

GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

(TCK 155/1-2)

THE CRIME OF ABUSE OF TRUST (TCK 155/1-2)

Fatih ŞAHİN*

Özet: Güveni kötüye kullanma suçu, Türk Ceza Kanunu'nda malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Suç, mahiyeti gereği zilyetlik ve mülkiyet gibi özel hukuka ait kavramları da içinde barındırmakta olup suçun açıklanabilmesi için bu kavramların bilinmesi gerekmektedir. Güveni kötüye kullanma suçu, mülkiyet hakkının yanı sıra güven ilişkisini de korumaktadır. Kişiler arasındaki sözleşme ilişkisine aykırılık ile güveni kötüye kullanma suçu çoğu zaman iç içe geçmekte, ayırt etmek zorlaşmaktadır. Uygulamada, hukuk mahkemelerinde çözümü gereken hukuki uyumsuzluklar şikâyet konusu yapılarak ceza mahkemelerinin önüne gelebilmektedir. Bu iç içe geçmişliğin bir sonucu olarak, suç tipinin analiz edilerek, hangi durumlarda ceza hukuku anlamında cezalandırmayı gerektirir bir eylem olduğu, hangi durumlarda ise sorunun hukuk mahkemelerinde özel hukuk davaları ile çözülmesi gerektiği doğru tespit edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Güveni Kötüye Kullanma, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Türk Ceza Kanunu 155. madde, Zilyetlik ve Mülkiyet, Suçun Unsurları

Abstract: He crime of abuse of trust is regulated in the Turkish Penal Code under the title of offences against property. Due to its nature, crime includes the concepts of private law such as possession and property and these concepts must be known in order to explain the crime. The crime of abuse of trust protect the right to property as well as the relationship of trust. Violation of the contractual relationship and the crime of abuse of trust are often intertwined and it becomes difficult to distinguish. In practice, it is seen that private law disputes that need to be resolved in civil courts are brought to criminal courts. As a result of this intertwining, the type of crime should be analyzed and it should be determined correctly in which cases its that requires punishment in terms of criminal law and in which cases the problem should be solved by private law cases in the civil courts.

Keywords: Abuse of Trust, The Crime of Abuse of Trust, Turkish Penal Code 155th Article, Possession And Property, Elements of Crime

* Doktora Öğrencisi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, fatihsahin.hkm@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0306-3771, Makalenin Gönderim Tarihi: 19.01.2021, Kabul Tarihi: 19.01.2021

I. GİRİŞ

İnsanoğlu, gelişim sürecinde canı ile birlikte mallarını da koruma güdüsüyle hareket etmiş ve mala karşı haksız eylemleri cezalandırmak istemiştir. Bu nedenle malvarlığına karşı suçlar ilk çağlardan beri yaptırma bağlanmıştır. Özellikle hırsızlık ve türevi suçlar ilk çağlardan beri suç olarak düzenlenmiştir. Güveni kötüye kullanma suçunun müstakil bir suç olarak kanunlarda yer alması diğer malvarlığına karşı suçlar kadar eski değildir. Daha çok hırsızlık suçunun bir türü olarak değerlendirilmiştir. Ayrı bir suç olarak kanunlarda yer alması XVIII. yüzyıla doğru olmuştur.

Güveni kötüye kullanma suçu mülkiyetin yanı sıra kişiler arasındaki güven ilişkisini de koruduğundan ticaretin gelişmesi ile birlikte daha da önemli hale gelmiştir. Suç, ticaret hayatının sorunsuz devamını da sağlamayı amaçlamaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının ve her olayda suçun oluşup oluşmadığının tespiti oldukça önemlidir. Kişiler arasındaki her sözleşmeye aykırı davranış suç oluşturmayaacağı gibi, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan her uyuşmazlığın da sadece özel hukukla çözüleceğini söylemek doğru olmaz. Bu nedenle çalışmamızda özellikle suçun unsurlarına, konusuna, zilyetlik kavramına ayrıntısıyla değineceğiz.

Güveni kötüye kullanma suçu, malvarlığına karşı diğer suçlarla karıştırılabilmektedir. Bu nedenle benzer suçlarla ayrımının temel unsurları ile tespitinde de fayda gördüğümüzden son bölümde bu konuyu işleyeceğiz.

II. MALVARLIĞINA KARŞI SUÇLARA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR VE GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU VE BENZER SUÇLARDAN FARKI

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 155. maddesinde düzenlenen "Güveni Kötüye Kullanma Suçu" 5237 sayılı Kanun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitap, "Kişilere Karşı Suçlar"ın düzenlendiği ikinci kısımda, "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlığı altında onuncu bölümde düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu 141-169. maddeleri arasında malvarlığına karşı suçlar adı altında toplam 15 farklı suç düzenlenmiştir. Şüphesiz malvarlığına karşı tüm suçlar bu bölümde yer alanlardan ibaret olmayıp korunan hukuki değerın ağırlığına göre -zimet (TCK 247) suçunda olduğu gibi- başka bölümlerde de malvarlığına yönelik eylemler yaptırırına bağlanmıştır. Malvarlığına karşı suçlar, uygulamada en çok karşılaşılan suç tiplerindendir. Nitekim 2015 yılı Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerine göre, malvarlığına karşı suçlardan açılan dava sayısının tüm davalara oranı %21,4 olup malvarlığına karşı suçtan dolayı toplam 573.843 adet dava açılmıştır¹.

Kişilerin malvarlıklarının Devlet eliyle korunması ilk çağlardan beri kabul gören bir yaklaşımdır. Roma hukukunda malvarlığına karşı işlenen belli suçlar yaptırırına bağlanmıştır. XII Levha Kanunları'nda furtum (hırsızlık) adı altında bu tür eylemler cezalandırılmıştır. İslam Hukukunda hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma suçu gibi malvarlığına karşı suçlar ayrıca suç olarak düzenlenmiştir.² Osmanlı ve Cumhuriyet döneminde de malvarlığına karşı suçlar yaptırırına bağlanmıştır. Malvarlığına karşı eylemler kişilerin mülkiyet hakkını ve zilyetliği koruduğu gibi, ticaret hayatının düzenli yürümesini de korumak amacıyla yaptırırına bağlanmıştır. Malvarlığına karşı suçların ortak özelliği olarak, kişilerin malvarlıkları içine giren değerleri korumak ve bu değerlerin sağladığı yararların yok edilmesine veya azalmasına yönelik eylemleri yaptırırın altına almak olduğu da ifade edilmiştir.³

B. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

“Güveni Kötüye Kullanma Suçu” 5237 sayılı TCK’nın 155. maddesinde; (1) *Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufla*

¹ [Http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/ceza/33.pdf](http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/ceza/33.pdf), (Erişim Tarihi: 07.11.2018).

² Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. Ömer Menekşe, XVII Ve XIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu Ve Cezası, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul 1998, s.115.

³ R. Yılmaz Yazıcıoğlu, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Cengel’e Armağan Özel Sayı, Yıl:2013 Cilt:19, Sayı:2, s. 757.

bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.(1) (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 üç bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur” şeklinde düzenlenmiştir. Madde incelendiğinde birinci fıkrasında suçun temel haline yer verildiği, ikinci fıkrasında ise nitelikli halin düzenlendiği görülmektedir.

Maddenin ilk fıkrasına “Başkasına ait olup da” ibaresinden sonra gelmek üzere, 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun’un 18. maddesiyle “muhafaza etmek veya” ibaresi eklenmiştir. Yani ilk halinde bu ibare yoktur. Bu değişikliğin amacı gerekçede, uygulamada karşılaşılabilecek tereddütleri gidermek olarak belirtilmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçu 765 sayılı mülga TCK’da emniyeti suiistimal adı altında 508-510. maddelerde düzenlenmiştir. ETCK’nın 508. maddesinde suçun temel hali, 510. maddesinde ise nitelikli hali düzenlenmiştir. Her iki kanundaki düzenlemeler benzer olmakla birlikte birtakım farklılıklar da vardır. ETCK 508. maddede suç “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 rehnedir veya sarf ve istihlak eder yahut ketim ve inkâr eyler veyahut tahvil ve tağyir ederse mutazarrır olan kimsenin şikâyeti üzerine iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere ETCK’da suçun hareket unsurları tahdidi ve sınırlı sayıda olmasına rağmen, 5237 sayılı kanunda “zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak veya bu devir olgusunu inkâr etmek” şeklinde genel bir ifade kullanılarak içeriğinin doldurulması uygulamaya bırakılmıştır. Suçun nitelikli hali ETCK’da ayrı bir maddede “meslek ve sanat veya ticaret veya hizmet sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veyahut idare etmek için kendisine tevdi olunan veya teminat olarak teslim edilen” şeklinde düzenlenmişken YTCK’da ise suçun temel haline benzer şekilde genel bir düzenleme yapılarak “meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun” teslim edilen eşya üzerinde işlenmesi olarak kabul edilmiştir. Yeri gelmişken söylemekte fayda görüyoruz; madde gerekçeleri bağlayıcı olmamakla birlikte, kanun koyucunun amacını göstermesi ve suçun uygulama

alanını göstermesi bakımından önemlidir. Güveni kötüye kullanma suçunun gerekçesi de birçok suça nazaran ayrıntılı olarak düzenlenmiş, gerekçede suçla korunan hukuki değer, suçun konusu, maddi unsuru ve uygulama alanı bakımından açıklama yapılmıştır. Şüphesiz gerekçede katılmadığımız ya da eleştireceğimiz hususlar vardır. Ancak düzenleme amacını göstermesi bakımından ayrıntılı gerekçe yazılması olumludur.

1. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Güveni kötüye kullanma suçu, bir sözleşme -kira, rehin, ödünç, emanet, vekâlet vb. sözleşmeler ya da atipik bir sözleşme- gereği kendisine teslim edilen malın devir olgusunun inkâr edilmesi ya da devir amacı dışında tasarrufta bulunulması ile oluşmaktadır. Bu suç tipinde, başta fail ve mağdur arasında bir sözleşme ve güven ilişkisi vardır. Bu özelliği nedeniyle suçla korunan hukuki değer açısından öğretide görüş birliği olduğu söylenemez.

Bu suçla korunan hukuki değere dair madde gerekçesinde; “söz konusu suçla korunan hukuki değer kişilerin mülkiyet hakkıdır. Bu suçla mülkiyetin korunması amaçlanmaktadır. Ancak, söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyete 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” demek suretiyle mülkiyet hakkı ve güven ilişkisinin korunduğu belirtilmiştir.

Bir görüşe göre, insanlar arasındaki ilişkilerde, karşı tarafa duyulan güvenin kötüye kullanılmasını önlemek, ticari hayatı korumak ve güvenle sürdürülmesini sağlamak amacıyla kabul edilen bu suç herhangi bir sözleşme ile malın zilyetliğini faile devreden mağdurun mülkiyet hakkı korunmaktadır.⁴ Bazı yazarlar bu suçun sadece mülkiyet hakkını koruduğunu ileri sürmektedir.⁵

⁴ Sedat Bakıcı, 5237 sayılı Kanun Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.3.

⁵ Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Basım Yayım, İstanbul 1998, s. 409. Durmuş Tazcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 545. Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler Ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitapevi, İstanbul 1994, s. 409.

Bazı yazarlara göre ise, suçla korunan hukuki değer; mülkiyet hakkının yanı sıra kişiler arasındaki güven ilişkisidir.⁶ Madde gerekçesinde de yukarıda açıkladığımız üzere güven ilişkisinin korunduğu belirtilmiştir. Bunun yanında mülkiyet ve güven ilişkisine ek olarak suçla zilyetliğin de korunduğu ileri sürülmüştür.⁷

Kanaatimizce suçla mülkiyet hakkının yanı sıra, kişiler arasındaki güven ilişkisi de korunmaktadır. Suç, aynı zamanda ticaret hayatının düzenli ve sorunsuz sürdürülmesini koruma amacı taşımaktadır. Ceza kanunlarının bir amacının da toplumsal yaşamı düzenlemek olduğu düşünüldüğünde, toplumsal yaşamın ayrılmaz bir parçası olan ticari düzenin de bu suçla korunmak istendiği söylenebilir. Ticari hayatın devamının önemli unsurlarından birisi taraflar arasında güven ilişkisi olmasıdır. Zira ticaret ilişkilerinde güven temel esaslardan biridir. Suçun mağduru malikin yanı sıra meşru bir şekilde zilyetliği elinde bulunduran meşru zilyet de olabileceğinden Meraklı'nın suçla zilyetliğin de korunduğu şeklindeki görüşlerine katılıyoruz.

2. MADDİ UNSUR

Bu bölümde suçun fail, mağdur, fiil unsurlarını irdelleyeceğiz.

a. Fail

Suçun faili, suç konusu olan ve ayrıntılarını aşağıda açıklayacağımız malın zilyetliği kendisine devredilmiş olan kimse olabilir. Suçun oluşumu için bir kimsenin zilyetliği kendisine devredilmiş olan malı, devir amacı dışında tasarrufta bulunulması veya devir olgusunu inkâr etmesi gerekir. Görüldüğü üzere suç fail yönünden bir özellik göstermektedir. Zira herkesin işleyebileceği suçlardan farklı olarak burada bir ön şart olan zilyetliğin meşru olarak devri gerekmektedir. Suça konu malın zilyetliğini meşru yollardan almayan bir kimse suçun faili olamayacağı gibi, bu suç tipi de oluşmayacaktır. O halde suçun faili, mağdur ile öncelikle bir sözleşme ilişkisi kuran ve bu ilişkiye is-

⁶ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 625. İzzet Özgenc, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 71.

⁷ Serkan Meraklı, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:11 Özel Sayı:2009, s. 1665.

tinaden malın zilyetliği kendisine devredilmiş olan kimse olabilecektir.⁸ Suç yükümlülük suçlarındandır. Muhafaza etmesi veya belli bir şekilde kullanması için malın zilyetliği kendisine devredilen kişinin aradaki sözleşme ilişkisinin gereklerine uygun davranması gerekir. Bu ilişkinin gereklerine aykırı olarak tasarrufta bulunulması veya devir olgusunu inkâr edilmesi yaptırıma bağlanmıştır. Dolayısıyla suç, özgü suçtur. Zira bu suçu herkes değil, sadece malın zilyetliği kendisine devredilmiş olan kişiler işleyebilir. Bu özelliği nedeniyle de suçunu işlenişine katılan ancak kendisine malın zilyetliği devredilmeyen diğer kişiler suç ortağı olarak cezalandırılacaktır.⁹

Eşyanın maliki bu suçun faili olamaz. Zira maddede geçen “bir başkasına ait olup da” unsuru malik yönünden sağlanmayacağından malikin fail olması söz konusu olmayacaktır. Madde gerekçesinde de malikin fail olamayacağı belirtilmiştir. Doktrinde belli durumlarda malikin de suçun faili olabileceğini savunan görüşler¹⁰ olmakla birlikte açıkladığımız nedenle bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Öğretide tartışmalı alanlardan birisi de iştirak veya müşterek mülkiyete konu olan mallarla ilgili ortakların bu suçun faili olup olmayacağına ilişkindir. Tartışmaya ve görüşlere geçmeden önce kısaca iştirak (elbirliği) ve müşterek (paylı) mülkiyetten de bahsetmek gerekir. Müşterek mülkiyet Türk Medeni Kanunu’nun 688. maddesinde paylı mülkiyet Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî 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” şeklinde düzenlenmiştir. Devamı maddelerinde malın yönetimi, kullanımı gibi hususların paydaşlarca belirlenebileceği belirtilmiştir. İştirak halinde

⁸ Özgenç, s.83

⁹ Özgenç, s.83

¹⁰ Bu görüşü savunan yazarlara göre; malın malikinin, hukuka uygun olarak zilyetliği elinde bulunduran kişiden geçici bir süre de olsa belirli amaçla devralmışsa bu suçu işleyebilir. Örneğin, maliki olduğu arabayı bir yıllığına bir başkasına kiralayan malik belirli bir amaçla arabasının zilyetliğini kiracıdan almış ve bu devralma amacına aykırı bir şekilde araba üzerinde tasarrufta bulunmuş veya devir olgusunu inkâr etmişse, malik olan kişi de güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilecektir. Bkz. Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 643.

mülkiyet ise aynı kanunun 701. maddesinde, “- 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” şeklinde düzenlenmiştir. Yönetim ve tasarruf hükümleri de devam eden maddede de düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde ve bazı yazarlarca, bu suçun iştirak veya müşterek halinde malik olunan malın maliklerince birbirine karşı bu suçların birbirlerine karşı işlenemeyeceği belirtilmiştir.¹¹ Madde gerekçeleri uygulamayı göstermesi bakımından önemli olmakla birlikte bağlayıcı değildir. Tek başına, gerekçede bu suçun iştirak veya müşterek ortaklarca birbirine karşı işlenemeyeceği yazdığı suçun faili olmayacaklarını söylemek kabul edilemez. Bu görüşü savunan yazarların temel yaklaşım noktası, malın maliki bu suçun faili olamayacağından ve iştirak veya müşterek ortaklık halinde de mal üzerinde maliklik durumu söz konusu olduğundan suçun oluşmayacağıdır. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira iştirak veya müşterek ortaklık halinde her ortağın belli oranda ortaklık payı bulunmaktadır. Bir ortak diğer ortakların hakkını da gasp eder şekilde tasarrufta bulunursa suçun oluşacağını düşünüyoruz. Örnek vermek gerekirse, üç ortağın bir iş makinası aldığını ve ortakların anlaşarak bir ortağa aracın zilyetliğini inşaat faaliyetinde kullanılmak üzere devrettiğini varsayarsak, burada aracın zilyetliğini devralan ortak aracın tamamını parçalara ayırarak satarsa, kendi payını aşan, diğer ortakların maliki olduğu kısımla ilgili de devir amacına aykırı tasarrufta bulunduğundan suçun faili olacağını düşünmekteyiz. Görüşümüze benzer olarak Özbek de “*Kanaatimizce bu kişilerin birbirine karşı güveni kötüye kullanma suçu işlemelerine hukuki bir engel yoktur. Çünkü söz konusu mal diğerleri bakımından başkasına ait bir maldır ve hırsızlık suçuna konu oluşturabilmektedirler. O halde güveni kötüye kullanma bakımından kanunda olmayan bir hukuki sonucu gerekçeden hareketle kabul etmek mümkün gözükmemektedir*” demiştir.¹² Yine başkaca yazar tarafından da belirtilen gerekçe ile elbirliği ve paylı mülkiyete konu malların ortaklarının bu suçun faili olabileceği belirtilmiştir.¹³

¹¹ Bakıcı, s. 6-7. Özgenç, s.73. Koca/Üzülmez, s.626.

¹² Özbek, s.1191.

¹³ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s.433. Osman Yaşar/H. Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.5001.

Bir başka görüşe göre ise, müşterek mülkiyette, paydaşlardan her birinin tek bir mülkiyet üzerinde paylara sahip olmaları karşısında, malın başkasına ait olma özelliği gerçekleşmekte ve bu sebeple de birbirlerine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işlemeleri mümkün olmaktadır. Yine bu görüşe göre iştirak halinde mülkiyette malikler bir mülkiyete hep birlikte sahip olmakta ve bu mülkiyet paylara bölünmediğinden de müşterek mülkiyetteki gibi malın başkasına ait olma özelliği söz konusu olmadığından iştirak halinde mülkiyette güveni kötüye kullanma suçunun malikler arasında işlenmesi söz konusu olamaz.¹⁴

Tüzel kişiler temsilcileri vasıtasıyla temsil edildiklerinden suçun faili olamayacaklar, onlar adına hareket eden gerçek kişiler fail olarak sorumlu tutulacaklardır.

Yine bir eşyanın kamu görevlisine görevinden dolayı temsil edilmesi ve görevlinin bu eşyayı devir amacı dışında kullanması ya da devir olgusunu inkâr etmesi halinde bu suç değil, özel olarak düzenlenen zimmet suçu oluşacaktır. Ancak eşyanın kamu görevlisine görevi gereği değil de kişisel olarak duyulan güven nedeniyle verilmesi halinde bu suç oluşacak, kişi bu suçun faili olacaktır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

b. Mağdur

Bu suç mağduru suçun faili ile sözleşme ve güven ilişkisi kuran ve bu suretle eşyanın zilyetliğini faile devreden kişidir. Bu devir olgusunu gerçekleştiren kişi, malın maliki olabileceği gibi malı zilyetliğinde bulunduran üçüncü kişi de olabilir. Bu durumda, yani malın faile maliki tarafından değil de üçüncü bir kişi tarafından devredildiği durumlarda hem malikin hem de malı devreden üçüncü kişinin mağdur olacağını düşünmekteyiz. Zira yukarıda açıkladığımız üzere suçla korunan hukuki değer sadece mülkiyet olmayıp, kişiler arasındaki güven ilişkisi de korunmaktadır. Burada güveni zedelenen malik olmayan zilyet olduğundan suçun mağduru olacaktır.¹⁵

¹⁴ Can Canpolat, "5237 sayılı TCK'da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu", *MÜSBE*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s.58. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 16.01.2021)

¹⁵ Benzer yönde görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 421. Mağdurunun sadece eşyanın maliki olabileceği şeklinde aksi yönde görüş için bkz. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar*, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s.162.

Tüzel kişilerin suçun mağduru olup olamayacağını açıklamadan önce kısaca mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarına da değinmek gerekir. Zira sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilirken; aile, devlet, tüzel kişiler gibi oluşumlar sadece suçtan zarar gören olabilecektir. Mağdur, suçtan doğrudan etkilenen kimse olmasına karşın, zarar gören bir suçun işlenmesi ile hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal olan kimsedir. Çoğu kez mağdurluk ve suçtan zarar görme hali iç içe geçmiştir. Ancak kasten öldürme örneğinde maktulün yakınları suçtan zarar gören olmasına karşın suçun doğrudan mağdurları değildirler. Tüzel kişiler bu suçun mağduru olamazken, suçtan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmişlerse, suçtan zarar gören sıfatları olacak ve bu sıfatla yargılamaya katılabileceklerdir.¹⁶

c. Suçun Konusu

Suçun konusu, eylemin üzerinde gerçekleştiği şey olarak tanımlanabilir. Suç konusu, insan olabileceği gibi (kastan öldürme veya yaralama suçları gibi) bir eşya (genel olarak malvarlığına suçlar bu kapsama girer) veya bir hayvan olabilir. Güveni kötüye kullanma suçunda suç konusu “*muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal*” olarak belirtilmiştir. Burada suçun konusu olan mal kavramını açıklamadan önce zilyetliğin devrini açıklamakta fayda görüyoruz. Zira suçun konusu zilyetliği devredilmiş olan maldır.

aa. Genel Olarak Zilyetlik Kavramı

TCK 155. maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için malın zilyetliğinin önceden faile devredilmiş olması gerekir. Aksi takdirde bu suç oluşmayacaktır. Zilyetliğin devri bu suç açısından öğretide ön şart olarak değerlendirilmiştir.¹⁷ Suçun ön şartı hareketin evvelinde yer alıp, suçun yokluğuna veya diğer unsurlar da mevcut olmak şartı ile varlığına etki eden hal olarak tanımlanmıştır.¹⁸

¹⁶ CMK’nın 237/1. maddesinde kamu davasına katılabilecekler “mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar” olarak belirtilmiştir.

¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 547. Centel/Zafer/Çakmut, s. 414. Dönmezer, s. 408.

¹⁸ Faruk Erem, “Cezalandırılabilme Objektif Şartı (Şartlı Suçlar)”, AÜHF Dergisi, Y: 1970, C: 27, S: 1-4, s. 12.

Zilyetlik Türk Medeni Kanunu'nun 973. maddesinde “bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti olan kimse o şeyin zilyedidir” şeklinde tanımlanmıştır. Bir şey üzerinde zilyet olabilmek için zilyetlik iradesi ve fiili hâkimiyet gereklidir. Zilyetlik iradesi, bir şey üzerinde zilyet olma isteği şeklinde ifade edilirken, fiili hâkimiyet ise kişi ile eşya arasındaki ilişki olarak tanımlanmaktadır. Bu ilişki çok sıkı olabileceği gibi, fiili hâkimiyeti göstermesi şartıyla gevşek bir ilişki de olabilir.¹⁹ Önemli olan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak eşyadan faydalanabilecek, onu kullanabilecek, koruyabilecek bir durumda olmaktır. Eşya üzerindeki fiili hâkimiyetin devamlılık arz etmesi de gerekmektedir. Bu devamlılık da eşyanın durumu, çeşidi, somut durumun özelliklerine göre belirlenir. Örneğin, bir mağazaya giren kişi eşyaları incelemek üzere kısa süreliğine eline aldığı anda onun zilyedi olmaz.

Ceza hukukunda zilyetlik, mal üzerinde mülkiyet sahibi gibi tasarrufta bulunabilme yeteneği olarak tanımlanmış ve mal üzerindeki tasarruf yetkisi ve egemenlik faile geçmediği sürece, kişinin malın zilyedi değil, malı elinde bulunduran kişi olacağı belirtilmiştir.²⁰

Güveni kötüye kullanma suçu açısından zilyetliğe baktığımızda suçun failinin malın zilyetliğine tam olarak sahip olması gerekir. Bu kapsamda mal üzerinde tam hâkimiyet sağlanmalı ve zilyet olma iradesi bulunmalı, zilyetliğin devri rızaya dayalı olarak gerçekleştirilmelidir.

ab. Zilyetlik Türleri

Zilyetlik genel olarak *hakka dayanan-hakka dayanmayan, yalın-dereceli zilyetlik, dolaylı zilyetlik -dolaysız zilyetlik, tek başına zilyetlik- birlikte zilyetlik, zilyet- zilyet yardımcılığı, hak zilyetliği, tek başına zilyet başkası için zilyet şeklinde ayrımlara tabi tutulmaktadır.*²¹

Şayet zilyetlik herhangi bir ayni ya da kişisel hakka dayanarak kurulmuş ise *hakka dayanan zilyetlik söz konusu olur. Aksi durumda ise, yani herhangi bir hakka dayanmadan sağlanan zilyetlik ise hakka dayanmayan zilyetlik* olarak tanımlanır. Örneğin, kiralanan araç üzerinde hakka

¹⁹ Zilyetliğe dair ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 671.

²⁰ Yazıcıoğlu, s. 775.

²¹ Öztan, s. 675.

dayanan zilyetlik söz konusu iken çalınan ya da gasp araç üzerinde hakka dayanmayan zilyetlik vardır. Güveni kötüye kullanma suçunun söz konusu olması için failin hakka dayanan bir zilyetliğe sahip olması gerekir. Eşya üzerinde tek bir zilyetlik hali varsa *yalın zilyetlik*, birden fazla zilyetlik hali varsa *dereceli zilyetlik* vardır. Eşyayı tek bir kişi zilyet olma iradesi ile elinde bulundurursa, *tek başına zilyetlik-tek zilyetlik* söz konusu olur. Eğer birden fazla kişi eşya üzerinde zilyetse *birlikte zilyetlik* söz konusu olur. Bir kişi bir eşya üzerinde zilyetse *eşya zilyetliği*; bir hak üzerinde zilyetse örneğin tapuya tescil edilmiş manzara kapatma gibi bir sınırlı ayni hakka sahipse *hak zilyetliği* söz konusu olacaktır. Ayni veya kişisel hakka dayanarak alınan mal üzerindeki zilyetlik *kendisi için zilyetlik* iken, başkasının nam ve hesabına kabul edilen eşya üzerindeki zilyetlik *başkası için zilyetlik* olarak tanımlanabilir.

Güveni kötüye kullanma suçu açısından asli zilyet- feri zilyet, doğrudan-dolaylı zilyet, zilyet yardımcısı gibi kavramları biraz daha ayrıntılı açıklamak gerekir.

Türk Medeni Kanunu'nun 974/2. maddesinde "*Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan aslî zilyet, diğeri fer'î zilyettir.*" hükmü yer almaktadır. Böylece, malı malik sıfatıyla elinde bulunduran kişinin asli zilyet, bunun dışında kalanların ise fer'î zilyet olduğu açıklanmıştır. Doktrinde bu tanımın eksik olduğuna dair eleştiriler yapılmıştır. Dereceli zilyetlikte bir başkasının üstün hakkını tanıyarak mala zilyet olan kimseler, bu üstün hakka sahip olduğu belirtilen kişilere göre fer'î zilyet olarak kabul edileceğini belirten görüşler olduğu gibi.²² Kanunda sadece malik olan kimselerin asli zilyet diğerlerinin fer'î zilyet olduğunun belirtildiğini ve bu nedenle sadece malik olanların asli zilyet olacağını belirten görüşler de vardır.²³ Çalışma konumuz zilyetlik olmadığından bu tartışmanın ayrıntısına girmeden kanundaki açıklık dolayısıyla sadece malik olanların asli zilyet olabileceğini düşündüğümüzü belirtmekle yetiniyoruz. Güveni kötüye kullanma suçunda fail, fer'î zilyet konumundadır. Zira mülkiyet devredilmeksizin malın zilyetliği faile devredilmekte ve fail de bu devir olgusuna aykırı hareket etmektedir. Şayet malın zilyetliği ile birlikte mülkiyeti de karşı tarafa devredilmiş

²² Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 37.

²³ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006 s.57-58. Kenan Bulutoğlu, Emniyeti Suiistimal Cürümleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:635, İstanbul 1955, s. 68.

ise, kişi kendi malları üzerinde bu suçu işleyemeyeceğinden güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 975. maddesinde, *“Bir şeyde fiilî hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir”* denmektedir. Bir eşyayı fiilen elinde bulunduran zilyedin zilyetliği doğrudan zilyetlik olarak adlandırılırken zilyetliğini bir başkası aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyet olarak adlandırılmaktadır. Örneğin, bir eşyasını başkasına ödünç veren kimsenin zilyetliği, ödünç verdiği kişi aracılığı ile devam ettiğinden dolaylı, mal üzerinde fiili hâkimiyeti doğrudan doğruya kullanan ödünç alanın zilyetliği ise doğrudan zilyetliktir. Güveni kötüye kullanma suçunda fail mal üzerinde fiili hâkimiyet kurduğundan doğrudan zilyet, suçun mağduru ise fail aracılığıyla zilyetliğini sürdürdüğünden dolaylı zilyet olacaktır. Tabi burada zilyetlik malik tarafından değil de ferî zilyet tarafından devredilmiş olabilir. Bu durumda mal üzerinde bizatihi fiili hâkimiyet sağlayan fail doğrudan zilyet diğerleri, başkası aracılığıyla zilyetliği kullandığı için dolaylı zilyet olacaktır.

Başkası için zilyet, bir eşyayı bir başkasının nam ve hesabına elinde bulunduran kişidir.²⁴ Bu kimseler, eşya üzerinde inisiyatif kullanıp tasarruf edemediklerinden kendi adlarına zilyetlik hükümlerinden faydalanamayacakları belirtilmiştir.²⁵ Başkası için zilyet olanların ferî zilyet olup olmadıkları ise tartışma konusudur. Bazı yazarlar bu durumda olanların başkasının üstün hakkını tanıyarak onun adına sorumlu olma bilinciyle hareket ettiğinden ferî zilyet olduğunu belirtirken;²⁶ bazıları ise bu durumda olanların ferî zilyet olmadıkları görüşündedir.²⁷ Başkası için zilyetliğe, malı bir yerden başka yere götürmek üzere teslim alan nakliyecî, temsil ilişkisine dayalı olarak mal teslim edilenler gösterilmektedir.²⁸ Başkası için zilyet olanların ferî zilyet olup olmadıklarının tespiti güveni kötüye kullanma suçu bakımından önemlidir. Zira güveni kötüye kullanma suçunun faili, eşya

²⁴ Güven/Esener, s.63.

²⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.59.

²⁶ Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 251.

²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.58. Mehmet Ayan, Eşya Hukuku -I Zilyetlik ve Tapu Sicili, Adalet Yayınevi, Konya Ekim 2004, s. 59.

²⁸ Ayan, s.59

üzerinde fer'i zilyetliğe sahip kimsedir. Bu sebeple şayet başkası için zilyet olanları fer'i zilyet olmadığını kabul edersek bu kimselerin güveni kötüye kullanma suçunun faili de olamayacağı sonucu çıkmaktadır. Aksinin kabulü halinde ise güveni kötüye kullanma suçunun faili olabileceklerdir. Kanaatimiz, başkası için zilyetler de eşya üzerinde zilyedin sahip olduğu bir takım yetkileri kullanabileceğinden ve rızaya dayalı bir teslim söz konusu olduğundan güveni kötüye kullanma suçunun faili olabileceklerdir.

Zilyet yardımcısı, bir malda başkası adına ve onun talimatlarına uygun bir şekilde fiili hâkimiyet kullanan kimse olarak tanımlanmaktadır.²⁹ Burada zilyet yardımcısı başkası nam ve hesabına talimatları doğrultusunda eşyayı kullanmakta ve hâkimiyet kurmaktadır. Zilyet ile zilyet yardımcısının ayrımı için öğretide *“zilyet yardımcısının asıl zilyedin emir ve talimatı ile hareket etmesi ve aralarında bir astlık üstlük ilişkisinin bulunması, zilyet yardımcısının eşyayı kendisi için değil, mala zilyet olan kimsenin fiili hâkimiyet alanı içinde ve hizmetinin ifası için kullanması, zilyet yardımcısı ile zilyet arasındaki altlık üstlük ilişkisinin dışarıdan görülebilir olmasının gerekli olduğu, zilyet yardımcısının, zilyedin aksine eşya üzerinde aynı veya şahsi bir hakka sahip olmaması”* gerektiği belirtilmiştir.³⁰ Örneğin, evin hizmetçisi, evdeki eşyalar üzerinde zilyet değil, mal sahibinin talimatları doğrultusunda çalıştığı için zilyet yardımcısıdır. Zilyet yardımcılarının eşya üzerinde zilyetliği olmadığından güveni kötüye kullanma suçunun faili olamayacakları belirtilmiştir.³¹

ac. Zilyetliğin Devri

Güveni kötüye kullanma suçunun konusu olan mal, zilyetliği faile devredilmiş olan maldır. Bunun için zilyetliğin hukuka uygun olarak faile devredilmiş olması gerekir. Şayet fail tarafından hukuka uygun şekilde elde edilmiş bir zilyetlik yoksa *güveni kötüye kullanma suçu da oluşmayacaktır. Zilyetliğin devri Türk Medeni Kanunu'nun 977-980. maddeleri arasında düzenlenmiştir.*

Hazır olanlar arasında zilyetlik devri TMK 977. maddesinde *“Zilyetlik, şeyin veya şey üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların, edinene tesli-*

²⁹ Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), AÜHF Yayınları, Ankara 1974, s. 180.

³⁰ Öztan, s. 677.

³¹ Toroslu, s. 166.

mi veya edinenin önceki zilyedin rızasıyla şey üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma gelmesi hâlinde devredilmiş olur” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, eşyanın fiilen teslimi ile zilyetlik devredilmiş olacaktır. Eşyanın bizzat değil de eşyayı temsil eden, kullanılmasını sağlayan araçların devri halinde de eşyanın zilyetliği devredilmiş olacaktır. Örneğin, aracın ya da evin anahtarının verilmesi halinde eşyanın zilyetliği de devredilmiş olacaktır. Aynı maddedeki düzenlemeye göre yeni zilyedin eski zilyedin herhangi bir fiiline gerek kalmadan mal üzerinde fiili hâkimiyeti kazanma imkânının sağlanması halinde de zilyetlik devredilmiş olacaktır. Bu genellikle devir sözleşmesi ile sağlanmaktadır. Eski zilyedin yeni zilyede malın yerini bildirerek ödünç verdiğini söylemesi ve yeni zilyedin de kabul etmesi halinde sözleşme tamamlandıktan sonra zilyetlik devredilmiş sayılır.

Hazır olmayanlar arasında zilyetlik devri, TMK 978. maddesinde *“Temsilciye yapılan teslim, temsil edilene yapılmış gibi zilyetliği geçirir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Malın zilyetliğinin devri için bizzat zilyetliği devralana teslim edilmesi gerekmeyp, onun adına hareket eden birisine devredilmesi halinde de zilyetlik devri gerçekleşmiş sayılacaktır. Eşyanın zilyetliği de temsilciye devredildiği anda gerçekleşmiş olacaktır. Burada temsilcinin hukuki statüsü tartışmalı olup, zilyet yardımcısı olduğunu söyleyenler olduğu gibi başkası adına zilyet olduğu da ifade edilmektedir.³²

Teslimsiz zilyetlik devri, TMK 979. maddesinde *“Bir üçüncü kişi veya zilyetliği devreden, özel bir hukukî ilişkiye dayanarak zilyet olmakta devam ederse zilyetlik, teslim gerçekleşmeksizin kazanılmış olur”* şeklinde düzenlenmiş olup, burada mal fiilen teslim edilmemekte sadece malın zilyetliği devredilmektedir. Genellikle sözleşme ile sağlanan bu durumda zilyetliği devreden kimse malın doğrudan zilyedi olmaya devam etmekte ancak zilyetliği devralan üçüncü bir kişiye de dolaylı zilyetlik sağlanmaktadır. Örneğin, kurban bayramından bir ay önce kurbanlık hayvan alan kimse, bayrama kadar hayvanın satıcı da kalması ve bakılması hususunda anlaşırsa, malın zilyetliğini dolaylı olarak devralmış olacak ancak fiili teslim bir ay sonra gerçekleşecektir. Şayet satıcı aynı hayvanı başka bir kişiye daha satarsa malın sahibine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işlemiş olacaktır.

³² Akipek, s. 190.

Son olarak TMK 980. maddesinde emtiayı temsil eden senetlerin devri, *“Bir taşıyıcıya veya umumî mağazaya bırakılmış emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi, emtianın teslimi gibi sonuç doğurur”* şeklinde düzenlenmiştir. Aslında bu düzenleme yukarıda açıkladığımız eşya üzerinde hâkimiyet kuracak araçların devri ile benzer özelliklere sahiptir. Nasıl ki aracın anahtarını devredince aracın zilyetliği de devredilmiş sayılacak ise, emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi halinde emtianın kendisi de devredilmiş sayılacaktır. Eşyayı temsil eden senetler, *taşıma senedi, umumi mağazalar tarafından verilen senetler, konişmento ve varant* olarak sayılabilmektedir.

ad.Geçerli Bir Sözleşmenin Varlığı

Zilyetliğin devri, hukuken geçerli olmalıdır. Şayet geçerli bir zilyetlik devri söz konusu değilse, güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Geçerli sözleşme, zilyetlik devrine dair olan sözleşmedir. Özel hukukta yer alan belli sözleşme tipleri ile zilyetlik devri gerçekleştirilebileceği gibi, sui generis ya da karma sözleşme tipi ile de zilyetlik devredilebilir. Önemli olan zilyetliğin suçun failine devredilmesidir. Özel hukukta tanımlanan veya özel hukuka göre geçerli bir sözleşme kurulması şart değildir. Eğer sözleşme mülkiyet devrini de kapsıyorsa fail malın mülkiyetine de sahip olacağından suç oluşmayacaktır. Güveni kötüye kullanma suçunun faili malın fer’i zilyedidir. Bu suçla korunan hukuki değerlerden belki de en başta gelen mülkiyettir. O nedenle satış, bağışlama gibi sözleşmeler mülkiyet devrini de içerdiğinden güveni kötüye kullanma suçunun tipiklik unsuru oluşmayacaktır.

Bu suçun oluşumu için önemli olan zilyetlik devri olup, devrin bir sözleşme ile yapılması zorunlu değildir. Mahkeme kararıyla, kanun hükmüyle veya yetkili kurul kararıyla da zilyetlik devri sağlanmış olabilir. Yargıtay da bir kararında site yönetim kurulu kararıyla zilyetliğin devredildiği hallerde devir olgusuna aykırı hareket edilirse suçun oluşacağı sonucuna varmıştır.³³

³³ Y11.CD; T: 03.10.2006, E: 2006/4479, K: 2006/7725 sayılı kararı; *“Çağdaş sitesi olağanüstü Genel Kurulu’nun, 13.04.2003 tarihinde yapılan toplantısında 3 nolu kararlar, eski yönetimin siteye ait defter ve belgeleri yeni seçilen yönetime teslim etmesinin kararlaştırıldığı, toplantı kararlarını altında sanığın da imzasının bulunduğu, zaman içinde müteaddit kez sözlü uyarılara rağmen (karar defteri hariç) defter ve belgelerin yeni yönetime devir ve teslim edilmemesi üzerine, yeni yö-*

Zilyetlik devri sözleşme konusunun hukuka aykırı olması ya da suç oluşturmaması halinde suçun oluşup oluşmayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre böyle bir durumda güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz; çünkü Borçlar Kanunu'na göre bir sözleşmenin konusu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişisel haklara aykırı olamaz. Aksi halde sözleşme batıl olacaktır. Bu görüş bu hallerde hukuka uygun bir zilyetlik devrinin gerçekleşmeyeceğini savunmaktadır. Dolayısıyla bu görüş hukuk düzenine aykırı düşen bir güven ilişkisinin korunmaya değer olmayacağını belirtmektedir.³⁴ Diğer bir görüş ise ceza hukuku ve özel hukukun farklı dallar olduğu, her hukuk dalında ayrı değerlendirme yapılması gerektiği, güveni kötüye kullanma suçu açısından önemli olanın geçerli bir zilyetlik devrinin varlığı olduğu, şayet zilyetlik devrine konu mal hukuken kanun bir mal olsa da, şayet devir amacına aykırı tasarruf söz konusu ise, suçun yasal unsurlarının oluşacağı yönündedir.³⁵ Yine bu görüşü savunan yazarlar, ceza hukukunun korumasının bu tur olaylarda kaybedilmesi ceza hukukunun amacına ters düşeceğini, ceza hukukunun, zarar verme özgürlüğünü genişleten nitelikteki bir geri çekilişinin kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.³⁶ Kanaatimizce de özel hukukun ayrı bir hukuk dalı olması, ceza normları yorumlanırken ceza hukukuna özgü kurallar ve ceza hukukunun ilkeleri altında yorumlanması gerektiğinden zilyetlik devrine konu mal hukuken yasaklanmış olsa da bu suç oluşacaktır. Zira bu suç ile korunan mülkiyetin yanı sıra kişiler arasındaki güven ilişkisidir.

Muvazaalı işlemlerde³⁷ suçun oluşup oluşmayacağına da değinilmelidir. Muvazaalı işlemlerde örneğin bir kişinin hacizden kurtarmak

netimce alınan 30.06.2003 tarihli karar doğrultusunda çıkarılan 01.07.2003 tarihli ihtarnamenin tebliğ edilmesine rağmen, defter-belgelerin alıkonulmaya devam olduğu dosya kapsamından anlaşıldığından; yüklenen suçun unsurları itibarıyla oluştuğu gözetilerek sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken"

³⁴ Koca, s. 84. Centel/Zafer/Cakmut, s.432. Koca/Üzülmmez, s.629.

³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 583. Bakıcı, s.10. Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı 2. Cilt, Seçkin Yayınevi, İzmir 2008, s.1193.

³⁶ Bu konudaki tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Meraklı, s.1860.

³⁷ "Sözleşme taraflarının hakiki niyetlerini gizleyerek görünürde bir beyanda bulunmaları hususunda anlaşmaları muvazaa (danişik), bu şekilde yapılan işleme de muvazaalı işlemler denilmektedir" Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 115.

maksadıyla arkadaşına otomobilini satmış gibi gösterdiğinde bu durumun özel hukukta mutlak muvazaa kabul edilerek görünürdeki satış işleminin butlan türünden bir geçersizlik yaptırımına tabi olduğu; buna karşın söz konusu otomobilin butlan türünden geçersizlik nedeniyle mülkiyetini kazanamayan kişi bakımından bu kişinin malikmiş gibi tasarrufta bulunması halinde güveni kötüye kullanma suçunun işlendiği kabul etmek gerekeceği ileri sürülmüştür.³⁸ Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Muvazaalı da olsa görünüşte mülkiyetin devri söz konusu olduğundan güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Malı devreden mağdurun öngörülebilir olan bu durumu öngörmesi gerekir. Özel hukukta sözleşmenin geçerliliği ise ayrı değerlendirme konusu olup ceza hukukunu bağlamayacaktır.

Yukarıda izah edildiği üzere zilyetliğin devri özel hukukta tarif edilen herhangi bir sözleşme tipi ile yapılması zorunlu olmamasına rağmen uygulamada genel olarak, hukukta düzenlenen bir sözleşme tipine uygun olarak zilyetlik devredilmektedir. Kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, karz sözleşmesi, vedia sözleşmesi, istisna sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, rehin sözleşmesi genel olarak zilyetliğin karşı tarafa devredildiği sözleşmelerdir. Gerekçede, sözleşmenin sayılan tiplerden olabileceği gibi, sui generis veya karma sözleşme ile de zilyetliğin tesis edilmiş olabileceği, bir bankada açılan cari hesaba veya bir özel finans kurumunda açılan katılım hesabına ilişkin sözleşme veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alınmış olan eşyanın bir üçüncü kişiye satılması durumunda da güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağı belirtilmiştir.

Failin zilyetliği devralırken mağdurun iradesini yanıltmamış olması gerekir. Şayet mağdurun iradesi etkilenerek, baskı altına alınarak, mağdur kandırılarak zilyetlik devri sağlanmış ise güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Bu durumda zilyetliğin elde ediliş şekline göre, dolandırıcılık ya da yağma suçları gündeme gelebilecektir. Bu konuyu son bölümde karşılaştırmalı olarak açıklayacağız.

³⁸ Şenel Sarsıkoğlu, Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s.79. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 16.01.2021)

ae. Mal Kavramı

Güveni kötüye kullanma suçunun konusu, “zilyetliği devredilmiş olan mal”dır. 765 sayılı kanunda ise suçun konusu “bir şey” olarak belirtilmişti. Eski kanundaki düzenleme yeni TCK’ya göre daha genel bir ifadedir. Zira “şey” kavramı içine insan dışında her şeyin girdiği belirtilmiştir.³⁹

TCK’nın 155/2. maddesinde ise suçun konusu olarak “eşya” kavramına yer verilmiştir. Maddenin 1. ve 2. fıkralarında farklı ibareler yer alsa da aslında mal her türlü eşya olarak tanımlanabileceğinden içerik olarak bir fark yoktur. Mal ya da eşya, insan dışında maddi bir varlığı olan her şey olarak tanımlanabilir. Eşya, kişilerin üzerinde hâkimiyet kurabildikleri, maddi varlığı olan, belli sınırlara sahip, kişisel olmayan şeyler olarak tanımlanmıştır.⁴⁰ İnsan vücudu eşya ya da mal olarak kabul edilmemesine rağmen vücuttan ayrılabilen veya ayrılan parçalar ise bu kapsama girebilecektir. Örneğin, takma tırnak, peruk, kesilen saç gibi vücuttan ayrılan parçalar eşya olarak değerlendirilecektir. Yine bir görüşe göre, bir kimse kardeşine verilmek üzere böbreğini özel hastanede doktora teslim emesi, onun da bu böbreği hasta olan babasına nakletmesi örneğinde olduğu gibi insan bedeninden ayrılan parçalar bu suçun konusu olabilecektir.⁴¹ Farklı görüşler olsa da insan cesedinin eşya olarak kabul edilemeyeceğini düşünüyoruz. Bu nedenle suçun konusu olmayacaktır. Hayvanlar taşınır mal olarak değerlendirileceğinden bu suçun konusunu oluşturabileceklerdir.⁴²

Bir şeyin mal olarak kabul edilebilmesi için mutlaka bu şeyin ekonomik değerinin, bir pahasının olması gerekmez.⁴³ Bir şeyin manevi

³⁹ Akipek, s. 30.

⁴⁰ Esener/Güven, s. 37. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.4

⁴¹ Mustafa Artuç, Malvarlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.413.

⁴² Y11.CD, T: 14.03.2005, E: 2004/989, K: 2005/1076 sayılı kararında “...sanıkların, Nisan-Kasım/2002 döneminde 48 adet kuzu karşılığında çobanlık yapmak üzere şikâyetçi ile anlaştıkları, şikâyetçinin ücret olarak kararlaştırılan kuzuların 38 tanesini 2002 yılının eylül ayı başında verdiği, sanıkların ise suç tarihinde henüz hizmet süresi dolmadan, geriye kalan 10 kuzu ile birlikte şikâyetçiye ait 13 kuzuyu da alarak işi bırakıp memleketlerine gittikleri bu şekilde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak suçunu işledikleri...” demek suretiyle hayvanların suçun konusu olabileceğini ortaya koymuştur.

⁴³ Malın suçun konusu olabilmesi için ekonomik bir değerinin olması yönünde ki aksi görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s.422. Ahmet Gündel, 5237 sayılı TCK’da Zimmet Sahtecilik Dolandırıcılık Yağma Hırsızlık Güveni Kötüye Kul-

değeri de olsa bu şey mal olarak kabul edilebilecektir. Kişinin sevgilisine ait olan bir tutam saç, vefat etmiş bir yakınına ait fotoğraf ceza hukuku ve güveni kötüye kullanma suçu açısından mal olarak kabul edilebilecektir.⁴⁴ Malın ekonomik değerinin olup olmaması ya da değerinin az olması suçun oluşumu açısından önemli değildir. Hukuken kabul edilen bir mal var ise suç oluşacaktır.

Madde gerekçesinde suç konusunun taşınır ve taşınmaz mallar olduğu belirtilmiştir. Taşınır eşya, eşyanın genel tanımına ve eşya hukukunda geçerli olan belirlilik ilkesine uygun olarak, uzayda yer kaplayan, gözle görülüp elle tutulabilen, başlı başına var olan, egemenlik altına alınabilen maddi cisim olarak tanımlanmıştır.⁴⁵ Elle taşınabilen her şey bu kapsamda değerlendirileceği gibi, elektrik enerjisi, gazlar, tabi ve suni buharlar da güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturacaktır. Bir kimsenin komşusuna sadece bir ampul takıp kullanması için elektrik vermesi, buna karşılık komşusunun buzdolabı, televizyon gibi aletleri de elektriğe takması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.⁴⁶ Buna karşın fikir, düşünce gibi maddi bir varlığı olmayan şeyler mal olarak değerlendirilemeyecek ve suç konusu olmayacaktır. Eğer bir fikir telif hakkı kapsamında yazıya dökülmüş ise bu halde suç konusu olacaktır. Para da taşınır mal kapsamında suçun konusu olabilecektir.⁴⁷ Şayet bir kimse üçüncü kişide bulunan alacağını ödünç olarak arkadaşına vermiş ve arkadaşı parayı aldıktan sonra bunu inkâr etmişse güveni kötüye kullanma suçu yine oluşacaktır.⁴⁸

Başta taşınmaz eşya ya da taşınmazın bütünleyici parçası olan eşyalar sonradan ayrılarak taşınır niteliğine sahip olmuşsa yine bu kap-

lanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s.404-405 “Bazen ekonomik değeri olan evrak da mal olarak kabul edilir. Bazı durumlarda bu evrak da güveni kötüye kullanma suçunun konusu olabilir. *Örneğin*, muhasebecinin kendisine teslim edilen defter veya kayıtları vergi mükellefine iade etmemesi durumunda, bu defter ve kayıtlar güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturur”

⁴⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5003

⁴⁵ Hatemi/Serozan/Arpacı, s.302

⁴⁶ Artuç, s.412

⁴⁷ Yargıtay 11.CD. Esas No: 2003/14754 Karar No:2004/9962 sayılı ve 27.10.2004 tarihli kararı; “Katılan şirkette satış elemanı olarak çalışan sanığın, tahsil ettiği paraların bir kısmını şirkete teslim etmeyerek zincirleme biçimde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediği”

⁴⁸ Bakıcı, s.7

samda sayılacaktır. Örneğin dikili ağacın kesilmesi, evin kapısının sökülmesi bu kapsamdadır.

Güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturan bir diğer mal grubu ise taşınmaz mallardır. Açıkça gerekçede de belirtildiği üzere taşınmaz mallar da bu suçun konusunu oluşturacaktır. Taşınmazlar gibi, gemi, uçak vb. özel sicile tescil edilen mallar da bu suçun konusunu oluşturabilecektir.

d. Fiil

Güveni kötüye kullanma suçunun fiil unsuru, TCK 155. maddesinde, 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 tasarrufta bulunma* veya bu *devir olgusunu inkâr etme*” olarak belirtilmiştir. Maddeye bakıldığında fiil unsurunun seçimlik hareketli olarak düzenlendiği, kanun koyucunun suç oluşturan hareketleri tek tek saymak yerine tasarrufta bulunmak veya devir olgusunu inkâr etmek şeklinde genel ifadelere yer verip içeriğinin doldurulmasını uygulama ve doktrine bıraktığı görülmektedir. 765 sayılı ETCK’da suçun seçimlik hareketleri kanunda sayılmak suretiyle gösterilmişti. Suçun unsurları, “*satmak veya rehin etmek veya sarf ve istihlak etmek yahut ketim ve inkâr etmek veyahut tahvil ve tağyir etmek*” olarak belirtilmişti. Eski kanun döneminde bunun dışındaki hareketler güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmuyacaktı. Ancak yeni TCK’da genel ve kapsayıcı bir düzenleme yapılarak kanun koyucunun öngörmediği veya öngörmediği eylem biçimlerinin de cezalandırıldığı görülmektedir.⁴⁹ Kanun koyucunun bu tutumu doktrinde genel olarak olumlu karşılanmıştır.⁵⁰

Güveni kötüye kullanma suçu, kanunda öngörülen tipe uygun fiilin gerçekleştirilmesiyle tamamlandığından sırf hareket suçlarından-

⁴⁹ ETCK döneminde Yargıtay “Aralarındaki sözleşmeye aykırı olarak cıne 5 şifre çözücüsünü evi dışında işyerinde kullandığı iddia edilen sanığın eyleminde güveni kötüye kullanmak suçunun kanuni unsurları oluşmaz” diyerek sadece kanunda sayılan eylem tiplerinden birisini gerçekleştiren failin cezalandırılacağını belirtmiştir (Bkz. Yargıtay11. Cd;1.12.1996 Tarih, E. 2562, K. 2490 sayılı Kararı. Aktaran Meraklı, s.1683)

⁵⁰ Özbek, s. 1193. Tezcan/Erdem/Önok, s.584. Koca, s.84.

dır.⁵¹ Bunun sonucu olarak da suç neticeli bir suç olmayıp ani suç kategorisindedir. Suçun oluşumu için bir zararın meydana gelmesi şart olmayıp, zarar tehlikesi yeterli olduğundan zarar değil tehlike suçu olduğu belirtilmiştir.⁵²

Güveni kötüye kullanma suçu icrai bir hareketle işlenebileceği gibi (zilyetliği devredilen malın satılması), ihmal suretiyle de işlenebilmektedir (zilyetliğin devir olgusunu inkâr etmek).⁵³

Maddeye göre suçun tipiklik unsurunu oluşturan fiil olguları; zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak ve devir olgusunu inkâr etmektir.

aa. Zilyetliğin Devri Amacı Dışında Tasarrufta Bulunmak

Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma eyleminin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için öncelikle zilyetliğin devrinin hangi amaçla tesis edildiğinin tespiti gerekir.⁵⁴ Zilyetliğin devri yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmış olup, o kapsamda bir zilyetlik devri olmalıdır. Zilyetlik devri sonrası, failin malikmiş gibi davranarak, yetkisi olmadığı halde malikin kullanabileceği yetkileri kullanması halinde suçun oluşacağı belirtilmektedir.⁵⁵ Zilyetliğin devri borçlar hukukunda düzenlenmiş bir sözleşme tipi ile olabileceği gibi atipik bir sözleşme ile de gerçekleşebilir. Şayet zilyetlik belli bir şekilde ve amaç için devredilmiş ise, suçun oluşup oluşmadığını belirlemek kolaydır. Kira akdi ile belli bir süre kullanmak için devredilen bir eşyanın satılması, yine kiralanan aracın başkasına devredilmesi, muhafaza etmek üzere devredilen eşyaların başkasına kiralanması gibi durumlarda suçun oluşacağı açıktır.

⁵¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.429

⁵² Erem, s.720. Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5017.

⁵³ Yargıtay 15.CD, T: 22.05.2012, E: 2011/13319 K: 2012/37521. sayılı kararı "Somut olayda; katılanın yetkilisi olduğu firmada şoför olarak çalışan sanığın,'dan kamyonu..... mevkiinde yol kenarında cam ve kapısı açık bir şekilde, anahtarı da üzerinde bırakarak, toplamda 81 kasa biranın alınmasına sebebiyet vererek güveni kötüye kullanma suçunu işlediğine yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmüştür"

⁵⁴ Koca/Üzülmez, s.632

⁵⁵ Bakıcı, s.13. Tezcan/Erdem/Önok, s.550

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da zilyetliğin devrine esas sözleşmeye göre ancak farklı şekilde malın kullanılması halinde suçun oluşup oluşmayacağıdır. Örneğin, sadece evindeki odunları kesmesi için ödünç olarak aldığı motorlu testereyi ormandaki kesim işinde de kullanan kişi ya da sadece Alanya sınırları içinde kullanmak için kiraladığı araçla Konya'ya giden kişi güveni kötüye kullanma suçunun faili olacak mıdır? Kanaatimizce bu durumlarda önemli olan zilyetliğin devrine esas sözleşme tipine uygun kullanılıp kullanılmadığıdır. Ağaç kesim için verilen motorlu testerenin başka bir ağaç kesim işinde kullanılması veya aracın kira sözleşmesinde yazılı sınırlar dışına çıkarılması halinde suç oluşmayacaktır. Borçlar hukukunun sözleşme ve tazminat hükümlerine göre mal sahibi hak iddiasında bulunabilecektir. Benzer şekilde sadece harmandan buğday getirmek için kiralanan traktörün ayrıca başka bir işte kullanılması örneğinde suçun oluşmayacağı belirtilmiştir.⁵⁶

Malın zilyetliği kendisine devredilen fail, o malı zilyetliğin devri amacına aykırı olarak satarsa suç oluşacaktır. Şayet malın zilyetliği malı satma amacıyla faile devredilmiş ise suç oluşmayacaktır. Örneğin, bir aracın zilyetliği, aracı başkasına devretmesi için faile verilmiş ise failin aracı devretmesi sözleşme ediminin yerine getirilmesi olup suçun unsurları oluşmayacaktır. Ancak faile zilyetlik devredilirken satış yetkisi verilmemiş, satış dışında bir amaçla mal devredilmiş ise failin satış yapması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Doktrinde tartışmalı olan bir konu, suçun oluşumu için tek başına satış sözleşmesinin yeterli mi olduğu, yoksa bunun yanında malın tesliminin de gerekli olup olmadığı noktasındadır. Bir görüşe göre, fail, zilyetliğin devrine aykırı olarak satış sözleşmesi yapması ile suç oluşacaktır. Bu görüşü savunanlara göre suçla korunan hukuki yarar aynı zamanda kişiler arasındaki güven ilişkisi de olduğundan ve fail satış sözleşmesi yaparak güvenilir bir kişi olmadığını gösterdiğinden suç satış sözleşmesinin yapılması ile suç oluşacaktır.⁵⁷ Diğer bir görüşe göre, satış sözleşmesi tek başına suçun oluşumu için yeterli değildir. Satış sözleşmesi ile taraflar arasında bir borç ilişkisi kurulmakta, fail olan satıcı malın mülkiyetini alıcıya geçirme yükümlülüğü altına

⁵⁶ Bakıcı, s.14.

⁵⁷ Özgenç, s 77. Önder, s.416.

girmektedir. Suçun oluşumu için fail olan satıcının alıcıya malı teslim etmesi yani tasarruf işleminde bulunması gerekmektedir.⁵⁸ Kanaatimizce, failin satış sözleşmesi yapması ile taraflar arasındaki güven ilişkisine aykırı hareket edilmiş olacağından, bunun yanında güveni kötüye kullanma suçunun oluşumu için mutlaka zararın meydana gelmesi gerekmediğinden ve zarar tehlikesinin ortaya çıkması halinde suç oluşacağından, failin zilyetliğin devri amacına aykırı olarak satış sözleşmesi yapması ile suç oluşacaktır. Ayrıca satılan eşyanın üçüncü kişi alıcıya teslim edilmesi şart değildir.

Alacak bir rehine bağlanmış ve bu kapsamda bir mal alacaklıya rehin olarak verilmişse, alacaklı sözleşmeye konu borç ödendiğinde rehnedilen eşya ve doğal semerelerini borçluya geri vermek zorundadır. Şayet alacaklı bu yükümlülüğüne aykırı davranır malı uhdesinde tutmaya devam eder veya satarsa güveni kötüye kullanma suçunun faili olacaktır.

Zilyetliği devredilen mal kullanılır veya tüketilirse de bu suç oluşacaktır. Bu durumda zilyetliği devredilen eşyanın niteliğine ve devir sözleşmesine bakmak gerekir. ETCK'da eşyanın "sarf veya istihlak" edilmesi suçun unsuru olarak gösterilmişti. Burada kastedilenin ise kullanma neticesinde malda bir eksikliğin meydana gelmesi olduğu, mal kullanılmakla bir değer veya miktar kaybına uğramamışsa suçun oluşmayacağı belirtilmiştir.⁵⁹ Kullanma sonucu güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için failin kullanım amacına aykırı hareket etmesi gerekir. Verilen örnekte ağaç kesmek için alınan bir motorlu testere başka bir ağaç kesme işinde kullanılmış ise suç oluşmayacaktır. Kullanma için verilen eşya misli eşya ise, örneğin bir kg pirinç ödünç olarak verilmiş ise aynısının geri verilmesi şart olmayıp, bir kg pirincin iade edilmesi yeterlidir. Bir miktar paranın borç verilmesi halinde de para kullanıldıktan sonra geri ödeme tarihinde alacaklı tarafından verilen banknotların aynen iade edilmesi şart olmayıp, aynı miktarda paranın iade edilmesi yeterlidir. Ancak eşya özel olarak yapılmışsa ya da özel bir değeri varsa bu durumda eşyanın aynısının iade edilmesi gerekir. El yapımı ve özel değeri olan bileziğin komşuya verilmesi halinde komşu aynı bileziğin fabrika yapımı muadilini verirse güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

⁵⁸ Dönmezer, s.511. Toroslu, s.170. Bulutoğlu, s. 135.

⁵⁹ Dönmezer, s. 415.

Faile zilyetliği devredilen eşya, fail tarafından değiştirilir veya başka bir eşyaya dönüştürülürse güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Eşyanın tamamının değiştirilmesi şart olmayıp belli parçaların değiştirilmesi halinde de suç oluşacaktır. Değiştirme sonucu malın değerinde bir eksiklik meydana gelmemiş ise suçun oluşmayacağı ifade edilmiştir.⁶⁰ Ancak güveni kötüye kullanma suçu ile taraflar arasındaki güven ilişkisi de korunduğundan sırf mali açıdan bir eksiklik meydana gelmemiş olması suçun oluşumunu etkilemeyecektir.

Eşyanın devir amacına aykırı olarak başkasına bağışlanması halinde de suç oluşacaktır. Sadece eski kanunda sayılan eylem biçimleri dolayısıyla değil, herhangi bir şekilde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulursa güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Bunun için her somut olay ayrı ayrı incelenmeli öncelikle zilyetliğin faile hangi amaçla devredildiği ortaya konmalıdır. Ardından failin eyleminin devir amacına aykırı olup olmadığı tespit edilmeli ve ona göre suçun oluşup oluşmadığı belirlenmelidir.

ab. Devir Olgusunu İnkâr Etmek

Zilyetliğin devir olgusunu inkâr etme, failin malın zilyetliğinin kendisine teslim edilmediğini iddia etmesi⁶¹, şikâyetçi tarafından malın verilmesine ilişkin sözleşmenin varlığının kabul edilmemesi⁶², belli bir şekilde kullanılmak üzere kendisine verilmiş olan malın, fail tarafından verilmemiş olduğunu söylemesi, verilmemiş olduğunu iddia edilmesi veya tevdi edilen eşyanın teslim amacının gerçeğe aykırı bir şekilde gizlenmesi,⁶³ şeklinde tanımlanmıştır. İnkâr etme olgusu ETCK'da "ketim" ve "inkâr" olarak yer almıştır.

⁶⁰ Bulutoğlu, s. 136.

⁶¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.550.

⁶² Bakıcı, s. 15.

⁶³ Koca/Üzülmez, s.633.

⁶⁴ Y.15.CD; Esas No:2013/4524, Karar No:2014/20771 ve 09.12.2014 Tarihli Kararı; "Somut olayda, sanığın yabancı uyruklu olan katılanlarla samimi ilişkisi bulunduğu, birlikte varılan güvene dayalı anlaşma çerçevesinde, katılanların parasını sahibine ödeyerek aldıkları yazlık evi, yabancılara satış işlemi için gerekli izinler alınıncaya kadar tapu kaydını sanığın üzerine aldıkları, sanığın sözlü anlaşma gereği izinler alındıktan sonra bu evi katılanlara tapuda devretmesi gerektiği halde, güvene dayalı bu anlaşmaya aykırı davranarak para talebinde bulunduğu, kabul edilmeyince de gerçekte katılanlarca parası ödenip alınan bu evin kendisine ait olduğunu iddia edip tapuda devrini sağlamadığı anlaşılmakla, güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna dair kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir" Aktaran Koca/Üzülmez, s.633

Devir olgusunu inkârın gündeme gelmesi için öncelikle malın zilyetliği malikin rızası ile devredilmiş olmalıdır. Devirden sonra failin, malın zilyetliğini mağdura geri verme yükümlülüğünün doğması gerekir. Henüz muaccel olmayan bir borcun iadesi istenemeyeceği için zilyetlik iade edilmese ya da inkâr edilse dahi suç oluşmayacaktır. Bu suçun oluşup oluşmadığının tespiti her olayda ayrı değerlendirilmeli ve dikkatle incelenmelidir. Zira birçok olayda borçlar hukuku ile ceza hukuku iç içe geçmekte ve ayırım yapmak zorlaşmaktadır. Her hukuki ilişkide bir tarafın edimini yerine getirmemesi suç oluşturmaz. Komşusundan odunlarını kırmak için baltayı ödünç alan komşu, sonradan bu baltayı ödünç almadığını baltanın kendisinin olduğunu beyan ederse veya geri vermesi gereken sürede sahibinin talebine rağmen geri vermezse güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Ancak somut olayda balta kırıldığı için geri verememesi durumunda suç oluşmayacak, borçlar hukukuna göre tazminat sorumluluğu doğacaktır. Her borcun ödenmemesi de suç oluşturmaz. Ödünç alınan bir paranın hiç alınmadığının iddia edilmesi halinde suç oluşacaktır. Ancak borcun olduğunun kabulü ile birlikte zamanında ödenmemesi halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacak, hukuk mahkemelerinde veya icra dairelerinde alacağın tahsili söz konusu olacaktır.

Devir olgusunun inkârı suretiyle güveni kötüye kullanma suçu icrai veya ihmali olarak işlenebilir. Zilyetliğin devredildiğinin açıkça inkâr edilmesi halinde icrai bir davranış söz konusu iken, mağdurun zilyetliğin devrini istemesine rağmen sessiz kalınması, zamanında zilyetliğin iade edilmemesi hallerinde ihmali davranış söz konusu olacaktır. Mağdurun, zilyetliğin iadesini isteyebilmesi için aradaki sözleşmeye istinaden isteme hakkının doğması gerekir. Henüz vadesi gelmemiş bir borcun istenmesi durumunda failin parayı iade etmemesi veya sessiz kalması halinde suç oluşmayacaktır.⁶⁵ Sigorta acentelerinin düzenledikleri polişe karşılığında tahsil ettikleri paraları sigorta şirketlerine göndermemeleri, ihtar çekilip süre verilmesi ve devamında sözleşmenin fesh edilmesi halinde fail parayı ödemediğini iddia ediyorsa buna ilişkin belgeleri sunması gerektiği tarafların belge ve defterleri üzerinde bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılması gerektiği, sonunda failin sigorta ettirenden tahsil ettiği parayı sigorta şirketine ödemediği

⁶⁵ Bulutoğlu, s.13.

sabit olursa bunun hukuki uyumsuzluk değil, mal edinme olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.⁶⁶ Her somut olay ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira bu suç tipi özel hukukla ceza hukukunun yakın ilişkisi içinde olduğu bir suç türü olup, ayırım dikkatli yapılmalıdır. Verilen örnekte şayet acente sigorta poliçesi dolayısıyla parayı tahsil ettiğini kabul ediyor fakat zamanında şirkete ödeme yapmıyorsa sözleşme hükümleri dâhilinde özel hukuka başvurulmalıdır. Ancak acente sigorta şirketi adına tahsil ettiği paranın kendisine ait olduğunu beyan ediyorsa suç oluşacaktır. Bu örnekte de olduğu gibi zilyetliğin devri yükümlülüğü her zaman mağdur tarafından faile verilen mal dolayısıyla oluşmaz. Müvekkili adına tahsilat yapan vekilin, şirket adına tahsilat yapan yetkilinin de malı iade etme veya devretme yükümlülüğü vardır. Aksi davranış güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak unutulmaması gereken, her zamanında ödenmeyen borcun güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağıdır. Her olay kendine mahsus olgular eşliğinde incelenmelidir.

3. MANEVİ UNSUR

Güveni kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suç olup, taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediğinden taksirle işlenemez. Zira TCK 22/1. maddesine göre, taksirle işlenen fiiller ancak kanunda açıkça belirtildiği hallerde cezalandırılacaktır.

Kastın varlığı için fail; mal üzerinde fer'i zilyet olduğunu, malın başkasına ait olduğunu, malın kendisine muhafaza etmek veya belirli şekilde kullanmak üzere devredildiğini bilmelidir. Bu duruma aykırı olarak zilyetliğin devri amacına aykırı olarak tasarrufta bulunmalı veya devir olgusunu inkâr etmelidir. Tüm bunları da bilerek ve isteyerek yapmalıdır. Kastın varlığı için bilme ve isteme unsurlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Şayet failin bilme ve isteme unsurlarında bir hatası varsa TCK 30. maddesinde yer alan hata hükümlerinden yararlanacaktır.⁶⁷

Suç genel kastla işlenebilen bir suçtur. Suçun doğrudan kastla işlenebileceği açık olmakla birlikte olası kastla işlenip işlenemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konu-

⁶⁶ Bakıcı, s.15-16.

⁶⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5018.

da Meran, “suçun olası kastla işlenme olanağı yoktur. Çünkü failin suçun maddi öğelerinden birinin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen eylemi gerçekleştirmesi, kendisine veya başkasına yarar sağlamak özel kastı ile bağdaşmaz” demektedir.⁶⁸ Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira suçun oluşumu için kendisine veya başkasına yarar sağlama özel kastının gerçekleşmesine gerek yoktur. Kanunda geçen ibare, “kendisinin veya başkasının yararına olarak” şeklindedir. Fail kendisine veya başkasına yarar sağlamasa da suç oluşacaktır. Ayrıca bir menfaat temini suçun oluşumu için gerekli değildir. Kanun koyucunun bu ibareyi kullanmasının nedeni failin sadece kendi menfaatine değil üçüncü kişilerin yararına gerçekleştirdiği eylemlerin de suç oluşturacağını belirtmek istemesidir.⁶⁹ Nitekim madde gerekçesinde söz konusu suçun işlenmesi suretiyle bir yarar elde edilebileceği düşüncesiyle, yaptırım olarak hapis cezasının yanı sıra adli para cezasının da öngörüldüğü belirtilmektedir. Buradan da anlaşılabileceği üzere kanun koyucu da yarar elde edilmesini her durumda zorunlu görmemekte ancak böyle bir ihtimalden bahsetmektedir. Uygulamada da çoğunlukla bu suçun işlenmesi halinde bir yarar elde edilmektedir. Ancak bu suçun oluşumu için zorunlu unsur değildir.

Sanığın suç işleme kastı olup olmadığı her olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin, tamir için verilen eşyanın uzun süre tamircide kalmasından sonra malikin istemesi üzerine tamircinin eşyayı bulamaması ve kaybolan eşya bedelini ya da emsalini vermeyi teklif etmesi durumunda suç işleme kastı olmadığından beraat kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁰ Antika değeri olan bir saati arkadaşından ödünç alan kimse yolda giderken başkalarının saldırısına uğrar ve saat gasp edilirse, bu kimse elinde olmayan sebeplerle saati iade edemeyeceğinden suç işlemiş olmayacaktır. Çünkü eşyanın iade edilememesinde sanığın bir kastı yoktur.

⁶⁸ Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığı-Bilişim Suçları İle Ekonomi Ve Ticaret Alanında Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 194 Benzer şekilde “güveni kötüye kullanma suçu, hareket suçu olduğu ve neticenin iradi olması gerektiğinden, fiil nedeniyle meydana gelen neticenin öngörülerek istenip istenmediğinin incelenmesine gerek olmadığı ve suç tipinin yalnızca doğrudan kast ile işlenebileceği ifade edilmiştir Bkz.Centel/Zafer/Çakmut, s.432.

⁶⁹ Benzer Yönde Görüş İçin Bkz. Meraklı, s.1697. Dönmezer, s.514. Özgenç, s.85. Tezcan/Erdem/Önok, s.550.

⁷⁰ Bakıcı, s.18.

Hırsızlık ve dolandırıcılık suçunda sanığın başta suç işleme kastı vardır ve zilyetlik hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilmektedir. Oysa güveni kötüye kullanma suçunda başta hukuka ve taraf iradesine aykırı bir durum söz konusu değildir. Zilyetliğin devrinden sonra sanık suç işleme kastı ile hareket etmektedir.

4. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bir fiilin cezalandırılabilmesi için aynı zamanda hukuka da aykırı olması gerekir. Kanunda suç olarak yazılı bir fiilin icra edilmesi tek başına cezalandırma için yeterli değildir. Aynı zamanda bu fiilin hukuk düzeni ile de çelişmesi, yani hukuka uygun olmaması gerekir. TCK'da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller olarak hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinden birisi varsa fail cezalandırılmayacaktır. TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğunu azaltan veya kaldıran nedenler başlığı altında düzenlenmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçu açısından ilk akla gelen hukuka uygunluk nedenleri ilgilinin rızası ve hakkın kullanılmasıdır. TCK 26. maddesine göre; "Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez". Türk Türk Medeni Kanunu'nun 950. maddesine göre, "Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir. Zilyetlik ve alacak ticarî ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır. Alacaklı, borçluya ait olmayan taşınırlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur". Bu maddeye göre hapis hakkını kullanan ve zilyetliği kendisinde olan eşyayı iade etmeyen alacaklının eylemi hakkın kullanımı niteliğinde olduğundan alacaklı cezalandırılmayacaktır. Ancak hapis hakkının doğması için kanunda da belirtildiği gibi eşyanın borçla bağlantılı olması gerekir. Yoksa bir kimsenin borcu olması alacaklıya borçlunun tüm malları üzerinde genel bir hapis hakkı tanımaz. Benzer bir hapis hakkı Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun 166. maddesine göre "Avukat, müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri, avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar, kendi ala-

cağı nispetinde elinde tutabilecektir. Yine aynı kanunun 39/2. maddesinde “Avukat, ücreti ve yapmış olduğu giderleri kendisine ödenmedikçe, elinde bulunan evrakı geri vermekle yükümlü değildir” diyerek avukatın evraklar üzerindeki hapis hakkı düzenlenmiştir. Bu durumlarda da hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olacağından hakkını kullanan Avukata ceza verilemeyecektir.

Diğer hukuka uygunluk nedenleri de uygulama alanı ve ihtimali az olsa da gündeme gelebilecektir. Örneğin, uyuşturucu kuryeliği yapan kişi uyuşturucuyu taşıırken vazgeçer ve uyuşturucuları polise teslim ederse kanun hükmünün icrası söz konusu olacağından güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.⁷¹ Burada farklı görüşler olsa da biz zilyetliğin devri sözleşmesi hukuka aykırı olsa da güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağını düşünmekteyiz. Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilemeyeceği TCK 24. maddesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar burada kanun hükmü denilse de tüzük, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin icrası halinde de faile ceza verilmeyecektir. Muhafaza edilmesi için teslim edilen silahın saldırgana karşı kullanılması halinde her ne kadar zilyetliğin devri amacına aykırı kullanım olsa da meşru müdafaa durumu söz konusu olduğundan ve silah bu amaçla kullanıldığından suçun oluşmayacağı belirtilmiştir.⁷²

5. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali TCK’nın 155/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “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 üç bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur”

Suçun nitelikli hali temel şeklinden farklı olarak soruşturması ve kovuşturması şikâyeteye tabi değildir ve verilecek ceza miktarı daha fazladır. Fail ile mağdur arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine ve aradaki güven ilişkisinin daha yoğun olmasından dolayı nitelikli hal düzen-

⁷¹ Meraklı, s.1693.

⁷² Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2013, s.378.

lenmiştir. Nitelikli hal olan durumlarda suçun temel halinden farklı olarak fail ile mağdur arasında bazen süreklilik arz eden bazen de daha fazla güven ilişkisi doğuran bir durum vardır. Bu nedenle kanun koyucu da bu duruma aykırı davranışı özel ve daha ağır cezayı gerektirir bir hal olarak düzenlemiştir. Bu durum suçla sadece mülkiyet ya da zilyetliğin değil aynı zamanda kişiler arasındaki güven ilişkisinin de korunmasının bir sonucudur. Daha yoğun güven ilişkisi olan hallerdeki eylemler daha ağır şekilde cezalandırılmıştır.

Nitelikli hallere bakıldığında fail ile mağdur arasındaki ilişkinin türüne ve malın hangi amaçla teslim edildiğine göre düzenlendiği görülmektedir. Nitelikli halin oluşabilmesi için malın *meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin veya başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği* olarak teslim edilmiş olması gerekir. Bu hizmet ilişkisi olmasına rağmen mal hizmet ilişkisi değil de başka bir amaç için teslim edilmiş ise, nitelikli hal oluşmayacaktır. Muhasebecisine teslim ettiği evraklar ya da para hakkında suç işlenirse nitelikli hal uygulanırken, şayet aynı kişi arkadaşı olan muhasebecisine arabasını kullanması için vermesi ve suç işlenmesi halinde nitelikli hal uygulanmayacaktır.

İlk nitelikli hal suçun meslek ve sanat ilişkisi nedeniyle teslim edilen mal hakkında işlenmesidir. Meslek ve sanat, kişilerin geçimini sağlamak için uğraştığı ve devamlılık gösteren faaliyetlerdir. Muhasebeciler, terzi, kuru temizlemeci vb. meslek grupları bu kapsama girmektedir.⁷³ Meslek ve sanat faaliyeti sayılabilmesi için bu kişilerin mesleklerini belli bir süre devam ettirmesi gerekse de, mağdur ile aralarında devamlılık arz eden bir ilişkinin olması şart değildir. Terziye tamir edilmek üzere bırakılan pantolonun satılması durumunda bu nitelikli hal uygulanacaktır.

Ticaret hayatının yürütülmesi ve ticari ilişkilerde olması gereken güven ilişkisinin korunması için kanun koyucu fail ile mağdur arasında ticaret ilişkisi olması durumunu da nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Burada önemli olan fail ile mağdur arasında bir ticari ilişki olmasıdır. Onun dışında fail ya da mağdurun tacir olması şart değildir. Araç kiralama ofisine aracın kiraya verilmesi ve aylık belli bir kazanç getirmesi amacıyla aracını bırakan mağdurun aracı parçalara ayrılarak

⁷³ Artuç, s.308.

satılırsa veya mülkiyete geçirme amacı ile sahiplenilerek devir olgusu inkâr edilirse nitelikli güveni kötüye kullanma suçu işlenmiş olacaktır. Burada failin veya mağdurun ticaret siciline kayıtlı olması şart değildir. Burada bir ticari ilişkinin olması şart olduğundan ve ticari ilişkide her iki tarafta da ticari amaç olacağından fail ve mağdurun ticari amaçla hareket etmesi gerekir.⁷⁴

Bir diğer nitelikli hal, hizmet sözleşmesi gereği teslim ve tevdi edilen eşya hakkında güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesidir. Hizmet sözleşmesi borçlar kanunu 393. maddesinde “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır. Eşyanın faile aradaki hizmet sözleşmesine istinaden teslim edilmiş olması gerekir. Kişisel olarak teslim edilen eşyalar bu kapsamda değerlendirilmeyecek ve nitelikli hal uygulanmayacaktır. Aradaki hizmet sözleşmesinin daimi olmasının gerekli olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Bazı yazarlar hizmet ilişkisinin daimi olması gerektiğini savunurken,⁷⁵ bazıları ise geçici de olsa bir hizmet akdinin varlığını yeterli görmektedir.⁷⁶ Kanaatimizce de fail ile mağdur arasında bir hizmet ilişkisinin var olması yeterli olup, bu ilişkinin devamlılık arz etmesi zorunlu değildir.

Kanun koyucu bir başka nitelikli hal olarak, hangi nedenden doğduğuna bakılmaksızın başkasının mallarını idare etme yetkisine haiz olanlarca suçun işlenmesini göstermiştir. Burada başkasının mallarını idare etme yetkisi kanundan doğabileceği gibi, mahkeme kararıyla veya sözleşmeden de doğabilir. Kısıtlanan kişiye vasi tayini halinde, velayete ilişkin karar üzerine velayet hükümleri gereğince,⁷⁷ şirket

⁷⁴ Sadece failde ticari amaç olmasını yeterli gören aksi yönde görüş için bkz. Bulutoğlu, s. 158; Artuç, s.309.

⁷⁵ Özgenç, s. 89.

⁷⁶ Bulutoğlu, s. 159; Dönmezer, s. 420; Tezcan/Erdem/Önok, s.551. Yargıtay da benzer şekilde hizmet ilişkisinin devamlı olmasının zorunlu olmadığı görüşündedir. Bkz. YCGK, T: 25.11.1997 ve 1997/11-224-264 sayılı kararı, aktaran, Artuç, s. 309.

⁷⁷ Y11.CD; T: 28.02.2006, E: 2006/5993, K: 2006/1393 sayılı kararı, “Olay tarihinde 18 yaşından küçük olması ve babasının ölümü nedeniyle mahkeme kararıyla kızının velayet hakkı kendisine verilen sanığın, TMK md. 353 gereğince çocuğun malvarlığını gösteren bir defter düzenlemek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri hâkime bildirmek zorunluluğunda bulunması, Türk Medeni Kanunu’nun velayet, vesayet ve miras hükümlerinin uygulanmasına dair 4721 sayılı Kanun’a göre çıkarılan tüzüğün 7. maddesinde, evliliğin sona

müdürü atanması halinde de şirketçe verilen yetki dâhilinde malları idare etme yetkisi verilmektedir. Malları idare etme yetkisine haiz olan kimse idare etmekle sorumlu olduğu mallar dolayısıyla suç işlerse bu nitelikli hal uygulanacaktır. Eğer idare etmekle sorumlu olduğu mal dışında mağdurla kurulan özel ilişki nedeniyle teslim edilen mal üzerinde suç işlenirse basit güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunda yukarıda sayılan nitelikli hallerin uygulanması için malın *meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği* olarak teslim edilmiş olması gerekmekte olup, fail ile mağdur arasında bu ilişki olmasına rağmen mal farklı bir nedenle teslim edilmiş ise nitelikli hal değil, TCK 155/1. maddesinde yazılı suç oluşacaktır.

6. CEZAYI KALDIRAN VEYA AZALTAN ŞAHSİ SEBEPLER

Malvarlığına karşı işlenen suçlarda şahsi cezasızlık hali ve etkin pişmanlık hükümleri her suç yönünden ayrı ayrı değil ortak hükümler adı altında tek maddede düzenlenmiştir. Şahsi cezasızlık hali TCK 167. maddede, etkin pişmanlık hükümleri ise 168. maddede düzenlenmiştir.

TCK 167. maddeye göre; *“Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların;*

- a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,
- b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın,
- c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, Zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber

ermesi nedeniyle ana ve babadan birinin velayeti altında kalan çocukla ilgili, velayet sona erdiğinde çocuğa ait mallar, verilen deftere göre veli tarafından reşit olan kimseye veya vasiye teslim ve eksiklikler tespit olunur şeklindeki düzenleme karşısında... barınma ve gelişimi için yapılacak masraflar hariç olmak üzere kalan aleyhine malvarlığında bir eksilme olup olmadığı araştırılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile ihtilafın hukuki nitelikte kaldığından bahisle beraatına karar verilmesi...” Aktaran, Artuç, s.309-310.

yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir”

Görüldüğü üzere şahsi cezasızlık hali, akrabalık derecesine göre belirlenmiş olup, çok yakın akrabalarda cezasızlık, diğer akrabalarda ise cezada indirim hali olarak öngörülmüştür. Kanun koyucu izlediği suç politikası nedeniyle malvarlığına karşı suçlarda yakın akrabalar aleyhine işlenmesi halinde cezasızlık veya indirim nedeni olarak belirlemiştir. Kanun koyucunun aile mensubu kişilerin mülkiyetlerinde bulunan malları ortak tasarruf etmeleri gereği ve aile mensupları arasındaki ilişkilere mümkün olduğunda adli mercileri karıştırmamak için cezasızlık veya cezada indirim hükümlerine yer verildiği belirtilmiştir.⁷⁸

a. Şahsi Cezasızlık halleri

aa. Haklarında Ayrılık Kararı Verilmemiş Eşlerden Birinin Zararına İşlenmesi

Bu hal, TCK 167/1-a. maddesinde şahsi cezasızlık hali olarak düzenlenmiştir. Buna göre eşlerden birinin diğer eşe karşı güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi halinde ceza verilmeyecektir. Şahsi cezasızlık halinin uygulanabilmesi için suç işlendiği anda mağdur ile fail arasında hukuken geçerli bir evlilik olmalıdır. Taraflar arasında Türk Medeni Kanunu'na göre resmi evlilik akdi olmaksızın birlikte yaşasalar veya imam nikâhı olsa dahi bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Yine taraflar resmi evli olmalarına rağmen ayrı yaşıyor olsalar da şahsi cezasızlık halinden yararlanacaklardır. Haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşler aynı evde yaşamaya devam etmeleri halinde, eğer bir eş diğerine karşı bu suçu işlerse şahsi cezasızlık halinden yararlanamayacaktır. Bu maddenin uygulanması için önemli olan suç işlendiği anda eşler hakkında mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olup olmadığıdır. Suç işlendiğinde evli olmayanların sonradan evlenmesi halinde şahsi cezasızlık hali uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre önemli olan suç anında geçerli bir evlilik olup olmadığıdır. Sonradan yapılan evlilik TCK 167/1-a. maddesinin uygulanmasını

⁷⁸ Dönmezer, s.605.

gerektirmez.⁷⁹ Diğer bir görüş, hükmün getiriliş amacının aile arasındaki ilişkilere müdahale etmemek ve bu ilişkileri bozmamak olması nedeniyle evlilik birliğinin kurulması ile failin cezayı kaldıran sebebin kapsamına girdiği yönündedir.⁸⁰ Ancak biz bu görüşe katılamıyoruz. Şahsi cezasızlık halinin olup olmadığı fiilin icra tarihindeki duruma göre belirlenmelidir. Aksi halde fiil tarihinde eşler arasında ayrılık kararı verilmiş olmasına rağmen sonradan bu kararın kaldırılmış olması durumunda da aynı yorumu yapma sonucunu doğuracağı gibi, suçun işlenmesinden sonra anlaşılan ve muvazaalı olarak evlenen taraflara da ceza vermemeyi gerektirir ki bu durum ceza adaletine uygun düşmeyecektir. Zira şahsi cezasızlık sebebi dolandırıcılık, hırsızlık gibi birçok suç için ortak hüküm konumundadır ve tarafların kanunı muvazaalı işlemle bertaraf etmesi, ceza hukukunun amaçları ile bağdaşmaz.

ab. Üstsoy Veya Altsoyunun Veya Bu Derecede Kayın Hısımlarından Birinin Veya Evlat Edinen Veya Evlatlığın Zararına İşlenmesi

Bu şahsi cezasızlık halinin uygulanması için de taraflar arasında medeni kanun hükümlerince kurulmuş üstsoy, altsoy, bu derecede kayın hısımlığı veya evlat edinen-evlatlık ilişkisi bulunmalıdır. Bu ilişki suçun işlendiği anda mevcut olmalıdır. Sonradan kurulan ilişkilerin şahsi cezasızlık hali oluşturmayaacağı kanaatinde olduğumuzu yukarıda ifade etmiştik

Üstsoy olarak; baba, anne, dede, babaanne vd. altsoy olarak; çocuk, torun vd. sayılabilir. Burada altsoy-üstsoy ilişkisi nereye kadar giderse gitsin şahsi cezasızlık hali uygulanacaktır. Yine bu ilişkinin üvey olması durumunda da şahsi cezasızlık halinin uygulanacağı belirtilmiştir.⁸¹

Kayın hısımlığı ise evlilik yoluyla kurulmaktadır. Evlilik halinde eşin yukarıda sayılan akrabaları diğer eş açısından kayın hışmı olarak değerlendirilecek ve bu eş hakkında şahsi cezasızlık hali uygulanacaktır. Kan ve kayın hısımlığı olup olmadığı Türk Medeni Kanunu'nun hükümlerine göre tespit edilmelidir.

⁷⁹ Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu-2. Cilt, Yayın Matbaacılık, Ankara 2007, s. 1316.

⁸⁰ Önder, s. 500.

⁸¹ Y6.CD, T: 19.06.1997, E: 1997/6715, K:1997/6763 sayılı kararı.

Evlat edinme hali Türk Medeni Kanunu'nun 305. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, suç işlendiği anda hukuken geçerli ve tam olarak kurulmuş bir evlatlık ilişkisi varsa, evlat edinen ve evlatlığın birbirine karşı işlediği suçlar şahsi cezasızlık kapsamına girecek ve faile ceza verilmeyecektir.

ac. Aynı Konutta Beraber Yaşayan Kardeşlerden Birinin Zararına Olarak İşlenmesi

Anne baba bir veya ayrı olan ve hukuken kardeş sayılan kişiler sayet aynı konutta birlikte yaşıyorlarsa şahsi cezasızlık hali uygulanacaktır. Aynı konutta yaşama devamlılık arz etmeli ve suç tarihinde mevcut olmalıdır. Kardeşine misafirlığe gelen kişinin bu suçu işlemesi halinde şahsi cezasızlık hali uygulanmaz. Misafirliğin bir hafta sürmesi de bu sonucu değiştirmez. Önemli olan birlikte yaşama iradesinin olması ve bu yaşamanın devamlılık arz etmesidir. Suç işlendikten sonra farklı evlerde yaşamaya başlamaları bu halin uygulanmasına engel olmadığı gibi, tam tersi durumda yani suç tarihinden sonra birlikte yaşamaya başlamaları da şahsi cezasızlık hali doğurmaz. Burada aynı konuttan kastedilen birlikte aynı alanda yaşamaktır. Bir apartmanda alt-üst dairede yaşayan kardeşler hakkında şahsi cezasızlık hali uygulanmaz. Her olayda kardeşlerin birlikte yaşayıp yaşamadığı araştırılmalıdır. Bu husus kira kontratı ya da tanıkla ispat edilebileceği gibi başkaca her türlü delille de ispatlanabilir.

b. Cezada İndirim Halleri

aa. Haklarında Ayrılık Kararı Verilmiş Olan Eşlerden Birinin Zararına Olarak İşlenmesi

Yukarıda şahsi cezasızlık halinden farlı olarak burada eşler arasında verilmiş bir ayrılık kararı vardır. Bu ayrılık kararı mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 170. maddesine göre verilmiş olmalıdır. Her ne kadar boşanma davasının açılması ile eşler ayrı yaşama hakkına sahip olduklarından, taraflar arasında boşanma davası devam ettiği sürece TCK 167/2. maddesinin uygulanacağı belirtilmiş⁸² ise de; biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanunda açıkça ayrılık kararı verilmiş eşler

⁸² Artuç, s. 548.

denilmiştir. Ayrılık kararı da ancak mahkemeler tarafından verilebildiği için boşanma davası devam etse bile eşler hakkında ayrılık kararı verilmemiş ise şahsi cezasızlık halinin uygulanacağını düşünüyoruz. Zira boşanma davası devam ederken eşler ayrı yaşama hakkına sahip olmasına rağmen bu hakkı kullanmayabilirler de. Önemli olan ayrılık kararı verilmiş olup olmadığıdır. Ayrılık kararı verilmesine rağmen eşler aynı evde yaşamaya devam etseler bile şahsi cezasızlık hali değil, cezada indirim uygulanacaktır.

ab. Aynı Konutta Birlikte Yaşamayan Kardeşlerden Birinin Zararına Olarak İşlenmesi

Birlikte yaşamayan kardeşlerin birbirine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi cezasızlık değil cezada indirim nedenidir. Bu durumun tespiti için mahkeme öncelikle fail ile mağdurun kardeş olup olmadıklarını, sonra da devamlı olarak birlikte yaşayıp yaşamadıklarını araştırmalıdır. Şayet ayrı konutlarda yaşıyorlarsa TCK 167/2. maddesi gereği cezada indirim yapılmalıdır.

ac. Aynı Konutta Beraber Yaşamakta Olan Amca, Dayı, Hala, Teyze, Yeğen Zararına Olarak İşlenmesi

Kanun koyucu belli akrabalık durumunu aynı konutta birlikte yaşama koşuluyla indirim sebebi olarak öngörmüştür. Bakıldığında kanunda üçüncü derece kan hısmı olan amca, dayı, hala, teyze ve yeğen in birbirine karşı işlediği suçlar yönünden böyle bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Ancak bunların devamlılık arz eder şekilde aynı konutta birlikte yaşamaları gerekir. Bu birlikte yaşama yukarıda kardeşler için yaptığımız açıklamalar doğrultusunda olmalıdır.

ad. İkinci Derece Kayın Hısımlarının Zararına Olarak İşlenmesi

Kayın hısımlığı evlenme ile kurulur. Kayın hısımlığının olası için öncelikle hukuken geçerli bir evlilik ve karı-koca ilişkisi gereklidir. Eşlerin kardeşleri diğer eş yönünden ikinci derece kayın hısımdır. Kanun maddesinin yazılış tarzından kaynaklı olarak aynı konutta birlikte yaşama şartının bu kimseler için de gerekli olup olmadığı açık değildir. Aynı konutta birlikte yaşamayan kan hısmı kardeşlere ceza

indirimi getirilmesi karşısında kayın hısımları yönünden aynı konutta yaşama şartının gerekli olduğunu düşünüyoruz. Aksi halde kan hısımları ile kayın hısımları aynı şekilde düzenlenmiş olur ki bu kanunun diğer maddelerindeki sistematığa uymayacaktır. Zira kan hısımlığı kayın hısımlığına göre daha yoğun ilişkiyi gerektirdiğinden ve akrabalık ilişkileri daha kuvvetli olduğundan kayın hısımlığıyla eşit şekilde düzenlenmeyecektir.

Gerek TCK 167/1-b. maddesinde yazılı altsoy-üstsoy kayın hısımlığında gerekse 167/2. maddesinde yazılı hallerde kayın hısımlığının karşılıklı olup olmadığı tartışılmış olup, bizim de katıldığımız görüşe göre, kayın hısımlığı kurulmakla her iki tarafta indirimden yararlanmalıdır. Örnekle açıklamak gerekirse, kayınpederinin zararına olarak suç işleyen damat için geçerli olan cezasızlık hali, damadı zararına suç işleyen kayınpeder ve kaynana için de geçerlidir.⁸³

7. Etkin Pişmanlık

Güveni kötüye kullanma suçu için etkin pişmanlık TCK 168. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “ (1) *Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.*

(2) *Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.*

(3) *Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir.*

(4) *Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.”*

⁸³ Yargıtay da benzer görüştedir. Y6.CD; T: 29.11.2005, E:2003/118661, K:2005/11021 sayılı kararı: “ sanığın, katılanın kayınpederi olduğu anlaşıldığı halde, nüfus kayıtları getirtilip 765 sayılı TCK’nın 524/2. maddesini uygulama olanağının araştırılmaması...”

Şahsi cezasızlık ve cezada indirim halinin düzenlendiği TCK 167. maddesinde “yağma hariç bu bölümdeki suçlar” demek suretiyle genel bir düzenleme yapılmışken, burada suçları tek tek yazmak suretiyle etkin pişmanlığın uygulanacağı suçlar belirlenmiştir. Güveni kötüye kullanma suçu da sayılan suçlar arasında yer aldığından şartların oluşması durumunda fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır.

Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için ortada işlenmiş bir güveni kötüye kullanma suçu olmalıdır. Şayet suç tamamlanmadan fail pişmanlık göstererek vazgeçerse burada TCK 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir.⁸⁴

Suç tamamlandıktan sonra fail, azmettiren veya yardım eden bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı giderirse hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir. Zararın giderimi aynen geri verme şeklinde olabileceği gibi tazmin suretiyle de olabilir. Burada önemli olan failin işlediği suç nedeniyle bizzat pişmanlık göstermesidir. Zarar fail adına başkası tarafından da giderilse etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır. İştirak halinde işlenen suçlarda faillerden birisinin mağdurun zararını tamamen gidermesi halinde diğer faillerin bundan yararlanamayacağı, ancak payları oranında zararı gideren faile ödeme yapmaları halinde etkin pişmanlıktan yararlanabilecekleri öne sürülmüş ise de⁸⁵, biz bu görüşe katılmıyoruz. Eğer iştirak halinde işlenen suçlarda bir fail mağdurun tüm zararını güdermiş ise, diğer sanıklar da pişman olduklarını ve zararı gidermek istediklerini beyan ederlerse etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmaları gerekir.⁸⁶ Zararı gideren failin tazminat hükümlerine göre diğer faillere başvuru hakkı saklıdır. Failin zararı bizzat gidermesi gerektiğinden, suça konu mal arama sonucu ele geçmişse, ya da fail atıp kaçtıktan sonra bulunmuşsa etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır.

⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.587; İsmail Malkoç, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu-Birinci Cilt, Seçkin Yayınevi, 2008, s.1464.

⁸⁵ Sarsıkoğlu, s. 152.

⁸⁶ Benzer görüş için bkz. Önder, s.494; Tezcan/Erdem/Önok, s. 588.

Etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek için zarar tamamen giderilmelidir. Kısmi zarar giderimi halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mağdurun rızasına bağlıdır. Mağdur rıza göstermezse etkin pişmanlık nedeniyle cezada indirim yapılamayacaktır.

Etkin pişmanlıkta indirim miktarı, pişmanlık gösterilerek zararın giderildiği aşamaya göre değişmektedir. Şayet fail mağdurun zararını, kovuşturma başlamadan önce giderirse verilecek cezada 2/3 oranına kadar indirim yapılabilecektir. Burada 2/3 üst sınırdır, yani en fazla bu oranda indirim yapılabilecektir. Örnek vermek gerekirse, 3 yıl ceza verilen fail eğer kovuşturma başlamadan önce zararı gidermiş ise, en fazla 2 yıl indirim yapılabilecektir. Burada indirimin alt sınırı olmamakla birlikte, kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmeden önce 1/2 oranına kadar indirim yapılabileceğinden ceza adaleti ve ceza sistemi nedeniyle indirim oranının 1/2'den fazla ve en çok 2/3 olması gerekir. Kovuşturma aşamasının iddianamenin kabulüyle başladığı göz önüne alındığında bu aşamaya kadar pişmanlık gösterilerek zararın giderilmesi halinde 2/3 oranına kadar indirim yapılabilecektir.

Pişmanlık göstererek zarar giderme kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gerçekleşirse, verilecek cezanın yarısına kadar indirilir. Kovuşturma iddianamenin kabulü ile başlayıp hüküm verilmekle sona ermektedir. Burada ilk hüküm verildikten sonra Yargıtay kararı bozarsa etkin pişmanlığın uygulanıp uygulanamayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte, kanaatimizce, ilk derece mahkemesinde ilk yargılama veya istinaftemyiz sonrası yargılama fark etmeksizin hüküm verilinceye kadar etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılabilir.

8. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

a. Teşebbüs

Suçta teşebbüs TCK 35. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre, kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır. Teşebbüsün söz konusu olabilmesi için icra hareketlerine başlanmış olmalıdır. Henüz icra hareketi sayılmayan hazırlık hareketleri nedeniyle kişi cezalandırılmayacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Suçun teşebbüse elverişli olup olmadığını tespit etmek için, tamamlanma anına bakmak gerekir. Eğer suçun hareketleri bölünebiliyorsa, suç neticeli bir suçsa teşebbüse elverişli olacaktır. Ancak ani hareketli suçlar teşebbüse elverişli değildir. Güveni kötüye kullanma suçu zilyetliğin devri amacına aykırı olarak tasarrufta bulunma veya devir olgusunu inkâr etme ile birlikte tamamlanır.

Doktrinde bir görüşe göre suç ani hareketli suç olduğundan teşebbüse elverişli değildir.⁸⁷ Bir başka görüşe göre ise, zilyetliğin devir olgusunu inkâr etme halinde suç teşebbüse elverişli değildir, ancak zilyetliğin devri amacına aykırı olarak tasarrufta bulunma fiili yönünden hareketin bölünebildiği hallerde suça teşebbüs mümkündür.⁸⁸

Bir diğer görüş ise suçun her iki seçimlik hareketine de teşebbüs mümkündür.⁸⁹

Güveni kötüye kullanma suçunun seçimlik hareketleri zilyetliğin devri amacına aykırı olarak tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkâr etmedir. Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma halinde eğer hareketler bölünebiliyorsa teşebbüs hükümleri gündeme gelebilecektir. Ancak devir olgusunu inkâr etme halinde suç ani hareketli ve hareketlerin bölünme ihtimali olmadığından teşebbüse elverişli olmadığını düşünüyoruz. Artuç'un verdiği örnekte fail tamir için bıraktığı telefonu almaya gelen mağdura telefonu kendisine vermediğini söylediğinde suç tamamlanmış olacaktır. Mağdurun veya arkadaşlarının telefonu görmesi ve alması sonucu değiştirmeyecektir. Zira inkâr olgusu ile suç tamamlanmıştır.

⁸⁷ Meran; "Suça teşebbüs olanaklı değildir. Çünkü güveni kötüye kullanma suçu ani suç niteliği taşır... Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulduğu veya bu devir olgusunun inkâr edildiği anda suç tamamlanır" s. 197; Koca/Üzülmez, s.637.

⁸⁸ Meraklı, s.1698; Malkoç, s.1366.

⁸⁹ Artuç, "Zilyetliğin devir inkâr edilmesi halinde inkâr etmekle suç tamamlanacağından teşebbüs pek mümkün görünmemektedir. Ancak, örneğin fail tamir için bıraktığı telefonu almaya gelen mağdura telefonu kendisine vermediğini inkâr amacıyla söyleyip, mağdurun ve yanındaki arkadaşın telefonu görmesi üzerine almaları durumunda teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir... devir amacı dışında tasarruf hali ise teşebbüse elverişli gözükmemektedir" demektedir. s. 310.

b. İştirak

Güveni kötüye kullanma suçu iştirak yönünden bir özellik göstermez. İştirakin her türlü mümkündür.⁹⁰ Şayet malın zilyetliği birden fazla kişiye devredilmiş ise, bu kişiler birlikte fail olabilecektir. Bunun dışında mal bir kişiye devredilmiş ise, suçun işlenmesine katkıda bulunanlar azmettiren ya da yardım eden olacaktır. Bu kişiler yönünden zilyetliğin devri ön şartı gerçekleşmediğinden suçun asli faili olamayacaklardır.⁹¹

Failden malı devralan kişi ise TCK 165. maddesi gereğince suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan sorumlu olacaktır.

c. İçtima

Yeni TCK kural olarak cezaların gerçek içtimayı benimsemiştir. Ne kadar fiil varsa o kadar da ceza verilmelidir. Ancak kanunda buna ilişkin istisnalar da getirilmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçu seçimlik hareketli bir suç olduğundan, bu hareketlerin her ikisinin de gerçekleştirilmesi halinde iki ayrı suç oluşmayacaktır. Arkadaşının ödünç verdiği saatin zilyetliğin devir olgusunu inkâr eden kişi sonradan bu saati satmak isterse tek bir güveni kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Seçimlik hareketler hukuken tek fiil kabul edilmektedir.⁹² Yine güveni kötüye kullanma suçu işlendikten sonra eşyaya zarar verilse fail ayrıca mala zarar verme suçundan sorumlu olmayacaktır. Suç işlendikten sonra yapılan hareketler cezalandırılmayacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçu zincirleme şekilde işlenebilmektedir. Şayet fail aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı mağ-

⁹⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.426.

⁹¹ Benzer yönde görüş için bkz. Meraklı, s. 1703. Yargıtay ise bu durumda faille-
rin birlikte fail olacağını belirtmektedir. Y15.CD, T: 02.04.2012, E: 2011/12359, K:
2012/33485 sayılı karar; "Somut olayda, sanık a... u...’nın katılana ait oto alım
satımı ile uğraşan şirketin ikinci el satış müdürü olduğu, şirkete ait on aracı çeşitli
tarihlerde akrabası olan ve aynı çatı altında yaşadığı diğer sanık v.... k.... ile bir-
likte sattıkları, satışla ilgili bilgileri ve araç bedellerini şirket kayıt ve hesaplarına
intikal ettirmedikleri, şirket tarafından araç sayımı yapılacağını anlayan sanık a...
u....’nın şirketi terk edip kaçtığı, böylece sanıkların birlikte hareket ederek zincirle-
me olarak hizmet ilişkisi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediklerine
yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir".

⁹² Özgenç, s. 76.

dura karşı farklı tarihlerde bu suç işlerse TCK 43/1. maddesi gereğince tek bir ceza verilecek ancak verilen ceza arttırılacaktır. Örneğin bir avukat muhasebeci ile yaptığı anlaşma çerçevesinde her ay yanında çalışan sekreterin SGK primlerini muhasebecisine teslim etmesine rağmen, muhasebecinin bu primleri ödemeyip, harcaması durumunda zincirleme şekilde güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.⁹³ Fail tek bir fiil ile birden fazla mağdura karşı bu suçu işlerse TCK 43/2. maddesi gereğince tek ceza verilecek ancak verilen ceza arttırılacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunu işlemek için araç suçların işlenmesi halinde ayrıca bu suçtan da ceza verilecek ve gerçek içtima kurallarına göre hareket edilecektir. Güveni kötüye kullanma suçunu işlemek için sahte belge düzenlenmesi ve bu belge kullanılarak güveni kötüye kullanma suçu işlenmesi halinde hem sahtecilik hem de güveni kötüye kullanma suçundan ceza verilecektir. Burada zilyetliği teslim edilen mala zarar verilerek tasarrufta bulunulması halinde hangi suçun oluşacağı ise tartışmalıdır. Zilyetliği teslim edilen malın yakılması, yıkılması, tahrip edilmesi halinde bir görüşe göre, TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima kuralı gereğince hangi suç daha fazla cezayı gerektiriyor ise ondan dolayı ceza verilmelidir.⁹⁴ Bir görüşe göre ise, burada genel norm özel norm olduğundan ve güveni kötüye kullanma suçu, mala zarar verme eylemine göre özel norm niteliğinde olduğundan güveni kötüye kullanma suçundan dolayı fail cezalandırılmalıdır. Aynı görüşü savunan yazara göre burada tüketen-tüketilen norm ilişkisi bulunmaktadır. Mala zarar verme suçunun ifade ettiği haksızlık güveni kötüye kullanma suçu içerisinde erimektedir. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma haksızlık ögesini karşılar niteliktedir.⁹⁵

Kanaatimizce zilyetliği devredilmiş bir mal üzerinde fail mala zarar verme suçunun unsurları olan, yıkma, tahrip, etme, yok etme, bozma gibi eylemler zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma

⁹³ Benzer karar için bkz. Y15.CD, T: 02.07.2014, E: 2012/21614, K: 2014/13164 sayılı kararı.

⁹⁴ Özbek, s.1196. Yargıtay ise bu tür olaylarda güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağı görüşündedir. "Kendisine teslim edilen ağaçları kesip yakmaktan ibaret eylemin TCY'nın 508. maddesinde yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden hırsızlık suçundan ceza tayini..." Y6.CD, T: 15.06.1990, E: 3704, K: 5591 sayılı kararı, aktaran, Meraklı, s. 1700.

⁹⁵ Meraklı, s.1702.

kapsamında değerlendirilmelidir. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere ETCK'dan farklı olarak yeni ceza kanunumuz tasarrufta bulunma eylemlerini sınırlı olarak saymamıştır. Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma borçlar hukukunda tarif edilen bir sözleşme tipinde olabileceği gibi atipik bir sözleşme ya da eylemle de olabilir. Yukarıda açıklanan yazarın görüşü paralelinde biz de gerek genel norm-özel norm ilişkisi gerekse tükenen-tüketilen norm ilişkisi gereğince güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağını düşünmekteyiz.

Genel norm-özel norm ilişkisi güveni kötüye kullanma suçu ile zimmet suçu arasında da gündeme gelecektir. Zimmet suçu güveni kötüye kullanma suçuna göre daha özel nitelikte olduğundan, kamu görevlisine görevinden dolayı teslim edilen eşya üzerinde devir amacına aykırı tasarrufta bulunulması halinde fail zimmet suçundan cezalandırılacaktır. Ancak kamu görevlisine görevinden dolayı değil de aradaki kişisel güven ilişkisine istinaden eşya teslim edilmişse güveni kötüye kullanma suçu uygulanacaktır.

9. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Güveni kötüye kullanma suçunun düzenlendiği TCK 155/1. maddesine göre suçun takibi mağdurun şikâyetine bağlıdır. Resen soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Şikâyet süresi TCK 73/1. maddesi gereğince fail ve fiilin öğrenilmesinden itibaren altı aydır. Suçunun nitelikli halinin düzenlendiği TCK 155/2. maddedeki suç ise şikâyete tabi olmayıp resen soruşturma yapılır. Ancak nitelikli hal olsa bile şayet fail ile mağdur arasında TCK 167/2. maddesinde yazılı şekilde akrabalık ilişkisi varsa suçun soruşturma ve kovuşturması yine mağdurun şikâyetine bağlı olacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçu önceden uzlaşma kapsamında değildi. Uzlaşma kurumunun düzenlendiği CMK 253. maddesi gereği etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda uzlaşma yoluna gidilemiyordu. Ancak 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle, "etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile" ibaresi madde metninden çıkarıldığından bu tarihten itibaren TCK 155/1. maddesinde düzenlenen basit güveni kötüye kullanma soruşturma ve kovuşturması şikâyete tabi olduğundan uzlaşma kapsamına girmişti. CMK 253. maddesi 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun'un 26. mad-

desi ile değiştirilmiş ve TCK 155. maddesinin tamamı uzlaşma kapsamına alınmıştır. Böylece, gerek basit güveni kötüye kullanma suçu gerekse nitelikli hali uzlaşma kapsamına girmiştir.

Suçun temel hali ve nitelikli halinin yargılamasını yapma görevi Asliye Ceza Mahkemesi'ndedir. Yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yer mahkemesidir.

Basit güveni kötüye kullanma suçu nedeniyle zamanaşımı süresi 8 yıldır. Zamanaşımının kesilmesi veya durması halinde bu süre en fazla 12 yıla kadar uzayacaktır. Nitelikli güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi halinde ise zamanaşımı 15 yıl olup en fazla 22,5 yıla kadar bu zamanaşımı uzayabilecektir.

10. YAPTIRIM

Güveni kötüye kullanmanın basit halini düzenleyen TCK 155/1. maddesine göre bu suçu işleyen fail altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Suçun nitelikli halinin düzenlendiği TCK 155/2. maddesine göre ise suçu işlediği sabit olan fail bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

Kanun koyucu bu suçun işlenmesi suretiyle bir yarar elde edilebileceğini düşünerek yaptırım olarak hapis cezasının yanı sıra adli para cezası da öngörmüştür. Adli para cezasının alt sınırı TCK 52. maddesine göre 5 gündür. Üst sınırı ise TCK 155. maddesinde yazılı üst hadlerdir.

Mahkemenin öncelikli olarak suçun işlendiğinin sabit olup olmadığını tespit etmesi gerekir. Yargılama sonrası suçun işlendiği sabit olursa TCK 61. maddesi gereğince temel ceza belirlenmelidir. Dikkat edilmesi gereken nokta temel ceza olarak hem hapis cezasına hem de adli para cezasına hükmedilmesi gerektiğidir. Burada hapis cezası ve adli para cezası seçimlik olarak düzenlenmediğinden hem hapis hem de adli para cezasına hükmedilmelidir.

Verilen hapis cezası kısa süreli ise (bir yıl veya daha az) TCK 50. maddesinde yazılı seçenek tedbirlerden birisine çevrilebilecektir. Kanun koyucu burada failin kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki

özelliklere göre hâkime takdir yetkisi tanımış olup, hâkim bu değerlendirmeyi yaptıktan sonra seçenek yaptırımlara çevirme ya da çevirmeme noktasında takdir hakkını kullanacaktır.

Hapis cezasının yanında verilen adli para cezası öncelikle gün olarak belirlenmeli, devamında bir gün karşılığı takdir edilen miktar ile çarpılarak sonuç adli para cezası tayin edilmelidir.

Hükmedilen sonuç hapis cezası iki yılın altında ise ve şartları oluşmuş ise CMK 231. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya TCK 51. maddesi gereğince cezanın ertelenmesine karar verilebilecektir. Yine hapis cezasının yanı sıra verilen adli para cezası hakkında da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilirken, sadece hapis cezaları yönünden kabul edildiği için cezanın ertelenmesi kararı verilemeyecektir.

C. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA-HIRSIZLIK

Malvarlığına karşı suçlardan uygulamada en çok karşılaşılanlardan birisi, belki de başta geleni hırsızlık suçudur. Hırsızlık TCK 141. maddesinde “Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alma” olarak tanımlanmıştır. Güveni kötüye kullanma ve hırsızlık suçunun konusu kanunda “mal” olarak belirlenmiştir. Her iki suçun konusu benzer nitelikte düzenlense de aralarında farklılık olduğunu düşünüyoruz. Zira hırsızlık suçu sadece taşınır mallara karşı işlenebilirken güveni kötüye kullanma suçunun konusu taşınmaz mallar da olabilecektir.⁹⁶ Benzer şekilde hem hırsızlık hem de güveni kötüye kullanma suçunda suça konu mal, başkasına aittir. Fail suçun maliki değildir.

Hırsızlık suçu ile mülkiyet hakkı ve zilyetlik korunurken, güveni kötüye kullanma suçu ile korunan hukuki değer, mülkiyet hakkı ve taraflar arasındaki güven ilişkisidir.

⁹⁶ Güveni kötüye kullanma suçunun sadece taşınır mallar üzerinde işlenebileceğine dair aksi yönde görüş için bkz. Yazıcıoğlu, s. 774.

Bu iki suç yönünden en belirgin fark zilyetliğin elde edilmesi bakımından kendini göstermektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda, malın zilyetliği önceden faile devredilmiştir. Hırsızlık suçunda ise zilyetlik malikin rızası olmaksızın elde edilmektedir.⁹⁷ Basit bir örnekle açıklamak gerekirse arkadaşımıza kullanması için verdiğimiz telefon, zilyetliğin devir amacına aykırı olarak satılırsa güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Buna karşın evimize misafir olarak gelen arkadaşımız gece uyurken gizlice telefonu alırsa, hırsızlık suçu oluşacaktır. Bu ayrımı yapmak her olayda bu kadar kolay değildir.

Güveni kötüye kullanma suçunun ön şartı, zilyetliğin devridir. Şayet zilyetlik devri olmadan mal alınmışsa, hırsızlık suçu oluşacaktır. Zilyetliğin devri için yukarıda ilgili bölümde ayrıntılı açıkladığımız üzere, zilyet olma iradesi ve fiili hâkimiyet olmalıdır. Şayet zilyetlik devredilmeksizin bakması, denemesi, kısa süreliğine kullanıp geri vermesi amacıyla mal faile teslim edilmişse ve fail tarafından mal alınmışsa hukuken geçerli bir zilyetlik devri söz konusu olmadığından hırsızlık suçu oluşacaktır.⁹⁸ Şayet fail, zilyetliği mağduru aldatarak elde etmişse burada hırsızlık ya da güveni kötüye kullanma değil, dolandırıcılık suçu oluşacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçu yukarıda izah edildiği üzere zilyetliğin devir olgusunu inkâr edip ihmali davranışla da işlenebilirken; hırsızlık suçu icrai davranışla işlenebilir.

Her iki suçun manevi kast ögesi benzer şekilde düzenlese de aralarında farklılık vardır. Güveni kötüye kullanma suçu “kendisinin veya başkasının yararına olarak” işlenirken hırsızlık suçu “kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla” işlenmektedir. Burada ka-

⁹⁷ Yazıcıoğlu, s. 774.

⁹⁸ R. Yılmaz Yazıcıoğlu, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2007, C: 2, S: 5, s. 339. (Yazıcıoğlu; Hırsızlık Suçu). Yargıtay’ın kararları da benzer yöndedir: “Sanığın, ruhsatlı olan tabancayı satın almadan önce deneme atışı yapmak amacıyla alıp geri vermemekten ibaret eyleminin, silahın zilyetliğinin devredilmemesi nedeniyle hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması (Y11.CD, T :16.12.2008, E: 2008/16452 K: 2008/13402)”; “Satmak üzere bulduğu müşteriye göstermek bahanesiyle katılardan kısa süreliğine aldığı otomobili iade etmeyen sanığın eyleminin, suça konu araç üzerindeki zilyetliğin devredilmemiş olması nedeniyle hırsızlık suçuna uygun bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde güveni kötüye kullanma suçundan mahkûmiyetine hükmolunması...” (Y11.CD, T: 09.02.2011 E: 2010/17678, K: 2011/642)” Aktaran, Yazıcıoğlu, s.776.

nun koyucunun bir yerde “yararına olarak”, diğer maddede ise “yarar sağlamak maksadıyla” demesinin altında yatan bir neden vardır. Güveni kötüye kullanma suçu genel kastla işlenebilen bir suç olup, ayrıca yarar sağlama amacı ve kastı yoktur. Kanun maddesinde başkaları yararına da bu suçun işlenebileceğini belirtmek için kendisinin veya başkasının yararına olarak denmiştir. Oysa hırsızlık suçu yarar sağlama özel kastıyla işlenebilmektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda suç işleme kastı zilyetliğin devrinden sonra oluşmakla birlikte, hırsızlık suçunda ise suç işleme kastı, zilyetliği ele geçirmeden önce failde vardır.

2. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA-DOLANDIRICILIK

Güveni kötüye kullanma suçu ile dolandırıcılık suçu birbirine daha benzer niteliktedir. Dolandırıcılık TCK 157. maddesinde “hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlama” olarak tanımlanmıştır. Her iki suç yönünden de zilyetliğin devri iradi gözükmese rağmen aradaki en büyük fark; güveni kötüye kullanma suçunda hukuken geçerli ve taraf iradelerine uygun bir zilyetlik devri olmasına karşın, dolandırıcılık suçunda zilyetliğin devri failin hileli davranışları ile sağlanmıştır. Dolandırıcılık suçunda mağdur gerçek durumu bilse, fail kendisini aldatmasa zilyetliği devretmeyecektir. Oysa güveni kötüye kullanma suçunda başta iradi ve hukuken geçerli bir zilyetlik devri vardır. Failde sonradan suç işleme kastı oluşmuş ve zilyetliğin devri amacına aykırı tasarrufta bulunmuş veya devir olgusunu inkâr etmiştir. Dolandırıcılık suçunda ise failde baştan itibaren suç işleme kastı vardır ve bu kasta uygun olarak fail hileli davranışlara başvurarak mağdurun iradesini etkilemekte onu kandırmaktadır. Bu yolla zilyetliği ele geçirmektedir.⁹⁹ Dolandırıcılık suçunda suça konu mal, hileli davranışlarla malın zilyedi veya maliki aldatılarak elde edilmektedir. Bu sebeple dolandırıcılık suçunda da tıpkı hırsızlık suçunda olduğu gibi fail, zilyetliğinde olmayan bir malı elde etmektedir.¹⁰⁰

⁹⁹ YCGK, Esas No:2017/588, Karar No:2018/6, Tarih: 16.01.2018 sayılı kararı: “Görüldüğü gibi güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılıkta malın sanığa rızai teslimi söz konusudur. Ancak bu iki suç arasında da; dolandırıcılık suçu bakımından müştekinin rızası, iradesinin fesada uğratılması suretiyle sağlanmıştır”.

¹⁰⁰ Meraklı, s. 1661.

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşumu için kendisine veya başkasına yarar sağlamak şart olamamasına karşın dolandırıcılık suçunun oluşumu için failin kendisine veya başkasına yarar sağlamış olması gerekir. Bu durum, suçun tamamlanma anı bakımından da önem arz etmektedir. Güveni kötüye kullanma suçu zilyetliğin devri amacına aykırı tasarrufta bulunma veya devir olgusunu inkâr etme ile tamamlanmasına rağmen, dolandırıcılık suçunun tamamlanma anı yarar sağlanan andır.

3. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA-YAĞMA

Yağma suçu TCK 148. maddesinde “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 kılma” şeklinde tanımlanmıştır. Güveni kötüye kullanma suçunda rızaya dayalı bir zilyetlik devri söz konusu iken, yağma suçunda malın zilyetliği, tehdit veya cebirle ele geçirilmektedir. Bu nedenle malın zilyetliğini ele geçirme noktasında iki suç yönünden fark vardır. Uygulamada da bu iki suç çok fazla karıştırılmamaktadır.

4. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA- ZİMMET

Zimmet suçu ile güveni kötüye kullanma suçu, özellikleri bakımından birbirine benzemektedir. Ancak failin kimliği ve zilyetliğin devir amacı her iki suçu ayırmakta önemli kriterdir. TCK 247. maddesinde “Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisinin” cezalandırılacağı belirtilmiştir. Güveni kötüye kullanma ve zimmet suçunun unsurları aynı olmasına rağmen fail kamu görevlisi ise ve görevi gereği malın zilyetliği faile devredilmiş ise, zimmet suçu oluşacaktır. Burada genel norm-özel norm ilişkisi vardır. Zimmet suçu, fail yönünden özgü suç niteliğindedir. Bu nedenle şartları oluşmuşsa öncelikle zimmet suçu uygulanacaktır. Ancak fail kamu görevlisi olmasına karşın, malın zilyetliği görevi gereği değil de aradaki kişisel güvene istinaden devredilmiş ise, güveni kötüye kullanma suçundan ceza verilecektir.

Bankacılık zimmeti de özel kanunda ayrıca suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde "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 beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler." şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, bankada çalışan yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupların zilyetliği kendilerine devredilen para veya diğer malları zimmetine geçirmesi halinde Bankacılık Kanunu'nda yazılı suç nedeniyle cezalandırılacaktır. Zimmet suçuna ve güveni kötüye kullanma suçuna göre daha özel bir düzenleme olması nedeniyle burada her ne kadar suçun tipiklik unsuru gerçekleşmiş olsa da güveni kötüye kullanma ya da zimmet suçundan ceza verilmeyecektir.

5. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA-MALA ZARAR VERME

Malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenen bir diğer suç türü de mala zarar verme suçudur. TCK 151. maddesine göre "Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi cezalandırılacaktır. Güveni kötüye kullanma ve mala zarar verme suçlarının hukuki konusu ve korunan hukuki menfaatler benzerdir. Her iki suçun konusu da "mal" olarak düzenlenmiştir. Yine mülkiyet hakkı her iki suçta korunan ortak değerlerdendir.

Burada karşımıza zilyetliği faile devredilen mal üzerinde fail, yıka, tahrip etme veya bozma şeklinde tasarrufta bulunursa hangi suçun uygulanacağı çıkmaktadır. Bu konuyu ayrıntılı olarak içtima bölümünde işlediğimizden detaya girmeden, mala zarar verme suçuna göre daha özel bir düzenleme olduğundan güveni kötüye kullanma suçunun uygulanacağını düşünmekteyiz. Her iki suçun fiil unsurları da farklıdır. Mala zarar vermede fiil hareketleri tahdidi olarak sayılmıştır. Suçun oluşumu için kanunda yazılı *yıkma, tahrip etme, yok etme, bozma, kullanılamaz hale getirme ve kirletme* fiillerinde birisi gerçekleştirilmelidir. Oysa güveni kötüye kullanma suçunda fiil hareketleri tahdidi olarak sayılmamış, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma şeklinde genel bir ifade kullanılmıştır.

6. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA- DİĞER SUÇLAR

Güveni kötüye kullanma suçu ile yukarıda açıklananlar dışında da benzer suçlar bulunmaktadır. Ancak bu suçlarla uygulamada çok sık karşılaşılmadığından ve de güveni kötüye kullanma suçu ile karıştırılmadığından, kısaca bahsetmek yeterli olacaktır.

TCK'nın 289. maddesinde düzenlenen Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu güveni kötüye kullanma suçuna benzemektedir. Maddeye göre *"Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi"* cezalandırılacaktır. Bu suç, adliyenin güvenilirliğine karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olup, korunan hukuki değer adliyenin güvenilirliğidir. Yine muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun faili ancak muhafaza etmek üzere kendisine mal teslim edilen kişi olabileceğinden ve bu nedenle özgü suç niteliğinde olduğundan ayrıca güveni kötüye kullanma suçuna göre, özel norm olduğundan koşulları oluşmuşsa öncelikle uygulanacaktır.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/1. maddesinde güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Bu halde verilecek ceza 3 yıldan az olamayacaktır. Burada aslında farklı bir suçtan ziyade güveni kötüye kullanma suçuna bazı nitelikli haller getirilmiştir. Ancak sayılan fiillerin suç oluşturup oluşturmadığı bu kanuna bakılarak belirlenecek ve özel kanun niteliğinde olduğundan öncelikle uygulanacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçuna benzer bir düzenleme 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 131. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *"Askeri bir hizmet yaparken veya vazifeyi suiistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi veya emanet edilmiş olan para veya kıymeti ne olursa olsun bir eşyayı yahut kendisine tevdi veya emanet edilmiş olmasa bile her türlü askeri erzak, eşya ve hayvanları çalanlar veya zimmetine geçirenler yahut ihtilas edenler veya satanlar yahut rehine verenler ve bunları bilerek satın alanlar veya rehin kabul edenler veya gizleyenler"* cezalandırılacaktır. Görüldüğü üzere güveni kötüye kullanma suçunu işleyenlerin asker kişilerce işlenmesi ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir. Burada da özel norm niteliğinde olduğundan öncelikle bu kanun maddesi uygulanacaktır.

III. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Güveni kötüye kullanma suçu, malvarlığına karşı suçlar içerisinde yer almış olup, uygulamada gittikçe artan oranda karşılaşılmaktadır. Suçun genel olarak düzenleniş tarzına bakıldığında, 765 sayılı ETCK'ya göre daha kısa ve fakat daha genel ibarelere yer verildiği görülmektedir. Ceza kanunlarının, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği, içeriğinin açık olması gerekir ise de, çok kazuistik ve sınırlayıcı düzenlemeler, sürekli değişen toplumlarda, yeni durumların karşılanamaması sorununa yol açacaktır. Gerçekten de günümüz toplumu çok hızlı evrimleşmektedir. Teknolojik gelişmeler deyim yerinde ise ışık hızında yaşanmaktadır. Birçok kanun bu değişiklik karşısında yetersiz kalmaktadır. O nedenle kanunilik ilkesini zedelemeyen genel ifadelerle suçun düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçu, gerek kanun metnin yazılışı gerekse gerekçesi itibarıyla iyi düzenlenmiş bir suç olarak gözükmektedir. Şüphesiz, mükemmel ve kusursuz değildir. Örneğin, suçun tamamlanması için yarar sağlanması gerekip gerekmediği açıkça anlaşılamamaktadır. Kanun maddesinde yer alan "kendisinin veya başkasının yararına olarak" ibaresinin suçun oluşumu ve tamamlanması için yarar sağlamak mı gerektiği yoksa bu düzenlemenin failin kendisinin yanı sıra üçüncü kişilerin yararına olarak da bu suçu işleyebileceğini belirtmek için mi getirildiği konusunda, haklı olarak farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu konudaki tartışmaları ve görüşümüzü ilgili kısımda ayrıntılı olarak açıklamıştık

Güveni kötüye kullanma suçu içerik itibarıyla birçok hukuki ilişkiye temas ettiğinden suçun oluşup oluşmadığının tespiti oldukça önemlidir. Çünkü bu suçun özünde taraflar arasında bir hukuki ilişki, çoğu zamanda borçlar kanunu ya da diğer özel kanunlarda tanımlanan bir sözleşme ilişkisi vardır. O nedenle her borca aykırı davranışın, her sözleşmedeki edimi yerine getirmemenin bu suçu oluşturmayacağına önemle dikkat edilmelidir. Suçun iyi anlaşılabilmesi zilyetlik ilişkisi, zilyetlik kurumu, zilyetliğin devri gibi konulara hâkim olunmasına da bağlıdır. Bu yönüyle güveni kötüye kullanma suçu özel hukukla iç içe geçmiş durumdadır.

Suçla korunmak istenen sadece mülkiyet hakkı olmayıp, aynı zamanda kişiler arasındaki güven ilişkisi de korunmak istenmiştir. Ti-

caret hayatı güven ilişkisi üzerine kurulur. Ahde vefa de denen söz bağlılık, ticaretin devamı ve ekonomik hayat için oldukça önemlidir. Nitekim bu güven unsuru sadece kişiler arasındaki ilişkilerde söz konusu olmayıp devletlerin ekonomileri için de hayati öneme sahip hale gelmiştir. Globalleşen dünyada bir ülkenin ekonomik olarak güven verip vermemesi o ülkeye yatırım yapmak isteyen yabancıların kararını doğrudan etkilemektedir. Birçok ekonomik kriz de ekonomiye olan güvensizlikten çıkmaktadır. Tüm bu açıklamalarımız güveni kötüye kullanma suçunun güven ilişkisini korumak amacıyla da ihdas edildiğini göstermek içindir. Zira madde başlıkları da bize korunan hukuki değer için ipucu vermektedir. Suçun adı “güveni kötüye kullanma”dır. Mülkiyeti, ekonomiyi ya da zilyetliği koruma olarak takdir edilmemiştir.

Suçun koruduğu hukuki menfaat ve fiil eylemi göz önüne alındığında birçok benzer suçla karıştırılma ihtimali olduğu gibi, bazı hukuki ilişkilerin suç olarak algılanmasına da sebep olabilir. O nedenle her somut olayda taraflar arasında önceden hukuki bir ilişki olup olmadığı, taraf iradelerine uygun bir zilyetlik devri olup olmadığı, failin eyleminin sadece borca aykırı davranış mı, yoksa güveni kötüye kullanma fiili mi olduğu iyi tespit edilmelidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akipek Jale G., *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, AÜHF Yayınları, Ankara 1974,
 Artuç Mustafa, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007,
 Ayan Mehmet; *Eşya Hukuku -I- Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Adalet Yayınevi, Konya Ekim 2004,
 Bakıcı Sedat, 5237 sayılı Kanun Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2008,
 Bulutoğlu Kenan, *Emniyeti Suiistimal Cürümleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:635, İstanbul 1955,
 Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Beta Yayınları, İstanbul 2016,
 Dönmezer Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayınevi, İstanbul 1998,
 Gündel Ahmet, 5237 sayılı TCK'da Zimmet Sahtecilik Dolandırıcılık Yağma Hırsızlık Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2009,
 Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A yayıncılık*, Ankara 2013,

- Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Eşya Hukuku, *Filiz Kitabevi*, İstanbul 1991,
- Esener Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008,
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2006,
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015,
- Malkoç İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Birinci Cilt, Seçkin Yayınevi, 2008,
- Meran Necati, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Sahtecilik-Malvarlığı-Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006,
- Önder Ayhan, Şahıslara Ve Mala Karşı Cürümler Ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994,
- Özbek Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı 2. Cilt, Seçkin Yayınevi, İzmir 2008,
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013,
- Özgenç İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002,
- Öztan Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2008,
- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Yayın Matbaacılık, Ankara 2007,
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007,
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013,
- Yaşar Osman/Gökcan H. Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014,

Yüksek Lisans ve Doktora Tezleri

- Canpolat Can, "5237 sayılı TCK'da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu", MÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> erişim tarihi: 16/01/2021,
- Menekçe Ömer, XVII Ve XIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul 1998,
- Sarsıkoğlu Şenel, Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 155), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 16.01.2021)

Makaleler

Erem Faruk, “Cezalandırılabilme Objektif Şartı(Şartlı Suçlar)”, *AÜHF Dergisi*, Y: 1970, C: 27, S: 1-4,

Meraklı, Serkan, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Basım Yılı:2010, Cilt:11 Özel Sayı:2009, 1657-1713,

Yazıcıoğlu R. Yılmaz, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayı, Yıl:2013, Cilt:19, Sayı:2,

Yazıcıoğlu R. Yılmaz, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hırsızlık Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y: Aralık 2007, C: 2, S: 5, (Yazıcıoğlu; Hırsızlık Suçu).

İnternet Kaynakları

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 16.01.2021)

Http://www.Adlicil.Adalet.Gov.Tr/İstatistik_2015/Ceza/33.Pdf (Erişim Tarihi: 07.11.2018)

