.

⁵⁶ Murat Sadak, **Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 73.

⁵⁷ Halka arz edilmiş sayılan halka açık anonim ortaklıklar ise SPK'nın 16. maddesinde tanımlandığı üzere; *payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıklardır*.

türlü yoldan yapılan genel bir çağrıyı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satışı ifade eder. Halka çağrıda bulunma; basın, radyo, televizyon gibi çeşitli araçlarla duvara ilan yapıştırma, evlere broşür yollama veya banka ve benzeri yerlerin gişelerinde broşür verme şeklinde gerçekleştirilebilir⁵⁸. Fıkranın c bendi açısından suçun konusu ise halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları⁵⁹ ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının karları ve malvarlıklarıdır. Bu bağlamda halka açık ortaklıkların ve kolektif yatırım kuruluşlarının iştirak ve bağlı ortaklıklarına da kısaca değinilirse bu iki kavramın kapsamı Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Bu kavramlarla ilgili açıklamalara Kurul'un Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği (II-14.1)⁶⁰ ile yürürlükten kalkan XI. seri ve 1 numaralı tebliğinin 3 numaralı ekinde⁶¹ yer verilmiştir. Düzenlemeye göre iştirak *“bir ortaklık ile işletme arasında, söz konusu ortaklığın yönetimine ve ortaklık politikalarının belirlenmesine katılma anlamında devamlı bir bağ yaratan, doğrudan veya dolaylı sermaye ve yönetim ilişkisini ifade eder”*. Ayrıca yine bahsedilen tebliğe göre *“işletmenin doğrudan veya dolaylı olarak en az yüzde elli oranında oy hakkına veya en az bu oranda yönetim çoğunluğunu seçme hakkına sahip olduğu iştirakleri bağlı ortaklık olarak kabul edilir”*. Söz konusu fiillerin suçun nitelikli halini oluşturabilmesi için b ve c bendi birlikte değerlendirildiğinde mutlaka halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları söz

⁵⁸ Sevinç Akbulak, Yavuz Akbulak, **Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler**, İstanbul, Beta Basım, 2004, s. 9.

⁵⁹ SPK md.3/1-m’de tanımlandığı üzere *yatırım fonlarını ve yatırım ortaklıklarını ifade eder*. Bu bağlamda yatırım fonları ve yatırım ortakları açıklanırsa yatırım fonu; SPK md.52 hükmü uyarınca *“tasarruf sahiplerinden fon katılma payı karşılığında toplanan para ya da diğer varlıklarla, tasarruf sahipleri hesabına, inançlı mülkiyet esaslarına göre Kurulca belirlenen varlık ve haklardan oluşan portföy veya portföyleri işletmek amacıyla portföy yönetim şirketleri tarafından fon iç tüzüğü ile kurulan ve tüzel kişiliği bulunmayan mal varlığı anlamına gelir*. SPK md.48 uyarınca da yatırım ortaklıkları; *sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, girişim sermayesi yatırımları ile Kurulca belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyleri işletmek amacıyla, paylarını ihraç etmek üzere kurulan sabit veya değişken sermayeli anonim ortaklıklardır”*.

⁶⁰ Kurul’un 13.06.2013 tarihli ve 28676 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği (II-14.1) için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=9.5.18477&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>

⁶¹ Kurul’un 29/01/1989 tarihli ve 20064 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sermaye Piyasasında Mali Tablo ve Raporlara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliği (Seri: XI, No: 1), <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20064.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20064.pdf>

konusu olması gerekmektedir; örneğin halka kapalı ortaklıklar veya iştirak ve bağlı ortaklık niteliği taşımayan tüzel kişiler örtülü işlemin tarafı olamazlar⁶².

Suçun konusu her iki bent açısından da belirtilen kuruluşların ve ortaklıklarının kârları ve malvarlıklarıdır. Tipik fiiller neticesinde suçun konusu olan b bendi açısından sadece halka açık ortaklıklarının c bendi açısından ise halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının kârları ve malvarlıklarının azalması veya artmasının engellenmesi sağlanmalıdır. Dolayısıyla belirtilen kuruluşların ve ortaklıkların kâr ve malvarlıkları üzerinde bir zararın meydana gelmesi aranmakta ve bu nedenle de suç, zarar suçu niteliğini taşımaktadır⁶³. Böylelikle suçun maddi unsurunu oluşturan işlemlerin yapılmasıyla bahsi geçen ortaklıkların kârında veya malvarlığında herhangi bir azalma veya artmasının engellenmesi, yani belirtilen kuruluş ve ortaklıkları olumsuz etkileyen bir sonuç meydana gelmezse suçun nitelikli hali meydana gelmemektedir⁶⁴. Bu nedenle nitelikli hal doğuran işlemlerin kâr ve malvarlığı azalan taraf belirtilen ortaklıklar, kuruluşlar ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları iken işlemin diğer tarafı için SPK'da kârı ve malvarlığı azalacak tarafta olduğu gibi herhangi bir sınırlandırma öngörülmemiş olup diğer taraf, sadece gerçek ya da tüzel kişi olarak belirtilmiştir. Fakat kanunda her ne kadar örtülü işlemin diğer tarafı için bir sınırlandırma getirilmese de her iki taraf arasında yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız bir ilişki aranmaktadır. Eğer yönetim, denetim ve sermaye ilişkisi arada bir veya daha fazla kişi olmadan gerçekleştiriliyorsa doğrudan ilişki, aksi halde ise dolaylı ilişki söz konusu olmaktadır⁶⁵. Taraflar arasındaki bu doğrudan veya dolaylı ilişki madde metninde belirtildiği üzere; yönetim, denetim veya sermaye bakımından gerçekleştirilmelidir⁶⁶.

⁶² Yenidünya/Canpolat, "Sermaye Piyasası Kanununda Güveni Kötüye Kullanma", s. 137.

⁶³ Dursun, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, s. 323; Sadak, **Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, s. 139.

⁶⁴ Nahit Akar Karasu, "Örtülü Kazanç ve Sermaye Aktarımı", **Banka ve Finans Hukuku Panel ve Seminer Notları**, Haz. Celal Ülgen, Coşkun Ongun, İstanbul Barosu Yayınları, 2009, s. 360.

⁶⁵ Dursun, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, s. 350.

⁶⁶ Şirketin yönetim bakımından ilişkili bulunduğu kişiler; şirketteki görevleri veya sermayeleri nedeniyle şirket yönetimi bakımından bağımlı bulunduğu kişiler olup görev ve yetkileri nedeniyle şirketin bağımlı bulunduğu kişiler; şirkette karar alınmasını sağlayabilecek yönetici; örneğin yönetim

Ayrıca b bendi uyarınca halka açık ortaklıkların kârını ve malvarlığını azaltma neticesi kanunda öngörülen örtülü işlemlerle gerçekleştirilmelidir. Bu örtülü işlemler emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulama şeklinde olabilir. Fıkranın c bendi açısından ise söz konusu neticelerle kanunda belirtilen ortaklıklar ile kuruluşlar ve bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının kâr ve malvarlıklarının azaltılması veya artmasının engellenmesi neticesi, belirtilen ilişkilerde bulunan kişilerle; emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapılması veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmasıyla gerçekleşebilir. Kanunda belirtilen örtülü kazanç işlemlerine, KVK'nın 13. maddesi⁶⁷ ve mahkeme kararları da nazara alındığında; şirket tarafından mal ve hizmet alım satımı ve imalat ilişkilerinin yapılması veya yaptırılması, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para verme işlemleri ile ücret, ikramiye ve benzeri ödemelerin dağıtımı örnek olarak gösterilebilir⁶⁸.

Her iki düzenlemeye bakıldığında b bendinde suçun oluşması için emsallerine göre bariz farklı örtülü işlemlerde bulunulması gereklidir, c bendinde ise işlemler gibi denilerek örnekleme yöntemiyle belirtilip hem sınırlı sayıda sayılmamış hem de işlemlerin sadece emsallerine uygunluk ilkesine aykırı olması gibi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Böylece aslında c bendi incelendiğinde her ne kadar örtülü ibaresi bulunmasa da düzenleme b bendine kıyasla daha geniş bir mahiyette olduğundan c bendinin b bendini bünyesinde barındırdığı ve kapsadığı açıkça görülmekte ve bu

kurulu üyeleri, üst düzey memurlar, genel müdür durumundaki kişilerdir. Bu kişilerle gerçekleşen yönetim bakımından ilişki doğrudandır. Yönetim bakımından dolaylı ilişkiye örnek olarak ise, sermayeleri nedeniyle şirketin yönetim bakımından bağımlı bulunduğu kişiler örnek gösterilebilir. Çünkü bu kişiler ancak şirketteki sermayeleri nedeniyle alınacak kararları dolaylı olarak etkileyebilirler. Şirketin denetim bakımından ilişkili bulunduğu, şirketle ilişkisi hesap ve faaliyetlerin denetimi olan kişiler ise; denetçi, müfettiş, bağımsız dış denetçi vb.'dir. Şirketin sermaye bakımından ilişkili olduğu kişiler; şirketin ortağı olan ve ortaklarının ilgili bulunduğu kişilerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulak/Akbulak, **a.g.e.**, s. 394.

⁶⁷ KVK md. 13/1: "*Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir*".

⁶⁸ Akbulak/Akbulak, **a.g.e.**, s. 395-400.

nedenle de b bendinin ayrıca düzenlenmesine gerek olmadığı yönünde çeşitli eleştiriler meydana gelmektedir⁶⁹. Ayrıca iki bent arasındaki “gibi” ibaresinin bulunup bulunmamasından kaynaklanan farklılık doktrinde eleştirilmektedir. B bendinde yer alan “gibi örtülü işlemlerde bulunmak” ibaresindeki “gibi” ifadesini Anayasa Mahkemesi, 14.11.2013 tarih ve 2013/24 E. 2013/133 K. sayılı kararı⁷⁰ ile iptal etmiştir. Fakat aynı durum c bendindeki düzenleme için söz konusu olmamıştır ve c bendinde “gibi” ibaresi halen varlığını korumaktadır. B bendindeki “gibi” ifadesinin belirli ve öngörülebilir olmadığı ve muğlaklık taşıdığından dolayı Anayasa’daki belirlilik kuralını ihlal ettiğiinden bahisle Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edildiği düşünülürse c bendindeki gibi ibaresinin iptal edilmemesi de belirlilik ilkesi açısından Anayasa’ya aykırılık doğurmaktadır ve bu varsayımda bu bentteki gibi ibaresi de aynı gerekçelerle yeniden düzenlenmelidir⁷¹. Kendi içerisinde çelişkiler taşıyan bu durum esasında zaten yukarıda da değinildiği üzere c bendindeki düzenlemenin b bendini kapsar nitelikte olduğu göz önüne alındığında uygulamada zaten işlevsel bir önem taşımamaktadır⁷².

Sonuç olarak SPK’nın 110. maddesindeki düzenlemeler, 2499 sayılı SPK’daki gibi bağımsız bir suç olarak değil 6362 sayılı SPK’da sermaye piyasasının özellikleri de nazara alınarak güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halleri olarak ve güveni kötüye kullanma suçunun sermaye piyasası bünyesinde özelleştirilmiş hali olarak düzenlenmiştir⁷³. Kanunda belirtilen fiillerin belirli ilişkiler çerçevesinde gerçekleştirilip kar ve malvarlığında azalma veya artmasının engellenmesine neden olunmasında kişi güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden cezalandırılır ve düzenlemeye göre TCK md. 155/2’ye göre hükmolunacak ceza üç yıldan az olamaz.

⁶⁹ Yenidünya/Canpolat, “Sermaye Piyasası Kanununda Güveni Kötüye Kullanma”, s. 136.

⁷⁰ <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, E.T. 01.03.17.

⁷¹ Yenidünya/Canpolat, “Sermaye Piyasası Kanununda Güveni Kötüye Kullanma”, s. 140.

⁷² Sadak, **Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, s. 84.

⁷³ Caner Yenidünya, “Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler”, **İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 89.

II. KUSURLULUK

Bir kişinin cezalandırılabilmesi için kişinin suç oluşturan fiilleri gerçekleştirmesi yeterli olmayıp buna ek olarak failin kişisel olarak da kusurlu bulunması gerekmektedir⁷⁴. Kusurluluk suç teşkil eden hareketlerin bir vasfı değil işlediği suçtan dolayı failin bir insan olarak hangi şartlarda sorumlu tutulabileceği ve kınanabilirliği hakkında bulunulan bir yargıdır⁷⁵. Kişinin kusur durumunun belirlenmesinde başka türlü hareket imkanının bulunup bulunmadığına bağlı olarak hareket edilmelidir⁷⁶. Örneğin eğer bir olayda bir mazeret nedeni varsa bu durumda söz konusu hareket suç olmaktan çıkmaz sadece söz konusu haller nedeniyle kişi içinde bulunduğu durumdan dolayı sorumlu tutulup kınanamaz⁷⁷. Güveni kötüye kullanma suçu bağlamında görülme ihtimali olan mazeret sebeplerinden zorunluluk hali ve cebir tehdit altında suçun işlenmesi halleri incelenecektir.

A. Zorunluluk Hali

Zorunluluk hali, TCK md. 25/2’de düzenlenmiş olup madde uyarınca “*gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*”. Görüldüğü üzere zorunluluk halinde kişinin ya ağır ve muhakkak bir tehlike altında bulunan hakkından vazgeçmesi ya da bu hakkını tehlikeden kurtarmak için başkasının hakkına zarar vermesi söz konusu olmakta ve kişi bu iki durum arasında bir tercih yapmaktadır⁷⁸. Başlık altında zorunluluk halinin şartları ayrıntılı olarak incelenmeyecek olmakla birlikte failin Kanun’da belirtilen şartlar altında suçu

⁷⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 367; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 480.

⁷⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 480; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 370.

⁷⁶ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s. 304.

⁷⁷ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 406; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 421.

⁷⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 493.

gerçekleştirmesi halinde kusuru bulunmaz ve fail bu hareketlerinden dolayı cezalandırılmaz.

Güveni kötüye kullanma suçu açısından zorunluluk hali incelenirse; ağır ve muhakkak bir tehlike söz konusu olduğunda bu tehlikeden kurtulmak için muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş mal üzerinde zilyetlik devri amacı dışında tasarrufta bulunan kimse için zorunluluk hali söz konusu olmaktadır⁷⁹. Ayrıca güveni kötüye kullanma bağlamında zorunluluk haline; kişiye emaneten bırakılmış bir eşyanın hastalık sonucu ilaç almak için satılmak zorunda olunması⁸⁰ veya emaneten bırakılmış bir arabanın acil bir hastayı hastaneye taşımada kullanılması⁸¹ veya kişiye kullanmayıp saklanması için verilen cep telefonunun çok zor durumda kalınıp kullanılması⁸² veya iflas etmenin eşiğinde olan bir kişinin içinde bulunduğu durumdan kurtulmak için gerçekleştirdiği fiiller örnek olarak verilebilir.

B. Cebir- Tehdit

TCK md. 28 uyarınca “*karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.*” Böylelikle söz konusu madde ile maruz kaldığı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit nedeniyle Kanun’da suç olarak düzenlenen fiilleri gerçekleştiren kişi gerçekleştirdiği bu fiillerden dolayı kusurlu bulunmamakta ve cezalandırılmamaktadır⁸³. Aslında kişinin burada kusurlu

⁷⁹ Suç bağlamında zorunluluk halini kabul edip hukuka uygunluk nedeni olarak gören yazarlar için bkz.: Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 458; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 698; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 119; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5020.

⁸⁰ Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2768.

⁸¹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 20.

⁸² Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5020.

⁸³ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 402.

bulunmamasının asıl sebebi belirtilen bu durumlara maruz kalan kişinin iradesinin zorlanmış ve özgür olmamasından kaynaklanmaktadır⁸⁴.

Cebir; kişinin karşı koyamayacağı ve kurtulamayacağı maddi/fiziki bir zorlama ve şiddet ile suç işlemek durumunda kalması olarak tanımlanmaktadır⁸⁵. Nitekim bu tanım TCK'nın 108. maddesinde düzenlenen cebir suçunun gerekçesinde verilen tanımla da uyumaktadır⁸⁶. Burada kusursuzluk için asıl önemli olan kişinin söz konusu cebir ve şiddete karşı koyamayacak ve bunlardan kurtulamayacak durumda olması ve bunların etkisinde suçu işlemesidir. Tehdit ise bir kişiye ağır ve muhakkak bir zarara uğratılacağından bahsedilerek kişinin korkutulmasıdır⁸⁷. Böylelikle tehditte kişi, henüz var olmayan ama ileride meydana gelebilecek ağır ve muhakkak bir zarardan kendisini veya başkasını korumak amacıyla tehdit ile gerçekleştirilmesi istenen suçu işlemektedir⁸⁸. Söz konusu bu durumlarda failin başka şekilde hareket etme özgürlüğü tamamen veya kısmen elinden alındığından fail söz konusu hareketlerden dolayı sorumlu tutulmamaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan fiillerin de maruz kalınan bir cebir veya tehdit nedeniyle gerçekleştirilmesi mümkündür. Kişi muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş mal üzerinde zilyetlik devir amacı dışında tasarrufta bulunmaya ya da devir olgusunu inkar etmeye zorlanabilir⁸⁹. Örneğin çok değerli bir eşyayı emaneten elinde bulunduran kişinin eşyayı vermemesi halinde öldürülmekle tehdit edilmesi ve bu nedenle mecbur

⁸⁴ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 422; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 342.

⁸⁵ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s. 311; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 432; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 422.

⁸⁶ TCK'nın 108. maddesinin gerekçesindeki cebir tanımı: "*Latince karşılığı "vis compulsiva" olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir.*

Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Buna karşılık, tehdit hâlinde, kişi bir tecavüzün, kötülüğün ileride meydana geleceği bildirilerek korkutulmaktadır".

⁸⁷ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 423.

⁸⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 433; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 502.

⁸⁹ Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2768.

kalarak eşyayı tehdit eden kişiye vermesi halinde kişi tehdit yoluyla güveni kötüye kullanma suçunu işlemeye zorlanmıştır. Burada kişinin özgür iradesi etkilendiğinden ve tehdit nedeniyle içinde bulunduğu korku duygusuyla hareketini gerçekleştirdiğinden kişi güveni kötüye kullanma suçunun faili olarak cezalandırılmayacak; aksine madde uyarınca cebir kullanan ya da tehdit eden kişi suçun faili olarak cezalandırılacaktır⁹⁰.

III. CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN DİĞER KOŞULLARI

A. Şahsi Cezasızlık veya Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler

Şahsi cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler, failin suçu gerçekleştirirken aslında var olan bazı kişisel özellikler veya ilişkilerden dolayı kişinin gerçekleştirdiği suçtan dolayı cezalandırılmamasını ya da cezasında indirim yapılmasını sağlayan nedenlerdir⁹¹. Bu nedenler kişisel ve şahsa bağlı olduklarından iştirak halinde işlenen suçlarda yalnızca bu özelliklere sahip olan fail cezasızlık ya da cezada indirim nedenlerinden faydalanmaktadır⁹². Ayrıca söz konusu bu nedenlerin fail tarafından bilinmesine de gerek yoktur⁹³. Bir alt başlıkta yer alan etkin pişmanlık ise cezayı kaldıran veya azaltan şahsi bir sebep olarak kendini göstermektedir ve başlık altında ayrıntılı olarak inceleneceği üzere suç işleme anında var olmayan suçun tamamlanmasının ardından failin gösterdiği pişmanlık ile failin cezalandırılabilirliğine etki etmektedir⁹⁴. Böylece tipik, hukuka aykırı ve de kusurlu bulunan hareketler haksızlığa ve kusura bağlı olmayan nedenlerle cezalandırılmamakta veya cezasında indirime tabi tutulmaktadır⁹⁵. Bir şahsi cezasızlık sebebinin veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebebin

⁹⁰ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 342-343.

⁹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 571.

⁹² Demirbaş, **a.g.e.**, s. 673.

⁹³ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 178.

⁹⁴ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 428.

⁹⁵ Zeynep T. Kangal, "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C.7, Sayı: 85-86, 2011, s. 40.

veya etkin pişmanlık halinin bulunması görüldüğü üzere yalnızca verilecek ceza üzerinde etkili olup gerekçede de belirtildiği üzere fiilin suç olma vasfını değiştirmektedir⁹⁶.

İlk olarak inceleneceği üzere şahsi cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler, TCK'nın 167. maddesinin sırayla birinci ve ikinci fıkrasında yağma ve nitelikli yağma suçları hariç malvarlığına karşı suçlar bölümünde yer alan suçlarda uygulanmak üzere düzenlenmiştir. 765 sayılı Kanun'da da malvarlığına karşı suçlar açısından aynı şahsi cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler düzenlenmiş olup TCK'dan farklı olarak 765 sayılı Kanun'da yalnızca yağma suçu ve nitelikli hali değil bunlara ek olarak hakkı olmayan yere tecavüz, mala zarar vermenin nitelikli halleri ve hayvan öldürme suçlarına da bu indirim ve şahsi cezasızlık sebepleri uygulanmamaktadır⁹⁷. Kanun koyucu suçun belirli akraba ilişkileri içerisinde işlenmesine bağlı olan bu şahsi cezasızlık ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepleri kişiler arasındaki akrabalık derecelerine göre belirlemiştir. Her iki fıkra açısından da gerek cezalandırılmama gerekse de cezada indirim için belirtilen akrabalık bağlarının veya beraber yaşama olgusunun aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere suçun işlendiği esnada var olması gerekmektedir⁹⁸. Suçu gerçekleştirdiği sırada bu bağları olmayan fail veya bu akrabalık bağlarına sahip olmayan diğer suç ortakları cezayı kaldıran veya indiren sebeplerden faydalanamaz⁹⁹.

Ayrıca kanun maddesinde de açıkça belirtildiği üzere failin suç teşkil eden fiillerini üçüncü bir şahsın değil belirtilen akrabalarının zararına gerçekleştirmesi gerekmektedir¹⁰⁰. Fakat netice başlığı altında da ayrıntılı olarak ele alındığı üzere suç sırf hareket suçu olduğundan suçu oluşturan hareketler sonucunda bir zararın ortaya çıkması aranmamaktadır. Bu nedenle madde gerekçesinde de belirtildiği üzere fiilin

⁹⁶ Özbek/Kanbur/Bacaksız /Doğan /Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 188; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 414; Necati Meran, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 473.

⁹⁷ Koca, **a.g.m.**, s. 91.

⁹⁸ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 469-470.

⁹⁹ Ali Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C:2, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 1988.

¹⁰⁰ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 469; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 198.

madde metninde sayılan akrabaların malvarlığına karşı işlenmesi yeterli olup şahsi cezasızlığın veya cezada indirimin uygulanması için tipik fiillerin sonucunda bir zararın oluşması aranmamalıdır¹⁰¹.

1. Şahsi Cezasızlık Sebebi

TCK md. 167/1 uyarınca aralarında belirtilen yakınlıkta akrabalık ilişkisi bulunanlar birbirlerinin zararına güveni kötüye kullanma suçunu gerçekleştirirlerse kişilere bu fiillerinden dolayı ceza verilmez. Fakat bu akrabalık ilişkilerinin failin fiilini icra ederken mevcut olması aranmaktadır.

Kanun koyucunun suçun aralarında belirtilen derecede akrabalık ilişkisi olan kişiler arasında işlenmesi halinde şahsi bir cezasızlık nedeni öngörmesi burada haksızlık unsurunun daha az gerçekleşmesinden ötürü değildir aksine aile içerisinde gerçekleşen güven ihlalleri daha ağır mahiyettedir; fakat bu hususların mahkeme önüne taşınması halinde ailenin onurunun zarar görebileceği ve bu nedenle mağdurluğun artabileceği ve de aslında bu hallerde failden çok ailenin cezalandırılacağı göz önünde bulundurulmuştur¹⁰². Aslına bakılırsa kanun koyucunun söz konusu düzenlemelerle bir aile içerisindeki mallar üzerinde genellikle birlikte tasarruf edildiğini göz önünde bulundurduğu ve buna ek olarak aile içi ilişkilerdeki sorunlara adli mercileri zorunda olunmadıkça karıştırmaktan kaçındığı görülmektedir¹⁰³. Böylece aile içindeki yaşanan bazı vakaların adli merciler önüne taşınmaması ile aile bütünlüğünün bir daha mahkeme önünde zarar görmesi önlenmiş olmaktadır¹⁰⁴. Bu nedenle kanun koyucu söz konusu düzenlemelerle akrabalık ilişkileri çerçevesinde gerçekleştirilen suçların cezalandırılmasında bir yarar görmemekte ve uğranılan zararın aile içerisinde giderilebileceğini ya da bu hareketlerin ve zararların mazur görülebileceğini öngörmektedir¹⁰⁵.

¹⁰¹ Canpolat, **a.g.t.**, s. 198.

¹⁰² Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 470.

¹⁰³ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 605.

¹⁰⁴ **A.e.**, s. 606.

¹⁰⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 631.

Ayrıca TCK’da sayılan şahsi cezasızlık sebebi yağma ve nitelikli yağma dışındaki malvarlığına karşı suçlar bölümündeki suçlarda uygulanacak olup söz konusu şahsi cezasızlık sebebine neden olan akrabalık ilişkileri ise şunlardır:

a. Haklarında Ayrılık Kararı Verilmemiş Eşler Arasında

Kanunda düzenlenen şahsi cezasızlık nedenlerinden ilki; haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerin birbirleri zararına güveni kötüye kullanma suçunu gerçekleştirmeleridir. 765 sayılı Kanun’un 524. maddesinde de aynı şahsi cezasızlık sebebi suçun *haklarında ayrılık kararı verilmemiş karı kocadan birinin zararına olarak işlenmesi* demek suretiyle düzenlenmiştir. Söz konusu şahsi cezasızlık sebeplerinin uygulanabilmesi için evliliğin suçun işlendiği sırada mevcut ve de TMK hükümlerine uygun bir şekilde gerçekleşmiş olması gerekmektedir¹⁰⁶. Yani burada önemli olan kişiler arasındaki evliliğin TMK uyarınca resmi bir nikaha ve hukuki bir evliliğe dayalı olmasıdır, aksi halde kişiler çok uzun süre birlikte yaşamış da olsalar cezasızlık nedeni uygulanamamaktadır¹⁰⁷. Ayrıca kişiye ceza verilmemesi için evli olan eşlerin fiilen veya hukuken birlikte veya ayrı yaşamaları ama haklarında ayrılık kararı verilmemiş olması gerekmektedir¹⁰⁸. Bu nedenle eşlerin birlikte ya da ayrı yaşaması önemli değildir; önemli olan mahkemece ayrılık kararının alınmamış olmasıdır. Mahkemece bir ayrılık kararı verilip verilmediği de evliliğin belirlenmesinde olduğu üzere yine Medeni Kanun kuralları çerçevesinde belirlenir¹⁰⁹.

TMK md. 171¹¹⁰ uyarınca eşler hakkında verilen aykırılık kararı hakimin ortak hayatın tekrar kurulması olasılığı ve aile birliğinin korunmasına ilişkin takdirine göre bir yıldan üç yıla kadar uzayabilen bir süreye tabi tutulmuş olup bu

¹⁰⁶ Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2712.

¹⁰⁷ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 609; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 468; Erol, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁰⁸ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 468; Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C.2, s. 1989.

¹⁰⁹ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 469.

¹¹⁰ TMK md. 171: “Ayrılığa bir yıldan üç yıla kadar bir süre için karar verilebilir. Bu süre ayrılık kararının kesinleşmesiyle işlemeye başlar”.

karar niteliği itibariyle eşler arasındaki ortak hayatı bir süreliğine durdurmaktadır¹¹¹. Ayrılık kararı ile boşanma kararındaki gibi evlilik sona ermediğinden eşler evli kişisel durumlarını korumaktadırlar, karar sadece birlikte yaşama yükümlülüğüne etki etmektedir¹¹².

TMK'nın 171. maddesinde belirtilen ve hükmedilen ayrılık süresinin bitimi ile eşler TMK'nın 172. maddesi¹¹³ uyarınca boşanma davası açarak evlilik birliğini bitirebilirler veya ayrılık süresi sonunda veya süre içerisinde ortak hayatı tekrar kurabilirler¹¹⁴. Ayrılık süresinin bitmesinin ardından kişiler henüz boşanma davası açmadıysa bu durumda TMK'nın 172. maddesi uyarınca süre sonunda ayrılık durumu kendiliğinden sona ereceğinden eşler arasındaki ayrılık durumunun kendiliğinden ortadan kalktığı ve evlilik birliğinin devam ettiği kabul edilmektedir¹¹⁵. Bu nedenle ayrılık kararı sonucunda ayrılık süresinin dolmasının ardından bir boşanma davasının açılıp açılmayacağı belirsiz olduğu dönemde eşlerin birbirlerine karşı işledikleri güveni kötüye kullanma suçu sonucunda TCK md. 167/1 uyarınca ceza verilmeyeceği kabul edilebilir¹¹⁶.

Eşler arasında bir ayrılık kararının verilmiş olması halinde ise birinci fıkra değil ikinci fıkra uygulama alanı bulmakta ve ikinci fıkra uyarınca cezada indirim uygulanmaktadır. Ayrıca evlilik boşanmanın gerçekleşmesi ile sona ereceğinden 167/1 uyarınca ceza verilmemesinin sağlanması için eşlerin boşanmamış olması gerekmektedir¹¹⁷. Burada önemli olan suçun tamamlandığı esnada eşlerin evlilik birliğinin devam etmesi ve haklarında ayrılık kararı verilmemiş olmasıdır. Suçu oluşturan hareketlerin aralarında evlilik bağı yokken yapılması ve kişilerin suç oluştuktan sonra evlenmesi halinde de söz konusu şahsi cezasızlık nedeni uygulama

¹¹¹ Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, C:2, 19. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 275; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Aile Hukuku**, 12. bs., C:III, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 133.

¹¹² Akıntürk/Ateş, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, C:2, s. 275.

¹¹³ TMK md. 172: “Süre bitince ayrılık durumu kendiliğinden sona erer. Ortak hayat yeniden kurulmamışsa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Boşanmanın sonuçları düzenlenirken ilk davada ispatlanmış olan olaylar ve ayrılık süresinde ortaya çıkan durumlar göz önünde tutulur”.

¹¹⁴ Dural/Ögüz/Gümüş, **Türk Özel Hukuku Aile Hukuku**, C:III, s. 135.

¹¹⁵ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 156.

¹¹⁶ Meran, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 475.

¹¹⁷ Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2713.

alanı bulmaz¹¹⁸. Ayrıca bunun aksine suç oluşturulan hareketler icra edilirken kişilerin evli olması, fakat suç oluştuktan sonra eşlerin boşanması ya da haklarında ayrılık kararı verilmesi de şahsi cezasızlık sebebinin uygulanmasına mani değildir¹¹⁹.

b. Üstsoy veya Altsoyunun veya Bu Derecede Kayın Hısımlarından Biri veya Evlat Edinen veya Evlatlık Arasında

Bir diğer ceza verilmemesini sağlayan sebep de güveni kötüye kullanma suçunun üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından biri veya evlat edinen veya evlatlık arasında gerçekleşmesidir. 765 sayılı Kanun döneminde de “*usul ve fiirudan yahut bu derece sıhri akrabadan birinin veya analık, babalık veya evlatlığın zararına işlenmiş olursa*” demek suretiyle aynı akraba ilişkileri şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir. Analık, babalık veya evlatlık tabirleriyle anlatılmak istenen ana, baba ve evlatlık ilişkisidir¹²⁰. Böylece bu ilişki de her iki kanun açısından geçerlidir.

İlk olarak evlat edinen ve evlatlık ilişkisine değinilirse TMK md. 305-320 arasındaki maddeler uyarınca kurulan bu ilişkiden doğan şahsi cezasızlık sebebi evlat edinme kararının kesinleşmesi ile hüküm ifade etmektedir¹²¹. Maddede belirtilen diğer akrabalık ilişkilerin belirlenmesinde ise TMK md. 17 ve Nüfus Kanunu md. 15 uyarınca aksi sabit oluncaya kadar geçerli olan nüfus kayıt tablosu temel olarak alınacaktır¹²².

Üstsoy ve altsoy hısımlığı birbirinden üreyenler arasındaki yakınlık kan hısımlığı¹²³ olup altsoy ise aşağı doğru, üstsoy ise düz çizgi olmak üzere yukarı

¹¹⁸ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 608; Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C.2, s. 1989; Erol, **a.g.e.**, s. 52.

¹¹⁹ Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2713; Erol, **a.g.e.**, s. 52.

¹²⁰ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 609.

¹²¹ Meran, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 477.

¹²² Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2713.

¹²³ Kan hısımlığı TMK'nın 17. maddesi uyarınca; “*Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır*”.

doğru birbirinden üreyenlerdir¹²⁴. Kayın hısımlığı¹²⁵ ise eşlerin birbiriyle evlenmelerinden dolayı birbirlerinin kan hısımları arasında meydana gelen yakınlık olup kayın üstsoy-altsoy hısımlığı ve kayın yansoy hısımlığı olarak ikiye ayrılmaktadır¹²⁶. Şahsi cezasızlık sebebi olarak maddede üstsoy-altsoy kayın hısımlığı sayılmış olup bir kişinin kayın yansoy hısımlığına örneğin eşinin kardeşine karşı bu suçu işlemesi halinde şahsi cezasızlık sebebi oluşmayacaktır; fakat bu derece kayın hısımlarının aynı konutta yaşaması hali 167/2’de cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak düzenlenmiştir.

Altsoy ve üst soy açısından hem kan hem de kayın hısımları açısından bir sınırlama öngörülmemiştir. Akrabalık derecesi ne kadar uzak olursa olsun altsoy üstsoy kan ve kayın hısımlarının suça konu fiilleri birbirlerine karşı gerçekleştirmeleri halinde kişiler bu hareketlerinden ötürü cezalandırılmazlar¹²⁷.

Bu başlık üzerinde son olarak değinilecek konu evliliğin sona ermesi halinde kayın hısımlarının suçu birbirlerine karşı işlemeleri halinde ne olacaktır. TMK md. 18/2 uyarınca *kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz*. TMK’deki bu hüküm uyarınca eşlerin boşanması halinde söz konusu şahsi cezasızlık nedenin kayın hısımları için devam edip etmeyeceği konusunda doktrinde iki görüş yer almaktadır. Bir görüşe göre şahsi cezasızlığı düzenleyen maddede ve gerekçesinde TMK md. 18/2’nin uygulanmayacağı yönünde bir açıklama yer almadığından kişiler arasında evlilik bağı sona ermesi halinde dahi üstsoy- altsoy kayın hısımlarına karşı işlenen suçlarda TCK md. 167/1’in uygulanacağı savunulmuşken¹²⁸ buna karşı olarak diğer görüşe göre ise TMK’deki

¹²⁴ Akıntürk/Ateş, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, C:2, s. 445.

¹²⁵ Kayın hısımlığı TMK’nın 18. maddesi uyarınca: “Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur”.

¹²⁶ Akıntürk/Ateş, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, C:2, s. 75.

¹²⁷ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 609; Meran, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 476; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 803.

¹²⁸ Meran, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 476.

düzenlemenin başka bir amaçla konulduğu, ceza hukuku bakımından geçerli olmadığı ve bu durumda 167/1'in uygulama alanı bulunmadığı savunulmuştur¹²⁹.

c. Aynı Konutta Beraber Yaşayan Kardeşler Arasında

TCK md. 167/1 uyarınca düzenlenen ve kişiye ceza verilmemesini doğuran ilişki suçun aynı konutta beraber yaşayan kardeşler arasında ve onun zararına işlenmesi halidir. Aynı ilişki 765 sayılı Kanun'un 524. maddesinde "*faille beraber bir dam altında yaşayan erkek veya kız kardeş*" demek suretiyle tanınmıştır. Kanun maddelerinde belirtilen kardeşlik sıfatı özel hukuk kurallarınca belirlenmektedir¹³⁰. Burada aynı konutta yaşamak ile kast edilen ise aynı binada yaşamak değil aynı evde bir arada, aile topluluğu içerisinde yaşamaktır¹³¹. Ayrıca da aynı konutta beraber yaşamada devamlı bir yaşamının söz konusu olmalıdır, zira geçici süre ile birlikte kalınması halinde söz konusu şahsi cezasızlık nedeni uygulama alanı bulmamaktadır¹³². Son olarak diğer şahsi cezasızlık veya cezada indirim neden olan şahsi sebeplerde olduğu üzere kardeşlerin aynı konutta beraber yaşamaları şartının suçun gerçekleştiği anda var olması gerekmektedir¹³³. Aynı konutta beraber yaşayan kardeş zararına suçun işlenmesinin ardından kardeşin evden ayrılması şahsi cezasızlık sebebinin uygulanmasına mani değildir¹³⁴.

2. Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler

Cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler de genel başlık altında ayrıntılı olarak incelendiği üzere faili suçu gerçekleştirme esnasında var olan ve failin cezalandırılmasına etki eden nedenlerdir. Fakat kanun koyucu burada bu akrabalık ilişkilerini cezasızlık için yeterli görmez; bu nedenle de burada cezada

¹²⁹ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 610; Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C.2, s. 1898.

¹³⁰ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 181.

¹³¹ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 469.

¹³² Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 610; Meran, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 477; Erol, **a.g.e.**, s. 52.

¹³³ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 12.

¹³⁴ Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C.2, s. 1898.

indirim öngörmüştür¹³⁵. TCK md. 167/2’de belirtilen akrabalık derecelerinde ise hem şikayet aranmış hem de cezada indirim öngörülmüştür.

a. Haklarında Ayrılık Kararı Verilmiş Olan Eşler Arasında

TCK md. 167/2’de sayılan ve cezada indirim yapılmasını gerektiren ilk şahsi sebep suçun haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşler zararına olarak işlenmiş olması halidir. Aynı şekilde *haklarında ayrılık kararı verilmiş olan karı veya kocanın zararına işlenmiş* olması 765 sayılı Kanun’da da şikayete ve de cezada indirime tabi tutulmuştur. Ayrılık kararı şahsi cezasızlık sebebi başlığı altında da belirtildiği üzere Medeni Kanun’a göre belirlenmektedir. Cezada indirimin söz konusu olabilmesi açısından önemli olan eşler hakkında mahkemece ayrılık kararı verilmesi olup eşlerin gerçekte de ayrı yaşamaları gerekmeyip eşlerin ayrılık kararı verilmesine rağmen birlikte yaşamaları halinde de hem şikayet aranmalı hem de cezada indirim yapılmalıdır¹³⁶. Örneğin; eşler hakkında ayrılık kararı verilmemiş, lakin fiilen ve hukuken bir arada yaşamıyorlar bile olsalar bu indirim sebebi oluşmamaktadır¹³⁷. Ayrıca eşler arasında ayrılık kararı değil de boşanma söz konusu ise kişiler bu hükümden faydalanamazlar¹³⁸. Çünkü eşler hakkında verilen ayrılık kararı eşler arasındaki evlilik birliğinin bitmesine etki etmemekte ve eşler evli kişisel durumlarını korumakta lakin aralarındaki birlikte yaşama yükümlülüğünü bitirmektedirler¹³⁹. Bu nedenle de eşlerin ortak yaşamlarını sürdürüp sürdürmemelerine göre kanun cezasızlık ya da cezada indirim öngörmüştür.

b. Aynı Konutta Beraber Yaşamayan Kardeşler Arasında

TCK md. 167/2 uyarınca aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerin birbirlerine karşı güveni kötüye kullanma suçu işlenmesi halinde suçu işleyen kişi cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepten yararlanmakta ve kişinin

¹³⁵ Kangal, “Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler”, s. 45.

¹³⁶ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 611.

¹³⁷ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 182; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 802.

¹³⁸ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 469.

¹³⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 631; Akıntürk/Ateş, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, C:2, s. 275.

cezasında şikayet üzerine yarısı oranında indirim yapılmaktadır. Aynı şekilde “*faille beraber bir dam altında yaşamayan erkek veya kızkardeşin zararına olarak*” işlenmesi halinde 765 sayılı Kanun md. 524/2 uyarınca verilecek ceza da şikayette tabi olarak üçte bir oranında azaltılmaktadır. Böylece söz konusu cezada indirim yapılmasını gerektiren sebep 765 sayılı Kanun ve de TCK’da suçu hem mağdur kardeşin şikayetine tabi hale getirmiş hem de cezada indirime neden olmuştur.

Kanunda kardeşler arasındaki ilişki kardeşlerin aynı konutta yaşayıp yaşamamasına bağlı olarak cezasızlığa ya da cezada indirime neden olmaktadır. Bu durumda haklarında ayrılık kararı verilmiş ya da verilmemiş eşlerde olduğu gibi kardeşler arasında bir ortak yaşama bağlı olarak bu durumun kanun koyucu tarafından değerlendirildiği ileri sürülebilir.

c. Aynı Konutta Beraber Yaşamakta Olan Amca, Dayı, Hala, Teyze, Yeğen veya İkinci Derecede Kayın Hısımları Arasında

Aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derece kayın hısımları zararına suçun işlenmesi hali TCK md. 167/2’de şahsi cezasızlık sebebi olarak değil cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde söz konusu cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep “*faille beraber bir dam altında yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede sıhri akrabasının zararına olarak işlenmiş ise*” demek suretiyle 765 sayılı Kanun’da da bulunmaktadır. Kanun koyucu aralarındaki akrabalık bağının derecesine bağlı olarak amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derece kayın hısımları söz konusu olduğunda cezada indirimi yeterli görmüş ve de söz konusu akrabalık ilişkisine ek olarak bu kişilerin aynı konutta yaşamasını aramaktadır. Aynı konutta beraber yaşayan kardeşler şahsi cezasızlık sebebi altında da değinildiği üzere söz konusu akrabalık ilişkileri içerisinde işlenen suçlarda da cezada indirimin uygulanabilmesi için kişilerin aynı konutta sürekli olarak beraber yaşamaları gerekmekte olup geçici süreyle birlikte yaşamalar bu kapsamda

değerlendirilmez¹⁴⁰. Ayrıca suçun maddede sayıldığı üzere amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derece kayın hısımlarının eşlerinin zararına işlenmesi halinde bu kişilerin hepsi aynı konutta yaşasalar da bu durumda sayılan kişilerin eşlerine karşı işlenen fiiller için cezada indirim sebebi uygulanmaz¹⁴¹.

B. Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık gibi cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepler suçun tamamlanmasının ardından gerçekleşen nedenler olup geriye etkili olarak cezalandırılabilirliği etkilerler ve kişinin suçu işlemesi anında mevcut olması gereken nedenler değildirler¹⁴². Aslında etkin pişmanlık suçun işlenmesinden sonra suçun etkilerinin ortadan kaldırılması, mağdurun zararının giderilebilmesi için failin gerçekleştirmesi gerekenleri kapsamaktadır¹⁴³. Etkin pişmanlıkta fail, gönüllü vazgeçmenin aksine, suçun tamamlanması için gerekli tüm icra hareketlerini gerçekleştirir; ama kendi isteğiyle suçu tamamlamasının ardından bu hareketin etkilerini ortadan kaldırmaya ve telafi etmeye çalışmaktadır¹⁴⁴. Bu nedenle de etkin pişmanlık gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünümü olarak da nitelendirilebilir¹⁴⁵. Bununla birlikte etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemeler genel hükümler arasında değil ceza kanunun özel hükümlerinde çeşitli suçlarla ilgili özel olarak ayrı maddelerde yer almaktadır¹⁴⁶. Etkin pişmanlık hükümleri malvarlığına karşı suçlar için cezada indirim yapılmasını sağlayan ortak bir düzenleme olarak 168. maddede düzenlenmiştir.

TCK md. 168 uyarınca;

“(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle

¹⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için “Aynı Konutta Beraber Yaşayan Kardeşler Arasında” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁴¹ Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C.2, s. 1990.

¹⁴² Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 572; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 674.

¹⁴³ Özbek, **TCK İzmir Şerhi**, s. 1335.

¹⁴⁴ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 471; Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C.2, s. 1994.

¹⁴⁵ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 428.

¹⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 506.

hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

...

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.”

Madde metninde de açıkça belirtildiği üzere etkin pişmanlık sadece maddede belirtilen suçlar için, hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs, karşılıksız yararlanma ve yağma suçları için, söz konusu olmaktadır¹⁴⁷. 765 sayılı Kanun'da da malvarlığına karşı suçlar için etkin pişmanlık hükmü öngörülmüş olup iki kanun arasında etkin pişmanlık hükümleri açısından çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. 765 sayılı Kanun'da etkin pişmanlık hükümleri 523. maddede düzenlenmiş olup etkin pişmanlık hırsızlık (kullanma hırsızlığı hariç), dolandırıcılık ve iflas, emniyeti suiistimal, eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak fasıllarındaki ve nası ızzarı basit hali ve 518, 519 ve 521. maddelerindeki suçlar için öngörülmüştür. Görüldüğü üzere TCK'da 765 sayılı Kanun'dan farklı olarak ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme, bedelsiz senedi kullanma, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçlarında etkin pişmanlık kabul edilmemiştir¹⁴⁸. Ayrıca iki kanundaki düzenlemeler arasındaki diğer bir farklılık da iade ve tazmin suretiyle mağdurun zararının giderilmesinin zamanına ilişkindir. 765 sayılı Kanun'da etkin pişmanlığın kovuşturmaya başlanmadan önce veya kovuşturma

¹⁴⁷ İsmail Turgut Kıldan, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanabilme Koşulları”, **TAAD**, Cilt:1, Yıl:3, Sayı:8, 2012, s. 120.

¹⁴⁸ Koca, **a.g.m.**, s. 91; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2718.

esnasında ama iş mahkemeye verilmeden önce gerçekleşmesi halinde farklı indirim oranları düzenlenmiştir. TCK'da ileride de değinileceği üzere iade ve tazmin suretiyle mağdurun zararının giderilmesinin zamanına göre farklı indirim oranları öngörülmüş olmakla beraber değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere¹⁴⁹ etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması hüküm verilinceye kadar kabul edilmiş sadece soruşturma evresi ile sınırlı tutulmamıştır¹⁵⁰. Ayrıca iki kanun arasındaki diğer bir farklılık da zararın kısmen veya tamamen giderilmesinde kendisini göstermekte olup 765 sayılı Kanun'da genel olarak iadede bahsedilmekte olup TCK'daki kısmen iade ve tazminde mağdurun rızasının aranması gibi bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁵¹. Aslında genel olarak tüm farklılıklar değerlendirildiğinde 765 sayılı Kanun'da TCK'nın aksine pişmanlığa değil tazmin esasına dayalı bir düzenleme görülmektedir¹⁵². Zira TCK'da "bizzat pişmanlık" ibaresine de yer verilerek failin pişmanlığına verilen önem madde metninde de vurgulanmıştır.

Etkin pişmanlığı düzenleyen maddedeki suçlar sınırlı olarak sayılmış olup failin veya şerikin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için öncelikle bu suçlardan birini işlemiş ve suçun tamamlanmış olması gerekmektedir. Suçlar kanuni tanımdaki hareketlerin gerçekleşmesi veya suçun oluşması için bir neticenin gerçekleşmesi aranıyorsa neticenin meydana getirilmesi ile tamamlanırlar¹⁵³. Güveni kötüye kullanma suçu daha önce de değinildiği üzere kanunda sırf hareket suçu olarak düzenlendiğinden suçun tamamlanması için suçu oluşturan hareketlerin icrası yeterli olup buna ek olarak bir neticenin meydana gelmesi aranmamaktadır. Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için de icra hareketlerinin gerçekleştirilip suçun tamamlanması gerekmektedir. Bu nedenle teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda etkin pişmanlık hükümleri uygulanmaz¹⁵⁴. Suçun tamamlanmasından önce

¹⁴⁹ Remzi Gündüz, Veysel Gültaş, **Gerekçeli Karşılaştırmalı Tablolu 2006- 2007-2008 İçtihatları ile 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, C:2, Ankara, Bilge Yayınevi, 2009, s. 781.

¹⁵⁰ Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2718.

¹⁵¹ Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 258.

¹⁵² Günay, **Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme**, s. 44; Erol, **a.g.e.**, s. 57-58; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 1.3.2016, E. 2015/2-832, K. 2016/102, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 01.01.17.

¹⁵³ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 415.

¹⁵⁴ Gündel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, s. 3550.

gösterilen pişmanlık ve suçun işlenmesinden gönüllü olarak vazgeçilmesi halinde ise teşebbüs başlığı altında ayrıntılı olarak ele alındığı üzere gönüllü vazgeçme söz konusu olmaktadır¹⁵⁵.

Etkin pişmanlığın diğer bir şartı da mağdurun zararının aynen geri verme veya tazmin suretiyle giderilmesidir. Aynen geri verme suça konu malın zilyetliği kişiye devredildiği andaki hali, şekli, miktarı, değeri ile yani suça konu mal herhangi bir değişikliğe uğramadan iade edilmesidir¹⁵⁶. Tazmin ise aynen geri verme imkanının bulunmadığı hallerde malın eşdeğerini, aynı miktarını, bedelini para ya da benzer başka bir eşya ile karşılama anlamına gelmektedir¹⁵⁷. Suça konu malın aynen iade edilemediği durumlarda, örneğin suça konu malın tüketilmesinde, tazmin ile mağdurun zararının tamamının giderilip giderilmediği hakim tarafından takdir edilmekte olup bu hususta hakim bilirkişi veya uzman görüşlerinden yararlanabilir¹⁵⁸. Zira suça konu malın kısmen geri verilmesi veya tazmini halinde etkin pişmanlık hükümleri uyarınca failin cezasında indirim yapılması mağdurun rızasına bağlı tutulmuştur¹⁵⁹.

Kısmen iadede iadenin kapsamına değinilirse misli mal kısmen geri verilirken kısmen iadenin kapsamının belirlenmesinde, mesela 1000 TL yerine 600 TL paranın geri verilmesinde olduğu üzere herhangi bir sorun yaşanmamaktadır. Fakat malın misli mal olmaması halinde geri vermenin kapsamının belirlenmesi misli malda olduğu kadar kolay değildir. Bu durumda Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere; kısmen geri vermeye konu olan *“eşyanın kendisinden beklenen işlevini yerine getirmesini sağlayacak parça veya parçaları olmaksızın geri verilmesi ya da işlevini yerine getiremeyecek şekilde bütünlüğü bozularak bir kısım parçaların iade edilmesi”* halinde ve iade edilen kısım mağdur için malın tamamına göre değersiz ve çok küçük bir kısma tekabül ediyorsa, örneğin bilgisayarın sadece şarj aleti iade

¹⁵⁵ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 794-795; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2719; Özbek, **TCK İzmir Şerhi**, s. 1337.

¹⁵⁶ Yasemin Baba, **Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 62.

¹⁵⁷ Kıldan, **a.g.m.**, s. 122.

¹⁵⁸ Baba, **Etkin Pişmanlık**, s. 68; Kıldan, **a.g.m.**, s. 123.

¹⁵⁹ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 796.

ediliyorsa kısmen iade kabul edilmemektedir¹⁶⁰. Söz konusu kararlarda iade edilecek malın işlevsel kaybına neden olmayacak kısımların bulunmadan kısmen iadeye; bisikletin fonksiyonunu icra etmesine engel teşkil etmeyen sepetinin bulunmadan bisikletin iade edilmesi ya da arabanın teybi veya dikiz aynası bulunmadan arabanın iade edilmesi örnek olarak gösterilmiştir. Bu nedenle de Yargıtay'ın yine aynı kararında belirttiği üzere kısmen iadeye konu olan eşyanın iade kapsamının belirlenmesinde esas olarak malın niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim Yargıtay çalınan bir motosikletin 40 parçaya bölüdüğü ve yakalandıktan 5 ay sonra 35 parçanın iade edildiği olayda *“motosikletin çalındıktan sonra parçalara ayrılmak suretiyle işlevini yerine getiremeyecek şekilde bütünlüğünün bozulması, müşteriye iade edilen parçaların bir araya getirilmesi durumunda yeniden işlevini görececek bir hale getirilmesinin mümkün olmaması ve tek başına değeri olan parçaların satılabilmesi için de mağdurun fazladan emek, zaman ve masraf yapmasını gerektirmesi nedeniyle, kısmi iade şartlarının gerçekleşmediği”* ve bu nedenle de kısmen iadenin söz konusu olamayacağına karar vermiştir¹⁶¹.

Fakat kanımızca her ne kadar malın niteliği göz önünde bulundurulacaksa da malın kısmen iadesinin söz konusu olması halinde iadenin niteliğinin yanı sıra mağdurun rızası esas alınmalıdır. Nitekim etkin pişmanlık hükmünün kanun tasarısında yer alan *“zararın önemli bir bölümünün giderilmesi”* ibaresinin metinden çıkarılması¹⁶² ve böylece etkin pişmanlığın düzenlendiği TCK md. 168'in metninde kısmen iadenin kabul edilmesi için sadece mağdurun rızasının bir unsur olarak arandığı açıkça gözükmektedir. Ayrıca son olarak konuyla bağlantılı olarak Yargıtay kararına konu olan, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan ve mağdura ait bir traktör kabini yerine kullanılamayacak halde olan bir hurda kabinin iade edildiği bir olayda Yargıtay mağdurun kabinini tekrar kullanabilmesi için ayrıca bir işlem ve

¹⁶⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, K. 25.11.2015, E. 2014/430, K. 2015/414; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 28.04.2015, E. 2015/53, K. 2015/129, Erişim: Kanunum, E.T. 15.03.17.

¹⁶¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 30.4.2013, E. 2012/6-1437, K. 2013/153, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 15.03.17.

¹⁶² *“TCK tasarısında mevcut olan, 'zararın önemli bir bölümünü giderme' koşulu, TBMM Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında metinden çıkartılmış ve anılan hüküm yukarıda yazılı olduğu biçimiyle kanunlaşmıştır”*, naklen Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 28.04.2015, E. 2015/53, K. 2015/129, Erişim: Kanunum, E.T. 15.03.17.

masraf yapması gerektiği ve de pişmanlık hükümlerinin uygulanması için bu durumun mağdur tarafından kabul edilmesinin temel alınması gerektiğine karar vermiş ve söz konusu kısmi iadenin “*mağduru tatmin edecek miktarda ve mağdur açısından doğrudan sonuç doğurucu nitelikte olması, ayrıca bunun sonucu olarak da mağdura ilave külfet yüklememesi gerekmekte*” olduğu ve her halükarda mağdur tarafından da söz konusu kısmi iadenin kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁶³.

Ayrıca kısmen iade söz konusu olduğunda suça konu hareketin mağdurlarının birden fazla olması halinde ise tüm mağdurların bu hususta rıza göstermesi aranmaktadır¹⁶⁴. Mağdurun failden herhangi bir isteği olmasa dahi etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için kısmen iade veya tazmin ile mağdurun zararının giderilmesi aranmaktadır¹⁶⁵. Fakat mağdurun herhangi bir talebinin bulunmaması dolayısıyla fail tazmin veya iadeyi gerçekleştiriyorsa bu durumda failin herhangi bir kusuru bulunmadığından etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması gerekmektedir¹⁶⁶.

Ayrıca etkin pişmanlıkta zararının giderilmesi gereken kişi, madde metninde de açıkça belirtildiği üzere güveni kötüye kullanma suçunun mağduru veya mağdurlarıdır. Bu nedenle de etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun mağdurunun zararının giderilmesi yeterli olup suça konu eşyayı satın alan kişilerin veya suçtan zarar gören diğer kişilerin zararlarının giderilmesi aranmamaktadır¹⁶⁷.

Ayrıca iade ve tazmin suretiyle mağdurun zararının giderilmesi failin veya şeriklerin bizzat gösterdiği samimi bir pişmanlık neticesinde olmalıdır¹⁶⁸. Buna göre failin veya şerikin, mağdurun zararını gidermesi kendi gösterdikleri pişmanlık iradesi

¹⁶³ Yargıtay 23. Ceza Dairesi, T. 14.09.2015, E. 2015/2658, K. 2015/4042, Erişim: Kazancı, E.T. 30.07.2017.

¹⁶⁴ Kıldan, **a.g.m.**, s. 124.

¹⁶⁵ Kıldan, **a.g.m.**, s. 125.

¹⁶⁶ Mustafa Babayiğit, “Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçlarında Etkin Pişmanlık”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 6.Sayı, 2016, s. 76.

¹⁶⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 31.10.2016, E. 2014/5, K. 2016/394, Erişim: Kanunum, E.T. 20.01.17.

¹⁶⁸ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 466.

kapsamında gerçekleşmeli; örneğin fail yakalandıktan sonra suç konusu malın elinden alınmasında veya yakalanmamak için malı atmasında veya cebri icra yoluyla geri verilmesinde olduğu gibi iade ve zararın giderilmesinde irade dışı sebepler söz konusu olmamalıdır¹⁶⁹. Örneğin bu konuya ilişkin olarak Yargıtay da bir kararında şüphe üzerine kişinin arabasında yapılan arama sonucunda çalıntı malların ele geçirilmesinde gerçek anlamda pişmanlık ve iadeden söz edilemeyeceğini belirtmiştir¹⁷⁰.

Madde metnindeki “bizzat” ifadesi bazı yazarlar tarafından zararın bizzat fail veya mağdur tarafından giderilmesi olarak yorumlanmış olup bu görüş kapsamında zararın üçüncü bir kişi tarafından giderilmesi kabul edilmemektedir¹⁷¹. Buna karşı olarak diğer bir görüş ise madde metnindeki bizzat ibaresini pişmanlık açısından temel alıp failin bizzat iradesi, izni ve onayı ile başkası aracılığıyla zararın giderilmesini de, örneğin maddi durumu yeterli olmadığı için tazminin bir akrabası tarafından yapılmasını da, kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır¹⁷². Kanaatimizce de bizzat ifadesi burada failin pişmanlığı açısından geçerli olup kendi iradesi kapsamında zararın başkası aracılığı ile de giderilmesi halinde failin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanması gerekmektedir.

Suçun iştirak halinde işlenmesi halinde etkin pişmanlık cezalandırmayı etkileyen şahsi bir neden olduğundan dolayı¹⁷³ yalnızca pişman olan ve etkin pişmanlığın unsurlarını yerine getiren fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmaktadır¹⁷⁴. Çünkü tazmin etkin pişmanlığın bir ifadesidir ve suç

¹⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 798-799; Yıldız, **Seminer Notları**, s. 290; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2719-2720; Erol, **a.g.e.**, s. 58.

¹⁷⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 30.04.2013, E. 2012/6-1437, K. 2013/153, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 20.01.17.

¹⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 800; Günay, **Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme**, s. 54; Yıldız, **Seminer Notları**, s. 290.

¹⁷² Kıldan, **a.g.m.**, s. 125; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2719; Özbek, **TCK İzmir Şerhi**, s. 1336; Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 256; Gündel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, s. 3550; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 200; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 466; Babayiğit, **a.g.m.**, s. 70; Hüseyin Eker, “Mala Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık”, **TBB**, Mayıs-Haziran 2012, S: 100, s. 374.

¹⁷³ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 416.

¹⁷⁴ Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2720; Babayiğit, **a.g.m.**, s. 74; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 466; Yıldız, **Seminer Notları**, s. 290.

gerçekleştiren herkesin pişmanlığının bulunması ve zararın giderilmesine katkıda bulunmaları ve de bu hususların ayrıca araştırılması gerekmektedir¹⁷⁵. Bu nedenle etkin pişmanlık gösteren failin mağdurun zararının tamamını veya mağdurun da rızası ile kısmen giderilmesi aranmaktadır. Ayrıca bu görüşe karşı olarak diğer bir görüşe göre ise fail veya şeriklerden biri tarafından geri verme veya tazmin gerçekleştirilmişse diğerlerinin daha fazla bu olanakları bulunmadığından bu durum sanık lehine değerlendirilmeli ve diğer fail veya şeriklerin açıkça pişman olmadıklarına dair bir bulgu bulunmadıkça etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmaları gerekmektedir¹⁷⁶. Bu doğrultuda diğer bir görüş ise etkin pişmanlığı şahsi bir sebep olarak görmeyip zararın bir kişi tarafından giderilmesinin tüm suç ortakları açısından pişmanlık göstergesi olduğunu ve bu durumda etkin pişmanlık hükümlerinin diğer suç ortakları açısından uygulanması için Kanun'da geçen bizzat ifadesinden dolayı diğer suç ortaklarında da pişmanlığın bulunup bulunmadığının ayrıca araştırılması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁷⁷.

Kısmen iade ve tazminde mağdurun rızasına bağlı olarak tamamen iade ve tazminde mağdurun rızasından bağımsız olarak etkin pişmanlık için diğer şartlar da gerçekleşmişse failin cezasında belirli oranlarda indirim yapılacaktır. Fakat bu indirim yapılması yani etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılması için suçun tamamlanmasının ardından failin veya şeriklerin gösterdikleri pişmanlık ve mağdurun zararının giderilmesi her ne kadar gerekli olsa da yeterli değildir. Bunlara ek olarak fail veya şerikin, pişmanlık gösterip mağdurun zararının aynen geri verme veya tazmin suretiyle giderilmesinin belirli muhakeme aşamalarında ve en geç hüküm verilinceye kadar gerçekleşmesi aranmaktadır. Hüküm verildikten sonra mağdurun zararının giderilmesi etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına neden olmaz¹⁷⁸. Söz konusu suçun tamamlanmasının ardından kişinin pişmanlığını göstermesi zamanındaki muhakeme aşamalarına göre failin üzerindeki baskı ve iyi niyeti de bu aşamalarda farklı olacağından verilecek cezanın hangi oranda indirileceği değişiklik

¹⁷⁵ Özbek, **TCK İzmir Şerhi**, s. 1336; Erol, **a.g.e.**, s. 58.

¹⁷⁶ Gündel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, s. 3551; Eker, **a.g.m.**, s. 374.

¹⁷⁷ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 343.

¹⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 801.

göstermektedir¹⁷⁹. Kovuşturma başlamadan önce¹⁸⁰ failin ya da şeriklerin gösterdikleri pişmanlık cezanın üçte ikisine kadar indirilmesini sağlamaktadır. Kovuşturmanın başlamasının ardından lakin hüküm verilmeden gösterilen etkin pişmanlıkta ise ceza yarısına kadar indirilmektedir.

Ayrıca etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılabilmesi için etkin pişmanlık zararın ortaya çıkması şartına bağlandığından öncelikle bir zarar suçu oluşması gerektiği de ileri sürülmüştür¹⁸¹. Ayrıca bu görüşe göre zararın oluşmadığı ama zarar tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda bir tazmin söz konusu olamayacağından etkin pişmanlık hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır¹⁸². Bu görüş çerçevesinde güveni kötüye kullanma suçunda da suçun oluşması için herhangi bir zararın ortaya çıkması zorunluluğu bulunmadığından suçun işlenmesi sonucunda bir zararın ortaya çıkmaması halinde etkin pişmanlık hükümleri uygulama alanı bulamayacağı savunulabilir.

Ayrıca güveni kötüye kullanma suçunun SPK'da düzenlenen nitelikli hali için SPK md.110/3 uyarınca özel bir etkin pişmanlık hali öngörülmüştür:

“(3) Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri kapsamına giren güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişi, etkin pişmanlık göstererek 21 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan ödemenin yanı sıra bunun iki katı parayı Hazineye;

a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz,

b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir,

c) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.”

¹⁷⁹ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 466.

¹⁸⁰ CMK md. 2/1-f uyarınca; *“Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evredir”*.

¹⁸¹ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 795.

¹⁸² Kıldan, **a.g.m.**, s. 122.

SPK'daki bu düzenleme ile b ve c bendinde düzenlenen örtülü kazanç aktarımına ilişkin etkin pişmanlık hali düzenlenmiş olup a bendine ilişkin herhangi bir etkin pişmanlık düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu bentteki haller açısından ise TCK md. 168'de düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır. Madde uyarınca gösterilen etkin pişmanlık belirtilen paranın hazineye ödendiği muhakeme aşamalarına bağlı olarak cezasızlık veya cezada indirim sebebi oluşturacak ve bu sebepler SPK'da öngörülen nitelikli hal açısından uygulama alanı bulacaktır.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

TCK'nın 35. maddesi uyarınca; *kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*

Kişinin gerçekleştirmek istediği fiili düşünmesi, suç işleme kararını vermesi, hazırlık hareketleri ve icraya başlaması ardından da suçu tamamlaması ve neticenin gerçekleşmesi ve de kişinin amacına ulaşması ile failin suç yolu tamamlanmaktadır¹⁸³. Böylece fail suç tipindeki tipik tüm unsurları gerçekleştirerek suç yolunu tamamlar ve suçu gerçekleştirir. Teşebbüste ise fail suçu işleme iradesiyle suç yoluna girer yani icra hareketlerine başlar; fakat elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamaz¹⁸⁴.

Teşebbüsle ilgili bu genel açıklamalardan sonra güveni kötüye kullanma suçu kapsamında başlık altında ilk olarak suçun ne zaman tamamlanacağı incelenmelidir. Daha önce de bahsedildiği üzere güveni kötüye kullanma suçu kanunda sırf hareket suçu olarak düzenlenmiş olup tipik hareketler olan zilyetlik devri amacı dışında tasarrufun ya da devir olgusunun inkar edilmesiyle güveni kötüye kullanma suçu tamamlanmaktadır. Söz konusu hareketlere ek olarak herhangi bir neticenin ortaya

¹⁸³ Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994, s. 157.

¹⁸⁴ **A.e.**, s. 183.

çıkması aranmamaktadır¹⁸⁵. Suç oluşturan hareketlerin tamamlanmasından sonra suça teşebbüs mümkün değildir. Böylece suça teşebbüs icra hareketleri tamamlanincaya kadar mümkündür. Her ne kadar güveni kötüye kullanma suçu sırf hareket suçu olsa da ve hareketlerin gerçekleşmesi ile suç oluşmaktaysa da suçu oluşturan hareketlerin kısımlara bölünebildiği hallerde suça teşebbüs mümkün olacaktır.

Teşebbüs konusu altında suçu oluşturan bu iki fiil ayrı ayrı incelenecektir. İlk olarak devir olgusunu inkar etme fiili incelenirse söz konusu hareket esasında teşebbüse elverişli değildir. Doktrinde söz konusu icra hareketleri kendi içinde aşamalara ayrılmayıp yani bölünemeyip devir olgusunun inkar edilmesiyle suç tamamlandığından uygulamada teşebbüsün mümkün olmadığı savunulmaktadır¹⁸⁶.

Fakat söz konusu fiilin teşebbüse elverişliliği açısından; her ne kadar fiilen devir olgusu inkar edilmese de geri verilmesi gereken tarihte malike malının teslim edilmemesi, saklanması ve bu durumun uzun bir süre devam etmesi halinde söz konusu davranışın inkar olarak yorumlanabilmesi durumu tartışılabilir. Bu görüş teşebbüs altında değerlendirilirse örneğin kişiye emanet edilmek üzere bırakılan malın kişi tarafından saklanması ve malın sahibine bu malın kendisine verilmediğinin söylenmesi neticesinde mal sahibinin malı kendi imkanlarıyla arayıp bulmasında veya tesadüfen görmesinde malın zilyetliği devredilmiş kişinin fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı ileri sürülmüştür¹⁸⁷.

Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma fiili açısından ise devir amacı dışında tasarruf doğuran icra hareketlerinin kendi içinde kısımlara bölünebildiği durumlarda kişinin icra hareketlerine başlayıp suç tamamlanmadan elde olmayan sebeplerle icra hareketlerini tamamlayamaması halinde teorik olarak

¹⁸⁵ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için “Netice” başlığı altına bakınız.

¹⁸⁶ Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 420; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 258; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 28; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 460; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 448; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 699; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 433; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1698; Taneri, **a.g.e.**, s. 181; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2490; Polat, **a.g.e.**, s. 600.

¹⁸⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5026.

teşebbüsün mümkün olabileceği savunulmaktadır¹⁸⁸. Örneğin satma, tüketme, harcama fiillerinin oluşması için birden fazla davranış gerekebilir ve bu hareketlerin bölünebilmesi halinde teşebbüs mümkün olabilmektedir¹⁸⁹. Fakat suça konu hareketlerin ne zaman başladığının ve hangi aşamada zilyetlik devri amacıyla tasarrufun gerçekleştiğinin uygulamada tespiti oldukça güç olduğundan teşebbüsün uygulamada istisnai şartlarda görüldüğü söylenebilmektedir¹⁹⁰.

Burada da zilyetliğin devri amacı dışında tasarruflardan satmak fiili örnek olarak gösterilebilir. Satmak fiiliyle güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesinde satıma konu malın teslimi ile suçun oluşacağını savunan görüş¹⁹¹ bağlamında örneğin malın satımına dair sözleşme yapılmış; fakat henüz mal teslim edilmemişse, mesela malı başkasına teslim etmeye giderken yolda yakalanmışsa, bu görüşe göre suçun oluşması için henüz icra hareketleri sona ermediğinden teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği söylenebilir¹⁹². Suçun oluşması için malın tesliminin şart olmadığını savunan görüşe göre ise suçun oluşması için malın teslimi şart olmadığından malın satarken örneğin henüz pazarlık halindeyken yakalanılması hali teşebbüse örnek olarak verilebilir¹⁹³.

TCK md. 35/2 uyarınca *suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre* cezalandırılır ya da cezasında kanunda belirtilen oranlarda indirim yapılır. Bu durumda fail cezalandırılırken veya cezasında indirim yapılırken ve somut ceza belirlenirken meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate

¹⁸⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 448; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 642.

¹⁸⁹ Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 175.

¹⁹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 739; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 258; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1698.

¹⁹¹ Satım sözleşmesinde suçun oluşma zamanına ilişkin görüşler için “Satmak” başlığı altına bakınız.

¹⁹² Bakıcı, **a.g.e.**, s. 28.

¹⁹³ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 433; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 448; Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2768; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 445; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 175.

alınacaktır¹⁹⁴; böylece fail suçu tamamlamaya ne kadar yaklaşmışsa tehlike ve zarar da bir o kadar fazla olacağından buna göre cezalandırılacaktır¹⁹⁵.

Teşebbüs başlığı altında değinilecek diğere bir konu da gönüllü vazgeçme kurumudur. Gönüllü vazgeçme TCK'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olup madde uyarınca; *fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*. Gönüllü vazgeçmede kişi, kendi iradesiyle icra hareketlerinden vazgeçmekte veya yine kendi gayretiyle suçun tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini önlemektedir¹⁹⁶. Bu noktada gönüllü vazgeçme açısından önemli ve ayırt edici olan nokta failin suçu tamamlayabilecek örneğin neticeyi gerçekleştirebilecek imkanı varken bunu kendi iradesiyle yapmak istememesidir¹⁹⁷. Böylece kanun koyucu gönüllü olarak vazgeçen ve suç yolundan dönen kişiyi ödüllendirmekte ve onu cezalandırmamaktadır¹⁹⁸. Her ne kadar kişi burada suçun tamamlanmasını önlese de suçu önlemesine kadar yaptığı hareketler eğer bir suç oluşturuyorsa kişinin suçu işlemekten gönüllü olarak vazgeçmesi kişinin bu suçtan cezalandırılmasını önlemektedir¹⁹⁹.

Güveni kötüye kullanma suçu açısından gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanıp uygulanmayacağı konusuna da kısaca değinilirse eğer suça teşebbüs kabul ediliyorsa gönüllü vazgeçmenin de uygulama alanı bulabileceği kabul edilmelidir²⁰⁰. Güveni kötüye kullanma suçu kanunda sırf hareket suçu olarak düzenlendiğinden burada kişinin gönüllü vazgeçme kapsamında neticenin meydana gelmesini önlemesi aranmamaktadır. Fakat güveni kötüye kullanma suçu açısından gönüllü vazgeçme, suçun tamamlanmasını önleme ve icra hareketlerinden vazgeçme olarak kendisini

¹⁹⁴ Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, s. 234.

¹⁹⁵ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 29.

¹⁹⁶ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 467.

¹⁹⁷ Erhan Günay, **Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 158; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 468.

¹⁹⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 510.

¹⁹⁹ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 469.

²⁰⁰ Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 460.

gösterebilmektedir. Burada önemli olan bahsedildiği üzere suçu oluşturan icra hareketlerinin ne zaman bitmiş sayılacağı ve suçun ne zaman tamamlandığının belirlenmesidir²⁰¹. Bu nedenle yukarıda da değinildiği üzere uygulamada teşebbüs ve de gönüllü vazgeçmenin belirlenmesi zor olup teorik olarak her iki kurumun da güveni kötüye kullanma suçu kapsamında gerçekleşmesi mümkündür. Gönüllü vazgeçme açısından önemli olan; güveni kötüye kullanma suçu gibi sırf hareket suçlarında, bölünebilen icra hareketleri söz konusu olduğunda kişinin icra hareketlerine başlayıp icra hareketlerini kendi rızasıyla tamamlamadan suçun tamamlamasını kendi gayretiyle önlemesi olup kişinin suç tamamlandıktan sonra bunu telafi etmek üzere gerçekleştirdiği hareketler ise gönüllü vazgeçme değil etkin pişmanlık hükümleri kapsamında değerlendirilecektir²⁰². Ayrıca gönüllü vazgeçme şahsa bağlıdır ve sadece gönüllü vazgeçme şartlarını gerçekleştiren failer yararlanabilmekte, diğer şeriklerin veya failerin sorumlulukları devam etmektedir²⁰³. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme ayrıntılı olarak TCK md. 41'de düzenlenmiştir. TCK md. 41/2 uyarınca suçun *gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması veya gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması* halinde fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.

B. İştirak

Suçlar ceza kanununda genel olarak tek kişi tarafından işlenebilecek şekilde düzenlenmiş olmakla beraber suçların birçok kişinin değişik şekillerde gerçekleşen katılımıyla işlenmesi hali suça iştirak olarak adlandırılmaktadır²⁰⁴. Böylelikle esasında tek kişi ile işlenebilecek suçlar birden fazla kişi ile aralarında işbirliği bulunarak işleniyorsa bu durumda bu kişiler arasında iştirak gündeme gelmektedir²⁰⁵. Suça iştirak oluşturan katkılar suçun olmazsa olmazı şeklinde olabilir veya suçun icrasını kolaylaştırabilir veya failin suç işleme yönündeki kararlığını arttırabilir ya da

²⁰¹ Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 467.

²⁰² Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 113.

²⁰³ Günay, **Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme**, s. 159, Demirbaş, **a.g.e.**, s. 469.

²⁰⁴ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 429-430.

²⁰⁵ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s. 446.

sağlayabilir²⁰⁶. Böylece kişilerin suça katkı şekillerine göre sorumlulukları suça iştirak kapsamında belirlenmektedir. İştirak; oluşturulan suça ilişkin maddede öngörülen kişiden fazla sayıda kişinin kanunda öngörüldüğü üzere suçun işlenmesine katkı sağlamak iradesiyle suç açısından nedensel değer taşıyan hareketlerle bir araya gelmesi olarak tanımlanmakta olup faillik ve şerikliği de kapsayan bir üst kavramdır²⁰⁷. Faillik TCK md. 37’de de tanımlandığı üzere suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biridir. Bununla beraber tek başına suçu gerçekleştirmeye yetmeyecek ölçüde katkıda bulunanlar ise şerik olarak tanımlanmakta olup şerikliğin azmettirme (TCK md. 38) ve yardım etme (TCK md. 39) olmak üzere iki şekli vardır²⁰⁸.

İştiraka ilişkin verilen genel bilgiler ışığında özel olarak güveni kötüye kullanma suçu incelendiğinde suçun özgü suç olarak görülüp görülmemesine bağlı olarak doktrinde iştirak bahsinde farklı görüşlerin bulunduğu görülmektedir. Güveni kötüye kullanma suçunun özgü suç olup olmadığı, fail başlığında ayrıntılı olarak incelendiği üzere, doktrinde tartışmalıdır. Eğer suçun özgü suç olduğu ve sadece aralarındaki sözleşme gereği belirli bir amaçla suç konusu eşyanın zilyetliği kendisine devredilen kişinin suçu işleyebileceği savunulursa bu durumda zilyet olan kişi dışındaki kişilerin suça katılmaları halinde bu kişiler güveni kötüye kullanma suçu kapsamında ancak yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu tutulabileceklerdir²⁰⁹. Bunun aksine suçun özgü suç olarak düzenlenmediği görüşünü savunanlara göre suçun failinin herkes olabileceğinden suç iştirak açısından herhangi

²⁰⁶ Murat Volkan Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak)”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 2, Ocak 2005, s. 7.

²⁰⁷ Devrim Aydın, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 25.

²⁰⁸ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Suçta Teşebbüs İştirak-İçtima ve Yaptırımlar**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 64.

²⁰⁹ Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2768; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 461; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1703; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 740; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 450; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2490; Polat, **a.g.e.**, s. 600; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 586.

bir özellik taşımamaktadır ve suç kapsamında genel hükümleri uyarınca iştirakin her türlüünün görülmesi mümkündür²¹⁰.

Fakat her halükarda malın zilyetliğinin bir hukuki ilişki çerçevesinde birden çok kişiye devredilmesi halinde bu kişilerin ortak iradeleri yani birlikte suç işleme iradeleri ile zilyetlik devri amacına aykırı tasarrufta bulunmaları halinde zilyetliğin devredildiği kişiler müşterek fail olarak cezalandırılacaktır²¹¹. Zira bu durumda suçun özgü suç olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi bir önem arz etmez, zilyetlik hukuki ilişki çerçevesinde birden çok kişiye devredilmiş olup devredilen herkes zaten zilyet sıfatına sahiptir. Burada önemli olan kişilerin birlikte suç işleme kararı kapsamında suçun icra hareketlerini gerçekleştirmeleri ve de bu icra üzerinde müşterek hakimiyet kurmalarıdır²¹². Malın zilyetliğinin birden çok kişiye devredilmesi ve kişilerin belirtilen şekilde birlikte suç işleme kararı çerçevesinde fiillerini icra etmeleri halinde fiilleri gerçekleştiren kişiler müşterek fail olarak cezalandırılacaktır.

Ayrıca malın mülkiyetinin başkasına ait olduğunu ve malın zilyetliğinin kişiye bir hukuki ilişki çerçevesinde devredildiğini bilen bir kişinin; zilyet olan kişiyi malın zilyetliğinin devri amacı dışında tasarrufta bulunmaya veya devir olgusunu inkar etmeye azmettirmesi veya bu kişilerin suç oluşturan fiilleri icra etmesine yardım etmesi mümkündür²¹³. Azmettirmede kafasında henüz bir suç işleme düşüncesi veya kararı bulunmayan bir kişi suç işlemesi yönünde etkilenmekte ve de bu kişinin suç işleme kararı alması sağlanmaktadır²¹⁴. Bu durumda henüz kafasında güveni kötüye kullanma suçunu işleme düşüncesi veya kararı olmayan kişinin suçu işleme konusunda karar aldırtan kişi azmettiren olarak sorumlu tutulmaktadır. Ayrıca kişinin TCK md. 39'da sayıldığı üzere bir kişiyi güveni kötüye kullanma suçunu işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin

²¹⁰ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 432; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 700; Taneri, **a.g.e.**, s. 182; Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, s. 289; Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 677.

²¹¹ Atalan, **a.g.e.**, s. 427; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 29; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 461.

²¹² Parlar/Hatipoğlu, **Suçta Teşebbüs İştirak-İçtima ve Yaptırımlar**, s. 65.

²¹³ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 30.

²¹⁴ Aydın, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 164.

işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak halinde sayılan bu fiilleri gerçekleştiren kimse yardım eden olarak sorumlu tutulmaktadır. Yani yardım etmede kafasında zaten suç işleme kararı olan bir kişinin suç işleme konusunda teşvik edilmesi veya suç işleminin kolaylaştırılması söz konusu olmaktadır²¹⁵.

İştirak başlığı altında son olarak failin suça konu malı zilyetlik devir amacına aykırı olarak satması halinde failden bu malı satın alan kişinin hukuki durumuna değinilirse bu durum doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş malı satın alan kişinin teslim edilen malın niteliğini bilmesi halinde TCK'nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasını satın alma suçunun oluşacağını savunurken²¹⁶ diğer görüş ise bu durumda kişinin hukuki ilişkiye aykırı tasarruflara katkısının iştirak kuralları kapsamında şerik olarak değerlendirileceğini savunmaktadır. İkinci görüşe göre daha henüz güveni kötüye kullanma suçu tamamlanmadığından henüz suç eşyasını satın alma hareketi bulunmamakta olup burada kişinin zilyetlik devrine aykırı olarak gerçekleştirdiği satma eylemine ve suçun tamamlanmasına bir katılma söz konusudur²¹⁷. Malın satın alınması ile suç eşyasını satın alma suçunun oluşacağını savunan görüş ise bu görüşe karşı olarak zilyetlik devrine aykırı davranışla ve devir olgusunun inkar edilmesi ile zaten suçun tamamlandığını ve de kişinin malı alması hareketinin her halükarda suç eşyasını satın alma suçunun tipik hareketini oluşturacağı savunulmuştur²¹⁸.

C. İçtima

Ceza hukukunda esas olarak, TCK'nın genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır prensibi

²¹⁵ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 476.

²¹⁶ Atalan, **a.g.e.**, s. 427; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 258; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 30; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 740; Taneri, **a.g.e.**, s. 182; Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, s. 289.

²¹⁷ Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 422; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 450.

²¹⁸ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1703.

benimsenmiştir²¹⁹. Böylece ceza hukukunda kural gerçek içtima olmakla birlikte istisna hallerde suçların içtimaı söz konusu olup kişiler birden çok suç işlemelerine rağmen kanunda düzenlenen çeşitli nedenlerden ötürü tek ceza ile cezalandırılmakta; fakat kural olarak suçların içtimaı istisnaları söz konusu olmadığı hallerde ise kişiler işledikleri her suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaklardır²²⁰. Aynı fail tarafından tek fiil ile çeşitli ihlallerin veya birden çok fiil ile aynı ihlalin gerçekleşmesi veya ceza normlarının çokluğunun görünüşte olduğu aslında fiile sadece bir ceza normunun uygulanacağı hallerde failin sorumluluğunun belirlenmesi bu başlık altında değerlendirilecektir²²¹. Suçların içtimaı belirtildiği üzere çeşitli şekillerde gerçekleşebilecek olup bunlar TCK'da suçların içtimaı başlığı altında bileşik suç (TCK md. 42), zincirleme suç (md. 43) ve fikri içtima (md. 44) olarak düzenlenmiştir. Zincirleme suçta ve fikri içtimada failin hareketleriyle birden fazla suç oluşmakla birlikte bazı durumlarda suçların çokluğu sadece görünüşte olup aslında gerçek uygulamada söz konusu harekete uygulanacak bir norm bulunmaktadır²²². Bu durum görünüşte içtima olarak adlandırılmakta olup kendi içinde özel- genel norm, tüketen-tüketilen norm, asli- yardımcı norm ilişkisi yönünden çeşitli ayrımlara tabi olup bu kapsamında özel normun önceliği, bir normun diğeri tarafından tüketilmesi, yardımcı normun sonralığı ilkeleri bulunmaktadır.

İçtima ile ilgili genel bilgilere kısaca değinildikten sonra bu başlık altında güveni kötüye kullanma suçu açısından oluşabilecek ihtimaller ele alınacaktır. Güveni kötüye kullanma suçu ilk olarak görünüşte içtima altında incelenirse hüküm kapsamında tüketen- tüketilen norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu ilişki çerçevesinde bir normun ve diğer başka normların korudukları hukuki değerleri bütün bir şekilde koruma ve bu nedenle de bu değerleri ihlal eden davranışları tek ceza ile cezalandırma amaçlanmaktadır²²³. Bu ilişki seçimlik hareketli suçlarda da söz

²¹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 688.

²²⁰ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 486.

²²¹ Kayıhan İçel, **Suçların İçtimaı**, İstanbul, İÜHFY, Sermet Matbaası, 1972, s. 9 vd.

²²² Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 530.

²²³ İçel, **Suçların İçtimaı**, s. 193.

konusu olmaktadır. Örneğin kişi, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan hareketlerden biri olarak zilyetliği kendisine devredilen malı zilyetlik devir amacı dışında kullanıp bunun ardından da devir olgusunu inkar etse her ne kadar kişi suç oluşturan iki hareket gerçekleştirmiş de olsa kişiye tek bir güveni kötüye kullanma suçundan ceza verilmektedir²²⁴. Bu durumda tüketen- tüketilen norm kapsamında aslında gerçekte normun bir defa ihlal edildiği ve de bu nedenle bir suçun oluştuğu ve faile bir ceza verileceği savunulmaktadır²²⁵. Böylece güveni kötüye kullanma suç kapsamında fail kanunda düzenlenen seçimlik hareketlerden hepsini de gerçekleştirse seçimlik hareketler hukuki anlamda bir fiil sayılmakta ve fail bir defa cezalandırılmaktadır²²⁶.

Ayrıca güveni kötüye kullanma suçu ile zimmet suçu arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Özel- genel norm ilişkisi de görünüşte içtimanın bir çeşidi olup bir fiilin çeşitli suçların kapsamına girmesi ve bu suçlardan birinin diğerinin unsur ve özelliklerine sahip olup bunlara ek olarak bazı ayrı özelliklere sahip olması halinde söz konusu olmaktadır²²⁷. Özel genel norm ilişkisi için gerekli olan şartlardan biri her iki normla da aynı hukuki değer korunması, ikincisi ise özel normun genel normun özelliklerinin yanında başka özelliklere de sahip olmasıdır.

Özel genel norm ilişkisinin görüldüğü hallerden biri özgü suç- genel suç ilişkisidir²²⁸. Eğer failde kanunda belirtilen özel niteliklerden biri olmadan suç oluşturan fiiller işlendiğinde başka bir normun ihlali doğuyorsa özel bir nitelik aramayan norm genel norm, bunun aksine örneğin failin sıfatı açısından belirli nitelikleri arayan norm ise özel norm olarak adlandırılmaktadır²²⁹. Bu bağlamda

²²⁴ Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 40; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 700; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 739; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 456; Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, s. 289; Taneri, **a.g.e.**, s. 182.

²²⁵ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, s. 469.

²²⁶ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 643; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 448.

²²⁷ İçel, **Suçların İçtimai**, s. 183.

²²⁸ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 531; İçel, **Suçların İçtimai**, s. 189.

²²⁹ İçel, **Suçların İçtimai**, s. 190.

malın zilyetliği bir kamu görevlisine görevi gereği devredilmişse TCK md. 247²³⁰ veya Bankacılık Kanunu md. 160, fail açısından belirli nitelik aradıklarından güveni kötüye kullanma suçuna göre özel norm niteliği taşırlar ve bu nedenle de fail fiiliyle her iki suı da meydana getirirse özel normdan cezalandırılacaktır²³¹. Fakat burada malın kamu görevlisine görevinden dolayı teslim edilmesi kişinin hangi suçtan cezalandırılacağıının belirlenmesinde büyük önem taşıyıp örneğin kamu görevlisi görevi nedeniyle değil hizmetle görevlendirilmişse görevli suçun nitelikli hali olan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmadan cezalandırılacaktır²³². Ayrıca burada Bank.K.'daki düzenlemeye kısaca değinilirse her ne kadar Bank.K.'nun 160. maddesindeki suç güveni kötüye kullanma suçuna göre özel norm olarak düzenlenmiş gibi görölse de bu noktada Bank.K.'nun 161. maddesindeki düzenleme²³³ de dikkate alınmalıdır. 161. madde uyarınca Bank.K.'da suç olarak düzenlenen fiillerin başka kanunlarda da suç olarak düzenlenmesi halinde fail en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi ile cezalandırılacaktır. Söz konusu düzenleme ile Bank.K.'nun 160. maddesinde düzenlenen zimmet suçu ile güveni kötüye kullanma suçu arasındaki ilişki özel-genel norm değil asli-yardımcı norm ilişkisi olmuştur ve daha ağır cezayı gerektiren düzenleme asli norm daha hafif ceza öngören düzenleme ise daha ağır olan suç karşısında uygulama alanı bulamayarak yardımcı norm haline gelmiřtir²³⁴. Bu nedenle her iki su bu bağlamda incelendiğinde Bank.K., TCK'ya göre daha ağır bir cezai müeyyide öngördüğünden Bank.K.'da düzenlenen zimmet suçu söz konusu düzenleme nedeniyle asli- tali norm çerçevesinde asli norm olarak uygulanmaktadır.

Özel-genel norm ilişkisi altında incelenmesi gereken diğer bir husus da güveni kötüye kullanma suçu ile TCK'nın 289. maddesinde düzenlenen muhafaza görevini

²³⁰ Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 456; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5028.

²³¹ Koca/Üzölmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 531; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 739; Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, s. 289; Taneri, **a.g.e.**, s. 182.

²³² Centel/Zafer/akmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 449.

²³³ Bank.K. md. 161: "Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır".

²³⁴ Selman Dursun, **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 82-83.

kötüye kullanma suçu arasındaki ilişkidir. Muhafaza görevini kötüye kullanma suçuyla ilişkin özellikler çalışmamızın üçüncü bölümünde benzer suçlarla karşılaştırmada ayrıntılı olarak ele alınacağından burada sadece içtima boyutu üzerinde durulacaktır. İleride ayrıntılı olarak ele alındığı üzere muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun failinin resmi makamlarca yediemin olarak görevlendirilen ve resmi makamlarca zilyetliği kendisine devredilen kişi olması gerektiğinden suç TCK'da özgü suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle de fail açısından belirli nitelikler arayan ve özgü suç olan muhafaza görevini kötüye kullanma suçu güveni kötüye kullanma suçuyla göre özel norm niteliği taşımaktadır. Böylelikle eğer burada örneğin İİK'nun 88. maddesi uyarınca muhafaza edilmek üzere resmen teslim edilmiş bir mal söz konusu ise ve malın teslim edildiği yediemin olan bu kişinin muhafaza etme amacı dışında tasarrufta bulunması halinde yediemin olan fail özel norm olan ve TCK'nın 289. maddesinde düzenlenen muhafaza görevini kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır. Fakat burada mal kendisine teslim edilen kişiye yani yediemine mal, TBK'nın 569. maddesi²³⁵ uyarınca kişilerin aralarında yaptığı anlaşma dolayısıyla özel olarak teslim ediliyorsa ve yedieminin bu muhafaza yükümlülüğüne aykırı davranıyorsa bu durumda ortada resmi bir teslim söz konusu olmadığından söz konusu fiiller güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır²³⁶.

Ayrıca suçların temel şekilleri ile nitelikli halleri arasındaki ilişki de özel-genel norm ilişkisine örnek olarak gösterilmektedir²³⁷. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçunun SPK md. 110'da düzenlenen nitelikli halleri suça göre özel norm niteliği taşımaktadır ve bu durumda kişi SPK md. 110 uyarınca sadece suçun nitelikli halinden cezalandırılmaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer bir hal de zincirleme suç hükümleridir. Zincirleme suç, aynı suçun aynı kişiye karşı bir

²³⁵ TBK md. 569: “Birden çok kişi, haklarını korumak üzere, hukuki durumu çekişmeli veya belirsiz olan şeyi, bir güvenilir kişiye bırakırlarsa, bu kişi, saklatanların tamamının rızası veya hâkimin kararı olmadıkça, onu hiçbirine geri veremez”.

²³⁶ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 115-116.

²³⁷ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 531; İçel, **Suçların İçtimalı**, s. 188.

suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda birden çok kez işlenmesidir²³⁸. Burada kişiye bir ceza verilmesinin sebebi kişinin suç işleme kararındaki birlikle kanunun aynı hükmünü ihlal etmesinden kaynaklanmaktadır²³⁹. Güveni kötüye kullanma suçunun bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı mağdura karşı kısa zaman sürelerinde tekrarlanması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması da mümkündür²⁴⁰. Uygulamada zincirleme suç örnekleri yaygın olarak satış elemanları ve şirketin muhasebe işlemlerinden sorumlu olan kişilerin gerçekleştirdiği fiillerde görülmektedir²⁴¹.

Ayrıca birden fazla kişiye ait olan eşyalar üzerinde failin de gerçekleştirdiği tipik bir fiil ile birden çok kişiye karşı güveni kötüye kullanma suçunu gerçekleştirmesi halinde failin fiili aynı kişiye yönelik olmadığından TCK md. 43/1 değil 43/2, yani aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmakta ve de bu durum failin cezasında bir artırıma neden olmaktadır²⁴². Kişinin TCK md. 43/2 uyarınca cezasında artırıma gidilmesi için farklı hukuki ilişkilere bağlı olarak zilyetliği kendisine geçirilmiş ve değişik kişilere ait olan mallar üzerinde suçun, örneğin elinde birden fazla kişinin farklı hukuki ilişkiler çerçevesinde bulunan malları toptan satılmasında olduğu gibi, tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi gerekir²⁴³.

İçtima başlığı altında son olarak güveni kötüye kullanma suçunu meydana getiren fiillerle başka suçların da oluşması ihtimalleri incelenecektir. Eğer kişinin bir fiili güveni kötüye kullanma suçu ile birlikte başka bir suç da meydana getirirse, yani tek hareketle birden fazla suçun oluşması halinde farklı neviden fikri içtima söz

²³⁸ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 498.

²³⁹ İçel, **Suçların İçtimalı**, s. 96.

²⁴⁰ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 448; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 739; Atalan, **a.g.e.**, s. 427; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 700; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 461; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2490; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 456; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 643; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 258; Taneri, **a.g.e.**, s. 182.

²⁴¹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 30.

²⁴² Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 461.

²⁴³ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 644. Bu durumda mağdur sayısınca suç oluşacağı görüşü için bkz. Yaşar/Gökcan/Artaç, **a.g.e.**, s. 5027; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 31.

konusu olacak ve kişi cezası en ağır olan suçtan cezalandırılacaktır²⁴⁴. Kişiye tek ceza verilmesi kişinin hukuk düzenine karşı gelme ve de sosyal bakımdan barışı bozma yönündeki iradesindeki birlikten kaynaklanmaktadır²⁴⁵. Bu bağlamda güveni kötüye kullanma suçunda farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulunduğu haller incelenecektir.

Eğer kişi zilyetliği kendisine devredilmiş malı geri verme yükümlülüğünden kurtulmak, suçun ortaya çıkmasını engellemek amacıyla çeşitli hileli davranışlarda bulunmuşsa bu durumda her ne kadar sadece güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılrsa²⁴⁶ da belirtilen işlemlerin sahte belge ile yapılması veya suçun sahte belgelerle işlenmesi halinde kişinin cezalandırılmasına belgenin niteliğine göre karar vermek gerekmektedir²⁴⁷. Bu durumda, güveni kötüye kullanma suçuna ek olarak, belgenin özel belge olması durumunda özel belgede sahtecilik, belgenin resmi bir belge olması halinde resmi belgede sahtecilik suçu da söz konusu olacaktır. TCK md. 212 uyarınca²⁴⁸; *sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur*. Maddede de açıkça belirtildiği üzere failin güveni kötüye kullanma suçu ile birlikte sahtecilik suçlarını gerçekleştirmesi halinde gerçek içtima uygulanıp fail hem güveni kötüye kullanma hem de resmi veya özel belgede sahtecilik suçundan ayrı ayrı sorumlu tutulur ve her ikisinden de ayrı ayrı cezalandırılır²⁴⁹.

²⁴⁴ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:II, s. 376.

²⁴⁵ **A.e.**, s. 383.

²⁴⁶ Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 678.

²⁴⁷ Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 456.

²⁴⁸ TCK md. 212'deki açık düzenleme öncesinde gerçek içtima uygulanması gerektiği görüşleri (bkz. Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 98) yanında sahteciliğe konu belgelerin özel ve resmi belgeler olarak ikili ayrıma tabi tutularak suçlar arasındaki ilişkinin içtima kapsamında çözülmesi gerektiği de savunulmaktaydı. Failin düzenlediği evrakın özel bir belge olması halinde özel belgede sahtecilik suçunun oluşması aynı zamanda evrakın kullanılmasına da bağlı olduğundan güveni kötüye kullanma suçu ile tek bir fiil ile aynı anda işlenmeleri mümkündür ve bu durum fikri içtima çerçevesinde çözülmektedir. Fakat güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesinde resmi bir belge kullanılıyorsa resmi belgede sahtecilik suçu evrakın düzenlenmesiyle oluşacağından bu durumda resmi belgede sahtecilik suçu güveni kötüye kullanma suçundan önce gerçekleşeceğinden iki suç bulunduğu ve gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı da savunulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 448.

²⁴⁹ Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 456; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 30; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 258; Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, s. 289; Polat, **a.g.e.**, s. 600;

Ayrıca fail devir olgusunu inkar etme fiilini mahkemede tanıklık icra ederken gerçekleştirirse bu durumda fail tek bir hareketle hem yalan tanıklık suçunu hem de güveni kötüye kullanma suçunu gerçekleştirmiş olacaktır²⁵⁰. Bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulacaktır ve fail yalnızca cezası ağır olan suçtan cezalandırılacaktır.

Son olarak kişi, zilyetliği devredilmiş mal üzerinde zilyetlik devir amacı dışında tasarrufta bulunurken malı kısmen veya tamamen yıkılmasına, tahrip edilmesine, yok edilmesine, bozulmasına, kullanılamaz hale getirilmesine veya kirletilmesine neden olursa bu durumda söz konusu hareketle güveni kötüye kullanma suçu ile birlikte mala zarar verme suçu da oluşmaktadır. Bir görüşe göre bu durumda güveni kötüye kullanma suçu ile mala zarar verme suçu arasında özel-genel norm ilişkisi bulunur ve güveni kötüye kullanma suçu özel norm niteliği taşıdığından fail sadece güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılmaktadır²⁵¹. Güveni kötüye kullanma suçu ile mala zarar verme suçundaki gibi mülkiyet hakkı korunur ve buna ek olarak kişiler arasındaki güven ilişkisi de korunarak esasında güveni kötüye kullanma suçu ile korunan hukuki değer mala zarar verme suçu ile korunan hukuki değeri kapsar niteliktedir. Ayrıca mala zarar verme suçunu oluşturan fiiller aynı zamanda güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan zilyetliğin devri dışında tasarruf fiilinin kapsamına girmekte olup bunlara ek olarak suçta özel olarak malın zilyetliğinin kişiye muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere devredilmiş olması suçun unsuru olarak aranmaktadır. Tüm bu gerekçelere dayanarak bu görüş altında iki suç arasında özel- genel norm ilişkisinin olduğu ve böylece iki suç arasındaki ilişkinin görünüşte içtima hükümleri çerçevesinde çözülerek failin sadece mala zarar verme suçuna göre özel norm niteliği taşıyan güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılacağı savunulmuştur²⁵². Diğer bir

Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2490; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 434; Taneri, **a.g.e.**, s. 182; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 644; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 461; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 740; Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 200.

²⁵⁰ Polat, **a.g.e.**, s. 600.

²⁵¹ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1700-1701; Taneri, **a.g.e.**, s. 182.

²⁵² Meraklı, **a.g.m.**, s. 1700-1701.

görüŖe göre ise bu durumda güveni kötüye kullanma suçu ile mala zarar verme suçu arasında fikri içtima hükümleri uygulanmalı²⁵³ ve kişi daha ağır ceza gerektiren suçtan cezalandırılmalıdır. Fakat güveni kötüye kullanma suçunun benzer suçlarla karşılaştırılması altında ayrıntılı olarak değinildiği üzere kanımızca mala zarar verme suçu ile güveni kötüye kullanma suçu arasında içtima hükümlerinin uygulanması birinde zarar verme amacı diğerinde ise yarar sağlama amacı söz konusu olduğundan ve iki amacın bir arada bulunması zor olduğundan pek mümkün gözükmemektedir.



²⁵³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 700; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 740; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 449.

Üçüncü Bölüm

YAPTIRIM, YARGILAMA, BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA

I. YAPTIRIM

A. Genel Olarak

Bu başlık altında ayrıntılı olarak yaptırım teorisine ilişkin ayrıntılı bilgilerin verilmesi bir hayli güç olduğundan burada sadece güveni kötüye kullanma suçu açısından öngörülen cezalar ve cezalara ilişkin hususlara yer verilecektir.

TCK md. 155/1’de düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişiler şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılmaktadır. Suçun temel hali için öngörülen adli para cezasının miktarı gösterilmediğinden TCK md. 52/1 uyarınca adli para cezası 5 ile 730 gün arasında belirlenebilir¹.

Suçun nitelikli halini düzenleyen TCK md. 155/2 uyarınca suçun nitelikli halinin faili hakkında ise bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. Suçun nitelikli hali açısından uygulanacak olan adli para cezası TCK md. 52 uyarınca 5 günden az olamaz².

765 sayılı Kanun’da ise suçun temel hali için iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası öngörülmüş olup suçun nitelikli halinin işlenmesi halinde ise fail üç aydan üç seneye kadar hapis ve yüz elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ile cezalandırılır.

¹ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 450; Hafizoğulları, **a.g.m.**, s. 2769; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 436.

² Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 436.

Hem 765 sayılı Kanun'da hem de TCK'da her ne kadar genellikle öngörülme de güveni kötüye kullanma suçunun hem temel hali hem de nitelikli hali için kanunda hapis cezasının yanında adli para cezası da öngörülmüştür³. Bu durum madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere⁴ güveni kötüye kullanma suçunu gerçekleştiren kişinin bir yarar elde etme ve de suçtan elde edilen gelirin failin yanına kar kalması ihtimalinin önlenmesi arzusundan kaynaklanmaktadır⁵. Ayrıca görüldüğü üzere güveni kötüye kullanma suçunun hem temel hem de nitelikli hali için hapis cezası ve adli para cezası birlikte öngörülmüş olup hakim her iki cezaya da hükmetmelidir⁶.

Kanun koyucu genellikle suçlarda sabit bir cezanın aksine alt ve üst sınır koyarak hakime gerekçeli olarak cezayı tayin etme yetkisi tanımakta ve tanınan bu takdir yetkisi hakim tarafından her somut olay açısından TCK md. 61'de belirtilen ölçütlere göre kullanılmaktadır⁷. TCK md. 61/1'de sayılan bu ölçütler; suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı ve failin güttüğü amaç ve saiktir. Böylelikle hakim suçun temel ve nitelikli hali için temel cezayı belirleyip hükmederken meydana gelen zarar ve elde edilen haksız menfaate göre karar verir⁸.

Ayrıca kanunda temel ve nitelikli haller için öngörülen alt sınırlara, suçun temel hali için altı ay nitelikli hali için bir yıl, bakıldığında hakim alt sınırdan cezaya hükmetmesi halinde TCK md. 50/1 uyarınca hükmedilen kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesi söz konusu olabilir. Bu seçenek yaptırımlar 50.

³ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 450.

⁴ Madde gerekçesi uyarınca “söz konusu suçun işlenmesi suretiyle bir yarar elde edilebileceği düşüncesiyle, yaptırım olarak hapis cezasının yanı sıra adli para cezası da öngörülmüştür”.

⁵ İlhan Üzülmöz, “Yeni Türk Ceza Kanunu Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **EÜHFĐ**, C. XS. 3-4, 2006, s. 216.

⁶ Polat, **a.g.e.**, s. 601.

⁷ İlhan Üzülmöz, “Yeni Türk Ceza Kanunu Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 206.

⁸ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 436.

maddenin birinci fıkrasında ayrıntılı olarak sayılmış olup⁹ hakimın alt sınırdan verdiği kısa süreli hapis cezasının 50/1 uyarınca adli para cezasına çevrilmesi de mümkündür. Bu durumda temel ceza olarak verilen adli para cezası ile seçenek yaptırıma çevrilerek verilen adli para cezası birbirleriyle toplanarak bir ceza tayin edilmez, aksine iki adli para cezası da infazlarındaki farklılıklardan dolayı birbirlerinden ayrı cezalar olarak değerlendirilmeli ve infaz edilmelidir¹⁰.

Ayrıca 765 sayılı Kanun md. 522’de malvarlığına karşı suçların konusunu oluşturan malların değerinin veya verilen zararın çok az olması hali yağma ve adam kaldırma suçları dışındaki tüm malvarlığına karşı suçlar için ortak hafifletici sebep olarak düzenlenmiştir¹¹. Madde kapsamında ayrıca tüm malvarlığına karşı suçlar için suçun konusu malın değerinin veya zararın pek fahiş olması hali de cezada artırım yapılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir. TCK ise hem tüm malvarlığına karşı suçlar için hem de güveni kötüye kullanma suçu için 765 sayılı Kanun md. 522’deki gibi suça konu malın değerinin pek az veya fahiş olmasına ilişkin cezayı arttıran veya cezada indirimine neden olan bir düzenleme öngörmemiştir¹². TCK’da malvarlığına karşı suçlardan sadece hırsızlık (m. 145) ve yağma (m. 150/3) suçları için daha az ceza verilecek haller düzenlenmiş 765 sayılı Kanun’daki sayılan bu haller daraltılmıştır¹³. TCK’da güveni kötüye kullanma suçunda, suça konu malın değerinin veya oluşan zararın çok fazla ya da çok az

⁹ TCK md. 50/1 uyarınca: “Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; a) Adli para cezasına, b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine, c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye, d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya, e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya, f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir”.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 205-207.

¹¹ Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 200.

¹² Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 678; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 259.

¹³ Timuçin Köprülü, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, **TBBĐ**, S:71, 2007, s. 257.

olması hali 61. madde uyarınca temel cezanın üst sınır ile alt sınır arasında belirlenmesinde nazara alınacak bir haldir¹⁴.

Ayrıca 765 sayılı Kanun'da da öngörüldüğü üzere güveni kötüye kullanma suçu için TCK md. 167/1'de şahsi cezasızlık sebepleri ve 167/2'de ise cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler düzenlenmiştir. TCK md. 167/1 uyarınca haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin veya üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın veya aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin birbirlerinin zararına olarak güveni kötüye kullanma suçunu işlemeleri halinde suçu gerçekleştiren kişi hakkında cezaya hükümlenmez. TCK md. 167/2 uyarınca ise güveni kötüye kullanma suçunun haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde faile verilecek ceza ilgili akrabanın şikayeti üzerine yarısı oranında indirilir. Burada indirim konusunda hakime bir takdir yetkisi tanınmamış olup belirtilen akrabalık ilişkilerinin bulunması halinde hakim ½ oranında indirim uygulamalıdır¹⁵. Bu konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalara şahsi cezasızlık ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler başlığı altında değinildiği için burada daha fazla ayrıntıya yer verilmeyecektir.

Suçu tamamladıktan sonra fakat gerçekleştirdiği hareketler nedeniyle henüz hakkında kovuşturma başlamadan önce fail, azmettiren veya yardım eden bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderirse bu durumda verilecek olan ceza üçte ikisine kadar indirilmektedir. Fakat failin, azmettirenin veya yardım edenin etkin pişmanlığının kovuşturma başladıktan sonra fakat hakkında hüküm verilmeden önce gösterilmesi halinde verilecek olan cezanın yarısına kadar bir indirim söz konusu olmaktadır. Kanunkoyucu burada etkin pişmanlığın gözükeceği muhakeme aşamalarına göre farklı indirim oranları öngörmüştür ve burada da öngörülen indirim oranları hakkında

¹⁴ Bakıcı, a.g.e., s. 32; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 259.

¹⁵ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 437.

hakime takdir hakkı tanınmamış olup belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde hakim cezada belirtilen oranlarda indirim uygulamalıdır¹⁶.

B. Tüzel Kişilere Uygulanan Yaptırım

Ceza kanununun 20. maddesinin 2. fıkrasında da belirtildiği üzere ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamaz. Ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamayıp güvenlik tedbiri uygulanması; tüzel kişi hakkında hükmedilecek ceza yaptırımlarının aslında tüzel kişinin kusuru bulunmayan bütün üye ve ortaklarının cezalandırılması anlamına geldiği ve bu durumun da açıkça ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olmasından ve de tüzel kişilerin fiil ehliyetinin bulunmamasından kaynaklanmaktadır¹⁷. Bu durumda tüzel kişilerin cezalandırılması hali cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olarak üçüncü kişilerin davranışlarından yani başkasının eyleminden sorumluluk doğurmaktadır¹⁸.

Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri TCK md. 60'da düzenlenmiş olup 60/4 uyarınca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için kanunda bunun ayrıca belirtilmesi gerekmektedir¹⁹. TCK md. 169'da md. 60/4'de belirtildiği üzere hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesi halinde tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağına ilişkin özel düzenleme yer almaktadır. Böylelikle TCK md. 169 uyarınca hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesiyle bir tüzel kişiye yarar sağlanıyorsa bu durumda bu tüzel kişi hakkında 60. maddede düzenlenen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır²⁰. TCK md. 60 uyarınca tüzel kişiler hakkında müsadere ve izin iptali olmak üzere iki tür güvenlik tedbirinin uygulanması öngörülmüştür. Söz

¹⁶ Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 354.

¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 966; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 193.

¹⁸ Zeynep T. Kangal, "Yeni Türk Ceza Hukuku'nda Tüzel Kişiler", **HPD**, S:7, 2006, s. 87.

¹⁹ Yurtcan, "Malvarlığına Karşı Suçlar", s. 363.

²⁰ Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 201; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 470; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 437; Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 678.

konusu iki güvenlik tedbiri de yalnızca özel hukuk tüzel kişilerine uygulanabilmektedir. Özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri arasında bu eşit olmayan durum, devlete karşı cebri icranın mümkün olmaması ve kamu hizmetlerinde devamlılık, zorunluluk ve vazgeçilmezlik ilkeleri nedeniyle iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının kamu hukuku tüzel kişilerine uygun olmamasından ve bu tedbirlerin uygulanmasının kamu hizmetinden yararlanan vatandaşların cezalandırılması anlamına geleceğinden kaynaklanmaktadır²¹.

Özel hukuk tüzel kişileri için 60. madde uyarınca öngörülen ilk güvenlik tedbiri iznin iptalidir. TCK md. 60/1 uyarınca *bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.* İzin iptalinin uygulanabilmesi için öncelikle tüzel kişinin organı veya temsilcisinin iştirakiyle kasıtlı bir suçun tüzel kişi yararına işlenmesi ve de bu suçun tüzel kişiye verilen belirli bir faaliyette bulunma izninin sağladığı yetkilerin kötüye kullanılarak işlenmesi ve bu suçtan dolayı organ veya temsilci hakkında mahkumiyet hükmü verilmiş olması gerekmektedir²². Ayrıca da bunlara ek olarak işlenen suç ile tüzel kişinin faaliyet izninin kullanılması arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir²³. Söz konusu şartların gerçekleşmesi halinde özel hukuk tüzel kişisinin faaliyet izni iptal edilmektedir. Lakin iznin iptali güvenlik tedbiri tüzel kişiliğin varlığını sona erdirmemekte, yalnızca faaliyette bulunduğu alan izne tabi ise bu iznin iptal edilmesine neden olmaktadır²⁴.

Kanunda özel hukuk tüzel kişileri için öngörülen ikinci güvenlik tedbiri ise müsadere dir. Müsadere güvenlik tedbiri de TCK md. 60/2’de belirtildiği üzere özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanmaktadır. Böylece TCK md. 169 ve 60

²¹ Parlar/Hatipoğlu, **Suç Teşebbüs İştirak- İctima ve Yaptırımlar**, s. 337.

²² Kangal, “Yeni Türk Ceza Hukuku’nda Tüzel Kişiler”, s. 89.

²³ Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C.2, s. 2022; Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 355.

²⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 967. Konuyla ilgili örnekler için bkz. Kangal, “Yeni Türk Ceza Hukuku’nda Tüzel Kişiler”, s. 89.

uyarınca özel hukuk tüzel kişileri hakkında TCK md. 54’de düzenlenen eşya müsadere ve TCK md. 55’de düzenlenen kazanç müsadere hükümleri uygulanabilir. Tüzel kişiler hakkında müsadere kararının da verilmesi için de TCK 169’da belirtildiği üzere suçun tüzel kişinin yararına işlenmiş olması gerekmektedir. Ayrıca TCK md. 60/3 uyarınca tüzel kişiler hakkında belirtilen iki güvenlik tedbirinin de uygulanması işlenen eylemlere kıyasen daha ağır sonuçlara yol açacaksa bu durumda hakime söz konusu güvenlik tedbirlerine hükmetmeme konusunda orantılılık ilkesi kapsamında takdir hakkı tanınmıştır²⁵. Böylelikle gerekçede de belirtildiği üzere; çok sayıda insanın işsiz kalması veya iyi niyetli üçüncü kişiler açısından telafisi güç kayıplara neden olunması halinde orantılılık ilkesi gereğince hakim güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebilir²⁶.

Sonuç olarak özetle belirtmek gerekirse TCK’nın 20, 169 ve 60. maddeleri hep birlikte değerlendirildiğinde güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi sonucunda bir tüzel kişi menfaat sağlıyorsa bu menfaat müsadere edilebileceği gibi tüzel kişinin faaliyet izni de iptal ettirilebilecektir²⁷.

II. YARGILAMA

Ceza hukukumuzda suçlar esas olarak kamusal nitelikte ve yetkili mercilerce re’sen soruşturulup kovuşturulmakla beraber bir kısım suçlarda ise müştekinin menfaatleri ve suçtan zarar gören kişi açısından doğabilecek sakıncalar ön planda tutulup bu suçlar istisna ve özel olarak şikayete tabi olarak düzenlenmiştir²⁸ ve güveni kötüye kullanma suçu da bu suçlardan biridir. Şikayete tabi suçlar genellikle kamu yararını ihlal etse de toplumdan daha ziyade kişiyi daha çok ilgilendirmekte ve bu suçlarda kişisel yararlar daha ön planda olmaktadır²⁹. Şikayet; şikayete bağlı bir

²⁵ Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C:2, s. 2023.

²⁶ Kangal, “Yeni Türk Ceza Hukuku’nda Tüzel Kişiler”, s. 90.

²⁷ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 447.

²⁸ Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 104; Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2016, s. 49.

²⁹ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: I, s. 325; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özyaydın, Esra Alan

suç söz konusu olduğunda şikayette bulunmaya hakkı olan kişilerin veya temsilcilerinin belirli süreler içerisinde ve kanunda belirtilen makamlara başvurarak failin cezalandırılmasına dair belirttikleri irade beyanıdır³⁰.

Güveni kötüye kullanma suçunun temel şeklinin soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı tutulmakla birlikte belirtilen nitelikli hallerinin soruşturulması ve kovuşturulmasında şikayet aranmamakta ve soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılmaktadır³¹. Nitekim suçun takibinin şikayete tabi olması açısından temel hali ile nitelikli hali arasında kanun koyucu tarafından öngörülen bu farklılığın sebebi esasında kamu düzeninin ihlali derecesinin söz konusu durumlarda değişmesinden kaynaklanmaktadır³². Ayrıca suçun oluşması için mağdur ile fail arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması gerektiği ve böylece kişilerin devamlı olarak anlaşabilmelerinin mümkün olduğu da gözetilirse suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı tutulması son derece yerindedir³³. Fakat bu görüşe karşı olarak doktrinde suçun temel şeklinin şikayete tabi olduğunun güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi kanunda özellikle belirtildiği fakat nitelikli hal açısından böyle bir ifadenin veya re'sen kovuşturulacağına ilişkin açık bir ibarenin yer almadığı hallerde suçun nitelikli şeklinin de temel şeklindeki gibi şikayete tabi olması gerektiği savunulmuştur³⁴. Nitekim bu görüş; suçun temel ve nitelikli şeklinde her ne kadar farklı fıkralar söz konusu olsa da farklı bir suç tipinin düzenlenmediği sadece bazı sebeplerden dolayı cezanın arttırıldığı bu nedenle de suçun nitelikli şekli ile temel şeklinden farklı bir suçun yaratılmadığına ve de her iki şekle de aynı

Akcan, Efser Erden Tütüncü, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. bs., Ed.: Bahri Öztürk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 47.

³⁰ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 102.

³¹ Aydın, **Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, s. 289; Taneri, **a.g.e.**, s. 183; Polat, **a.g.e.**, s. 601; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 177; Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 678; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2490-2491; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, s. 645; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 740; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 447; Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 208.

³² Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 190.

³³ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 515.

³⁴ Yıldız, **Seminer Notları**, s. 280.

hükmün uygulanması gerektiğine aksi durumun ise nitelikli halin madde metninde açıkça düzenlenmesi gerektiğine dayanmaktadır³⁵.

Şikayet görüldüğü üzere genel kural olarak kanunda belirtilen suçlarda aranan bir koşul olmakla beraber şikayetin suçun failine göre de özellik arz ettiği bazı haller vardır³⁶. Örneğin güveni kötüye kullanma suçunun TCK md. 167/2'de belirtilen akrabalık ilişkileri içerisinde, yani suçun haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına işlenmesi halinde de bu failin soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı tutulmuştur. Bu durumda suçu birden fazla kişinin birlikte işlemesi halinde belirtilen akrabalık ilişkisi içerisinde bulunan failin soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı tutulacak olup belirtilen akrabalık ilişkiler içerisinde bulunmayan diğer failer ise resen soruşturulup kovuşturulabilecektir³⁷. Nitekim burada suçun takibinin şikayete tabi tutulmasının asıl sebebi aile ilişkilerine müdahale edilmemesindeki yararın diğer suçlara nazaran daha ağır basmasından kaynaklanmaktadır³⁸. Çünkü belirtilen akrabalık ilişkilerinin bulunmasında olduğu gibi bazı hallerde suçun resen soruşturulup kovuşturulması suçtan zarar görenin zararının artmasına yol açabilmektedir³⁹.

Şikayet hakkı süre açısından incelenirse TCK'nın 73. maddesi uyarınca şikayet, şikayet hakkı olan kişinin yani suçtan zarar gören kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren CMK'nın 158. maddesinde belirtilen yetkili makamlara 6 ay içerisinde yapılmalıdır⁴⁰. Nitekim söz konusu 6 aylık süre kanunda hak düşürücü süre olarak düzenlenmiş ve bu nedenle de bu süre

³⁵ A.e., s. 280-281.

³⁶ Devrim Güngör, **Şikayet Kurumu**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009, s. 38; Toroslu/Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 49.

³⁷ Güngör, **Şikayet Kurumu**, s. 38.

³⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıntı/Özaydın/Alan Akcan/Erden Tütüncü, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 47.

³⁹ Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 239.

⁴⁰ Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 208; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 259; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 32; Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 61.

içerisinde şikayet hakkının kullanılmaması halinde her ne kadar kişinin şikayet hakkı düşmektedir⁴¹. Fakat bu hak düşürücü süre fiilin ve failin kim olduğunun bilmesi ve öğrenilmesi anından itibaren geçerli olup ikinci fıkra uyarınca bu bilme ve öğrenmeye bağlı olarak şikayet hakkının her halükarda aşağıda ayrıntılı olarak belirtilen dava zamanaşımı süreleri içerisinde kullanılması gerekmektedir⁴². Ayrıca aynı maddenin dördüncü fıkrası uyarınca kişinin dava açıldıktan sonra yani kovuşturma evresinde şikayetini geri alması ve de bu geri almanın yani şikayetin geçersiz sayılması talebinin sanık tarafından kabul edilmesi halinde dava düşmektedir⁴³; fakat bu geri almanın hükmün kesinleşmesinden önce yapılması gerekir aksi halde hükmün kesinleşmesinden sonra şikayetten vazgeçilmesi cezanın infazına engel olmamaktadır.

Her ne kadar 765 sayılı Kanun'da şikayetin zarara uğrayan kişi tarafından yapılması aramakta ise de TCK'da sadece "şikayet üzerine" denilmekte ve bu konuda bir sınırlama öngörülmemektedir⁴⁴. Bu nedenle de TCK'daki düzenleme ile örneğin malın zilyetliğini faile devreden kişinin bizzat malik olmadığı hallerde malik adına hareket ederek zilyetliği devreden geçici zilyedin de malikle birlikte şikayet hakkı olduğu savunulmaktadır⁴⁵. Bu nedenle malikin malı bir kişiye devretmesi ve onun da zilyetliği üçüncü bir kişiye devretmesi halinde malik şikayet hakkını kullanmasa bile suç, önceki zilyedin şikayeti ile soruşturulup kovuşturulabilecektir⁴⁶. Geçici zilyedin de şikayet hakkına sahip olması aynı zamanda suçla mülkiyet hakkının yanında güven ilişkisinin de korunmasından kaynaklanmaktadır⁴⁷. Böylelikle özetle suçtan malvarlığı zarar gören veya zarar görme tehlikesi altında

⁴¹ Güngör, **Şikayet Kurumu**, s. 57; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden Tütüncü, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 48-49; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 83.

⁴² Toroslu/Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 51.

⁴³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden Tütüncü, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 50; Toroslu/Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 52; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, s. 84.

⁴⁴ Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 259.

⁴⁵ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 32; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 462; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1704; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 437; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 260.

⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 688.

⁴⁷ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1704.

bulunan veya güven duygusu zarar gören kişilerin suçtan zarar gören sıfatı ile şikayet hakkına sahip oldukları ileri sürülmektedir⁴⁸. Fakat bu noktada bunlara karşı olarak suçla yalnızca malikin mülkiyet hakkının korunduğunu savunan görüşe göre mağdur sadece maliktir ve şikayet hakkına da tek başına sahiptir⁴⁹.

Ayrıca kısaca güveni kötüye kullanma suçu kapsamında uzlaştırma hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususuna da değinilirse bu bağlamda ilk olarak CMK md. 253/3 hükmü incelenmelidir. Söz konusu maddenin aşağıda değinilecek olan değişikliğe uğramadan önceki halinde her ne kadar suç şikayete bağlı da olsa etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen bir suç olduğu müddetçe uzlaştırma hükümlerinin uygulanamayacağı düzenlenmekteydi. Bu nedenle de güveni kötüye kullanma suçunda da 168. madde uyarınca etkin pişmanlık hükümleri uygulanabildiğinden CMK md. 253/3 uyarınca suç kapsamında uzlaştırma hükümleri uygulanamamaktaydı⁵⁰. Fakat uzlaştırma hükümlerinin etkin pişmanlık öngörülen suçlarda uygulanmayacağına ilişkin bu düzenleme 5560 sayılı Kanun'la getirildiğinden bu Kanun yürürlüğe girmeden önce işlenen ve etkin pişmanlığa tabi olan suçlar ve bu kapsamda güveni kötüye kullanma suçu için de uzlaştırma hükümleri uygulanacağı kabul edilmekteydi⁵¹. Fakat yukarıda da bahsedildiği üzere CMK md. 253/3'de etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda uzlaşmaya gidilemeyeceğine ilişkin olan ibare, 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesiyle, madde metninden çıkarılarak uzlaştırma hükümleri güveni kötüye kullanma suçu bakımından da uygulanabilir hale gelmiştir. Bu nedenle de suçun temel şekli şikayete tabi olduğundan suçun işlenmesi halinde CMK md. 253/3 uyarınca uzlaştırma hükümleri uygulanacaktır⁵². Uzlaştırma hükümleri kapsamında suçun nitelikli hali incelenirse nitekim yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği üzere suçun nitelikli şekli şikayete tabi değildir ve bu nedenle de CMK'nın 253.

⁴⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 451.

⁴⁹ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 740.

⁵⁰ Gündel, **Güveni Kötüye Kullanma Suçları**, s. 407; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 437.

⁵¹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 33; Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 208; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 437.

⁵² Yargıtay 23. CD., T. 19.12.2016, E. 2015/11030, K. 2016/10884, Erişim: Kanunum, E.T. 05.05.2017.

maddesinde düzenlenen uzlaştırmaya tabi olan suçlar arasında yer almamaktadır. Bundan dolayı söz konusu açıklamalar suçun temel şekli açısından geçerli olup suçun nitelikli hali açısından uzlaştırma hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

Ayrıca belirtildiği üzere güveni kötüye kullanma suçu için TCK'nın 168. maddesinde özel olarak etkin pişmanlık hükümlerine yer verildiğinden ve şahsi cezasızlık sebepleri başlığı altında özellikle incelendiği üzere TCK md. 167/1'de suçun belirtilen akrabalık ilişkileri çerçevesinde, yani haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin ya da üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın ya da aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak, işlenmesi halinde şahsi cezasızlık sebebi bulunduğundan CMK md. 171⁵³ uyarınca Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığına karar verebilmektedir. Fakat Cumhuriyet savcısının burada dava açmama konusundaki takdir yetkisini kullanması cezanın kaldırılmasını gerektiren bir etkin pişmanlık halinin söz konusu olması halinde mümkün olup güveni kötüye kullanma suçu için TCK'nın 168. maddesinde öngörülen etkin pişmanlık halindeki gibi cezada indirim yapılmasını gerektiren etkin pişmanlık hallerinde savcının dava açmada takdir yetkisi bulunmayıp bu konuda karar verme yetkisi hakimdedir⁵⁴. Nitekim bu hükmün konulmasında kanun koyucunun asıl amacı yargılama sonucunda zaten ceza verilmeyecek hallerde bu kararın soruşturma evresinde verilebilmesi ve böylece mahkemelerin iş yükünün azaltılması olduğundan TCK'nın 168. maddesinin uygulama alanı bulunduğu belirtilen hallerde savcının belirtilen takdir yetkisinin bulunmamakta ve dava açması gerekmektedir⁵⁵.

Son olarak güveni kötüye kullanma suçunda görevli mahkemenin hangisi olduğu hususuna değinilirse görevli mahkemenin belirlenmesinde ceza mahkemelerinin görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve

⁵³ Madde 171 – (1) “Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir”.

⁵⁴ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 522.

⁵⁵ Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 104-105.

Yetkileri Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri incelenmelidir. 5235 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca *ceza mahkemeleri, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleridir*. Bu mahkemelerin görev alanları incelenirse 5235 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre "*kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği⁵⁶ ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır*". Ağır ceza mahkemeleri ise 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesinde belirtilen suçlarla⁵⁷ ve *ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere* bakar. Güveni kötüye kullanma suçu da bu bağlamda incelenirse yaptırım başlığı altında ayrıntılı olarak incelendiği üzere suçun temel şekli açısından öngörülen ceza altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası, nitelikli hali için öngörülen ceza ise bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adlî para cezası olması nedeniyle suçun temel ve nitelikli hallerinde açıkça görüldüğü üzere asliye ceza mahkemeleri görevlidir⁵⁸. Ayrıca da güveni kötüye kullanma suçunda yetkili mahkeme zilyetliğin faile devredildiği yer mahkemesi olmayıp failin zilyetlik devri amacı dışında tasarrufta bulunduğu veya zilyetlik devri olgusunu inkar ettiği yer mahkemesidir⁵⁹.

Fakat bu açıklamalar TCK'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu için geçerli olup bu noktada suçun SPK'da düzenlenen nitelikli haline değinilirse SPK'nın 116. maddesi uyarınca söz konusu nitelikli halden dolayı *yargılama*

⁵⁶ Sulh ceza hakimliğinin görevli olduğu haller de 5235 sayılı Kanun'un 10. maddesinde düzenlenmiş olup madde uyarınca "*kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuş*" olup bu hallerde sulh ceza hakimliği görevlidir.

⁵⁷ TCK'nın 12. maddesinde belirtilen suçlar; "*Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar*"dır.

⁵⁸ 18/06/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun 46. maddesi ile değişen 5235 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle sulh ceza mahkemeleri kaldırıldığından Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren güveni kötüye kullanma suçunun hem nitelikli hem de basit/temel hali için asliye ceza mahkemeleri görevli hale gelmiştir. Sulh ceza mahkemeleri kaldırılmadan önce suçun temel halinde sulh ceza mahkemeleri, nitelikli halinde ise asliye ceza mahkemeleri görevliydi.

⁵⁹ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 438.

yapmaya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir. Bu noktada SPK'da düzenlenen ve suçun nitelikli şeklini oluşturan düzenleme açısından değinilmesi gereken diğer bir husus da özel bir muhakeme şartı olarak SPK'da öngörülen Sermaye Piyasası Kurulu'nun başvurusudur. SPK'nın 115. maddesi uyarınca⁶⁰ SPK'da düzenlenen veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması Kurul'un Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunmasına bağlı tutulmuştur. Fakat savcılık Kurul'un yazılı başvurusuna bağlı olarak dava açmak zorunda olmayıp kovuşturmayaya yer olmadığına karar verebilir⁶¹. Bu karara karşı olarak da Kurul 115. maddenin 4. fıkrası uyarınca itiraz edebilmektedir. Maddede de belirtildiği üzere bu başvuru bir muhakeme şartı niteliğinde olup yazılı başvurunun yapılmaması soruşturmanın gerçekleşmesine mani olacaktır. Söz konusu düzenleme ile bir muhakeme şartı olarak Kurul'un yazılı başvurusunun öngörülmesi; gerekli teknik inceleme yapılmadan bu alandaki her iddianın mahkeme önüne getirilmemesi ve böylece piyasaya olan güvenin korunmasından kaynaklanmaktadır⁶². Kanun'da öngörülen bu muhakeme şartı güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli şeklini oluşturan SPK'daki düzenleme söz konusu olduğunda da uygulama alanı bulacak ve soruşturma yapılması için Kurul'un yazılı başvurusu aranacaktır.

Ayrıca güveni kötüye kullanma suçu ile ilgili ilk derece mahkemesi olan asliye ceza mahkemeleri tarafından verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulması halinde verilen hüküm Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından incelenir. BAM tarafından verilen ve CMK'nın 186. maddesindeki şartları taşıyan hükümlere

⁶⁰ SPK madde 115: “(1) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. (2) Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır”.

⁶¹ Dursun, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, s. 133.

⁶² A.e., s. 132.

karşı temyiz kanun yoluna başvurulması halinde ise temyiz mercii Yargıtay 15. Ceza Dairesi olarak belirlenmiştir⁶³.

Son olarak yargılama başlığı altında zamanaşımı konusuna da değinilirse güveni kötüye kullanma suçunda dava zamanaşımı süreleri, suçun temel şekli açısından TCK md. 66/1-e uyarınca sekiz yıl; suçun nitelikli şekli açısından ise TCK md. 66/1-d uyarınca onbeş yıldır. Ayrıca yine aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca söz konusu zamanaşımı süreleri çocuklar için farklı düzenlenmiş olup bu sürelerin sonunda dava düşmektedir. Madde hükmü uyarınca dava zamanaşımı süreleri oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar için belirtilen zamanaşımı sürelerinin yarısı, yani güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli açısından dört yıl nitelikli hali açısından ise yedi yıl altı ay; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan olanlar için ise, üçte ikisi, yani suçun temel şekli için beş yıl dört ay nitelikli şekli için yedi yıl altı aydır⁶⁴. Söz konusu bu sürelerin dolması halinde eğer henüz dava açılmamışsa dava açılmamakta ve eğer dava açılmışsa da bu davaya devam edilememektedir⁶⁵.

III. BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA

Önceki bölümlerde de değinildiği üzere güveni kötüye kullanma suçu TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmının malvarlığına karşı suçlar başlıklı onuncu bölümünde düzenlenmiştir. Güveni kötüye kullanma suçu özellikle Kanun'da düzenlenen diğer malvarlığına karşı suçlarla büyük benzerlikler taşımakta ve hangi suçun uygulama alanı bulacağı somut olaydaki özelliklere göre karar verilecektir. Fakat güveni kötüye kullanma suçunu diğer malvarlığına karşı suçlardan ayıran temel farklılık; suça konu malın zilyetliğinin faile mağdur ile aralarındaki güven ilişkisi çerçevesinde kurdukları bir hukuki ilişki ile bağlantılı olarak devredilmesi olup fail ile mağdur

⁶³ Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun Yargıtay İşbölümüne ilişkin 20/01/2017 tarih ve 1 sayılı kararı: <http://yargitay.gov.tr/sayfa/dairelerin-is-bolumu/documents/isbolumu/isbolumukarar20012017.pdf>

⁶⁴ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 33.

⁶⁵ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt III, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997, s. 279.

arasında başlangıçta bulunan bu kişisel ilişki güveni kötüye kullanma suçunun karakteristik özelliği ve de belirleyici unsurudur⁶⁶.

Ayrıca malvarlığına karşı suçlar dışında güveni kötüye kullanma suçu TCK'nın dördüncü kısım millete ve devlete karşı suçlar ve son hükümler adlı birinci bölüm kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığında ve 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçu, ikinci bölüm adliyeye karşı suçlar başlığı altında ve 289.maddesinde düzenlenen muhafaza görevini kötüye kullanma suçu ile ve Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde düzenlenen zimmet suçu ile de benzerlikler taşıdığından suçun malvarlığına karşı suçlar ve de belirtilen bu suçlarla olan ilişkisine de ayrıntılı olarak değinilecektir.

A. Hırsızlık Suçu

Tarihçe kısmında da ayrıntılı olarak ele alındığı üzere güveni kötüye kullanma suçu uzun bir süre hırsızlık bünyesinde değerlendirilmiş olup bu iki suç arasında büyük benzerlikler bulunmaktadır. Hırsızlık suçu TCK md. 141'de düzenlenmiş olup 141. madde uyarınca; *“zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir”*.

İlk olarak güveni kötüye kullanma suçu ile hırsızlık suçu arasındaki benzerliklere değinilirse her iki suç malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiş olup suçların konuları da bir bakıma aynıdır ve hırsızlık suçuna konu olan mallar güveni kötüye kullanma suçunun da konusunu oluşturabilmektedir⁶⁷. Fakat madde metninde de açıkça belirtildiği üzere yalnızca taşınır mallar hırsızlık suçuna konu olabilmektedirler. Güveni kötüye kullanma suçu açısından suçun konusu başlığı altında ayrıntılı olarak değinildiği üzere taşınır malın suçun konusu olduğu herhangi

⁶⁶ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 503; Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 411; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 634; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1659; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 453.

⁶⁷ Yılmaz Yazıcıoğlu, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı”, **MÜHF-HAD, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, C: 19, S: 2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s. 774; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 429.

bir sorun olmamakla beraber taşınmaz mallar açısından bu durum doktrinde tartışmalıdır. Hırsızlık suçu açısından ise hem kanun maddesinde açık düzenleme yer aldığından hem de suçu oluşturan alma fiilinin taşınırlar açısından mümkün olmasından dolayı taşınmaz malların suçun konusu olamayacağı konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır⁶⁸. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçunun konusu taşınmaz malların da oluşturduğunun kabulü halinde güveni kötüye kullanma suçunun konusunun hırsızlık suçunun konusunu kapsadığı söylenebilir. Güveni kötüye kullanma suçunun sadece taşınır mallar üzerinde işlenebileceğinin kabulü halinde ise her iki suç açısından suçun konusu aynı olduğu söylenebilir.

Her iki suç açısından da suça konu malın başkasına ait olması gerekmektedir⁶⁹. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgiler başkasına ait olma başlığında ayrıntılı olarak ele alındığından bu başlık altında bu hususta açıklama yapılmayacaktır. Fakat burada kısaca TCK md 144’de hırsızlık suçu için öngörülen daha az cezayı gerektiren hallere kısaca değinilirse hırsızlık suçunda paydaş ve elbirliği ile malik olanların bu suçu birbirlerine karşı işlemeleri hali Kanun’da daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmiştir. Lakin güveni kötüye kullanma suçu açısından Kanun’da böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle hırsızlık suçu açısından paydaş ve elbirliği ile malik olan kişilerin birbirlerine karşı bu suçu işlemeleri halinde suça konu mal başkasına ait olma niteliğini koruyup bu durum daha az cezayı gerektiren bir hal olarak kabul edilmişken güveni kötüye kullanma suçu açısından ise bu durum doktrinde tartışmalıdır⁷⁰.

İki suç arasındaki farklılıklar incelenirse iki suç arasındaki ayırt edici unsur malın zilyetliğinin faile önceden devredilmesi unsurudur⁷¹. Suçun konusu başlığı altında ayrıntılı olarak ele alındığı üzere güveni kötüye kullanma suçunda suça konu malın zilyetliğinin, malikin veya zilyetliği devreden geçerli bir hukuki ilişki sonucu kişinin rızası ile belirli bir amaçla faile devredilmesi aranmaktadır. Fakat hırsızlık

⁶⁸ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 300.

⁶⁹ Taneri, **a.g.e.**, s. 166.

⁷⁰ Doktrindeki tartışmalarla ilgili ayrıntılı bilgiler için “Fail” başlığı altına bakınız.

⁷¹ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 503; Antolisei, **a.g.m.**, s. 81; Taneri, **a.g.e.**, s. 167.

suçunda TCK'nın 141. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere malın zilyetliğin rızası olmadan failin kendisi tarafından alınması gerekmektedir⁷². Böylece aslında güveni kötüye kullanma suçunda fail suç oluşturan fiilleri gerçekleştirirken zaten mala zilyet olup hırsızlık suçunda ise bu durumun aksine fail zilyet değil, zilyet olmaya çalışmaktadır⁷³. Bu nedenle iki suç arasında ayırım yapılırken ilk olarak belirli bir amaçla zilyetliğin devredilip devredilmediği araştırılmalıdır⁷⁴. Zilyetliğin faile devredilmediği durumlarda ise güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz; örneğin failin ferî zilyet değil de zilyet yardımcısı olması halinde zilyetlik devredilmiş olmayacağından güveni kötüye kullanma değil hırsızlık suçu oluşacaktır⁷⁵. Böylelikle zilyet yardımcısı, asıl zilyedin zilyet olduğunu inkar edip kendisinin zilyet olduğunu iddia edip malın asli zilyedi haline gelirse bu durumda hırsızlık suçu oluşacaktır⁷⁶.

Ayrıca zilyetliğin devri için önemli olan bu devrin kişiler arasındaki güven ilişkisine dayanarak yapılması olup güvensizlik belirten davranışların bulunması halinde hırsızlık suçunun oluşabileceği göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁷. Örneğin her ne kadar eşya faile verilmiş olsa da kişinin eşya üzerindeki fiili hakimiyeti, denetim ve gözetim gibi yetkileri devam ediyorsa mesela faile olan güvensizliği gösteren tedbirler alınmışsa zilyetlik henüz devredilmiş sayılmayacağından mesela bir mağazada müşteriye gözetim altında incelemesi için verilen malın alınıp kaçılmasında olduğu gibi güveni kötüye kullanma suçu değil hırsızlık suçu oluşacaktır⁷⁸.

⁷² Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 463; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 429; Taneri, **a.g.e.**, s. 166; Polat, **a.g.e.**, s. 594.

⁷³ Erem/Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 567; Dursun, "Emniyeti Suistimal Suçu", s. 8; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 166; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 449; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1660; Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 200.

⁷⁴ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 149.

⁷⁵ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 439; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 171; Elöve, "Emniyeti Suistimal Cürmü", s. 274; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 435.

⁷⁶ Ertaş, **Eşya Hukuku**, s. 32.

⁷⁷ Elöve, "Emniyeti Suistimal Cürmü", s. 274.

⁷⁸ Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, s. 411; Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 5472; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 733; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 10; Taneri, **a.g.e.**, s. 167; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 451; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 695; Yazıcıoğlu, "Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı

Ayrıca iki suç arasındaki diğer önemli bir fark da kastın oluşma safhasındaki farklılıktır. Hırsızlık suçunda failin kastı fiili gerçekleştirilmeden önce varken güveni kötüye kullanma suçunda failin kastı suça konu malın zilyetliğinin belirli amaçlarla devrinden sonra oluşmaktadır⁷⁹. Fakat Yargıtay'ın da kararlarında belirttiği üzere failin kastının hangi zaman diliminde oluştuğunun belirlenmesinde somut ölçülerin getirilmesi pek mümkün olmayacağından failin kastının oluştuğu zaman her somut olayda olayın özelliklerine göre ayrı ayrı ele alınmalıdır⁸⁰. Lakin bu konudaki bir benzerliğe değinilirse her iki suçun da oluşması için failin kasten hareket ederken kendisine veya başkasına yarar sağlama amacıyla hareket etmesi gerekmektedir.

Suçlar arasındaki diğer bir farklılık da suçların tamamlanma anlarında ve suç oluşturan hareketlerde yatmaktadır. Hırsızlık suçu malın bulunduğu yerden alınması ile güveni kötüye kullanma suçu ise zilyetlik devir amacına aykırı davranışla veya devir olgusunun inkar edilmesi ile gerçekleşmektedir⁸¹.

B. Yağma Suçu

Yağma suçu da Kanun'un malvarlığına karşı suçlar bölümünde 148. maddede düzenlenmiş olup madde uyarınca *“Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”*.

İki suç arasındaki temel fark genellikle güveni kötüye kullanma suçunun diğer malvarlığına karşı suçlarla farklarında da görüldüğü üzere zilyetliğin temininin nasıl

Benzer Suçlardan Ayrımı”, s. 775; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1660; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2481; Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 251.

⁷⁹ Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 463; Atalan, **a.g.e.**, s. 980.

⁸⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 12.06.2012, E. 2011/15-440, K. 2012/229, Erişim: Kanunum, E.T. 20.01.17.

⁸¹ Yazıcıoğlu, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı”, s. 775; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 463; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 429; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 435; Taneri, **a.g.e.**, s. 168; Atalan, **a.g.e.**, s. 980.

sağlandığında yatmaktadır⁸². Malın zilyetliği faile devredilirken failin hukuken geçerli bir rızası bulunmuyorsa bunun aksine zilyetliğin devri veya devrini doğuran hukuki ilişki cebir ve tehdit ile sağlanıyorsa bu durumda güveni kötüye kullanma suçu değil yağma suçu oluşacaktır⁸³. Ayrıca yağma suçunda kişi güveni kötüye kullanma suçunun aksine malik veya asıl zilyedin rızası ile zilyet olmayıp zilyet olmaya ve bunu da cebir ve şiddetle sağlamaya çalışmaktadır⁸⁴.

C. Dolandırıcılık Suçu

Dolandırıcılık suçu TCK md. 157’de “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Dolandırıcılık suçu; hileli davranışlarla bir kişinin aldatılarak aldatılan kişinin veya başka bir üçüncü kişinin zararına olacak şekilde failin kendisine veya başkasına yarar sağlaması olarak tanımlanabilir⁸⁵.

Görüldüğü üzere dolandırıcılık suçunda da fail başkasına ait bir mal üzerinde kendisi veya başkalarının yararına olacak şekilde tipik hareketlerde bulunduğundan güveni kötüye kullanma ile dolandırıcılık suçlarının birbirinden ayrımları oldukça güçtür⁸⁶. Ayrıca her ne kadar her iki suç da kanunda malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlense de dolandırıcılık suçunda mülkiyet hakkına ek olarak kişilerin güveni ve özgürce karar alma iradeleri de korunurken⁸⁷ güveni kötüye kullanma suçunda mülkiyet hakkına ek olarak kişilerin güven duyguları korunmaktadır⁸⁸.

⁸² Meraklı, **a.g.m.**, s. 1663; Taneri, **a.g.e.**, s. 170.

⁸³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 695.

⁸⁴ Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 8.

⁸⁵ Ahmet Gökçen, Murat Balcı, “Dolandırıcılık Suçu (5237 s.lı TCK. m. 157-159)”, **MÜHF-HAD**, C: 14, S: 1-2, s. 3.

⁸⁶ Gökçen/Balcı, **a.g.m.**, s. 8.

⁸⁷ Bu durum madde gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir: “*Bu bakımdan dolandırıcılık suçu, kişilerin malvarlığına karşı işlenen bir suçtur. Söz konusu suç tanımı ile kişilerin sahip bulunduğu malvarlığı hakkının korunması amaçlanmıştır. Ayrıca, bu suçun işleniş sırasında hileli davranışlar ile kişiler aldatılmaktadır. Aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyi niyet ve güven ihlâl edilmektedir. Bu suretle kişinin irade serbestisi etkilenmekte ve irade özgürlüğü ihlâl edilmektedir.*”

⁸⁸ Taneri, **a.g.e.**, s. 169.

Görüldüğü üzere suçlarla korunan hukuki değerler temelde aynı olmakla beraber suçlarla buna ek olarak farklı hukuki değerler de korunmaktadır.

Dolandırıcılık suçunda da, güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi, zilyetliğin devri rızaya dayanır⁸⁹; fakat burada güveni kötüye kullanma suçunun aksine zilyetliğin devrini sağlayan rıza hukuken geçerli değildir ve failin hileli davranışlarıyla sakatlanmıştır⁹⁰. Böylece aslında zilyetliğin devrini sağlayan irade güveni kötüye kullanma suçunda geçerli bir hukuki ilişkiye dayanarak hukuka uygun, aldatılmayan ve özgür bir iradeyken dolandırıcılık suçunda bu irade hile ile sakatlanmış ve de bu nedenle özgür bir irade değildir⁹¹. Nitekim dolandırıcılık suçunun gerçekleşmesi için mağdur iradesi bu şekilde sakatlanmasaydı malın zilyetliğini faile devretmeyecek durumda olmalıdır⁹². Sonuç olarak dolandırıcılık suçunda güveni kötüye kullanma suçunun aksine malın zilyetliğine hukuka aykırı bir şekilde sahip olunması söz konusudur⁹³ ve de bu nedenle suç konusu malın faile teslimi hileli davranışlarla hukuk aykırı bir şekilde sağlanması halinde güveni kötüye kullanma suçu değil dolandırıcılık suçu gündeme gelecektir⁹⁴. Örneğin; zilyetliğin devrini sağlayan ve fail ve mağdur arasında kurulan sözleşme mağdurun hile kullanılarak aldatılması nedeniyle kurulmuşsa bu durumda dolandırıcılık suçu oluşabilecektir⁹⁵. Nitekim Yargıtay'da kararlarında her ne kadar her iki suçun ortak noktasının teslim olduğu belirtilse de sözleşmenin taraflarının iradelerinin sakatlanması durumunda geçerli bir sözleşmeden ve usulüne uygun bir teslimden söz

⁸⁹ Dursun, "Emniyeti Suistimal Suçu", s. 9; Gündüz, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 463; Elöve, "Emniyeti Suistimal Cürmü", s. 273.

⁹⁰ Sami Selçuk, **Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar**, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1986, s. 19; Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 733; Polat, **a.g.e.**, s. 594; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 2480.

⁹¹ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 435; Atalan, **a.g.e.**, s. 979.

⁹² Meraklı, **a.g.m.**, s. 1662; Taneri, **a.g.e.**, s. 169; Gökçen/Balcı, **a.g.m.**, s. 8.

⁹³ Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 198.

⁹⁴ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 504; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 694-695; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 9; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 166; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1661; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 451; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 8; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 634; Atalan, **a.g.e.**, s. 425; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 430.

⁹⁵ Adem Sözüer, "Yeni Bankacılık Kanunu'nda Suçlar ve Yaptırımlar", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:5, 2005, s.179.

edilemeyeceğini ve bu durumda güveni kötüye kullanma suçunun değil dolandırıcılık suçunun oluşacağını belirtmiştir⁹⁶.

Malın hukuka uygun bir rıza ile elde edilmesinin ardından suçun ortaya çıkmasını engellemek veya devri inkar etmek için hileli davranışlara başvurulursa bu durumda hileli davranışlar zilyetlik hukuka uygun bir şekilde elde edildikten sonra uygulandığından ve suç konusu mal failin eline hileli davranışlarla geçmediğinden dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır⁹⁷. Bu gibi durumlarda Yargıtay'ın da kararlarında belirttiği üzere resmi veya özel belgede sahtecilik gibi suçlar gündeme gelebilecektir⁹⁸.

Dolandırıcılık suçu ile güveni kötüye kullanma suçunun arasındaki diğer bir fark da dolandırıcılık suçunda gerçekleştirilen fiillerin neticesinde bir yarar ve zararın oluşması aranmakta, söz konusu zararın veya yararın gerçekleşmesiyle suç oluşmaktadır⁹⁹. Böylelikle bir yarar veya zarar oluşmadığı hallerde dolandırıcılık suçu oluşmayıp hileye maruz kalan kişinin veya başka bir kişinin zararına olarak, failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlamasıyla dolandırıcılık suçu oluşurken güveni kötüye kullanma suçu açısından tipik fiillerin gerçekleştirilmesiyle suç oluşmaktadır¹⁰⁰.

Ayrıca suçlar arasındaki diğer önemli bir fark da kendinin failin kastında göstermektedir¹⁰¹. Dolandırıcılık suçunda failin kastı zilyetlik devredilmeden önce bulunmakta ve fail hileli davranışlarıyla zilyetliğin devrini sağlamaya çalışmakta ve güven ilişkisini kurmaktayken güveni kötüye kullanma suçunda failin mağdur ile aralarında bir güven ilişkisi kurulurken henüz bir kastı bulunmamakta aksine kastı sonradan oluşmakta ve fail zilyetlik devredildikten sonra zilyetlik devri amacı

⁹⁶ Yargıtay 15. Ceza Dairesi, T. 02.07.2014, E. 2012/21609, K. 2014/13052, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 25.01.17.

⁹⁷ Selçuk, **a.g.e.**, s. 24; Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 95.

⁹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 14.10.2014, E. 2013/15-750, K. 2014/429, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 25.01.17.

⁹⁹ Taneri, **a.g.e.**, s. 169; Atalan, **a.g.e.**, s. 979.

¹⁰⁰ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 10; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 435.

¹⁰¹ Taneri, **a.g.e.**, s. 169.

dışında bulunmaya veya devir olgusunu inkar etmeye karar vermektedir¹⁰². Fakat Yargıtay'ın da kararlarında belirttiği üzere failin kastının zilyetliğin devrinden önce mi sonra mı oluştuğunun tespiti oldukça zor olduğundan her somut olayda kastın zamanının belirlenmesinde her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmeli ve fail ya da faillerin ve de mağdurların durumları gibi olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır¹⁰³.

Son olarak iki suç arasındaki diğer önemli bir fark da kendini suçun konusunda göstermektedir. Dolandırıcılık suçu malvarlığına ilişkin herhangi bir değere karşı işlenebilen bir suç olup taşınır- taşınmaz mallar veya alacak hakkı söz konusu olduğunda da dolandırıcılık suçu işlenebilecektir¹⁰⁴. Halbuki güveni kötüye kullanma suçunun konusuna bakıldığında suçun konusu başlığı altında ayrıntılı olarak değinildiği üzere suçun konusunun bir mal olması gerekmektedir. Bu nedenle örneğin bir alacak hakkı söz konusu olduğunda gerçekleştirilen tipik fiillerle dolandırıcılık suçu meydana gelebilecekken bir alacak hakkı söz konusu olduğunda güveni kötüye kullanma suçu gündeme gelmeyecektir.

D. Mala Zarar Verme Suçu

Mala zarar verme suçu TCK'nın 151. maddesinde düzenlenmiş olup madde uyarınca; *“başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır”*. Güveni kötüye kullanma ve mala zarar verme suçlarının her ikisi de TCK'nın malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Güveni kötüye kullanma suçunda suçun temel unsurlarında ayrıntılı olarak değinildiği üzere zilyetliğin bir hukuki ilişki çerçevesinde belirli amaçlarla devredilmesinden hareketle failin zilyetliğin devir amacına aykırı tasarruflarda bulunması veya devir olgusunu

¹⁰² Meraklı, **a.g.m.**, s. 1661; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 435; Taneri, **a.g.e.**, s. 168; Atalan, **a.g.e.**, s. 979; Polat, **a.g.e.**, s. 594; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 17; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 24.9.2013, E. 2012/15-1358, K. 2013/389, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 25.01.17.

¹⁰³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 19.2.2013, E. 2012-15-1379, K. 2013/60, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 27.01.17.

¹⁰⁴ Selçuk, **Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar**, s. 18.

inkar etmesiyle güveni kötüye kullanma suçu gerçekleşmektedir. Mala zarar verme suçunda ise başkasına ait olan mal yok edilmekte veya ekonomik değerinde bir azalma ortaya çıkmaktadır¹⁰⁵. Mala zarar verme suçunda güveni kötüye kullanma suçunda olduğu üzere zilyetliğin malik veya zilyedin rızasıyla faile devri şartı bulunmayıp suçun oluşması için zilyetliğin faile ne şekilde devredildiğinin bir önemi bulunmamaktadır¹⁰⁶. Hatta mala zarar verme suçunun oluşması için malın failin zilyetliğinde bulunmasına gerek dahi yoktur, suça konu mal mağdurun elinde bulunurken de suç gerçekleştirilebilir¹⁰⁷. Bu nedenle iki suç arasındaki asıl belirgin farkın zilyetliğin devrinde değil fiil unsurunda bulunduğu söylenebilir¹⁰⁸. Mala zarar verme suçu; *yıkmak, tahrip etmek, yok etmek, bozmak, kullanılamaz hale getirmek veya kirletmek* şeklinde madde metninde sınırlı olarak sayılan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle oluşmakta olup güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan hareketler ise zilyetliğin devir amacı dışında herhangi bir tasarrufla gerçekleştirilebilir¹⁰⁹. Böylece her ne kadar iki suçu oluşturan tipik hareketler birbirlerinden farklı da olsa zarar verme suçunu diğer malvarlığına karşı suçlardan ayıran diğer asıl bir nokta da kişinin hareketlerini gerçekleştirme amacıyla yatmakta olup mala zarar verme suçunda fail zarar verme amacındayken diğer malvarlığına karşı suçlarda, örneğin güveni kötüye kullanma suçunda bunun aksine failin bir yarar sağlama amacı söz konusudur¹¹⁰. Bu nedenle de her iki suç açısından failin birbirinden çok farklı ve birlikte bulunma imkanları bulunmayan amaçları söz konusu olduğundan her iki suç arasında içtima hükümlerinin uygulama alanı bulması pek de mümkün görülmemektedir.

¹⁰⁵ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 430.

¹⁰⁶ İsmail Gürocak, “Türk Ceza Kanunu’nda “Mala Zarar Verme” ve “İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme” Suçları”, **TBBD**, S:94, 2011, Ankara, s. 156.

¹⁰⁷ Bulutoğlu, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁰⁸ Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu”, s. 9.

¹⁰⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 5030; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 156.

¹¹⁰ Selami Turabi, **Mala Zarar Verme Suçları**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 11.

E. Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçu

Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu TCK md. 160'da düzenlenmiş olup madde uyarınca *“kaybedilmiş olması nedeniyle malikin zilyetliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunan kişi, şikayet üzerine, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır”*. Söz konusu düzenleme ile kaybedilmiş olması nedeniyle malikin zilyetliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen malın bulunması halinde kişiye iade etme veya yetkili mercileri bu durumdan haberdar etme yükümlülüğü yüklenmiştir¹¹¹. Bu yükümlülükleri yerine getirmeyerek eline geçen mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunan kişi TCK md. 160 uyarınca cezalandırılmaktadır. Belirtilen suç ile güveni kötüye kullanma suçu arasındaki temel farklılık da burada yani geri verme yükümlülüğünün kaynağından doğmaktadır¹¹². Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunda kişinin belirli davranışta bulunma yükümlülüğü kanun maddesindeki açık düzenlemeden kaynaklanmakta iken güveni kötüye kullanma suçunda kişinin davranış yükümlülükleri malik veya zilyet ile zilyetliğin devrine neden olan hukuki ilişki çerçevesinde belirlenmektedir.

Her iki suçun failleri de malın zilyedi olmakla beraber suçlar zilyetliğin mağdurun rızası ile devredilip devredilmediği hususunda farklılık gösterirler. Güveni kötüye kullanma suçunda suça konu malın zilyetliği kişiler arasında güvene bağlı olarak kurulan bir hukuki ilişki ile ve mağdurun rızası ile devredilirken kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunda da zilyetliğin geçişi hukuka uygun olmakla birlikte zilyetliğin kazanılmasında malikin bir rızası bulunmamakta malik ya malı kaybetmekte ya da mal failin eline bir hata sonucu

¹¹¹ 765 sayılı Kanun döneminde bu tür eşyaların bulunması halinde Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde bildirim yapılması gerektiği ve bu düzenleme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 731-732.

¹¹² Canpolat, **a.g.t.**, s. 178; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 173.

geçmektedir¹¹³. Eğer malı kaybeden kişi malın bulunması için bir kişiyi özel olarak örneğin ücret karşılığı görevlendirirse ve bu kişi mal bulduğu mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunarak tipik hareketleri gerçekleştirirse bu durumda güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır¹¹⁴. Aynı şekilde eşyayı bulan kişinin eşyanın asıl sahibine verilmesi için bir kişiyi özel olarak görevlendirmesi ve bu kişinin bu amaca aykırı davranışları güveni kötüye kullanma suçunun oluşmasına neden olacaktır¹¹⁵.

Ayrıca suçlar hareket unsurları bağlamında da birbirleriyle benzerdir. Hareket başlığı altında ayrıntılı bir şekilde ele alındığı üzere zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma ibaresi doktrinde esasında mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunma şeklinde yorumlanmaktadır. Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunun da malik gibi tasarrufta bulunma ile tamamlanacağı göz önüne alındığında her iki suç açısından hareket ortaktır¹¹⁶.

F. Zimmet Suçu

Zimmet suçunun basit hali TCK md. 247/1'de tanımlanmış olup madde uyarınca; *“görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”*. Zimmet suçu, Kanun'da güveni kötüye kullanma suçu gibi malvarlığına karşı suçlarda düzenlenmeyip kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar düzenlenmiş de olsa zimmet suçu ile kamu görevlisine olan güvenin de ihlal edildiği göz önüne alındığında iki suç arasında inceleneceği üzere benzerlikler ve farklılıklar söz konusudur. Nitekim zimmetin failin fonksiyonundan/vasfindan kaynaklanan bir ağırlanmış güveni kötüye kullanma olduğu da savunulmaktadır¹¹⁷.

¹¹³ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 530; Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 204.

¹¹⁴ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 530.

¹¹⁵ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 174.

¹¹⁶ **A.e.**

¹¹⁷ Sulhi Dönmezer, **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984, s. 77.

İki suç arasındaki temel farklılık fail unsurunda kendini göstermektedir. Zimmet suçunda, güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarına ek olarak failin kamu görevlisi olması aranmakta ve kamu görevlisine duyulan güvenin kötüye kullanılması ile suç gerçekleşmektedir¹¹⁸. Bu nedenle de zimmet suçunun güveni kötüye kullanma suçunun özel bir şekli olduğu da doktrinde savunulmaktadır¹¹⁹.

Zimmet suçunun oluşması için zilyetliği kendisine devredilmiş veya koruma veya gözetimi ile yükümlü olunan bir malın zimmete geçirilmesi yeterli olmayıp bu failin bir kamu görevlisi¹²⁰ tarafından gerçekleştirilmesi gerekmekte olup böylece zimmet suçu kanunda özgü suç olarak düzenlenmiştir¹²¹. Zimmet suçu ile güveni kötüye kullanma suçu arasındaki asıl fark da zilyetlik kendisine devredilen kişinin kamu görevlisi olmasından doğmaktadır¹²². Failin kamu görevlisi olması halinde zimmet suçu oluşabilecekken failin kamu sıfatına sahip olmayıp TCK md. 155/2’de belirtilen sıfatlara sahip olması halinde güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali oluşacaktır¹²³. Bu nedenle aslında zimmet suçunda suça konu eşyanın zilyetliği faille görevi gereği devredildiğinden ve failin eşya üzerinde görevi gereği gözetim ve koruma yükümlülüğü bulunduğundan güveni kötüye kullanma suçundaki gibi failin şahsına duyulan güven ön planda değil aksine doğrudan failin şahsı önem arz etmektedir¹²⁴.

İki suç arasındaki temel farklılık zimmet suçunun failinin kamu görevlisi sıfatını taşıması olmakla birlikte tek fark bu değildir; diğer bir fark da zimmet

¹¹⁸ Hasan Tahsin Gökcan, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 Sayılı TCK m. 247-266)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 320.

¹¹⁹ Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, s. 228; Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 160; İzzet Özgenç, **Zimmet Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 13.

¹²⁰ Kamu görevlisi TCK md. 6/1-c uyarınca “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Madde gerekçesine göre ise; “*kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır*”.

¹²¹ Gökcan, **a.g.e.**, s. 320.

¹²² Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 200; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1663.

¹²³ Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 431.

¹²⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 22.10.2013, E. 2012/5-1275, K. 2013/419, Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 27.01.17.

suçunda mal ile kamu görevlisi arasında görevden kaynaklı bir ilişki olması yani zilyetliğin kaynağıdır¹²⁵. Nitekim zimmet suçunun oluşması için kişinin kamu görevlisi olması yeterli olmayıp kamu görevlisine devredilen bu zilyetlik ile kişinin kamu görevlisi sıfatı arasında bir bağlantı da bulunmalıdır. Böylece TCK md. 247 uyarınca zimmet suçunun oluşabilmesi için madde metninde açıkça belirtildiği üzere suça konu malın kamu görevlisine görevi gereği teslim edilmesi veya bu malı koruma ya da gözetimi ile yükümlü olması gerekmektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda ise malın zilyetliği faile güven çerçevesinde kurulmuş özel bir hukuki ilişki ile devredilmektedir. Zilyetlik kendisine devredilen kişi eğer kamu görevlisi ise ve mal kendisine görevinden dolayı teslim edilmişse veya koruma ve malın gözetimi ve koruması ile yükümlüyse ve tipik fiilleri gerçekleştirmişse bu durumda zimmet suçu¹²⁶; fakat eğer mal kendisine görevinden ötürü değil de kişiye duyulan kişisel güven nedeniyle kamu görevlisi sıfatından bağımsız olarak devredilmişse bu durumda da zilyetlik devri amacı dışında tasarrufta bulunma ve devir olgusunun inkar edilmesi ile güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır¹²⁷. Bu nedenle iki suç arasındaki temel fark aslında suça konu malın bir kamu görevlisi olan failin görevinden kaynaklanarak faile teslimi veya failde koruma veya gözetim yükümlülüğünün bulunmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin tuvalete gidecek bir kişinin devlet dairesindeki bir memura bir eşyasını emanet etmesinde ve göreviyle ilgili olmayarak emanet alan kişinin bu eşyayı mal edinmesi halinde¹²⁸ veya komşusu tarafından bir kamu görevlisine çalıştığı kurum veznesine yatırması için para verilse ve kişinin parayı harcaması halinde¹²⁹ zimmet suçu değil güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

¹²⁵ Güneş Okuyucu-Ergün, **Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2008, s. 137.

¹²⁶ Esen, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 253.

¹²⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 693; Bakıcı, **a.g.e.**, s. 6; Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 435; Meraklı, **a.g.m.**, s. 1664; Taneri, **a.g.e.**, s. 171; Öztürk/Erdem, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 452; Meran, **Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları**, s. 204; Malkoç, **a.g.e.**, s. 2629.

¹²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 734.

¹²⁹ Bakıcı, **a.g.e.**, s. 6.

Zimmet suçu kişinin suça konu malları zimmete geçirmesi yani üzerlerinde malik gibi tasarrufta bulunmaları ile tamamlanıp suçun oluşması için bir zararın meydana çıkması aranmamaktadır; zararın ortaya çıkması somut cezanın hesaplanmasında önem arz etmektedir¹³⁰. Güveni kötüye kullanma suçu da malik gibi tasarrufta bulunulup devir amacı dışında bulunulan tasarruflarla ve devir olgusunun inkarı ile gerçekleşmektedir. Söz konusu iki suç bu açıdan benzerdirler ve ikisi de Kanun'da sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir.

G. Bankacılık Zimmeti Suçu

Bankacılık Kanunu'nda TCK'ya atıf yapmak ya da 160. maddedeki fiilleri icra edenlerin bir kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları belirtilmek yerine Bank.K.'nun 160. maddesinde özel bir zimmet suçu düzenlenmiştir¹³¹. Söz konusu özel

¹³⁰ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 936.

¹³¹ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 161. Bank.K. md. 160 uyarınca; “Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.

Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re'sen ödettilmesine hükümlenir.

Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezasına hükümlenir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettilmesine karar verilir.

(Ek fıkra: 2/1/2017-KHK-687/4 md.) Bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemleri zimmet suçunu oluşturmaz.

Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.

Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.

Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir”.

düzenlemeye yer verilmeden önce bu türdeki fiiller hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmekte ve bu fiiller 765 sayılı Kanun'un 510. maddesi uyarınca suçun nitelikli halinden cezalandırılmaktaydı¹³². Bankalar bakımından güveni kötüye kullanma suçunda bir düzenleme yapmak yerine bu şekilde bir özel zimmet düzenlemesine gidilmesi düzenlemenin uygulama alanı güveni kötüye kullanma suçuna göre daha dar olduğu ve TCK'da bulunan suçların Bank.K.'da ayrıca düzenlenmesinin ceza hukuku tekniği bakımından doğru olmadığı ve uygulamada ciddi sorunlara yol açacağı nedeniyle eleştirilmiş ve bu düzenleme yerine nitelikli halinin cezasının arttırılması önerilmiştir¹³³.

İlk olarak iki maddenin benzerliklerine bakılırsa; Bank.K.'da düzenlenen zimmet suçunun konusu para veya para yerine geçen evrak veya senetler veya diğer mallar olmakla birlikte suçun konusu başlığı altında ayrıntılı olarak ele alındığı üzere güveni kötüye kullanma suçunun konusu ise mal olup her iki suçun konusu benzer niteliktedir¹³⁴.

Bank.K.'daki zimmet suçu güveni kötüye kullanma suçuna göre her ne kadar özel hüküm niteliğinde de olsa içtima başlığı altında ayrıntılı olarak değinildiği üzere Bank.K.'nın 161. maddesi ile iki suç arasındaki ilişki özel-genel norm ilişkisinden çıkıp asli-yardımcı norm ilişkisine dönüşmüştür. Böylece Bank.K.'nın 161. maddesi uyarınca daha ağır cezayı gerektiren norm olan Bank.K.'da düzenlenen zimmet suçu asli norm daha hafif cezayı gerektiren norm olan güveni kötüye kullanma suçu ise yardımcı norm niteliğini taşımaktadır.

Bu iki suçun birbirinden ayrılmasını sağlayan en önemli fark failin sıfatından kaynaklanmaktadır¹³⁵. Suçun faili; Bank.K. md. 160/1-2 uyarınca banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, 160/3 uyarınca ise faaliyet izni kaldırılan veya fona devredilen bir bankanın hukuken veya fiilen yönetim ve

¹³² Sözüer, "Yeni Bankacılık Kanunu'nda Suçlar ve Yaptırımlar", s. 178; Gökcan, **a.g.e.**, s. 427.

¹³³ Sözüer, "Yeni Bankacılık Kanunu'nda Suçlar ve Yaptırımlar", s. 183.

¹³⁴ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 162.

¹³⁵ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1664; Devrim Güngör, "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu", **ABD**, Y: 67, S: 4, 2009, s. 23.

denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortakları olabilir ve iki fıkra açısından da suç özgü suç olarak düzenlenmiştir¹³⁶. Böylece TCK’da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu ile Bankacılık Kanunu’nda düzenlenen zimmet suçunun failin belirli bir sıfatı taşıması gerektiği noktasında birbirlerinden ayrıldıkları açıkça görülmektedir¹³⁷. Fakat madde metninde açıkça belirtildiği üzere zimmet suçunun oluşması için malın zilyetliğinin faile, örneğin banka görevlisine görevi nedeniyle devredilmesi veya suça konu malın koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu bir mal olması gerekmektedir¹³⁸. Aksi takdirde zimmet suçu değil, bu sıfatları taşımayan kişilerce fiillerin gerçekleşmesi halinde güveni kötüye kullanma suçu ve fiiller bir meslek, hizmet veya idare ilişkisinden doğuyorsa da suçun nitelikli halleri unsurlarının oluşup oluşmadığına bağlı olarak tartışılacaktır¹³⁹.

H. Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu

Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu, TCK’nın, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” başlıklı dördüncü kısmının ikinci bölümünde “Adliye Karşı Suçlar” başlığı altında ve 289. maddede düzenlenmiştir. TCK md. 289 uyarınca; “*Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*”. Madde gerekçesinde suçun güveni kötüye kullanma suçunun özel bir hali olduğu belirtilmektedir¹⁴⁰. Muhafaza görevini kötüye kullanma suçunda kişiye duyulan güvenden dolayı resmi makamlarca bir malın muhafazası için bu kişinin görevlendirilmesi ve bu nedenle de malın zilyetliğinin bu kişiye devri söz konusudur¹⁴¹. Muhafaza için görevlendirilen kişi de belirtilen suçun tipik fiillerini

¹³⁶ Gökcan, **a.g.e.**, s. 441.

¹³⁷ Taneri, **a.g.e.**, s. 171.

¹³⁸ Meraklı, **a.g.m.**, s. 1664.

¹³⁹ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 163.

¹⁴⁰ Madde gerekçesine göre muhafaza görevini kötüye kullanma suçu; “*esas itibarıyla güveni kötüye kullanma suçunun özel bir şeklini oluşturmaktadır. Ancak, malın kişiye özel bir görevin gereği olarak teslim edilmiş ve kişinin bunları olduğu gibi muhafaza ile ödevlendirilmiş olması nedeniyle, fiil aynı zamanda bir görevin kötüye kullanılmasını da ifade etmektedir*”.

¹⁴¹ Reha Sümer, “Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu”, **TBBD**, S: 75, 2008, s. 109.

icra ederken güveni kötüye kullanma suçunda olduğu üzere suça konu malın zilyetliğine sahiptir. Fakat belirtilen suçun oluşması için hacizli rehinli veya herhangi bir şekilde el konulmuş malın zilyetliğinin devrinin yetkili resmi bir makam tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğinden bu devir için güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi mağdurun rızasının aranması gerekmemektedir¹⁴². Oysa güveni kötüye kullanma suçunda suçun konusu başlığı altında da ayrıntılı olarak değinildiği üzere suça konu malın zilyetliğinin, mağdur ile fail arasında yapılan bir hukuki ilişkiden kaynaklanan güven ilişkisi çerçevesinde mağdurun rızası ile faile devredilmesi gerekmektedir. Bu nedenle iki suç arasındaki esas temel farklılık zilyetliği teslim eden kişi veya organın niteliğinde, yani teslimin resmi bir makam tarafından resmi bir şekilde yapılıp yapılmadığında ve de failin sıfatında yatmaktadır¹⁴³.

Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu Kanun'da özgü suç olarak düzenlenmiş ve suçun failinin yediemin olarak atanan kişi yani kişinin resmi bir makam tarafından görevlendirilen kişi olması gerekmektedir¹⁴⁴. Kişinin bu niteliği taşımaması ve malın zilyetliğinin kişiye resmi bir makam tarafından değil de bir gerçek veya tüzel kişi tarafından özel bir görevlendirme ile devredilmesi halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir¹⁴⁵. Böylece muhafaza görevini kötüye kullanma suçunda bu nitelikte bir kişiye rehnedilmiş, hacedilmiş veya herhangi bir nedenle el konulmuş bir malın muhafaza edilmesi amacıyla teslimi söz konusu olup kişinin bu tasarruf amacı dışındaki davranışları güveni kötüye kullanma suçunu değil muhafaza görevini kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır¹⁴⁶. Ayrıca muhafaza görevini kötüye kullanma suçunda kişinin görevi ve sıfatı gereği malları koruma ve aynen iade etme yükümlülüğü bulunmakta olup rehnedilmiş, hacedilmiş veya herhangi bir nedenle el konulmuş bir mal üzerinde bu yükümlülükler aykırı

¹⁴² Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 176.

¹⁴³ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 418.

¹⁴⁴ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 171; Sümer, **a.g.m.**, s. 111.

¹⁴⁵ Sümer, **a.g.m.**, s. 112.

¹⁴⁶ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 735; Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 438.

davranışlar söz konusu olduğunda da muhafaza görevini kötüye kullanma suçu tartışılmalıdır¹⁴⁷.

Başlık altında son olarak iki suç arasındaki diğer bir benzerliğe değinilirse; iki suç hareket unsurları ve suçun tamamlanma anları açısından benzerdirler; her iki suçun da oluşması için kişinin zilyetliğin devri ya da teslim amacı dışında tasarrufta bulunulması aranmaktadır. Buna ek olarak güveni kötüye kullanma suçunda devir olgusunun inkar edilmesi de aranmaktadır. Bu nedenle her iki suç da Kanun'da sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir ve zilyetliğin devir amacı dışında tasarrufta bulunulması ile suç tamamlanmaktadır¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Bakısı, **a.g.e.**, s. 27.

¹⁴⁸ Sarsıkoğlu, **a.g.e.**, s. 177.

SONUÇ

Mülkiyet hakkı kişiye malvarlığı üzerinde en geniş yetkiler sağlayan hakır. Mülkiyet hakkı, gerek Anayasa gerekse de özel hukuk tarafından korunmakla birlikte bu güvencelere ek olarak ceza hukuku ile de koruma altına alınmıştır. Mülkiyet hakkını koruma altına alan suçlar genel olarak TCK ‘nın “Özel Hükümler” adlı ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının onuncu bölümünde “Malvarlığına Karşı Suçlar” başlığı altında yer almaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan güveni kötüye kullanma suçu da TCK’nın bu bölümünde ve 155. maddesinde yer almaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçu ile gerek Kanun’da malvarlığına karşı suçlar arasında yer aldığından gerekse de suçun işlenmesi ile kişinin mülkiyet hakkına bir tecavüz oluşturduğundan dolayı ilk olarak bireylerin mülkiyet hakkı korunmaktadır. Nitekim güveni kötüye kullanma suçu tarihi süreç içerisinde günümüzdeki halini almadan önce çok uzun bir süre hırsızlık suçu ve diğer malvarlığına karşı suçlarla birlikte değerlendirilmiştir. Her ne kadar malvarlığına karşı suçların hepsi ile kişilerin mülkiyet hakkı korunmakta ise de güveni kötüye kullanma suçu kendine has özellikleriyle diğer suçlardan kendini ayırmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için kişiler arasında kurulan bir hukuki ilişki ve bu hukuki ilişkiden doğan güvenden kaynaklanan ve de rıza ile gerçekleşen bir zilyetlik devri gerekmektedir. Söz konusu bu unsurlar güveni kötüye kullanma suçunu diğer malvarlığına karşı suçlardan ayırmaktadır. Ayrıca bu unsurlarda da açıkça gözüktüğü üzere güveni kötüye kullanma suçu ile diğer malvarlığına karşı suçlardaki mülkiyet hakkına ek olarak zilyetlik ve de suçun adlandırılmasından da belli olduğu ve gerekçede de belirtildiği üzere kişiler arasındaki güven ilişkisi korunmaktadır. Her ne kadar suçu diğer malvarlığına karşı suçlardan ayırmak için yeterli miktarda unsur var gibi gözükse de bu unsurlar kişinin kastının oluşması zamanına da bağlı olarak kendini göstereceğinden uygulamada suçun diğer suçlardan ayrımı gözüktüğü kadar da kolay olmamaktadır.

Suç kanunda seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Kişiler arasındaki hukuki ilişkiye bağlı olarak zilyetliği devredilen mal üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarruf edilmesi veya devir olgusunun inkar edilmesiyle suç oluşmaktadır. 765 sayılı Kanun'da ise suçu oluşturan fiiller “satmak, rehnetmek, sarf ve istihlak etmek, ketim ve inkar etmek veya tahvil ve tağyir etmek” olarak sayma yöntemi çerçevesinde sınırlı bir şekilde belirtilmiştir. Bu nedenle aksi görüşler de sabit olmakla birlikte genel olarak suçu oluşturan bu fiiller dışında kalan davranışların suçu oluşturmayacağı savunulmaktaydı. TCK'daki yer alan düzenleme ile sayılan fiillerin sınırlı sayıda mı olduğu yoksa örnek mahiyetinde mi olduğuna ilişkin 765 sayılı Kanun dönemindeki tartışmalara son verilmiştir. Ayrıca söz konusu düzenleme ile zilyetliğin devri amacı dışında tasarruf ve devir olgusunu inkar fiillerine yer verilerek satmak, rehnetmek, sarf ve istihlak etmek, ketim ve inkar etmek veya tahvil ve tağyir etmek fiilleri kapsayan bir düzenleme meydana getirilmiştir. Böylelikle uygulamada 765 sayılı Kanun döneminde emniyeti suiistimal suçunu oluşturan ve tek tek sayılan bu fiiller, TCK'daki güveni kötüye kullanma suçundaki daha geniş olan düzenleme açısından yol gösterici olmaktadır.

Ayrıca suç kanunda sırf hareket suçu olarak düzenlenmiş olup failin zilyetliğin devri amacı dışındaki tasarrufu veya devir olgusunu inkarı ile suç tamamlanmış olacaktır. Kanunda belirtilen söz konusu fiillerin, zilyetlik devri amacı dışında tasarruf ya da devir olgusunun inkarı, gerçekleştirilmesi suçun tamamlanması için yeterli olup ayrıca bunlara ek olarak bir neticenin ortaya çıkması gerekmemektedir. Dolayısıyla suçu oluşturan hareketlerin gerçekleştirilmesi dışında bu fiillere ek olarak bir zararın ortaya çıkması da aranmamaktadır. Fakat gerçekleştirilen fiillerin neticesinde bir zararın ortaya çıkması halinde bu durum somut cezanın belirlenmesinde hakim tarafından dikkate alınacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunun birinci fıkrası için suçun konusu; muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş ve başkasına ait olan mal iken suçun nitelikli halinin tanımlandığı ikinci fıkrası açısından suçun konusu ise meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin

gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşyadır. Açıkça görüldüğü üzere suçun temel şekli açısından suçun konusu eşya nitelikli hali açısından suçun konusu ise maldır. Fakat her ne kadar Kanun'da bu şekilde bir ayırım öngörülse de özel hukukta da bu iki kavram birbirlerine alternatif olarak düzenlendiğinden bu ayırımın uygulamada bir öneminin bulunmadığı kanaatindeyiz. Gerek 765 sayılı Kanun'da gerekse de TCK'da suçun düzenlendiği maddelerde suçun konusu için sadece mal ifadesi kullanılıp taşınır-taşınmaz, misli-misli olmayan mal ayırımı yapılmadığından bu hususlar doktrinde tartışma konusu olmuştur. Her ne kadar madde metninde bu hususta bir bilgi yer almasa da 155. maddenin gerekçesinde suçun taşınır ve de taşınmaz mallar üzerinde işlenebileceği özellikle belirtilmiştir. Kanaatimizce bu düzenleme suçla korunan hukuki değerlerin mülkiyetin yanı sıra kişiler arasında kurulan hukuki ilişkilerden doğan güven ve zilyetlik hakkı olduğu da göz önüne alınırsa oldukça yerindedir. Taşınmaz mallar söz konusu olduğunda mülkiyet hakkı her ne kadar tapu sicili ile korunmakta ise de burada güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan fiiller ile kişilerin arasındaki güven zedelenmekte ve bu hal de suçla korunan hukuki değer olarak güven ilişkisini ihlal etmektedir.

Yine 155. maddenin gerekçesinde, mal üzerinde paylı ve elbirliği halinde mülkiyete sahip olan kişilerin birbirlerine karşı söz konusu suçu işleyemeyecekleri belirtilmiştir. Burada kanaatimizce Kanun'da çelişkili bir durum yer almaktadır. Burada elbirliği ve müşterek mülkiyete sahip olan kişilerin suçu birbirlerine karşı işleyememelerinin sebebi suça konu malın başkasına ait olması gerektiğinden kaynaklanmaktadır. Burada çelişki yaratan durum ise hırsızlık suçuna ilişkin düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Bu düzenlemeye göre hırsızlık suçunun "paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde" işlenmesi hırsızlık suçu açısından daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmiştir. Nitekim bilindiği üzere hırsızlık suçunun gerçekleşmesi için de güveni kötüye kullanma suçunda olduğu üzere suçun başkasına ait olması gerekmektedir. Bu nedenle hırsızlık suçu açısından başkasına ait mal niteliği taşıyan bir durumun güveni kötüye kullanma suçu açısından başkasına ait bir mal niteliğinde olmaması çelişkili ve sorunlu bir durum yaratmaktadır. Çelişkili durumun ortadan kaldırılması için Kanun'da güveni kötüye kullanma suçu

için de hırsızlık suçundaki gibi bir düzenlemeye yer verilebilir. Ayrıca mal üzerinde elbirliği veya müşterek mülkiyete sahip olan kişilerin malın idaresini bir malike bırakmaları ve bu malikin devir amacına aykırı davranışlarının da güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Güveni kötüye kullanma suçunda suçun konusu açısından asıl önemli olan ve suçu diğer suçlardan ayırmaya yarayan özellik malın zilyetliğinin faile devredilmiş olmasıdır. Böylelikle suçun gerçekleşebilmesi için failin mala ferî zilyet olması gerekmektedir. Failin mağdurun rızası ile mala ferî zilyet olması durumu güveni kötüye kullanma suçunu hırsızlık, yağma ve dolandırıcılık suçundan ayıran asıl unsurdur. Zira hırsızlık suçunda malın olduğu yerden alınması malikin rızası olmaksızın yapılmaktayken güveni kötüye kullanma suçunda malik veya malikin yetkilendirdiği kişi, mağdur ile arasında kurulan hukuki ilişki nedeniyle duyduğu güvenden ötürü malı kendi elleriyle faile devretmektedir. Dolandırıcılık suçunda ise zilyetliğin devri güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi her ne kadar mağdurun rızası ile gerçekleşse de burada mağdurun rızası failin hileli hareketleriyle sakatlanmıştır ve bu nedenle gerçekleştirilmiş olan zilyetlik devri esasında geçerli değildir. Görüldüğü üzere malın zilyetliğinin devredilmiş olması suçun diğer malvarlığına karşı suçlardan ayrılmasında suça ayırt edici bir nitelik katmaktadır. Bu nedenle ilk olarak güveni kötüye kullanma suçunun varlığı tespit edilirken malın zilyetliğinin mağdurun rızası ile mi gerçekleştiği, nitekim mağdurun rızası ile gerçekleşmiş ise de bu rızanın failin hileli davranışlarıyla sakatlanıp sakatlanmadığı tespit edilmelidir.

Suçun taksirli hali TCK'da düzenlenmediğinden güveni kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Fakat kastın yanında ayrıca failin mal üzerinde suç oluşturan fiillerini gerçekleştirirken kendisinin veya başkasının yararına olarak hareket etmesi de gerekmektedir. Madde metninde yer alan bu ifadenin mahiyeti doktrinde tartışmalı olup kanaatimizce söz konusu ifade ile failin suç oluşturan fiillerini gerçekleştirirken belirli amaçlarla hareket etmesi aranmış olup fiillerin neticesinde bir yarar elde etmesi aranmamaktadır.

Suçun nitelikli halleri hem maddenin ikinci fıkrasında hem de SPK'da düzenlenmiştir. Suçun nitelikli hallerine genel olarak bakıldığında nitelikli hal düzenlemeleri kanunlarda belirtilen bu ilişkilerdeki güven ilişkisinin daha yoğun olmasından kaynaklanmaktadır. Toplumda bazı kişilerin sahip olduğu sıfatlar, başlı başına onlarla girilen ilişkilerde bu hukuki ilişkiye uygun davranacaklarına nitekim diğer bireylere göre daha güvenilir kişiler olduklarına dair güçlü bir intiba uyandırmaktadır. Nitekim suçun nitelikli halini gerçekleştirebilen meslek ve sanat icra edenlere, ticaret ve hizmet görenlere normal bir kişiye duyulan güvenden daha fazla bir güven duyulması kişilerin devamlı olarak belirli konularda iş görmelerinden kaynaklanmaktadır. Buna güvenen kişiler, mallarını bu kişilere teslim ederken herhangi bir kişiye teslim etmekten daha rahat davranırlar ve bu tip hallerde kişilerin güvenlerinin zedelenmesi de yine daha yoğun bir şekilde gerçekleşmektedir. Çünkü burada kişilerin gerek gerçekleştirdikleri meslek uyarınca tanınmış olmalarına gerekse de aralarındaki ilişkinin yoğunluğuna bağlı olarak duyulan güven daha fazladır. Bu nedenle de TCK'da nitelikli hal düzenlemesinde belirtilen nitelikteki kişilerin hukuki ilişkiye aykırı davranışları daha ağır bir cezaya tabi tutulmuştur. Yani TCK'da kişiler arasındaki güven tesisini kolaylaştıran durumların nitelikli hal bakımından temel alındığı gözükmektedir. Ayrıca gerek 765 sayılı Kanun dönemindeki gerekse de TCK'da düzenlenen suçun nitelikli şeklinin unsurlarına genel olarak bakıldığında uygulama açısından nitelikli şeklin oldukça geniş düzenlendiği ve suçun temel şeklinin unsurlarını kapsayan bir mahiyette olduğu gözükmektedir. Bu nedenle de suçun nitelikli halinden verilen mahkumiyet kararları da göz önüne alındığında suçun temel şekli ile nitelikli şekli arasında ayırım yapılması oldukça güç olmuş ve uygulamada suçun nitelikli şekli temel şeklini kapsar hale gelmiştir. Bu nedenle teorik olarak olmasa da uygulamada görülen olaylarda suçun temel şeklinin işlevselliğini kaybettiğini söylemek yanlış olmaz.

Ayrıca TCK'da güveni kötüye kullanma suçu da dahil olmak üzere bazı malvarlığına karşı suçlar için ortak hüküm olan TCK md. 167 ve md. 168'de şahsi cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler düzenlenmiştir. Fakat TCK'nın 167. ve 168. maddelerinde görüldüğü üzere cezasızlığın veya cezada

indirim söz konusu olabilmesi için gerçekleştirilen fiillerden dolayı oluşan zarar ve zararın giderilmesi aranmaktadır. Fakat belirtildiği üzere kanaatimizce güveni kötüye suçu TCK'da zarar suçu olarak düzenlenmemiş ve bu nedenle de suçun oluşması için zararın meydana gelmesi aranmamaktadır. Böylelikle şahsi cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin düzenlemelerle suçun niteliği uyuşmaz ve de bu sebeplerin suç oluşturan fiillerin neticesinde sadece zararın ortaya çıktığı durumlarda uygulama alanı bulacağı gibi bir durum söz konusu olmaktadır.

TCK md. 155/1'de düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun temel şeklini işleyen kişiler şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile, suçun 155/2'de düzenlenen nitelikli halini işleyen kişiler ise bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Görüldüğü üzere hem 765 sayılı Kanun'da hem de TCK'da güveni kötüye kullanma suçunun temel ve nitelikli hali için kanunda hapis cezasının yanında adli para cezası da öngörülmüştür. Ayrıca belirtmek gerekir ki maddede hapis cezası ve adli para cezası birlikte öngörülmüş olduğundan hakim burada her iki cezaya da hükmetmelidir. Bu durum madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere güveni kötüye kullanma suçunu gerçekleştiren kişinin bir yarar elde etme ve de suçtan elde edilen gelirin failin yanına kar kalması ihtimalinin önlenmesi arzusundan kaynaklanmaktadır.

Ayrıca 765 sayılı Kanun md. 522'de malvarlığına karşı suçların konusunu oluşturan malların değerinin veya verilen zararın çok az olması hali yağma ve adam kaldırma suçları dışındaki tüm malvarlığına karşı suçlar için ortak hafifletici sebep olarak düzenlenmiştir. Belirtilen madde ile ayrıca tüm malvarlığına karşı suçlar için suçun konusu malın değerinin veya zararın pek fahiş olması hali de ayrıca cezada artırım yapılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir. TCK ise hem tüm malvarlığına karşı suçlar için hem de güveni kötüye kullanma suçu için 765 sayılı Kanun md. 522'deki gibi suça konu malın değerinin pek az veya fahiş olmasına ilişkin cezayı arttıran veya cezada indirim neden olan bir düzenleme öngörmemiştir. Kanaatimizce söz konusu düzenlemeye yer verilmemesinin nedeni güveni kötüye kullanma suçu ile sadece mülkiyet hakkının korunmamasından kaynaklanmaktadır. Çünkü her ne kadar kişilerin malvarlıklarında oluşan zararlar giderilebilse de

kişilerin birbirlerine duydukları güvende meydana gelen zararın tazmini oldukça güçtür. Örneğin çok güvendiği birinin duyulan bu güvene aykırı olarak gerçekleştirdiği tipik fiiller sonucunda kişinin zararının tamamı tazmin de edilmesi bu kişiye bir daha güven duyulmayabilir. Bu nedenle de güveni kötüye kullanma suçu ile ilgili değerlendirmelerde bulunurken sadece mülkiyet hakkı temelli hareket edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç olarak her ne kadar güveni kötüye kullanma suçunun düzenlenmesine ilişkin eleştirilerimiz bulursa da suç tipinin Roma Hukuku'ndan bu yana geçirdiği değişikliklerle zamanla daha bağımsız ve işlevsel bir hal aldığı açıkça görülmektedir. Ayrıca her ne kadar çalışmamızda belirtildiği üzere aralarında çeşitli farklılıklar bulursa da suça ilişkin 765 sayılı Kanun'daki ve TCK'daki düzenlemelerin temelde büyük bir ölçüde benzer oldukları görülmekte olup uygulamada karşılan ve ileride karşılaşılabilecek olan aksaklıklar kanun koyucunun yapacağı küçük değişiklikler ile ve uygulamada TCK genel hükümler çerçevesinde yapılan yorumlar ve de doktrindeki görüşler ile aşılabilecektir.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı: **Türk Ceza Kanunu Öntasarısı**, 1997.
- Akbulak, Sevinç, Yavuz Akbulak: **Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler**, İstanbul, Beta Basım, 2004.
- Akıntürk, Turgut, Derya Ateş: **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, C:2, 19. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk: **Eşya Hukuku**, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2009.
- Aksoy Dursun, Sanem: **Eşya Kavramı**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2012.
- Albayrak, Mustafa: **Notlu- Atıflı- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Öz Kitap**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Alşahin, Mehmet Emin: **Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları (5237 Sayılı TCK. m. 151 vd.)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- Altındağ, Halil: **İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Ansay, Sabri Şakir: **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002

- Antolisei, Francesco: “Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar”, Çev.: Uğur Alacakaptan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, Sayı: 1-4, 1962, s. 65-94.
- Arslan, Ahmet: “Yeni Bir Sermaye Piyasası Suçu: Güveni Kötüye Kullanmak”, **BFHD**, C.3, Sayı: 9, Legal Yayıncılık, 2014, s. 215-218.
- Arslan, Çetin, Bahattin Azizağaoğlu: **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayınları, 2004.
- Artuç, Mustafa: **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen: **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 17. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Atalan, Mustafa: **Uygulamalı- Yorumlu- Örnekli Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Avcı, Mustafa: **Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2014.

- Ayan, Mehmet: **Eşya Hukuku I (Zilyetlik ve Tapu Sicili)**, 13. bs., İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Ayan, Mehmet: **Eşya Hukuku II Mülkiyet**, 9. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aybay, Aydın, Hüseyin Hatemi: **Eşya Hukuku**, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Aydın, Devrim: **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Aydın, M. Akif: **Türk Hukuk Tarihi**, 14. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.
- Aydın, Nurullah: **Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler, (Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler)**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- Baba, Yasemin: **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Babayiğit, Mustafa: "Yargıtay Kararları Işığı Altında Hırsızlık Suçlarında Etkin Pişmanlık", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 6.Sayı, 2016, s. 63-78.
- Bakıcı, Sedat: **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler 1**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.

- Battal, Ahmet: **Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.
- Bulutoğlu, Kenan: **Emniyeti Suistimal Cürümleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:635, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Yayınları No: 6, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1955.
- Canpolat, Can: **5237 Sayılı TCK'da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu**, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- Centel, Nur, Hamide Zafer, Özlem Çakmut: **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C:1, 3. bs., İstanbul, Beta Basım, 2016.
- Centel, Nur, Hamide Zafer, Özlem Çakmut: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2016.
- Cin, Halil, Ahmet Akgündüz: **Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku**, Cilt 1, İstanbul, Osmanlı Araştırma Vakfı Yayınları, 1995.
- Cüstan, Semray: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Güveni Kötüye Kullanma Suçu**, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- Çakır, Rasim Can: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Doğan**

Sorumlulukları, (Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumlulukları), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

Demirbaş, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. bs. Ankara Seçkin Yayıncılık, 2016.**

Donay, Süheyl: **Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Basım, 2007.**

Donay, Süheyl, Mahmut Kaşıkçı: **En Son Değişiklerle Açıklamalı Ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu, İstanbul, Beta Basım, 2005.**

Dönmezer, Sulhi: **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 17. bs., İstanbul, Beta Basım, 2004.**

Dönmezer, Sulhi: **Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984.**

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, 13. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999.**

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999.**

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt III, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997.**

Dural, Mustafa, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, 12. bs., C:III,**

- Mustafa Alper Gümüş: İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Dursun, Selman: **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Dursun, Selman: “Emniyeti Suistimal Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.57, S. 1-2, 1999, s. 3-43.
- Dursun, Selman: “Malvarlığına Karşı Suçlar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.2, Sonbahar 2004, s. 190-196.
- Dursun, Selman: **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Dülger, Murat Volkan: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak)”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 2, Ocak 2005, s. 85–137.
- Eker, Hüseyin: “Mala Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık”, **TBB Dergisi**, Mayıs-Haziran 2012, S: 100, s. 363-388.
- Elöve, Mustafa Emil: “Emniyeti Suistimal Cürmü”, **Adalet Dergisi**, S:3, 1954, s. 256-284.
- Elöve, Mustafa Emil: “Emniyeti Suistimal Cürmü”, **Adalet Dergisi**, Y: 45, S:4, 1954, s. 450-478.

- Erdem, Mustafa Ruhan: “Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma için İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m. 2)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 987-998.
- Erdoğan, Belgin: **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- Ergün, Güneş Okuyucu **Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2008.
- Erem, Faruk: **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, C.3, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1993.
- Erem, Faruk, Nevzat Toroslu: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 1994.
- Erem, Faruk, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Eren, Fikret: **Mülkiyet Hukuku**, 4. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Eren, Fikret: “Mülkiyet Kavramı”, **Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Yayınları, 1974, s. 765-795.

Erman, Hasan: **Eşya Hukuku Dersleri**, 6. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2016.

Erman, Hasan: “Türk Ceza Kanununda Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Yetersizliği”, **İÜHFİM**, C.41, S.1-2, 1975, s. 133-149.

Erol, Haydar: **Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma ve Dolandırıcılık Suçları**, Yayın Matbaacılık, Ankara, t.y.

Ertaş, Şeref: **Eşya Hukuku**, 13. bs., İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2016.

Esen, Sinan: **Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, (Malvarlığına Karşı Suçlar)**, Ankara, Adalet Yayınevi 2007.

Esener, Turhan, Kudret Güven: **Eşya Hukuku**, 6. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

Gökcan, Hasan Tahsin: **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 Sayılı TCK m. 247-266)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

Gökçen, Ahmet: **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, y.y.,

1989.

Gökcen, Ahmet, Murat Balcı: “Dolandırıcılık Suçu (5237 s.lı TCK. m. 157-159)”, **MÜHF-HAD**, C: 14, S: 1-2, s. 1- 55.

Gözübüyük, Abdullah Pulat: “Emniyeti Kötüye Kullanma Cürümleri”, **Adalet Dergisi**, Y: 64, S:8, 1973.

Günay, Erhan: **Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme, (Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Gündel, Ahmet: **5237 Sayılı TCK’da Zimmet- Sahtecilik- Dolandırıcılık- Yağma- Hırsızlık- Güveni Kötüye Kullanma Suçları, (Güveni Kötüye Kullanma Suçları)**, Ankara , y.y., 2009.

Gündel, Ahmet: **İçtihatlı-Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları, (Emniyeti Suistimal Suçları)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

Gündel, Ahmet: **Yeni Türk ceza kanunu açıklaması: madde açıklamaları, madde gerekçeleri, tamamına yakını 2005, 2006, 2007 ve 2008 yıllarına ait 12.586 adet yargıtay kararı, (Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması)**, C:3, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2009.

- Gündüz, Remzi: **6352 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerle Birlikte Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı Suçlar (Malvarlığına Karşı Suçlar)**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2012.
- Gündüz, Remzi, Veysel Gültaş: **Gerekçeli Karşılaştırmalı Tablolulu 2006- 2007-2008 İctihatları ile 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, C:2**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2009.
- Güngör, Devrim: **5237 ve 5271 sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu (Şikayet Kurumu)**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009.
- Güngör, Devrim: "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu", **ABD**, Y: 67, S: 4, 2009, s. 23- 29.
- Gürocak, İsmail: "Türk Ceza Kanunu'nda "Mala Zarar Verme" ve "İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme" Suçları", **TBBD**, S:94, 2011, Ankara, s. 149-186.
- Hafizoğulları, Zeki: "Güveni Kötüye Kullanma Suçları", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, C.2, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 2761-2784.
- Hafizoğulları, Zeki, Muharrem Özen: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 2015.
- Hafizoğulları, Zeki, Muharrem Özen: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 5. bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 2016.

- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- İçel, Kayıhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., İstanbul, Beta Basım, 2014.
- İçel, Kayıhan: **Suçların İctimai**, İstanbul, İÜHFY, Sermet Matbaası, 1972.
- İçel, Kayıhan, Füsun Sokullu- Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu, Yener Ünver: **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, 3. bs., İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2004.
- İçel, Kayıhan, Yener Ünver: **İçel Uygulamalı Ceza Hukuku 4. Kitap**, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2000.
- İnan, Mehmet: **Emniyeti Suistimal ve Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması Suçları**, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1988.
- Kangal, Zeynel T.: “Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran ve Azaltan Kişisel Nedenler”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C:7, S: 85-87, İstanbul, 2011, s. 38-60.

- Kangal, Zeynel T.: “Yeni Türk Ceza Hukuku’nda Tüzel Kişiler”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:7, 2006, s. 85- 90.
- Karasu, Nahit Akar: “Örtülü Kazanç ve Sermaye Aktarımı”, **Banka ve Finans Hukuku Panel ve Seminer Notları**, Haz. Celal Ülgen, Coşkun Ongun, İstanbul Barosu Yayınları, 2009, s. 355-362.
- Kıldan, İsmail Turgut: “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanabilme Koşulları”, **TAAD**, Cilt:1,Yıl:3, Sayı:8, 2012, s. 115- 139.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Aile Hukuku**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2012.
- Koca, Mahmut: “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S.5., Kazancı Yayınları, 2005, s. 67- 92.
- Koca, Mahmut, İlhan Üzülmöz: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Koca, Mahmut, İlhan Üzülmöz: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Köprülü, Timuçin: “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”,

TBBD, S: 71, 2007, s. 254-263.

Köse, Hamid: **Emniyeti Suistimal (Güveni Kötüye Kullanma) Suçu**, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.

Kuru, Baki: **İcra ve İflas Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.

Mahmutoğlu, Fatih Selami: **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Malkoç, İsmail: **Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 150-241)**, C.3, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2013.

Meraklı, Serkan: “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan), 2009, s. 1657-1713.

Meran, Necati: **Hırsızlık, Yağma Ve Malvarlığına Karşı Suçlar: Mala Zarar Verme, Hakkı Olmayan Yere Tecavüz, Bedelsiz Senedi Kullanma, Kaybolmuş Veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf, Karşılıksız Yararlanma, Hileli Ve Taksirli İflas, Suç Eşyasının Satın Alınması Veya Kabul Edilmesi, (Malvarlığına Karşı Suçlar)**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

- Meran, Necati: **Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları İle Ekonomi Ve Ticaret Alanında Suçlar, (Sahtecilik, Malvarlığı Bilişim Suçları), 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.**
- Nomer, Haluk Nami,
Mehmet Serkan Ergüne: **Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicili , Rehin Hakları), 4. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.**
- Oğuzman, Kemal, Turgut
Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt- I, 14. bs., İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2016.**
- Oğuzman, Kemal, Özer
Seliçi, Saibe Oktay Özdemir: **Eşya Hukuku, 19. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.**
- Oğuztürk, Burcu Kalkan: **Güven Sorumluluğu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.**
- Önder, Ayhan: **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.**
- Özbek, Veli Özer, Koray
Doğan, Pınar Bacaksız, İlker
Tepe: **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.**
- Özbek, Veli Özer, Koray
Doğan, Pınar Bacaksız, İlker
Tepe: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.**

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Özbek, Veli Özer: **TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı Özel Hükümler Madde 76–169**, Cilt:2, Seçkin Yayıncılık, 2008.

Özbişgen, Erol: **Osmanlı Hukuku'nun Yapısı**, İstanbul, Nihal Kitabevi, 1985.

Özgenç, İzzet: **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Özgenç, İzzet: **Zimmet Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Öztürk, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem: **Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere Karşı Suçlar)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.

Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. bs., Ed.: Bahri Öztürk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

- Parlar, Ali: **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C:2, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015.
- Parlar, Ali, Muzaffer Hatipoğlu: **Açıklamalı- Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, (Türk Ceza Kanunu Yorumu)**, C.3, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.
- Parlar, Ali, Muzaffer Hatipoğlu: **Suçta Teşebbüs İştirak-İçtima ve Yaptırımlar**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Parlar, Ali, Muzaffer Hatipoğlu: **5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları, (Sulh Ceza Davaları)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes: **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 3. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Polat, Halil: **5237 sayılı TCK'da Yer Alıp Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- Rado, Türkan: "Gaius'a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu", **İÜHFİM**, C: 18, S:1-2, 1952, s. 479- 519.
- Rado, Türkan: **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Sadak, Murat: **Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.

- Sarsıkoğlu, Şenel: **Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Selçuk, Sami: **Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar**, Ankara, Kadıoğlu Matbaası, 1986.
- Serozan, Rona: **Eşya Hukuku I**, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.
- Sirmen, Lale: **Eşya Hukuku**, 4. bs., Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2016.
- Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Soyaslan, Doğan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Sözüer, Adem: **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş Ve Pratik Çalışma Notu**, <http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezahukuku/wp-content/uploads/2015/01/Uygulama-Rehberi-2015.pdf>
- Sözüer, Adem: **Suça Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.

- Sözüer, Adem: ”Yeni Bankacılık Kanunu’nda Suçlar ve Yaptırımlar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:5, 2005, s. 166-191.
- Sözüer, Adem, Selman Dursun, Serdar Talas: **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, 3. bs., İstanbul, Alfa Yayınları, 2017.
- Sümer, Reha: “Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu”, **TBBD**, S: 75, 2008, s. 109- 137.
- Şahin, Cumhuri: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Şener, Esat: **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Şentop, Mustafa: **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku**, İstanbul, Yayıncılık Matbaa, 2004.
- Taneri, Gökhan: **Yağma Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma Hakkı olmayan Yere Tecavüz Bedelsiz Senet Kullanma Kaybolmuş Eşyada Tasarruf Karşılıksız Yararlanma Suç Eşyasını Satın Alma Bilgi Vermeme Suçları**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013.
- Taşdemir, Kubilay, Ramazan Özkepir: **Uygulamada- Öğretide Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar**, Ankara, Adil Yayınevi, t.y.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

- Toroslu, Nevzat: **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 8. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2015.
- Toroslu, Nevzat, Metin Feyzioğlu: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2016.
- Turabi, Selami: **Mala Zarar Verme Suçları**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Tümerkan, Somay: “Emniyeti Suistimal Cürümlerinde Mülkiyet Geçişinin Değerlendirilmesi Sorunu”, **İÜHFM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan**, C. 45, S.1-4, 1979-1981, s. 333-345.
- Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt: **Türk Hukuk Tarihi**, 18. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- Ünver, Yener, Hakan Hakeri: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Üzülmez, İlhan: “Yeni Türk Ceza Kanunu Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **EÜHFD**, C: X, S. 3-4, 2006, s. 203-235.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç: **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Madde: 141-196**, C:4, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Yavuz, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 14.bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.

- Yavuz, Nihat: **Satış Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Yazıcıoğlu, Yılmaz: “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı”, **MÜHF-HAD, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, C: 19, S: 2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s. 757-797.
- Yelbaşı, Cengiz: **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Sim Matbaacılık, 2014.
- Yenidünya, Caner: “Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler”, **İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 85-96.
- Yenidünya, Ahmet Caner, Can Canpolat: “Sermaye Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu”, **BFHD**, Cilt: 3, Sayı: 9, Legal Yayıncılık, 2014, s. 109-159.
- Yıldız, Ali Kemal: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, (Seminer Notları)**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.
- Yılmaz, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 8.bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.
- Yılmaz, Mehmet Şerif: **Emniyeti Suistimal Cürmü (Suçun Basit Hali)**, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1988.

- Yurtcan, Erdener: “Malvarlığına Karşı Suçlar”, **Sempozyum Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, (“Malvarlığına Karşı Suçlar”)**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, 2008, s. 345-364.
- Yurtcan, Erdener: **Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar, (Malvarlığına Karşı Suçlar)**, 2. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Yurtcan, Erdener: “Alman ve İsviçre Ceza Kanunlarına Göre Rehin Malın Geri Alınması Suçu ve Türk Hukukunun Durumu”, **İÜHFİM**, c. XXXIII, s. 3-4, İstanbul, 1968, s. 197-214.
- Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.
- Zevkliler, Aydın, K. Emre Gökyayla: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.