



T.C.
ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİMDALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

HAZIRLAYAN
Harun Raşit DİKMENER

EYLÜL 2017

**T.C.
ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİMDALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

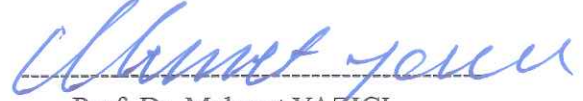
DANIŞMAN :YRD. DOÇ. DR. Elvan KEÇELİOĞLU

**HAZIRLAYAN
Harun Raşit DİKMENER**

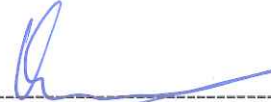
EYLÜL 2017

Tez Başığı : GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU
Tezi Hazırlayan : HARUN RAŞİT DİKMENER

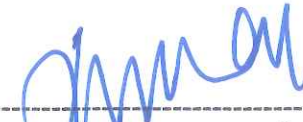
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı:


Prof. Dr. Mehmet YAZICI
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.


Prof. Dr. Mehmet TURHAN
Kamu Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

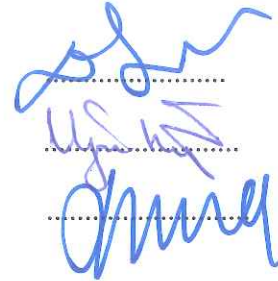
Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.


Yrd.Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU
Tez Danışmanı

Tez sınav Tarihi : 15.09.2017

Tez Jüri Üyeleri :

Prof.Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniv.)
Yrd.Doç.Dr.Uğur ERSOY (KırıkkaleÜniv.)
Yrd. Doç. Dr.Elvan KEÇELİOĞLU (ÇankayaÜniv.)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, tez çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallar gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı Soyadı: Harun Raşit DİKMENER

İmzası : *HR Dikmner*

Tarih : EYLÜL 2017

ÖZET

Güveni kötüye kullanma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 155. maddesinde düzenlenir. Bu suç, belirli bir amaçla bir malın zilyetliğinin belirli bir hukuki ilişki çerçevesinde başka bir kişiye devredilmesinden sonra, malın zilyetliğini devralan kişi tarafından bu amaç dışında kendisinin veya başkasının yararına olarak, mal üzerinde tasarrufta bulunulması veya bu tevdi olgusunun inkar edilmesi şeklinde tanımlanabilir.

Roma hukuku döneminde de var olan ancak, müstakil bir suç olarak düzenlenmeyen güveni kötüye kullanma suçu, hırsızlık fiillerinin içinde yer almaktaydı.

İslam hukuku döneminde tazir suçları arasında yer alan güveni kötüye kullanma suçu, bu dönemde müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. Temel ilkelerinden birisi de emanete riayet etmek olan İslam Hukukunda, emanet alınan bir eşyanın güvenliğinden, değerinin kaybolmamasından eşyaya bir zarar gelmemesinden emanet alan kişi sorumludur.

Osmanlı Devleti döneminde 1858 tarihli *Ceza Kanunname-İ Humayunu* çıkarılmış, bu kanunun ikinci babının dokuzuncu faslında güveni kötüye kullanma suçu, “*emniyetin suistimali*” başlığı altında düzenleme alanı bulmuştur.

Türkiye cumhuriyeti döneminde ilk olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde emniyeti suistimal başlığı altında düzenlenerek uygulanmış, halen de 5237 sayılı TCK'nın 155. maddesinde düzenleme alanı bularak uygulanmaktadır.

Farklı ülkelerin hukuk düzenlerinde de güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Güveni kötüye kullanma suçunda korunan değer kişinin mülkiyet hakkı ve kişiler arasındaki güven duygusudur.

Güveni kötüye kullanma suçunun faili, suça konu mal üzerinde lehine zilyetlik devredilen ve bu devir amacına aykırı tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi suçun failidir. Güveni kötüye kullanma suçu malı belirli şekilde kullanmakla yükümlü olan kişilerce işlenebileceğinden, bu suç özgü suç kabul edilir. Bu suçun faili herkes olamaz.

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için; faile bir malın zilyetliğinin belirli bir hukuki ilişki çerçevesinde devredilmesi, failin kendisine zilyetliği devredilen mal üzerinde verilmiş amacının dışında tasarrufta bulunması ya da devir olgusunu inkar etmesi gerekir.

Güveni kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

TCK 155/2. maddesi uyarınca; 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 nitelikli güveni kötüye kullanma suçu oluşur. Daha fazla cezaya hükmolunur.

Güveni kötüye kullanma suçunun; hırsızlık, dolandırıcılık, zimmet, bankacılık zimmeti, mala zarar verme ve muhafaza görevini kötüye kullanma suçlarıyla benzer yanları olduğu gibi bu suçlardan ayrılan yönleri de vardır.

1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda güveni kötüye kullanmaya ilişkin özel düzenlemeler mevcuttur.

Güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüs, iştirak mümkündür. Güveni kötüye kullanma suçunda içtima ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir.

Güveni kötüye kullanma suçunda şahsi cezasızlık sebepleri, cezayı hafifletici şahsi sebepler ve etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Güveni kötüye kullanma suçunun basit halinin soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı iken, nitelikli halinin soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılır.

Güveni kötüye kullanma suçunda yaptırım olarak hapis cezası ve yanında adli para cezası öngörülmüştür. 155/1. madde kapsamında kalan basit güveni kötüye kullanma suçu için öngörülen ceza; altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezasıdır. 155/2. madde kapsamında kalan nitelikli güveni kötüye kullanma suçu için öngörülen ceza ise; bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adlî para cezasıdır.

Anahtar Kelimeler:Güveni kötüye kullanma suçu , Türk Ceza Kanunu, suç, zilyetlik, mal, fail, şikayet,hapis cezası, adli para cezası

ABSTRACT

Criminal breach of trust is defined under section 155 of the Turkish Penal Code Law no.5237. Pursuant to section the crime is ,when a person is given the possession of property and dishonestly misappropriates or converts to his own or another one's use and for own benefit to have dispose of property or deny the deposit fact.

It exists during Roman Law Period too, but because of not being an individual crime, it was defined as one of robbery acts.

During Islamic Law Period this crime has been issued as an individual crime as it was a ta'zir crime.

As observance of trust is one of basic principles of Islamic Law, the entrusted person is responsible of safety of custody and not to be damaged

During Ottoman Empire period a law named "Ceza Kanunname-i Hümayunu" was made at 1858. According to 2. part 9. chapter of that law, the crime has been defined as a breach of confidence..

For Republic of Turkey it has been enforced as breach of confidence up to Turkish Penal Code Law no.765 and now it is still being enforced in same way up to section 155 of the Turkish Penal Code Law no.5237.

There are rules about the criminal breach of confidence among the laws systems of different countries.

Pursuant to this crime, the maintained worths are property rights of the person and the feeling of trust between sides.

When a person is entrusted with property and dishonestly misappropriates or dishonestly uses that property in a way out of usage and denies the transfer fact , this person is offender. Since this crime can be committed by someone who has dominion over property, it is accepted as an individual crime.The offender can't be everyone.

For occurrence of the crime, there must be a transfer of the possession of property to the offender and offender must use that property in a way in violation of the law or deny the transfer fact.

The criminal breach of confidence can be committed intentionally but not as a negligent crime.

Pursuant to article 155/2 whatever the reason is, occupation and art, trade and employment relations or anything else, if the crime is committed against the properties which have been handed over and delivered up to the rights of management of other's properties, this causes to be a indictable offence. It gets ruled to more punishments.

It has both similar and different sides with crimes such as robbery, fraud, embezzlement, the banking charges, damage the property, misfeasance of protection crimes.

There are specific regulations about this crime in Military Penal Code Law no.1632 and Capital Market Law no. 6362.

It is possible to attempt or abet to commit this crime. The implementations of provisions of conseil and successive crimes can come up.

For this crime provisions of personal impunity, extenuating circumstances or effective renorse can be implemented.

Indictable offences can be investigated and prosecuted ex officio while summary offences prosecuted on complaints for this crime.

The punishment of summary offence which is issued under section 155/1, of is imprisonment extend 6 months to 2 years and judicial fine. The punishment of indictable offence which is issued under section 155/2 is imprisonment extend 1 year to 7 years and judicial fine extend to 3 thousands days.

Key words: Criminal breach of trust, Turkish Penal Code Law, crime, possessory, goods, perpetrator, complaint, imprisonment, judicial fine

İÇİNDEKİLER

ONAY SAYFASI.....	iii
İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vii
İÇİNDEKİLER TABLOSU.....	x
KISALTMALAR.....	xiv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ BİR KAVRAM OLARAK GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU, GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN TARİHÇESİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

I.GENEL OLARAK GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU.....	5
II.GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU VE MÜLKİYET HAKKI.....	8
III.GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN TARİHÇESİ.....	12
1.Roma Hukuku.....	12
2.İslam Hukuku.....	13
3.Türk Hukuku.....	14
A)Osmanlı Devleti Dönemi.....	14
B)Türkiye Cumhuriyeti Dönemi.....	16
VI. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU.....	18
1.Genel Olarak.....	18
2.Almanya.....	18
3.İsviçre.....	20

4.İtalya.....	21
5.Fransa.....	22
V. KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	24

İKİNCİ BÖLÜM
GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI, SUÇUN
NİTELİKLİ HALİ, GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER
SUÇLARDAN AYRIMI VE ÖZEL CEZA KANUNLARINDAKİ
DÜZENLEMELER

I. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI.....	26
1. Tipikliğin Maddi Unsurları.....	26
A) Fail.....	26
B) Mağdur.....	30
C) Suçun Konusu.....	36
1) Mal Kavramı.....	36
2) Malın Başkasına Ait Olması.....	40
D) Zilyetliğin Devri.....	42
1) Zilyetlik Kavramı.....	42
2) Zilyetliğin Devri.....	45
E) Fiil.....	49
1) Genel Olarak.....	49
2) Devir Amacı Dışında Tasarrufta Bulunma.....	53
3) Devir Olgusunu İnkâr Etme.....	57

2. Tipikliğin Manevi Unsuru.....	59
A)Kast.....	60
B)Taksir.....	62
3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru.....	63
II. SUÇUN NİTELİKLİ HALİ.....	65
II. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN AYRIMI..	72
A) Hırsızlık Suçu Açısından.....	72
B) Dolandırıcılık Suçu Açısından.....	77
C) Zimmet Suçu Açısından.....	79
D) Bankacılık Zimmeti Suçu Açısından.....	83
E) Mala Zarar Verme Suçu Açısından.....	86
F)Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu Açısından.....	87
III. ÖZEL CEZA KANUNLARINDAKİ DÜZENLEMELER.....	89
A) 1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu.....	89
B) Mülga 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu.....	90
C)6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu.....	91

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ VE CEZANIN AZALTI MASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEPLER, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	94
1. Teşebbüs	94

2. İştirak.....	97
3. İçtima.....	99
II. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ VE CEZANIN AZALTILMASINI	
GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEPLER.....	104
1.TCK m.167/1' deki düzenleme.....	105
2.TCK m.167/2' deki düzenleme.....	107
3.Etkin Pişmanlık.....	108
III. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ.....	112
IV. YAPTIRIM.....	120
SONUÇ.....	123
KAYNAKÇA.....	129
ÖZ GEÇMİŞ.....	137

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi
C	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇÜSBE	:Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
DEUHFĐ	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E	: Esas
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
İSBE	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükümünde Kararname
MÜSBE	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YCD	: Yargıtay Ceza Dairesi

GİRİŞ

Bireylerin bir arada yaşamasıyla oluşan toplum, varlığını ve devamlılığını bazı kuralların varlığına borçludur. Kuralların olmadığı bir toplumda düzen ve devamlılıktan söz edilemez. Aynı şekilde toplumsal barışın tesis edilmesi, bu barışın devamlılığını sürdürmesi ve sonsuza kadar var olmasının sağlanması kuralların varlığı ile mümkündür. Ortak toplumsal yaşam ancak toplumsal barışın sağlanmasıyla vücut bulur. Topluluk olmaktan toplum olmaya giden yol ancak bireylerin dilediği gibi davranma özgürlüklerinin kısıtlanmasından geçer.¹ Bu kısıtlamaları sağlayarak toplumun düzen ve barış içerisinde yaşamasını sağlayacak olan şey ise kurallardır.

Toplumda düzenin barışın tesis ve devamlılığını sağlayan kurallar hukuk düzenlerini oluşturmaktadır. Kişilerin hak ve özgürlüklerinin tesis edilmesi, korunması ve bu hak ve özgürlüklerin zamanın şartlarına göre değişip gelişmesinin sağlanması için hukuk düzenleri kurulmuştur. Hukuk düzenlerinin de devamlılığı, var olan kurallara uyulmakla sağlanacaktır. Kişilerin kendi kişiliklerini geliştirebilmeleri, toplumsal, kültürel ve ekonomik bakımdan ilerleyebilmeleri hukuk düzenlerinin varlığı ve kurallara uyulmasıyla mümkündür.²

Ceza hukuku var olan hukuk düzeninin korunması ve varlığını devam ettirebilmesi için ortaya çıkmış bir hukuk dalıdır. Hukuk düzeni, varlığını korumak ve sürdürmek için kuşkusuz bir takım zorlayıcı düzenlemeler yapmayı gerekli görmüştür. Bu zorlayıcı düzenlemelerin varlığı da ceza hukukunun oluşmasını zorunlu ve gerekli kılmıştır. Bu hukuk dalı, hangi davranışların haksızlık teşkil ettiği, bu haksızlıklardan hangisinin suç olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu

1 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Ceza Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s.38

2 ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 26

suçlar karşısında ne tür yaptırımlar uygulanması gerektiğini belirtir. Dolayısıyla ceza hukuku var olan hukuk düzeninin korunmasını sağlayan bir işlev icra eder.³ Ceza hukukunun bu işlevi sayesinde, ihlaller engellenir, haksızlıklar yaptırımsız kalmaz ve toplumsal barış sağlanır.

Suç genel olarak hukuk düzeninin veya ceza kanunlarının ihlali olarak tanımlanabilir. Suç, belirli çağa, belirli koşullara göre değişkenlik gösterebilir. Hangi eylemlerin, hangi koşullar altında suç olacağını düzenleyen devletler ya da kanun koyuculardır.⁴

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun amacı da, 1. maddede belirtildiği üzere; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Toplumsal barış, kamu düzeni ve kişi hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ceza kanununda ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.

Tüm suç ve cezaya ilişkin düzenlemeler, kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, özgürlüğü, şerefi, haysiyeti gibi kişisel değerlerinin yanında malvarlığı değerlerine yönelik ihlalleri önlemeyi amaçlar.⁵

Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan ve kişilerin temel haklarından olan mülkiyet hakkı da korunması ve ihlalinin önüne geçilmesi gereken önemli bir haktır. Bu hakkı korumak amacıyla Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap, ikinci kısım, onuncu bölümde malvarlığına karşı suçlar düzenlenmiştir. Bu suçlar 141 ila 169. maddeler arasında düzenlenir.

İnceleme konumuz olan güveni kötüye kullanma suçu da TCK'nın malvarlığına karşı suçlar isimli bölümünde 155. maddede düzenlenmiştir. Özet

3 ÖZGENÇ İzzet, a.g.e., s.33

4 ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ajans Türk Matbaacılık, Ankara, 1973, s.2

5 KOCA, Mahmut, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, Sayı.5, Kazancı Hukuk Dergisi, Kazancı Yayınları 2005, s.67

kısımında yapıldığı gibi bu suç; belirli bir amaçla bir malın zilyetliğinin belirli bir hukuki ilişki çerçevesinde başka bir kişiye devredilmesinden sonra, malın zilyetliğini devralan kişi tarafından bu amaç dışında kendisinin veya başkasının yararına olarak, mal üzerinde tasarrufta bulunulması veya bu tevdi olgusunun inkar edilmesi şeklinde tanımlanabilir.

Güveni kötüye kullanma başlıklı çalışmamız, üç bölüm ve sonuç bölümünden oluşmaktadır.

Birinci bölümde ; genel olarak güveni kötüye kullanma suçu, güveni kötüye kullanma suçu ve mülkiyet hakkı, güveni kötüye kullanma suçunun tarihçesi, karşılaştırmalı hukukta güveni kötüye kullanma suçu ve korunan hukuki değer konuları ele alınarak incelenmeye çalışılacaktır. Güveni kötüye kullanma suçunun tarihçesi konusu; Roma Hukuku dönemi, İslam Hukuku Dönemi ve Türk Hukuku dönemi şeklinde üç ana başlık altında incelenecektir. Güveni kötüye kullanma suçu ve mülkiyet hakkı konusunda bu suç ile mülkiyet hakkı ilişkisi anlatılacaktır. Karşılaştırmalı hukukta güveni kötüye kullanma suçu; Almanya, İsviçre, İtalya, Fransa ülkeleri açısından değerlendirilecek, son olarak da bu suçta korunan hukuki değer konusu anlatılarak birinci kısma son verilecektir.

İkinci bölümde; güveni kötüye kullanma suçunun unsurları, suçun nitelikli hali, güveni kötüye kullanma suçunun benzer suçlardan ayrımı ve özel ceza kanunlarındaki düzenlemeler konuları ele alınacaktır. Güveni kötüye kullanma suçunun unsurları konusu; tipikliğin maddi unsurları, tipikliğin manevi unsuru ve suçun hukuka aykırılık unsuru isimli ana üç başlık altında incelenecektir. Suçun unsurları konusundan sonra güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali, bu suçun kimi suçlarla benzer ve ayrılan yönlerinin incelenmesi ve güveni kötüye kullanma ile ilgili özel ceza kanunlarındaki düzenlemeler ele alınarak ikinci kısım tamamlanacaktır.

Üçüncü bölümde; suçun özel görünüş şekilleri, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezanın azaltılmasını gerektiren şahsi sebepler, soruşturma ve kovuşturma usulü ve yaptırım konuları ele alınacaktır. Suçun özel görünüş şekilleri konusunda; teşebbüs,

iştirak ve içtima konuları, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezanın azaltılmasını gerektiren şahsi sebepler konusunda TCK 167. maddesindeki düzenlemeler ve etkin pişmanlık hükümleri anlatılacaktır. Soruşturma ve kovuşturma usulü ile yaptırım konusu incelenerek üçüncü kısma son verilecektir.

Sonuç kısmında ise; konumuz olan güveni kötüye kullanma suçu hakkında genel değerlendirmeler yapılarak çalışmamıza son verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU,
GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN TARİHÇESİ,
KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU
VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

I. GENEL OLARAK GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

Malvarlığına karşı suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ikinci kitap, ikinci kısım, onuncu bölümünde, 141-169. maddeleri arasında düzenlenir. Burada düzenlenen suçlar; hırsızlık, yağma, mala zarar verme, hakkı olmayan yere tecavüz, güveni kötüye kullanma, bedelsiz senedi kullanma, dolandırıcılık, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf, hileli iflas, taksirli iflas, karşılıksız yararlanma, şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi, bilgi vermeme suçlarıdır. Güveni kötüye kullanma suçu da bu bölümde düzenlenen bir suçtur.

İnceleme konumuz olan güveni kötüye kullanma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 155. maddede “ *başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi,...*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu suç, belirli bir amaçla bir malın zilyetliğinin başka bir kişiye tevdi edilmesinden sonra bu belirlenen amaçla tevdi edilen kişi tarafından, bu amaç dışında kendisinin veya başkasının yararına olarak, mal üzerinde tasarrufta bulunulması veya bu tevdi olgusunun inkar edilmesi şeklinde tanımlanabilir.

Bu suç 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nun Emniyeti Suistimal başlıklı 508. maddesinde “ *Her kim başkasına ait olupta iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim olunan bir şeyi kendisinin veya başkasının menfaatine olarak satar veya rehneder veya sarf ve istihlak eder yahut ketim ve inkar eyler veyahut tahvil ve tağyir ederse mutazarrır olan kimsenin şikayeti üzerine...*” şeklinde düzenleme alanı bulmuştur.

Bu suç hakkında doktrinde “emniyeti suistimal” terimi kullanılmıştır.⁶765 sayılı kanun emniyeti suistimal terimini tercih etmiş ise de Yargıtay birçok kararında “inancı kötüye kullanma” terimini kullanmıştır.⁷

5237 sayılı TCK'nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu, 765 sayılı eski Ceza Kanununun 508. ve 510. maddelerinde düzenlenen emniyeti suistimal suçlarına karşılık gelmektedir. Eski ve yeni düzenlemeler arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Nitekim eski ceza kanununda suçun maddi unsurları olarak gösterilen, *satma, rehnetme, sarf ve istihlak etme, ketim ve inkar etme, tahvil ve tağyir etme* şeklindeki seçimlik hareketleri içine alacak şekilde yeni düzenlemede, *zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkar etme* olarak belirtilmiştir.⁸

Hukuki manada emniyet; güven, inanma, itimat, güvenlik anlamlarına gelmektedir.⁹ Suistimal sözcüğü ise “sui” ve “istimal” kelimelerinin birleşmesiyle

6 EREM, Faruk Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Kitabevi, 3. Baskı Ankara, 1985, s.710

7 “...işletme Başmühendisliğinde sözleşmeli memur olarak çalıştığı sırada Başmühendisliğinin 08.06.2000 tarihli veDağıtım Müessesesinin 17.07.2000 ve 10.10.2000 tarihli yazılarının içeriği ile sanığın duruşmadaki “ bana sözlü olarak M...’in işi verildi ” şeklindeki beyanlarından, yasal engel bulunmadığı da gözetilip sanığın tahsilat servisinde çalışmak üzere şifahi görevlendirildiği ve bu görevi ifa sırasında çeşitli tarihlerde tahsil ettiği paraları kurum hesabına yatırmayarak mal edinmek suretiyle müteselsil zimmet suçunu işlediği anlaşıldığı halde yazılı gerekçelerle **inancı kötüye kullanmaktan** hüküm kurulması,” Y5CD. 16.04.2007, 2006/7340 E. -2007/2857 K. sayılı kararı

8 PARLAR, Ali, HATIPOĞLU, Muzaffer, 5237 sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.497

9 YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2005, s.330

meydana gelerek oluşmuş, kötüye kullanma anlamına gelmektedir.¹⁰ Görüldüğü üzere emniyeti suistimal, inancı kötüye kullanma ve güveni kötüye kullanma kavramları genel olarak eş anlamlıdır. 5237 sayılı TCK “güveni kötüye kullanma” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Biz de çalışmamızda bu kavramı kullanarak TCK'nın kullandığı terminolojiyi kullanacağız.

Güveni kötüye kullanma suçunu yukarıda tanımlarken, elbette ki kanunilik ilkesinin gereği olarak biz de TCK'nın belirlemiş olduğu unsurlardan yararlandık. Bu suçun var olabilmesi için; başkasına ait bir malın olması, suçun failine bu malın belirli bir amaçla zilyetliğin devredilmiş olması, failin kendisinin veya bir başka kişinin yararına olacak şekilde devredilme amacına aykırı olarak mal üzerinde tasarrufta bulunması veya bu devir hususunu inkar etmesi şarttır. Kanunda belirtilen unsurlar dışında başka bir olgunun var olması veya bu unsurlardan birinin eksik olması durumunda güveni kötüye kullanma suçunun oluşması mümkün değildir.

Güveni kötüye kullanma teriminden de anlaşılacağı üzere, burada suçun faili ile suçun mağduru arasında bir “güven”, “inanç”, “itimat” ilişkisi mevcuttur. Bu ilişki, fail ile mağdur arasındaki kişisel güven ilişkisi olabileceği gibi, ticari güven ilişkisi de olabilir. Burada açıkça ortaya konmasa bile bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu sözleşme ile fail ile suçun mağduru arasında bir zilyetlik devri söz konusudur. Kanunla bu suçun ihdas edilmesinin amacı TCK'nın 155. maddesinin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, kişiler arasındaki bu güveni korumak ve sürdürülmesini sağlamaktır. Dolayısıyla bu güvenin korunması sayesinde kişilerin temel haklarından olan mülkiyet hakkı da korunmuş olacaktır.

5237 Sayılı TCK'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında ise bu suçun nitelikli şekli düzenlenir. Nitelikli güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için ise, suça konu olan zilyetlik devrinin, meslek, sanat veya ticaret ilişkisinin gereği olarak malı idare etme yetkisi çerçevesinde yapılmış olması ve bu yetkiye aykırı olarak güvenin kötüye kullanılması gerekir. Malı idare yetkisi çerçevesinde tevdi ve teslim olgusu neticesinde ilk fıkrada belirtilen devir amacı dışında tasarruf etme veya devri inkar

10 YILMAZ, Ejder, a.g.e.s.1131

etme durumu olmalıdır. Bu fıkraya giren bir durum söz konusu olup bir ihlal olduğunda ilk fıkrada öngörülen ceza artırılarak uygulanacaktır. Bu da güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır.

Hukuk düzeni, güveni kötüye kullanma düzenlemesi ile, bir mala zilyet olan kişi tarafından işlenebilecek malvarlığına karşı ihlallerin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Başka bir deyişle, başkasına ait olan mal üzerinde zilyet olan kişinin, malikmiş gibi davranmasını, malikin yapabileceği tasarrufları yapmasını cezalandırmaktadır. Bu tür eylemler gerçekleştirildiğinde kanun koyucu, özel hukuk müeyyideleriyle yetinmeyip, malik olmayan zilyedin elinde bulundurduğu maldan haksız menfaat elde etmesinin önüne geçmesini amaçlamaktadır.¹¹

II.GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU VE MÜLKİYET HAKKI

Güveni kötüye kullanma suçu, 5237 sayılı TCK'nın malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Bundan hareketle bu suçta korunan hukuki değer öncelikli olarak mülkiyet hakkıdır. Bu bağlamda bu suç bakımından mülkiyet hakkı konusunda kısa bir açıklama yapılmaksızın konunun değerlendirmesi durumunda bu çalışmanın eksik kalacağı kanaatindeyiz. Bu başlık altında genel olarak mülkiyet hakkı açıklanmaya çalışılacak, güveni kötüye kullanma suçu ile ilişkisi ortaya konmaya çalışılacaktır.

Mülkiyet hakkı, Anayasamızın 35. maddesinde koruma altına alınan temel haklardandır. Mülkiyete ilişkin düzenlemeleri de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yapmıştır. Ancak ne anayasada ne de Medeni Kanunda mülkiyet hakkı net olarak tanımlanmamıştır.

Anayasamızın 35. maddesi mülkiyet hakkını tanımlamamakla beraber mülkiyet hakkının içeriğine yönelik temel kurallar ortaya koymuştur. Söz konusu 35.

11 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar,Savaş Yayınevi, Ankara, 2013

madde aynen; *“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”* şeklindedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesi mülkiyet hakkının içeriğini ortaya konmuştur. Bu düzenleme aynen; *“Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.”*

Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.” şeklindedir.

Görüleceği üzere ne Anayasada ne de Medeni Kanunda mülkiyet hakkının tanımı yapılmamıştır. Bu açıklamalar ışığında ve eşya hukukuna ilişkin bütün kurallar göz önüne alınarak mülkiyet hakkı; eşya üzerinde en geniş yetkileri tanıyan bir aynı hak olarak tanımlanabilir.¹²

Mülkiyet hakkı, Roma Hukuku döneminden bu yana, bu hakkın sahibi olan malike, temel olarak, kullanma(usus), yararlanma (fructus)ve tasarrufta bulunma(abusus) yetkilerini tanır.¹³ Malike tanınan bu haklar eşya hukukunda kişiye eşya üzerinde tanınan en geniş yetkiyi ifade eder.

Mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkiler aktif yetki ve koruyucu yetki olmak üzere iki türdür. Aktif yetkiye mülkiyetin olumlu yönü, koruyucu yetkiye ise mülkiyetin olumsuz yönü de denmektedir.¹⁴ Mülkiyetin olumlu yönü, kullanma yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinden oluşur. Olumsuz yönü ise, başkalarının malikin eşyasına yönelik saldırıları önleme ve bu tür saldırıları önlemesi yönünde devletten talepte bulunma yetkisini ifade eder.

12 OĞUZMAN, Kemal, SELİCİ Özer, ÖZDEMİR-OKTAY Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 233

13 EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 6.

14 OĞUZMAN, Kemal, SELİCİ Özer, ÖZDEMİR-OKTAY Saibe, a.g.e, s.234-235

Mülkiyet hakkı yukarıda değinildiği gibi kişilerin temel haklarından olup, devlet tarafından korunması gereken, bu hakka bir saldırı olduğunda, devlet tarafından bu saldırıların önlenmesi gereken bir haktır. Mülkiyet hakkına sahip olan malik de bu hakkın korunmasını devletten her zaman isteyebilir.

Mülkiyet hakkının içeriği ve korunması yönünde AIHS in 1 numarası protokolü oldukça önem taşımaktadır. Bu protokolün birinci maddesinin Türkçeye çevrilmiş hali aynen; *“Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden/mamelekenden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve Uluslar arası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.*

*Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak ya da vergilerin yahut diğer katkıların/yükümlülüklerin yahut para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine halel getirmeyecektir.”*şeklindedir.¹⁵

Bu çeviriden de anlaşılacağı üzere, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve Uluslar arası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak, hukuk çerçevesinde sınırlamalar hariç, başka keyfi şekilde sınırlanamaz. Kişiler bu hakkını ve bu hakkın tanıdığı yetkileri özgürce kullanabilir.

Güveni kötüye kullanma suçunun TCK da malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olması ve bu suçla korunan hukuki değer in öncelikli olarak mülkiyet hakkı olduğunu yukarıda söylemiştik. Mülkiyet hakkı hak sahibine aktif yetkiler tanıdığı gibi, bu hakka karşı saldırılar olduğunda ya da bu hakkın kişilerin rızasına aykırı olarak kullanımın engellenmesi ya da tam manasıyla bu hakkın

15 GEMALMAZ, Haydar Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Doktora Tezi, İstanbul, 2008, s.5

kullanımının önüne geçilmemesi konusunda devlete de ödevler yüklemektedir. Güveni kötüye kullanma suçunu, belirli bir amaçla bir malın zilyetliğinin başka bir kişiye tevdi edilmesinden sonra bu belirlenen amaçla tevdi edilen kişi tarafından bu amaç dışında kendisinin veya başkasının yararına olarak, mal üzerinde tasarrufta bulunulması veya bu tevdi olgusunun inkar edilmesi şeklinde tanımlamıştık. Bu suçun işlenmesiyle suçtan zarar gören kişi, mülkiyet hakkına sahip olan maliktir. Dolayısıyla hukuk düzeninin, kişilerin mülkiyet hakkını tam anlamıyla korumak amacıyla ceza kanunlarıyla belirli suç tipleri ihdas etmesi kaçınılmazdır. Güveni kötüye kullanma suçu da bu hakkı korumak amacıyla ihdas edilmiş bir suç tipidir. Malikin mülkiyet hakkına hanel getirecek fiilleri gerçekleştirme durumunda bunun önüne geçmek ve bu hakkı korumak için güveni kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir.

Malvarlığına karşı öngörülen diğer suçlar gibi güveni kötüye kullanma suçu da, Uluslar arası sözleşmeler, Anayasa ve kanunlarla güvence altına alınan mülkiyet hakkının yüklediği ödevi yerine getirmek için devletin bir takım ödevlerle yükümlendirilmesi sonucu düzenlenmiştir. Bu hakkın ihlal edildiği güveni kötüye kullanma fiillerin cezalandırılması da devletin bir ödevidir. Bu bağlamda güveni kötüye kullanma fiillerinin cezalandırılmaması da devletin bu ödevini ihmal etmesi anlamına gelecektir. İşte bu hak korunmak için de güveni kötüye kullanma suçu hukuk düzenimizde mevcuttur ve bu suçu işleyenler TCK çerçevesinde bir yaptırımla karşılaşacaktır.

III.GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN TARİHÇESİ

1.Roma Hukuku

Güveni kötüye kullanma suçu Roma Hukuku döneminde müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. XII Levha Kanunlarında bu tip fiiller hırsızlık(furtum) suçu içinde düzenleme bulmuştur. Buna ilişkin örneğin vasiinin vesayeti altında bulunan çocuğun malına el koyarak kendininmiş gibi tasarrufta bulunması halinde olduğu gibi hırsızlık suçunun içinde düzenlenmiştir. Hırsızlık suçuna ilişkin yaptırımlar güveni kötüye kullanma fiilleri için de uygulanmaktaydı.¹⁶

Furtum her ne kadar hırsızlık diye tercüme edilse de bu kavram hırsızlıktan daha geniş kavramları içerisine alır. Roma Hukukunda furtum kavramı bugünkü hırsızlık, güveni kötüye kullanma gibi mala karşı işlenen suçları da karşılar.¹⁷

Roma hukukunda güveni kötüye kullanma suçuna vücut verebilen bir sözleşme de ödünç sözleşmesiydi. Burada suçun oluşabilmesi için bir malı ödünç sözleşmesi uyarınca alan kişinin, bu sözleşmeye aykırı bir amaç için bu malı kullanması da furtum yani hırsızlık olarak kabul edilmekteydi. Burada sözleşmeye göre bir malı ödünç alan kişi mal sahibinin verdiği amaca aykırı hareket ettiğini bilerek ve mal sahibinin bilgisi olsa dahi buna izin vermeyeceğini idrak ederek hareket etmektedir. Ancak amaca aykırı bir şekilde ödünç verilen malı kullanan kişi, mal sahibinin buna rıza göstereceğini düşünerek hareket ediyorsa burada suç söz konusu olmayacaktır.¹⁸

16 SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin yayımları, 10. Baskı, Ankara, 2014, s.447

17 RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.147

18 SARSIKOĞLU, Şenel, Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.13

2.İslam Hukuku

İslam Hukukunda cezalar *ukubat* kelimesi ile adlandırılmıştır. İslam hukukunun kaynakları temel olarak; Kur'an, Sünnet, İcma-i Ümmet ve Kıyas-ı Fukah'dır. İslam hukukunda bugünkü manada kamu hukuku-özel hukuk ayrımı yoktur. İslam hukukunda; ibadet, muamelat ve ukubat şeklinde üçlü bir ayırım vardır. Ceza hukuku ile ilgili bölüm ise ukubat kısmına dâhildir. Ukubat, cezalar manasına gelmektedir.¹⁹

İslam ceza hukukunda suç, "Allahü tealanın had ve tazir cezası koyarak yasaklamış olduğu şer'i mahzurlar olarak tanımlanır. Şer'i mahzurlar sözünden, bir şeyin suç olabilmesi için şer'an yasaklanmış olması anlaşılır.²⁰

İslam hukukunda suç ve cezalar *had, kısas ve tazir* olmak üzere üçlü bir ayırma tabi tutulmuştur. İslam hukukuna göre had ve tazir suçlarında kanunilik ilkesi geçerlidir ve bu suçların sayısı oldukça azdır. İslam hukukunda kuranda belirtilmiş olan ve değişmez olan cezalara *had* denir. Önceden belirtilmemiş olan, yahut belirtilmiş olup da cezasını hakimin tayin edeceği suçlar ise *tazir* olarak tanımlanır.²¹

Had suçlarında suçun unsurları ve cezası belirlenmiştir. Bunlara, zina, zina iftirası, hırsızlık, yol kesme, dinden dönme, devlete başkaldırma ve sarhoşluk örnek verilebilir.²² Kısas suçları ise kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarıdır. Kısas suçlarının unsurları ve cezaları belirlidir.²³

Tazir suçları ise İslam tarafından yasaklanmayan ancak dönemin şartları ve gelişmelere göre kanun koyucu tarafından zaman içinde yasaklanan fiillerdir. Bu

19 GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul,1989, s.3

20 GÖKCEN, Ahmet, a.g.e, s.4

21 ÜÇÖK Coşkun, MUMCU Ahmet, BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.95,99

22 ÜÇÖK Coşkun, MUMCU Ahmet, BOZKURT Gülnihal, a.g.e, s. 95

23 SARSIKOĞLU, Şenel, a.g.e, s.15

suçların şartları ve cezaları İslam tarafından belirlenmemiştir ancak kanun koyucu tarafından şartları ve cezası belirlenmiştir. Bu suç tipinde devlete ve onun yetkili organlarına dönemin koşullarına göre en etkili ve verimli ceza politikası izleme imkanı tanınmıştır.²⁴ Tazir suçlarına evrakta sahtecilik, şantaj, dolandırıcılık, yalan yere tanıklık ve iftira suçları örnek verilebilir. Tazir suçlarında hakime geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Hakim isterse suçluya öğüt verir, azarlar, hapse atar ya da sopa cezasıyla cezalandırır.²⁵ Güveni kötüye kullanma suçu da İslam hukukunda tazir suçları içerisinde yer almıştır.²⁶

İslam hukukunda güveni kötüye kullanma suçu Roma hukukunda olduğu gibi hırsızlık suçu içinde değerlendirilmemiş, ayrı müstakil bir suç ihdas edilmiştir. Çünkü İslam hukukunun temel ilkelerinden birisi de emanete riayet etmektir. Emanet alınan bir eşyanın güvenliğinden, değerinin kaybolmamasından eşyaya bir zarar gelmemesinden emanet alan kişi sorumludur. Kur'an da bir çok ayette buna ilişkin hükümler öngörülüş, kendisine bir şey emanet edilenin emaneti ödemesi, emaneti sahibine teslim etmesi, emanete ihanet edilmemesi konusunda kesin kurallar konulmuştur.²⁷ Güveni kötüye kullanma suçunun cezası Kur'anda belirlenmemiştir ancak bu suçun cezasının belirlenmesi kanun koyucunun ve hakimin yetkisindedir. Bu da güveni kötüye kullanma suçunun tazir suçu olduğunun göstergesidir.

3. Türk Hukuku

A)Osmanlı Devleti Dönemi

Türkler İslamiyeti kabul ettikten sonra devlet yönetiminde ve günlük yaşamda kuşkusuz İslami etkiler gözlemlenmeye başlanmıştır. Bunun en etkin görüldüğü dönem ise şüphesiz Osmanlı Devleti Dönemidir. Osmanlı Devleti Hukuk

24 MENEKŞE, Ömer, XVII ve XIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998, s.115

25 ÜÇÖK Coşkun, MUMCU Ahmet, BOZKURT Gülnihal, a.g.e., s. 99

26 AKBULUT, İlhan, İslam Hukukunda Suçlar Ve Cezalar, Ankara Üniversitesi Dergileri, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/283/2580.pdf> Erişim Tarihi:05.11.2016

27 Nisa Suresi 58. ayet, Bakara suresi 283. ayet.

sisteminde, suç ve cezaların uygulanmasında başlangıçta sıkı bir şekilde İslam Hukukuna bağlı kalmışlardır. Ancak zamanın ilerlemesi ve değişen şartlarla birlikte dönemin şartlarına uygun olarak ve tazir hakkına dayanarak Osmanlı padişahları bazı suçlara ilişkin cezalar öngörmüşlerdir. Osmanlı padişahları bu haklarına dayanarak bazı kanunlar ihdas etmişler, bu kanunlarla da çeşitli cezalar öngörmüşlerdir. Bu şekilde oluşturulan hukuka ise örfi-sultani hukuk adı verilmiştir. Oluşturulan bu hükümler İslam hukukuna aykırılık teşkil etmeyecek şekilde ihdas edilmiştir.²⁸

Örfi hukuk sadece Osmanlı devleti döneminde değil daha önceki Türk devletlerinde var olan bir terimdir. Osmanlı devleti döneminde ise ilk kez Fatih Sultan Mehmet döneminde kullanılmıştır.²⁹

19. yüzyılda 1839 tarihli Gülhane Hattı Humayun(tanzimat fermanı) ile birlikte Osmanlı devleti döneminde ceza alanında kanunlaşma yönünde önemli adımlar atılmıştır. Buna en büyük kanıt ise tanzimat fermanında yer alan “*yasaya aykırı davrananlar için yeni bir ceza yasası yapılacak, suçlu görülenler rütbeye ve hatır ve gönüle bakılmayarak cezalandırılacaklardır.*”³⁰ Hükümüdür. Burada öngörülen ceza kanununa aykırı davranan kişi kim olursa olsun, herhangi bir ayrıcalık tanınmaksızın cezalandırılacakları belirtilmiştir. Hatta bu düzenlemeye göre dağdaki bir çoban ile bir vezirin eşit tutulacağı belirtilmiştir.³¹ Bu bağlamda Osmanlı devleti döneminde ceza hukuku açısından çıkarılan ilk ceza kanunu 1840 tarihli “*Kanun-ı Cezanın ve Balasını Tevşih Buyuran Hattı Humayun*” dur. Bu kanunda güveni kötüye kullanma suçu açısından doğrudan bir düzenleme yoktur ancak; dördüncü fasılda mal aleyhine işlenen cürümlerin anlatıldığı birinci madde güveni kötüye kullanma suçunu da kapsar. Bu madde ile hırsızlık, yağma, mala zarar verme

28 AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, 4. Baskı, Beta Yayınevi, s. 25. , BULUTOĞLU, Kenan, Emniyeti Suistimal Cürümleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1955, s.22

29 BULUTOĞLU, Kenan, a.g.e., s.22

30 TANÖR, Bülent, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, 13. Baskı, İstanbul, 2005 s.41

31 ÜÇÖK Coşkun, MUMCU Ahmet, BOZKURT Gülnihal, a.g.e.,s. 343

gibi mala karşı işlenen cürümlerin yasaklandığı görülür. Bu madde ile güveni kötüye kullanma cürmünün de ilk kez yasaklandığı söylenebilir.³²

Zaman içerisinde mevcut ceza kanununun hükümlerinin dönemin şartları karşısında yetersiz kalması ve ihtiyaca cevap vermemesi ile birlikte Fransız Ceza Kanununun çevirisi niteliğinde olan aynı zamanda İslam hukukuna da entegre edilmiş bir biçimde olan 1858 tarihli *Ceza Kanunname-İ Humayunu* çıkarılmış, bu kanunun ikinci babının dokuzuncu faslında güveni kötüye kullanma suçu, “*emniyetin suistimali*” başlığı altında düzenleme alanı bulmuştur.³³ Bu düzenleme 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girene kadar kullanılmıştır.

B)Türkiye Cumhuriyeti Dönemi

1 Mart 1926 da kabul edilip 1 Temmuz 1926 da yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 1889 Tarihli İtalyan Ceza Kanundan iktibas edilmiştir. Bu kanun yürürlüğe girene kadar TBMM nin açılmasından itibaren altı yıl, Cumhuriyetin İlanından itibaren ise üç yıl 1858 tarihli kanun uygulanmaya devam etmiştir. 765 sayılı kanun hazırlanırken, Güveni kötüye kullanma ile ilgili bölüm aynen tercüme edilmiş ancak defineye usulsüz temellük fıkrası tercüme edilmemiş ve mevzuatımıza girmemiştir.³⁴ Güveni kötüye kullanma suçu 765 sayılı TCK döneminde 508-510. maddelerde emniyeti suistimal başlığı altında düzenlenerek uygulanmıştır.

Bu düzenleme; “**Madde 508** – Her kim başkasına ait olupta iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim olunan bir şeyi kendisinin veya başkasının menfaatine olarak satar veya rehneder veya sarf ve istihlak eder yahut ketim ve inkar eyler veyahut tahvil ve tağyir ederse mutazarrır olan kimsenin şikayeti üzerine iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır.

32 BULUTOĞLU, Kenan, a.g.e., s.22

33 GÖKCEN, Ahmet, a.g.e, s.26.

34 BULUTOĞLU, Kenan, a.g.e., s.23

Madde 509 – Bir kimse iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi olunan imzalı ve yazısız bir kağıda sahibinin zararına olarak hukukça hükmü haiz bir muamele yazar veya yazdırır yahut elinde bedelsiz olarak kalmış olan bir senedi istimal ederse mutazzarır olan kimsenin şikayeti üzerine üç aydan üç seneye kadar hapis ve yüz elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasına mahküm olur.

Bu imzalı ve yazısız kağıd esasen kendisine tevdi ve teslim olunmayıp da bertakrib ele geçirerek birinci fıkradaki cürmü işlemiş ise altıncı babın üçüncü ve dördüncü fasıllarında beyan olunan ahkama göre ceza verilir.

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

Sonuç olarak 1 Haziran 2005 te yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Güveni Kötüye Kullanma Suçu 155. maddede düzenlenmiştir.

Bu düzenleme; “ **Madde 155-** (1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli 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 üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.” şeklindedir ve uygulanmaya devam etmektedir.

VI. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

1.Genel Olarak

Genel olarak karşılaştırmalı hukuk, farklı hukuk sistemlerinin bir konuya ilişkin düzenlemeleri incelendikten sonra bu düzenlemeler arasında ve bakış açıları arasında bir kıyaslama yapmaktır. Biz de burada inceleme konumuz olan güveni kötüye kullanma suçunun farklı hukuk sistemlerinde nasıl algılandığını, ne tür düzenlemeler yapıldığına eğilerek bizim hukuk sistemimiz arasındaki temel farkları ortaya koymaya çalışacağız.

2.Almanya

Alman ceza kanununda güveni kötüye kullanma suçu iki farklı maddede düzenleme alanı bulur. Hırsızlık ve mülk edinme başlıklı 19. bölüm 246. maddede suç tipinin basit şekli düzenlenmiştir. Bu hükme göre:

“1. Her kim, başkasına ait taşınabilir bir malı hukuka aykırı olarak kendisi veya üçüncü bir kişi yararına mülk edinirse diğer maddelere göre daha ağır bir ceza öngörülmedikçe 3 yıla kadar hapis ve para cezası ile cezalandırılır.

2. Birinci fıkrada belirtilen taşınır malın faile emanet edilmiş olması halinde ceza 5 yıla kadar hapis ve para cezasıdır.

*3. Söz konusu suça teşebbüs cezalandırılır.”*³⁵

Maddenin birinci fıkrasında ele geçen bir eşyayı mülk edinme suçundan (unterschlagung) bahsedilmiş, ikinci fıkrada da bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak basit güveni kötüye kullanma suçu (veruntreuung)

35 SARIKOĞLU, Şenel, a.g.e, s.23-24

tanımlanmıştır. ³⁶ Maddeden de anlaşılacağı üzere Alman ceza Hukukunda güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için malın faile emanet edilmiş olması ve ayrıca failin malı mülk edinmesi şartı aranmıştır.

Alman ceza kanununun dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma başlıklı 22. bölüm 266. maddede suçun nitelikli hali düzenlenmektedir. Bu hükme göre:

“Her kim başkasına ait mal varlığı hakkında kanun resmi bir makam ya da hukuki bir işlem ile verilen tasarruf yetkisini kötüye kullanır veya kanun resmi bir makam hukuki bir işlem ya da bir güven ilişkisi ile korumakla yükümlü olduğu malvarlığı değerine zarar verirse 5 yıla kadar hapis ve para cezası ile cezalandırılır.”³⁷

Maddeye göre güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinin iki türü vardır. Birincisi; kanunun, resmi bir makamın veya hukuki bir ilişkinin verdiği yetkinin kötüye kullanılarak üçüncü kişiye ait bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunulması halidir. İkinci durum ise ilk duruma göre daha kapsamlı olup bu ağırlaştırıcı halin uygulanabilmesi için başkasına ait malvarlığına ilişkin menfaatlerin korunmasını düzenleyen bir akdin varlığı yeterlidir. ³⁸

Güveni kötüye kullanma suçu ile ilgili bu iki madde birlikte değerlendirildiğinde; bu suçun konusunu sadece taşınır mallar oluşturabilir, taşınmaz mallar suçun konusu olamaz. Ayrıca suça teşebbüs de cezalandırılır. Suçun soruşturması ve kovuşturması için şikayet şartı aranmamıştır. Suç re'sen soruşturulur ve kovuşturulur. Güveni kötüye kullanma suçunun Alman hukukunda soruşturma ve kovuşturma usulünün şikayete bağlı olmaması, bizim hukuk sistemimizden temel farkıdır.

36 YENİSEY, Feridun, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.107

37 SARSIKOĞLU, Şenel, a.g.e, s.25

38 YENİSEY, Feridun, a.g.e., s.114-115

3.İsviçre

İsviçre Federal Ceza Kanunu güveni kötüye kullanma suçunu 140. maddesinde düzenlemektedir. Bu hükme göre:

“Kendisine veya üçüncü bir kişiye hukuka aykırı olarak menfaat sağlamak amacıyla bir başkasına ait olan ve kendisine emanet edilmiş taşınır bir malı mülk edinen, kendisine emanet edilen bir misli eşyayı özellikle bir miktar parayı kendisine veya üçüncü bir kişiye menfaat sağlamak amacıyla kullanan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”³⁹

Madde metninden anlaşılacağı üzere, İsviçre ceza hukukunda güveni kötüye kullanma suçunun konusunu taşınır mallar, misli eşya veyahut para oluşturur.

Suçun oluşmasında failin gerçekleştirdiği fiile ilişkin herhangi bir sınırlama, ya da suçun işleniş biçimine ilişkin bir düzenleme olmadığı için suç serbest hareketli bir suç olarak kabul edilebilir.⁴⁰

Suçun tamamlanma anı ise malın zilyetliğe geçtiği an değil, menfaatin sağlandığı an olarak kabul edilir.

Suçun soruşturulması ve kovuşturulması da şikayete bağlı değildir. Re'sen soruşturulur ve kovuşturulur.

İsviçre hukukundaki güveni kötüye kullanma suçu serbest hareketli bir suç olması ve soruşturma ve kovuşturmanın şikayete bağlı olmaması nedenleriyle Türk hukukundan ayrılır.

39 SARIKOĞLU, Şenel, a.g.e, s.31

40 ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994 s.426.

4.İtalya

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu(Rocco Kanunu) nun Malvarlığına Karşı Suçlar Başlıklı bölüm 646. maddede hukuka aykırı mülk edinme ismiyle güveni kötüye kullanma suçu düzenlenmektedir. Bu hükme göre:

“Her kim, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat temini için ne sıfatla olursa olsun, zilyetliğinde bulunan başkasının parasını veya menkul bir malını mülkiyetine geçirirse zarara uğrayanın şikayeti üzerine ... cezalandırılır⁴¹

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, İtalyan hukukunda güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için ne sıfatla olursa olsun zilyet olunması yeterlidir. Ayrıca suçun tamamlanması için ise zilyetlikte olan malın mülkiyete geçirilmesi gerekmektedir.

Suçun konusunu menkul bir mal veya para oluşturabilir.

Suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.

İtalyan hukukundaki güveni kötüye kullanma suçu şikayete bağlı olması açısından bizim hukukumuzda benzer ancak mülkiyete geçirme şartı arandığı için ve ne sıfatla olursa olsun zilyet olunması yeterli olduğu için ise bizim hukukumuzdan ayrılmaktadır.

5.Fransa

Fransız Ceza Kanunu güveni kötüye kullanma suçunu, malvarlığına karşı suçlar ve kabahatler başlıklı üçüncü kitap, hileli mal edinme başlıklı birinci kısım dördüncü bölümde güveni kötüye kullanma ismiyle düzenlemektedir. Bu hükme göre :

41 SARSIKOĞLU, Şenel, a.g.e, s.27

“314-1. İadesi yönündeki koşulu kabul ederek kendisine, belli bir şekilde kullanmak için veya emaneten kıymetli evrak veya değerli veya başka herhangi bir eşya tevdi edilen kimse, sahibinin zararına olarak bunlara hıyanet ederek güveni kötüye kullanırsa, 3 yıl hapis ve 375.000 Euro para cezasına çarptırılır.

314-2. Güvenin kötüye kullanılması suçu aşağıdaki hallerden biri şeklinde işlenirse, ceza 7yıl hapis ve 750.000 Euro para cezası olarak arttırılır:

1. İster kendi iktidarı ister bir yönetici veya resmi bir memur olarak veya endüstriyel veya ticari kuruluşta fiili olarak çalışan ve halka başvuru yoluyla işletmeye fon veya kıymetli evrak transferi sağlama amacını güden kimse tarafından,

2. Alışılarmış bir biçimde küçük bir sıfat ve işlev ile de olsa üçüncü kişiye ait bir malvarlığı ile ilgili bir hesap üzerinden işlemler üstlenen veya bunlara yardımda bulunan ve buna ait fon veya kıymetli evrakı takip eden kimse tarafından,

3. İnsani ya da sosyal yardım için kurulan ve halka başvuru yapılarak oluşturulan fon zararına olarak,

4. Kolaylıkla anlaşılabilen veya fail tarafından bilinen yaşa, hastalığa, zafiyet ve zayıflığa, fiziksel veya psikolojik bir maluliyete veya hamileliğe bağlı muayyen bir savunmasızlık içinde bulunan bir kimse zararına,

314-3. Adli mekanizma içerisinde görevli memur veya muzavvaf subay veya kamu görevlisi, görevinin sağladığı iktidar vesilesiyle güveni kötüye kullanma suçunu işlerse verilecek ceza 10 yıl hapis ve 1.500.000 Euro para cezasına arttırılır.

314-4. 311-12 numaralı provizyon, güveni kötüye kullanma suçu bakımından da geçerlidir.”

Kanunun, güveni kötüye kullanma suçu bakımından da geçerli olduğu gerekçesiyle 314-4. madde ile atıf yapılan 311-2. maddede ise, hırsızlık suçu

bakımından geçerli olan şahsi cezasızlık hali düzenlenmektedir. Buna göre:

“Aşağıdaki hallerde hırsızlık suçunu işleyen kişi hakkında soruşturma başlatılmayabilir;

-üstsoy veya altsoy zararına olarak işlenmesi halinde,

-Eş aleyhine işlenmesi halinde (ayrılmış veya hukuki olarak ayrı yaşayan eşler hariç.)”⁴²

Madde metninden de anlaşılacağı üzere Fransız hukukunda güveni kötüye kullanma suçu çok ayrıntılı biçimde düzenleme alanı bulmuştur. Suçun konusu, nitelikli halleri, öngörülen ceza ve şahsi cezasızlık sebepleri dikkate alındığında Türk hukukundan farklı düzenlemeler yer almakta olduğu anlaşılacaktır.

Bu kısımda Türk Ceza Hukukunda yer alan güveni kötüye kullanma suçu ile farklı bir kısım hukuk düzenlerinde yer alan farklı hukuki düzenlemeler de ele alınarak aralarında kısaca bir kıyaslama yapılmış, aralarındaki farklar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

V. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Hukuka aykırı bir eylem bir suç teşkil ederse, bu eylem neticesinde mutlaka bir hak ya da menfaat ihlal edilmiş demektir. Suç teşkil eden eylem neticesinde ihlal edilen hak ya da menfaat, suçta korunan hukuki değerdir. Bu hukuki değer temel insan hakları olabileceği gibi bireysel temel hak ve menfaatler de olabilir. Örneğin kasten öldürme suçunda yaşam hakkı, yaralama suçunda kişinin vücut bütünlüğü, hürriyetten yoksun kılma suçunda kişinin özgürlüğü, hırsızlık suçunda ise kişinin mülkiyet hakkı bu suçlarda korunan hukuki değerdir. Korunan hukuki değer, doktrinde *korunan hukuksal yarar* olarak da adlandırılmaktadır.⁴³ Türk Ceza

⁴² SARSIKOĞLU, Şenel, a.g.e, s.28

⁴³ TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, 2014, Ankara s.643

Kanunumuzun tasnifi yapılırken de korunan hukuki değer esas alınmıştır.⁴⁴

Ceza hukukunun ödevi hukuksal değeri korumaktır. Bu amaçla suçlar ihdas edilmiş ve düzenlemeler yapılmıştır. Ceza hukuku temelde bireyin hak ve özgürlüklerini ve kendi kişisel varlığını korumakta, hukuksal değerleri koruyarak bireye hizmet etmektedir.⁴⁵

İnceleme konumuz olan güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değere ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bunlardan birincisi, malın zilyetliğinin devrinde ve belirli amaçlarla kullanmaya yönelik devir ilişkisinde var olan güven, korunan hukuki yarardır.⁴⁶ Suçun özü var olan güven duygusunun ihlalidir. Bu husus bu suçu daha vahim hale getirmektedir.⁴⁷ Mal sahibi zilyede malı belirli bir amaç için vermiştir. Ancak zilyet bu güveni ihlal ederek suistimal etmiştir. Hakkı olmadığı halde malı mülkiyetine geçirmiş yahut mal üzerinde tasarrufta bulunmuştur.⁴⁸ Diğer görüşe göre ise güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer birincil olarak mülkiyet hakkıdır.⁴⁹ Kanunun bu tip eylemleri suç saymasındaki amaç, mülkiyet hakkının korunmasıdır. Kanun koyucu bu suçu düzenlemek ile, bir mala Fer'i zilyet olan kişinin, malikin bu mal üzerindeki yetkisi sınırlandırmaması amacını gütmektedir.⁵⁰

Yargıtay' a göre ise güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer

44 YALVAÇ, Gürsel, Ceza Ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, Adalet Yayınevi, Ankara,2015

45 ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.440

46 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar,

47 CÜSTAN, Semray, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yer Alan Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Düzeltilmiş Yüksek Lisans Tezi, İSBE, İstanbul, 2006, s.7

48 SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2014,s.448

49 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2, Baskı, Ankara, 2015, s.625, BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.8, PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, a.g.e., s.498, KOCA, Mahmut, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı.5, Kazancı Yayınları 2005, s.84

50 DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala karşı Cürümler, Beta Yayınevi, 17. Bası, İstanbul, 2004, s.502, YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.251, İNAN, Mehmet, Emniyeti Suistimal Ve Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması Suçları, Yüksek Lisans Tezi, İSBE ,İstanbul, 1988,s.2

mülkiyet hakkıdır. Konuya ilişkin Yargıtay'ın 29.04.2010 tarihli kararı özetle; *“Güveni kötüye kullanmak suçuyla korunan hukuki değer, kişilerin mülkiyet hakkı olup, suçun konusu da taşınır veya taşınmaz maldır. Suçun oluşabilmesi için, söz konusu mal üzerinde, belirli bir şekilde kullanmak üzere fail lehine zilyetlik tesisine ilişkin hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı ve failin zilyetliğin devri amacı dışında, kendisinin veya başkasının yararına tasarrufta bulunması yada bu devir olgusunu inkar etmesi gereklidir.*

Yüklenen suçun yasal unsurları itibariyle oluşmadığı, gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan katılan vekilinin eylemin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğunu, sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerektiğine yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA,.....”⁵¹ şeklindedir. Yargıtay bu kararı ile güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer kişinin mülkiyet hakkı olduğunu ortaya koymuştur.

Bizim de katıldığımız, hakim olan görüşe göre, öncelikle güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer kişinin temel haklarından olan mülkiyet hakkıdır. Güveni kötüye kullanma suçu Türk Ceza Kanunumuzun Mal Varlığına Karşı Suçlar isimli bölümünde 155. maddede düzenlenmiştir. Kanunumuzun sistematigi de dikkate alındığında bu suçta korunan hukuki değer öncelikle mülkiyet hakkı olduğu görülecektir. Mülkiyet hakkı öncelikli korunan hukuki değerdir ancak, doktrinle benimsenen diğer görüşe de katılmamak mümkün değildir. Çünkü bu suç gerçekleşmeden önce malın sahibi, malı suçun faili olan zilyede belirli bir amaçla, faile olan güven duygusuyla hareket ederek devretmektedir. Failin bu malı devraldığı amaç dışında kullanması, mal üzerinde tasarrufta bulunması yahut bu devir olgusunu inkar ederek mal sahibinin kendisine olan güvenini ihmal ettiği tartışmasızdır. Sonuç olarak, güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer öncelikle kişinin mülkiyet hakkı, diğer korunan hukuki değer ise malın zilyetliğini devreden kişide var olan güven duygusudur.

51 Y11.CD, 29.04.2010, 2007/2043 E.-2010/4918 K. sayılı kararı

İKİNCİ BÖLÜM
GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI, SUÇUN
NİTELİKLİ HALİ, GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER
SUÇLARDAN AYRIMI VE ÖZEL CEZA KANUNLARINDAKİ
DÜZENLEMELER

I. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI

1. Tipikliğin Maddi Unsurları

A) Fail

Güveni kötüye kullanma suçu kişiye bir yükümlülük yükleyen suçlardandır. Çünkü bu suç ile birlikte, muhafaza etmesi yahut belli bir amaca yönelik şekilde kullanması amacıyla malın zilyetliğinin devredildiği kişinin, mal üzerinde bu devir amacı dışında tasarrufta bulunması yahut devir olgusunu inkar etmesi yaptırım altına alınmaktadır. Zilyetliğin devredilmesi bir sözleşme ilişkisi çerçevesindedir. Burada malın zilyetliğini belirli bir amaçla devralan kişinin yükümlülüğü bu devir amacına ve sözleşmeye uygun hareket etmektir. Buna göre bu devir amacına aykırı hareket ederek yükümlülüğü ihlal eden kişi güveni kötüye kullanma suçunun failidir.⁵²

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile belli bir sözleşme çerçevesinde bir kişinin lehine zilyetlik tesis edilmesi gerekir. İşte burada lehine zilyetlik tesis edilen ve bu tesis amacına

52 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.625

aykırı hareket eden kişi bu suçun failidir.⁵³ Güveni kötüye kullanma suçunda fail, malik sıfatıyla zilyet olmayıp, fer'i zilyettir. Fer'i zilyet suç konusu mal üzerinde sınırlı hakka sahip olup, zilyetliğin kendisine devredildiği hukuki ilişki çerçevesinde kendisine tanınan yetkileri kullanabilecektir.⁵⁴

Güveni kötüye kullanma suçunun faili, bir malın belli bir amaçla kendisine devredildiği kişidir. Dolayısıyla bu suçun faili herkes olamaz. Bu nedenle suç özgü suç kabul edilir. Zilyetliğin faile mutlaka malik tarafından devredilmiş olması gerekmez, malik adına üçüncü bir kişi aracılığıyla da zilyetlik devredilebilir. Her durumda fail devir amacına aykırı hareket eden, zilyetliği devralan kişidir.⁵⁵

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 155. maddesindeki düzenlemeye göre, “muhafaza etmek” veya “belirli bir şekilde kullanmak üzere” zilyetliği kendisine devredilmiş kimse olarak düzenleme içerdiği için “muhafaza etmek” veya “başka bir şekilde kullanmak üzere” olmayıp bunların dışında başka bir yoldan zilyet olan ya da sadece elinde bulunduran kimse bu suçun faili olamayacaktır. Örneğin hizmetçi veya işçi kendisine verilen eşyanın zilyedi olmadıkları için, bunların fiili güveni kötüye kullanma değil hırsızlık olacaktır.⁵⁶

Doktrinde bir görüşe göre, malın maliki olan kişi de bu suçun faili olabilir. Burada önemli olan malın malikinin de şeyi, 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 inkar etmişse, malik olan kişi de güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilecektir.⁵⁷

53 MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Üçüncü Cilt, Sözkese Matbaacılık, Ankara, s.2628

54 BAKICI, Sedat, a.g.e., s.6

55 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s.420

56 HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2013, s.373-374

57 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları 5. Baskı, Ankara 2013, s.643

Bizim de katıldığımız hakim olan görüşe göre, malın malikinin güveni kötüye kullanma suçunun faili olması mümkün değildir. TCK 155. maddesinin konuya ilişkin gerekçesinin ilgili kısmı aynen; *“Güveni kötüye kullanma suçunun konusu, taşınır veya taşınmaz maldır. Bu mal üzerinde fail lehine zilyetlik tesis edilmiş olmalıdır. Güveni kötüye kullanma suçunda fail, suç konusu malın maliki değildir. Bu nedenle, müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyete konu olan mallarla ilgili olarak, müşterek veya iştirak hâlinde malik olanlar birbirlerine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işleyemezler.”* TCK nın 155. maddesi ve madde gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, bu suçun oluşabilmesi, başkasına ait olan bir malın varlığına bağlıdır. Malik, suça konu eşya bakımından bir başkasına ait olma şartını sağlamadığından malik güveni kötüye kullanma suçunun faili olamaz.⁵⁸ Bu bağlamda, müşterek veya iştirak halinde bir mala karşı paydaşlar birbirlerine karşı bu suçu işleyemezler.⁵⁹

Güveni kötüye kullanma suçu, bir malın zilyetliğinin belirli bir amaçla bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde bir kişiye devredilmesi, zilyetliği devralan bu kişinin belirli amaç dışında mal üzerinde tasarrufta bulunması veya devir olgusunu inkar etmesi sonucu ortaya çıkan bir suçtur. Bu devir olgusunu inkar eden yahut belirli amaç dışında mal üzerinde tasarrufta bulunan kişi suçun failidir. Bu fail sözleşmenin tarafı olan belirli bir kişi olduğundan bu suç özgü suç olarak kabul edilir. Ayrıca kanun ve gerekçesi dikkate alındığında, bu suçun faili ancak malın sahibi dışında, bir başkası olabilir. Bu nedenle kanaatimizce malın maliki ya da müşterek paydaşlardan birisi bu suçun faili olamayacaktır.

Bir şirketin küçük ortağı olan ve imzaya yetkili olmayan kişinin, şirkete ilişkin bir sözleşmeyi imzalaması durumunda, bu küçük ortağın nitelikli güveni kötüye kullanma suçunu işlediği söylenemez. Çünkü, burada kişinin imzaya yetkili olması, bu yetkisinin dışına çıkarak kendisine devredilen mallar üzerinde devir

58 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.626, ÖZGENÇ İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s. 73, YALVAÇ, Gürsel, a.g.e., 155. Madde gerekçesi, EKDEMİR, İbrahim, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Diğer İlgili Kanunlar, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2005, s.244

59 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, a.g.e , s.626, PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, a.g.e., s.498, s.498

amacına aykırı bir şekilde tasarrufta bulunması gerekir. Bu fiilleri gerçekleştirmeyen, devir amacına aykırı tasarrufta bulunmayan kişi suçun faili olamayacaktır.

Nitekim Yargıtay'ın bu konuya ilişkin 11.02.2016 tarihli bir kararı büyük önem arz etmektedir. Bu karar özetle; *"Nitelikli güveni kötüye kullanma" suçundan, sanıklar hakkında CMK'nın 223/2-a maddesi tatbik olunarak verilen "beraat" hükümleri, katılan G..... Sigorta A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü;*

Atılı suçtan sanık M.... G... hakkında verilen "beraat" hükmüne yönelen katılan şirket vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde; Sanığın, acentalık sözleşmesi ve ek sözleşmesini G.....Ltd ünvanlı şirketin küçük ortağı ve müteselsil-müşterek borçlu sıfatlarıyla imzalamış olmasının suç teşkil ettiği ileri sürülen fiilde, anılan şirketin temsil ve imzalama yetkilisi (müdürü) olmaması nedeniyle, suçun faili olmasına yeterli olmayacağı, "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesi çerçevesinde değerlendirme yapıldığında, mahkemenin (neticesi itibariyle) verdiği "beraat" kararında bir isabetsizlik olmadığı kabul edilmiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle sanık M..... hakkında verilen beraat hükmünün ONANMASINA...⁶⁰ şeklindedir.

Güveni kötüye kullanma suçunun failinin kamu görevlisi olması durumunda, failin fiilini iki ayrı durum için incelemek gerekecektir. Bunlardan birincisi, kamu görevlisi olan faile bir malın zilyetliğinin görevinden dolayı devredilmesi durumudur. Bu durumda görevi gereği faile malın zilyetliği devredilmiş ve fail de devrediliş amacına aykırı olarak mal üzerinde tasarrufta bulunmuş ise kamu görevlisi olan failin fiili güveni kötüye kullanma suçunu değil, zimmet suçunu oluşturacaktır.

60 Y15.CD, 11.02.2016, 2013/23685 E- 2016/1495K. Sayılı kararı

⁶¹ İkinci durum ise, kamu görevlisi olan faile, görevi dolayısıyla değil de başka bir sebepten bir malın devredilmesi, failin de bu devir amacına aykırı olarak hareket etmesidir. Bu durumda fail kamu görevlisi de olsa görevi dolayısıyla malın zilyetliği devredilmediği için güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.⁶² Şu örnek bu iki durumun ayırımının yapılması konusunda son derece açıklayıcıdır. Örneğin, bir kurumda mutemet olarak görev yapan bir kişiye bir miktar paranın görevi nedeniyle verilmesi sonucunda bu kişi parayı kendi özel işinde harcar yahut parayı kuruma iade etmezse zimmet suçu; bu mutemede mesai arkadaşı emanet olarak bir miktar parayı vermesi neticesinde mutemet parayı harcar veya geri vermezse güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.⁶³

Güveni kötüye kullanma suçunun faili konusunda son olarak değinilecek konu ise tüzel kişilerin bu suçun faili olup olamayacağı konusudur. 5237 sayılı TCK'nın 20. maddesinin 2. fıkrası aynen; *“Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.”* şeklindedir. Doktrinde, faaliyetlerini temsilciler aracılığıyla yerine getiren ve cezai sorumluluğu bulunmayan tüzel kişilerin güveni kötüye kullanma suçunun faili olamayacağı düşünülmektedir.⁶⁴

B)Mağdur

Ceza hukuku açısından mağdur genel olarak; “kanunların, eylem veya ihmal yoluyla ihlal edilmesi nedeniyle bireysel veya toplu olarak, fiziksel ya da ruhsal biçimde yaralanma da dahil olmak üzere manevi acılar çeken, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları esaslı bir biçimde zayıflayan ve bu suretle zarar gören

61 YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara,2014,s.4999

62 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.419

63 YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s. 5000

64 SARSIKOĞLU, Şenel, a.g.e, s.68

kimse” olarak tanımlanmaktadır.⁶⁵ Doktrinde bazı yazarlarca suçun mağduru, “suçun pasif sujesi” olarak da adlandırılmaktadır.⁶⁶

Mağdur suçun işlendiği sırada hayatta olan, yaşayan gerçek kişidir. Tüzel kişiler bir suçun mağduru olmazlar ancak suçtan zarar gören olabilirler.⁶⁷

Güveni kötüye kullanma suçunun mağduru konusunda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Bunlardan birincisi, bu suçun mağdurunun, malın malikinin olduğudur.⁶⁸ İkinci görüş ise, bu suçunun mağdurunun, muhafaza edilmesi veya belirli bir şekilde kullanılması amacıyla malı faile devreden kişi olduğudur.⁶⁹

Bizim kanaatimize göre, mağdurun belirlenmesi hususu, korunan hukuki değer konusu ile yakından ilgilidir. Yukarıda güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer, mülkiyet hakkı ve malın zilyetliğini devreden kişide var olan güven duygusu olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla korunan hukuki değer konusu da dikkate alındığında güveni kötüye kullanma suçunun mağduru, bu suç ile mülkiyet hakkı ihlal edilen ve var olan güven duygusu ihlal edilen kişi güveni kötüye kullanma suçunun genel olarak mağdurudur.

İntifa hakkı sahibinin, güveni kötüye kullanma suçunda mağdur olup olmayacağını kısaca değerlendirmek gerekir. İntifa hakkı genel olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 794. md. Ve devamında düzenlenir. TMK 794. maddesine göre *“İntifa hakkı, taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir.*

Aksine düzenleme olmadıkça bu hak, sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar.” İntifa hakkı sahibinin hakları ise TMK 803.md ve devamında düzenlenir. TMK803/1. Maddeye göre *“İntifa hakkı sahibi, hakkın konusu olan malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerine*

65 ADALET BAKANLIĞI MAĞDUR HAKLARI DAİRE BAŞKANLIĞI, Mağdura Yaklaşım Kılavuzu, Ankara. 2016 s. 1

66 ÜNVER, Yener, a.g.e., s.140

67 ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.198

68 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar

69 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.421

sahiptir.” Ayrıca TMK 806. maddeye göre ise intifa hakkı sahibi “ *Sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılmıyorsa, intifa hakkının kullanılması başkasına devredilebilir.*” Bu hükümden de anlaşılacağı üzere intifa hakkı sahibi mal üzerindeki hakkını bir başka kişiye devredebilir. Örneğin intifa hakkı sahibi olan kişi intifa hakkı konusu malı bir başkasına kiraya vermiş, bu malın kiracısı olan kişi de bu kira ilişkisine aykırı hareket ederek, malı satmışsa ya da devir olgusunu inkar etmişse burada güveni kötüye kullanma suçu oluşacak, intifa hakkı sahibinin güven duygusu sarsılmış olacak, dolayısıyla intifa hakkı sahibi de bu suçun mağduru olabilecektir.

Güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturan mal, suçun failine belli bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde belli bir amaçla malik tarafından devredilmiş, mal üzerinde belirlenen amaç dışında tasarrufta bulunulmuş veya devir olgusu inkar edilerek suç tamamlanmışsa, malik suçun mağduru ve dolayısıyla suçtan zarar görendir. Ancak malı devreden malik değil de meşru zilyet olan kişi ise, suçun mağduru güveni sarsılan meşru zilyet, malik ise suçtan zarar görendir.⁷⁰

Yukarıda belirttiğimiz mağdurun sadece malik olduğu görüşüne iştirak etmek mümkün değildir. Kanun maddesinden ve madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için fail ile mağdur arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalıdır. Bu sözleşme ilişkisi çerçevesinde bir malın zilyetliğinin devri söz konusudur. Bu sözleşmenin devreden kısmında, malik ve meşru zilyet olan kişi de bulunabilir. Suçun işlenmesiyle mülkiyet hakkı da, devredende var olan güven duygusu da ihlal edilmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafı malikin yanında zilyetliği devre yetkili meşru zilyet de olabileceği için mağdurun sadece malik olabileceğini savunmak mümkün değildir. Sonuç olarak güveni kötüye kullanma suçunun mağduru; mülkiyet hakkı ihlal edilen devredilen malın maliki olabileceği gibi, güven duygusu ihlal edilen devre yetkili meşru zilyet de olabilir.

TCK 155/2. maddede düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunda mağdurun belirlenmesi, 155/1. maddede düzenlenen güveni kötüye

70 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.626

kullanma suçundan nispeten daha kolaydır. Çünkü bu suçta fail ile mağdur arasındaki hizmet sözleşmesi ve tarafları daha net olarak ortaya konulabilmektedir. Aradaki hizmet ilişkisi net olarak ortaya konduğunda suçun mağduru kolaylıkla ortaya konacaktır. Bu hizmet sözleşmesinde, kendisine devredilen malda devir amacına aykırı tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi suçun faili olacakken, sözleşmenin diğer tarafında bulunan malik ya da meşru zilyet olan kişi suçun mağduru olacaktır.

Nitekim Yargıtay'ın 02.07.2014 tarihli bir kararı konuya netlik getirmesi bakımından önemlidir. Bu karar özetle; “ *Mağdurun eşinin trafik kazası sonucu ölmesi sebebiyle sigorta şirketinden tazminat alabilmek amacıyla sigortacılık yapan sanığa vekaletname verdiği, sanığın hak edilen tazminatın yüzde otuzunu kendisinin alması gerisini de mağdura vermek şartıyla anlaştıkları, sanığın, sigorta şirketinden 6.358 TL para almasına rağmen mağdura vermediği, ayrıca parayı almadığını söyleyerek mağduru oyaladığı, mağdurun sigorta şirketini arayarak tazminat alındığını öğrenmesi üzerine, bu kez sanığın, miktara itiraz edeceğini söyleyerek parayı yine iade etmediği, mağdurun tekrar şirketi arayarak tazminat miktarına itiraz edilmediğini öğrenmesi üzerine, mağdurun şikayetçi olduğu, sanığın, yargılama sırasında parayı mağdura ödemediği, buna göre sanığın, 04/04/2009 tarihinde parayı almasına rağmen uhdesinde tutmak suretiyle hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, sanık, mağdur ve tanık beyanları, banka dekontu ile tüm dosya kapsamına göre, suçun sanık tarafından işlendiği sabit olmakla bu gerekçelere dayanan mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamıştır...⁷¹ ” şeklinde. Karardan da anlaşılacağı üzere, mağdur, faile belirli bir işi yapmak, bir miktar parayı almak üzere vekalet veren kişidir. Aradaki hizmet ilişkisi vekalet ilişkindir. Vekalet ilişkisine aykırı hareket ederek, parayı almasına rağmen vekil tayin edene vermeyen, onu oyalayan kişi suçun faili, vekil tayin eden ve para kendisine ait olup de verilmeyen kişi ise sözleşmenin karşı tarafı olup, suçun mağdurudur.*

71 Y15.CD, 02.07.2014, 2012/21685 E.- 2014/13075 K. sayılı kararı

Kanaatimizce güveni kötüye kullanma suçunda, mağdurun tüzel kişi olup olamayacağı ve kamu davasına katılıp katılamayacağı konusu önemlidir. 5271 sayılı CMK'nun 237/1. maddesinde; “*Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler*” hükmü ile kamu davasına katılma hak ve yetkisi bulunanlar üç grup halinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme 1412 sayılı CMUK'un 365. maddesindeki; “*Suçtan zarar gören herkes, soruşturmanın her aşamasında kamu davasına müdahale yolu ile katılabilir*” hükmü ile paralellik göstermekte ise de yeni düzenlemeye, önceki kanunda yer almayan malen sorumlu ve dar anlamda suçtan zarar göreni ifade eden mağdur da eklenmek suretiyle, madde; uygulamadaki görüşlere uygun olarak, katılma hak ve yetkisi bulunduğu kabul edilenleri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.⁷²

Mağdur tanımını yukarıda yapmıştık. 5271 sayılı CMK ya göre kamu davasına katılmaya yetkili olan kişiler, *mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumludur*.

Malen sorumlu; CMK'nın 2/1-i maddesinde, yargılama konusu için hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişi olarak tanımlanır.

Suçtan zarar gören, kanunda açıkça tanımlanmamıştır. Yargıtay suçtan zarar göreni, suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş bulunan kişi olarak tanımlar.⁷³ Buna bağlı olarak da dolaylı zarara uğrayan veya muhtemel zararlara uğrayacak olan kişi suçtan zarar gören olarak kabul edilmez. Doğrudan zarara uğrayanlar haricindeki kişiler suçtan zarar gören olarak kabul edilmediği için davaya katılma hakları yoktur.⁷⁴ Mağdur ile suçtan zarar gören aynı kavram değildirler. Mağdur bir suçun işlenmesinden her zaman zarar görendir ancak suçtan zarar gören kişi her zaman suçun mağduru olmaz. Örneğin bir kurumun parasını muhafaza eden bir görevliye karşı cebir ve tehditte bulunarak ya da hile ile o parayı alan kişiye karşı işlenen

72 YCGK, 01.03.2016, 2014/15-689 E- 2016/95 K. sayılı kararı

73 YCGK,28.03.2017, 2015/8-968 E- 2017/194 K. sayılı kararı

74 YCGK, 01.03.2016, 2014/15-689 E- 2016/95 K. sayılı kararı

yağma veya dolandırıcılık suçunda, suçun mağduru, parayı muhafaza eden görevli; suçtan zarar gören ise, malvarlığında azalma meydana gelen kurumdur.⁷⁵ Kimi suçların mağduru belirli bir kişi değildir. Bu durumlarda toplumu oluşturan herkes suçun geniş anlamda mağduru olacaktır.⁷⁶

Tüzel kişinin kamu davasına katılabilmesi için ise, CMK'nun davaya katılmayı düzenleyen genel kural niteliğindeki 237. maddesinde belirtilen şartın gerçekleşmesi, başka bir deyişle suçtan doğrudan zarar görmüş olması veya herhangi bir kanunda, belirli bir tüzel kişinin bazı suçlardan açılan kamu davalarına katılmasını özel olarak düzenleyen bir hükmün bulunması gerekir. Örneğin 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun davaya katılmayı düzenleyen 18. maddesi uyarınca Gümrük İdaresinin, usulüne uygun başvuruda bulunmaları halinde kamu davasına katılacakları açıkça düzenlenmiştir. Özel kanun hükümleri uyarınca davaya katılmanın kabul edildiği bu gibi durumlarda, belirtilen kurumların suçtan zarar görüp görmediklerini ayrıca araştırmaya gerek yoktur.⁷⁷

Güveni kötüye kullanma suçunda suçtan doğrudan doğruya zarar gören tüzel kişiler bu suçun mağduru olabilirler. Hem CMK'nın 237. maddesindeki düzenleme hem de atıf yaptığımız Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararından da anlaşılacağı üzere, suçtan doğrudan zarar gören tüzel kişiler de kamu davasına katılabilirler. Katılanın da ilk derece mahkemesinin kararını temyiz etme veya istinaf yoluna başvurma yetkisi mevcuttur.

Suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen kişinin davaya katılma ve temyiz yetkisinin olmadığına dair Yargıtay'ın 17.05.2016 tarihli kararı güzel bir örnektir. Bu karar özetle; *"Şikayetçi adına vekilinin sanıklara yüklenen "hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma" ve "nitelikli dolandırıcılık" suçundan zarar gördüğünü, davaya katılmak isteğini belirtmesi üzerine suçtan doğrudan doğruya zarar görmediğinden bahisle mahkemece katılma talebinin reddine dair verilen 09/07/2013 tarihli ara kararın yasaya uygun olduğu anlaşıldığından, "katılan sıfatını" kovuşturma*

75 ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.197

76 YCGK,28.03.2017, 2015/8-968 E- 2017/194 K. sayılı kararı

77 YCGK, 01.03.2016, 2014/15-689 E- 2016/95 K. sayılı kararı

aşamasında kazanamayan müşteki Ü... G....'ın hükmü temyiz hakkı bulunmadığından; vekilinin 03/02/2015 havale tarihli dilekçesiyle vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddesi gereğince "sıfat yokluğundan" REDDİNE,...”⁷⁸ şeklindedir.

Aşağıda detaylı olarak anlatılacağı üzere, fail ile mağdur arasında belirli derecelerde akrabalık bulunması halinde TCK 167/1 e giren durumlarda cezaya hükmolunmayacak, 167/2 ye giren durumlarda şikayet üzerine yargılama yapılarak ceza yarı oranında indirilecektir.⁷⁹

C)Suçun Konusu

1)Mal Kavramı

Genel olarak suçun hukuki konusu, suçtan doğrudan zarar gören şahıs veya şahıs topluluğuna ait olan özel bir varlıktır. Her suç tipine göre bu özel varlık değişir. Suçun hukuki konusu her suç tipine göre tehdit edilen hukuksal varlıktan çıkarılır.⁸⁰

5237 sayılı TCK nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun konusuna ilişkin “başkasına ait olma” ve “mal” kavramları ele alınmıştır. 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu mal kavramı yerine “şey” kavramını tercih etmişti.⁸¹ Suçun konusu isimli bu başlık altında ilk olarak mal kavramı üzerinde durulacaktır.

Bu suçun konusunu oluşturan mal kavramı, malvarlığı haklarının konusunu oluşturabilen, dış dünyada var olan maddelerdir. Başka bir deyişle, hukuki yönden

78 Y15.CD, 17.05.2016, 2016/1665 E.- 2016/5038 K. sayılı kararı

79 BAKICI, Sedat, a.g.e., s.7

80 TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.166

81 CANPOLAT, Can, 5237 Sayılı TCK da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2009, s.67

mal, cismani veya doğal varlığı olan ekonomik nesnelere.⁸² Maddi varlıkları olmayan, cismani varlıkları olmayan, maddi dünyaya yansıtılmamış, örneğin kağıda dökülmemiş, fikirler düşünceler de mal kavramı içerisinde değerlendirilemezler.⁸³ Mal kavramı, şey kavramına göre daha genel ve kapsayıcı bir anlam ifade etmektedir. Mal kavramından her türlü eşya anlaşılmalıdır.⁸⁴

Ceza hukuku açısından bir şeyin mal olarak kabul edilebilmesi için mutlaka bu şeyin ekonomik değerinin, bir pahasının olması gerekmez. Bir şeyin manevi değeri de olsa bu şey mal olarak kabul edilebilecektir. Buna kişinin sevgilisine ait olan bir tutam saç, vefat etmiş bir yakınına ait fotoğraf da ceza hukuku ve güveni kötüye kullanma suçu açısından mal olarak kabul edilebilecektir.⁸⁵

Doktrindeki bir görüşe göre, güveni kötüye kullanma suçuna vücut verebilmesi için malın bir ekonomik değeri olması gerekmektedir. Fail, ancak bu durumda bu maldan bir menfaat sağlayabilir ya da bir zarar doğmasına neden olabilir.⁸⁶ Malın ekonomik değeri olmazsa suçun konusu olarak kabul edilmez. 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.⁸⁷

Bu görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü kanuni düzenleme ve kanunun amacı dikkate alındığında kanunda geçen mal kavramı geniş bir anlamda kullanılmış olup, bunun sadece ekonomik değeri olan bir mal olarak anlamamak gerekir. Ekonomik değeri olmayan bir mal da birilerine menfaat sağlayacağı gibi birilerini de gayet tabi zarara uğratabilir.

82 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım

83 ŞENSOY, Naci, Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, Nezir Akbasan Matbaası, İstanbul, 1956,s.30

84 CANPOLAT, Can, a.g.e , s.67

85 YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s. 5003

86 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.422

87 GÜNDEL, Ahmet, 5237 Sayılı TCK'da Zimmet Sahtecilik Dolandırıcılık Yağma Hırsızlık Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2009, s.404-405

Kanuni düzenlemede güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturabilecek malın taşınır bir mal yahut taşınmaz bir mal olacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple güveni kötüye kullanma suçunun konusunu taşınır mallar oluşturabileceği gibi taşınmaz mallar da oluşturabilir.⁸⁸ Nitekim buna ilişkin TCK 155. madde gerekçesinin ilgili kısmı aynen “*Güveni kötüye kullanma suçunun konusu, taşınır veya taşınmaz maldır.*” şeklindedir. Bundan da anlaşılacağı üzere güveni kötüye kullanma suçunun konusunu taşınır ve taşınmaz mallar oluşturabilir. Örneğin; bir tarla belirli ürünler ekilmesi şartıyla kiraya verilir, belirlenen ürünler dışında başka ürünler ekilerek toprak verimsizleştirilirse, kiralayanın menfaati zedelenek ve devir amacının dışında mal üzerinde tasarrufta bulunduğu için güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.⁸⁹

Malın ekonomik değerinin çok az olması yahut olmaması suçun oluşması bakımından önemli değildir. Ancak bu husus temel ceza belirlenirken dikkate alınacaktır.⁹⁰

Ekonomik değeri olan, zilyetliğe konu olabilen bir malvarlığı değeri de güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturabilir. Örneğin bir şirketin hisse senetleri zilyetliğe konu olabilen bir malvarlığı değeridir. Bunların zilyetliğinin belli bir amaçla devredilmesi ve bu amaç dışında tasarruf yahut devir olgusunun inkarı söz konusu olduğunda burada da güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.⁹¹ Ancak alacak hakkı sadece bir talep hakkı tanıdığından ve belirlenebilir bir malvarlığı hakkı oluşturmadığından alacak hakkı güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturmaz.⁹²

Para da güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturan mal kavramı içinde değerlendirilir. Belirli bir amaçla bir miktar paranın mağdur tarafından faile devredilmesi, failin de bu parayı devir amacı dışında tasarruf etmesi ya da devir

88 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.627

89 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.422

90 YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s. 5003

91 ÖZGENÇ İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.627

92 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, a.g.e , s.627

olgusunu inkar etmesi durumunda da güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Nitekim yargıtay'ın 02.06.2016 tarihli bir kararı bu konuya güzel bir örnek olacaktır. Söz konusu karar özetle; “Hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan sanığın mahkumiyetine ilişkin hüküm, sanık tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Sanık R... S..... ve katılan B.... K.....'nın ... Sokak No:52 Karşıyaka adresinde K.... Emlak Ofisi Gayrimenkul Danışmanlığı adı altında ortak olarak emlakçılık yaptıkları, suç tarihinde katılanınSokak No:3 Daire :9 adresindeki kendisine ait evi satın sanığın portföyündeki.... Sokak No:12 adresindeki daireyi almak istediğini söylediği, bunun üzerine sanığın katılanın almak istediği dairenin sahibi ile görüşükten sonra bu işlemleri gerçekleştirebilmek için alttaki dairenin satımı amacıyla vekaletname ile 15000 TL'lik bono vermesi gerektiğini katılana söylediği, katılanın da sanığın istediği 15000 TL'lik bono ile vekaletnameyi sanığa teslim ettiği, daha sonra sanığın katılana ait daireyi 66.500 TL'ye satın parasını aldığı ve boş olan sözleşme konusu 12 numaralı daireye katılanı oturttuğu, katılanın 15000 TL'lik bonoya mahsuben 1000 TL ödemesine rağmen sanığın tapuda satış işlemi yapmadığı, katılanın sık sık kendisini uyarmasına rağmen sanığın edimini yerine getirmemesi üzerine katılanın 15000 TL'lik bonoyu geri aldığı ve bankadan kredi çekerek almayı düşündüğü 12 numaralı daireyi bedelini ödeyerek satın aldığı ve tapuda adına kayıt ettirdiği, sanığın da katılana ait evin satışından elde ettiği 66.500 TL ile bonoya mahsuben önceden aldığı 1000 TL'yi katılana iade etmeyerek üzerine atılı suçu işlediğinin iddia edildiği olayda, sanık savunması, katılan ile tanık ifadesi, sözleşme içerikleri ve dosya kapsamına göre suçun sanık tarafından işlendiği sabit olmakla bu gerekçelere dayanan mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamıştır...”⁹³ şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere para da güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturur. Para da mal kavramı içinde değerlendirilir.

Sıvı veya gaz halindeki maddeler özellikleri gereği ancak depolandıklarında ya da ambalajlandıklarında güveni kötüye kullanma suçunun konusunu

93 Y15.CD, 02.06.2016, 2016/1369 E- 2016/5785 K. sayılı kararı

oluşturabilirler. Misli eşyalar ve para da güveni kötüye kullanma suçunun konusu olabilirler.⁹⁴

Hayvanlar da mal kavramı içinde yer alırlar. Hayvanlar da güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturabilir. Örneğin; bir kişi belirli süre için bakıp beslemesi için köpeğini bir kişiye teslim eder ve teslim alan da bu köpeği satarsa burada güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de güveni kötüye kullanma suçunun konusu olabilir. Buna elektrik ve doğalgaz örnek verilebilir. Şu örnekle bunu somutlaştıracak olursak; bir kişi komşusuna sadece aydınlanmak amacıyla bir ampul çalıştırması için kendi elektriğinden hat çeker, ancak komşusu ampulün yanında buzdolabı televizyon gibi diğer aletleri de bu hattan çalıştırırsa burada güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.⁹⁵

İnsan bedeni hukuk düzeninde mal olarak kabul edilmez.⁹⁶ Bu nedenle insan vücudu güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturmaz.

2)Malın Başkasına Ait Olması

5237 sayılı TCK nın 155 maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için belirli bir amaçla failden devredilen malın, failden başkasına ait olması gerekir. Yukarıda malikin fail olamayacağı hususuna değinmiştik. Malın mülkiyetinin başkasına ait olması durumunda ortaya çıkar ve bu medeni hukuk hükümlerine göre tespit edilmelidir.⁹⁷

Mülkiyet hakkı 4721 sayılı TMK nın 683. maddesi ve devamında düzenlenir. Buna göre mülkiyet hakkı, hukuk düzeni sınırları içerisinde, sahibine kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkileri sağlayan bir haktır. Mülkiyet hakkı aynı

94 ÖNDER Ayhan, a.g.e., s.409-410, KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.627

95 YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s. 5003

96 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar

97 MERAKLI, Serkan, DEÜHFD, 2009, Güveni Kötüye Kullanma Suçu madde 155. s. 1671
<http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz11-9-ozel/kamu/7%20merakli.pdf> Erişim tarihi:16.10.2016

zamanda temel insan hakları arasında yer alıp, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 nolu ek protokolünün 1. maddesinde düzenlenir.

Güveni kötüye kullanma suçunda, başkasına ait olan mal şartının sağlanabilmesi için devredilen mal üzerinde failin mülkiyet hakkının bulunmaması gerekir. Müşterek mülkiyet ve elbirliği halinde mülkiyetin söz konusu olduğu durumlarda başkasına ait malın varlığından söz edilebilir. Müşterek mülkiyetle mala sahip olma durumu söz konusu ise ve müşterek maliklerden birinin hissesini aşan kısım o kişi bakımından başkasına ait bir mal şartını sağladığından, o aşan kısım hakkında tasarrufta bulunan kişi fail olacak ve güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Elbirliği halinde mülkiyete konu olan bir mal, her malik için diğer malikler karşısında başkasına ait mal şartını sağlar, burada da güveni kötüye kullanma suçu gündeme gelir.⁹⁸

Sahipsiz mallar ve failin tek başına malik olduğu mallar güveni kötüye kullanma suçuna vücut vermeyecektir.⁹⁹ Çünkü sahipsiz mallarda, bir başkasına ait olan mal söz konusu olmayacaktır. Malikin kendisine ait olan mal da bir başkasına ait olmadığından kişinin kendi mülkiyetinde olan bir mal o kişi bakımından güveni kötüye kullanma suçunun konusu olamayacaktır. Dolayısıyla malikin kendi malı üzerinde güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi ve fail olması düşünülemez.

Anonim şirketler ve limited şirketlerin kendilerine ait tüzel kişilikleri vardır. Şirket ortakların sorumlulukları sınırlı sorumluluktur. Bu nedenle bu tip şirketlerde şirket ortakları açısından şirket malları başkasına ait mal sayılırlar. Dolayısıyla şirket ortaklarının şirket malları üzerinde güveni kötüye kullanma suçunu işleyebilmeleri mümkündür.¹⁰⁰

Sonuç olarak güveni kötüye kullanma suçunun konusunu “mallar” oluşturur. Bu malın bir başkasına ait olma şartı bu suçun oluşması için gereklidir. Kişinin kendi malı üzerinde güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi düşünülemez. Hem TCK'nın 155. maddesi ve gerekçesi hem de yukarıda bahsettiğimiz doktrinadaki hakim görüş bizim bu sunuca varmamızda etkili ve yeterli olmuştur.

98 MERAKLI, Serkan, a.g.e , s. 1672

99 MERAKLI, Serkan, a.g.e , s. 1672

100 MERAKLI, Serkan, a.g.e , s. 1672

D)Zilyetliğin Devri

1) Zilyetlik Kavramı

Güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarından olan zilyetliğin devri konusunun anlaşılabilmesi için zilyetliğin ne olduğu, ne şekilde anlaşılması gerektiği konusu çok büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunun anlaşılabilmesi için öncelikle zilyetlik konusunun anlaşılması şarttır.

Mülkiyet hakkı, eşya üzerinde hukuki hakimiyet olarak tanımlanırken, zilyetlik eşya üzerinde fiili hakimiyet olarak tanımlanmaktadır.¹⁰¹ Bu konuda asıl tanımı yapması gereken TMK zilyetliğin tanımını yapmaktan kaçınmıştır. Ancak zilyet tanımına ilişkin bir düzenleme getirmiştir. TMK m.973/1 de “*bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse onun zilyededir.*” TMK m.973/2 de ise “*taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde hakkın fiilen kullanılması zilyetlik sayılır.*” şeklinde düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemeler dikkate alınarak, zilyetlik bir şey üzerinde fiili hakimiyet olarak tanımlanabilir.¹⁰²

Zilyetlik aynı zamanda taşınır mallarda aynı hakların sağladığı hakimiyetin dışı açıklanış şeklini ifade eder. Zilyetlik, şey ister taşınır olsun ister taşınmaz olsun, bir hakimiyet durumu olarak hukuki sonuçlar doğurur. Zilyetliğin en önemli işlevi ise taşınır mallarda aynı haklar için kamuya açıklık sağlamasıdır.¹⁰³

Zilyetlik eşya üzerindeki fiili hakimiyetin herkes tarafından anlaşılabilir halde olmasını gerektirir. Bunun için de eşya ile zilyet arasında genellikle yer itibariyle bir yakınlık, maddi bir ilişki aranır. Buna roma hukukunda “*corpus*” denmektedir. Ancak bu ilişkinin mutlaka fiziki bir hakimiyet şeklinde olması gerekmez. Fiili hakimiyetin

101 ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 10. Baskı, İzmir, 2012, s.28

102 SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.46, AKİPEK, Jale G. Türk Eşya Hukuku, Aynı Haklar Zilyetlik ve Tapu Sicili, İkinci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s.137

103 OĞUZMAN, Kemal, SELİCİ Özer, ÖZDEMİR-OKTAY Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 47

varlığından söz edebilmek için doğrudan ve dolaylı bir şekilde ona hakim olmak, dış etkenlerden korumak yeterlidir.¹⁰⁴

Zilyetlikten söz edilebilmesi için fiili hakimiyet olması yeterlidir. Kişinin zilyet olduğunun bilincinde olma şartı zilyetlik için zorunlu değildir. Bu bilincin olması sadece zilyetliğin korunması yollarından yararlanmak için gereklidir.¹⁰⁵

Zilyetliğin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda doktrinde çeşitli tartışmalar mevcuttur. Bizim tez konumuz zilyetlik konusu olmadığı için bu tartışmalardan uzak kalarak kendi katıldığımız görüşe göre zilyetliğin hukuki niteliğini ortaya koyacağız.

Bizim katıldığımız görüşe göre zilyetlik hukuki bir durumdur.¹⁰⁶ Buna göre zilyetlik ne bir hak, ne bir ayni hak ne de salt bir fiili hakimiyettir. Hukuk düzeni, hukuki bir durum olan zilyetliğe, bir hakka dayanıp dayanmadığına bakmaksızın bazı koruma imkanları sağlamış, bazı hukuki sonuçlar bağlamıştır. Ancak hakka dayalı olan zilyetliklerde ek korumalar tanımıştır.¹⁰⁷ Örneğin hırsız da çaldığı eşyanın zilyedidir ancak bir hakka dayanmamaktadır. Ancak hukuk düzeni bir hakka dayanmayan zilyetliğe de bazı korumalar tanımıştır. Sonuç olarak zilyetliğin hukuki niteliği hukuk düzenince korumalar sağlayan özel bir hukuki durumdur.

Hukuk düzeni, zilyetliğe ilişkin hukuki düzenlemeler yaparken zilyetliği sağlayan hak ile ilgilenmez ayrıca bu hakkın varlığını bile sorgulamaz. Bu hakkın meşru olup olmadığı konusu da hukuk düzenini ilgilendirmez. Hukuk düzeninin baktığı tek şey eşya üzerinde zilyetliğin varlığını ortaya koyan fiili hakimiyetin varlığıdır.¹⁰⁸

104 SİRMEN, Lale, a.g.e , s.46

105 AYBAY, HATEMİ, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.33

106 SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, OĞUZMAN, Kemal, SELİCİ Özer, ÖZDEMİR-OKTAY Saibe, Eşya Hukuku

107 OĞUZMAN, Kemal, SELİCİ Özer, ÖZDEMİR-OKTAY Saibe, a.g.e , s. 55

108 AKİPEK, Jale G. Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar Zilyetlik ve Tapu Sicili, s.139

Zilyetliğin aynı haklarda kamuya açıklığı sağlama, aynı hakların kazanılmasını sağlama, zilyetliği koruma gibi işlevleri vardır. Özellikle taşınır mallarda, taşınır malın zilyedi o malın maliki sayılır. Zilyetliğin aynı hakların aslen ya da devren kazanılmasında da etkileri vardır. Ayrıca zilyetliğin aleniyet, kamuya açıklık, fonksiyonundan türeyen kişiler arasında eşya üzerinde hakka ilişkin düzeni sağlama fonksiyonu da vardır.¹⁰⁹

Zilyetlik, hukuken eşya niteliği taşıyan cismani varlıklar üzerinde, bir şeyin parçaları üzerinde, fiili hakimiyet kurulabilecek eşyalar üzerinde, taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde cereyan edebilir.¹¹⁰

Zilyetliğin türleri konusunda çeşitli ayrımlar yapılmıştır. Ancak biz daha net ve daha anlaşılır bir şekilde ortaya konan zilyetlik türlerini zikretmekle yetineceğiz. Zilyetliğin türleri; hakka dayanan- hakka dayanmayan zilyetlik, malik sıfatıyla zilyetlik-başkası için zilyetlik, asli zilyetlik-fer'i zilyetlik, dolaylı zilyetlik-dolaysız zilyetlik, tek başına zilyetlik-birlikte zilyetlik ve zilyet yardımcılığıdır.¹¹¹

Var olan zilyetlik sona erdikten sonra failin işlediği fiil güveni kötüye kullanma suçunu değil hırsızlık suçunu ortaya çıkaracaktır. Örneğin, birlikte yaşadığı kişinin eşyalarını satan kişinin eylemi güveni kötüye kullanma, ancak birlikte yaşama sona erdikten sonra evdeki eşyaları satarsa bu fiili hırsızlık suçunu oluşturacaktır.¹¹²

Güveni kötüye kullanma suçunda mağdurun, yani başkasına ait olan bir mal sahibinin zilyetliği söz konusudur. Burada zilyetliğin ne şekilde kazanıldığıнын, zilyetliğin bir hakka dayanıp dayanmadığının ya da zilyetliğin türünün bir önemi yoktur. Malın zilyedi mağdurun, belirli bir amaç için faile malın zilyetliğini devretmesi ve bu amaç dışında failin mal üzerinde tasarrufta bulunması veya bu devir olgusunu inkar etmesiyle güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Bu suçun

109 AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku I, Konya 2012, s.48-49, AKİPEK, Jale G. a.g.e. , s.151-153, ÜNAL Mehmet, BAŞPINAR Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.139-141

110 OĞUZMAN, Kemal, SELİCİ Özer, ÖZDEMİR-OKTAY Saibe, a.g.e. , s. 55-56,

111 SİRMEN, Lale, a.g.e. , s.55 ila 60

112 EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt IV, Özel Hükümler, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, s.714

oluşabilmesi için, yukarıda kavramsal olarak kısaca açıkladığımız bir mal üzerinde zilyetlik söz konusu olmalıdır. Bu zilyetlik söz konusu olacak ki suçun ortaya çıkabilmesi için bir zilyetlik devri olsun. Belirli bir amaçla bir mal üzerinde var olan zilyetlik devri bu suçun oluşması için zorunludur.

2)Zilyetliğin Devri

4721 sayılı Medeni Kanununun 973. maddesinde zilyetlik ‘bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir’ şeklinde tarifini yapmış ve hukuki mahiyetini belirlemiş ve yine Medeni Kanunun 977. maddesinde hazırlar arasında zilyetliğin devri ‘*zilyetlik, şeyin veya şey üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların, edinene teslimi veya edinenin önceki zilyedin rızasıyla şey üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma gelmesi halinde devredilmiş olur*’ denilmek suretiyle tarif edilmiştir. Zilyetliğin sona ermesi, malikin arzusu ile veya fiili hâkimiyetin kaybı ile olur.¹¹³

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için zilyetliğin devredilmiş olması şarttır. Zilyetliğin devri bu suçun belirleyici unsularındandır. Dolayısıyla zilyetliğin devri olmaksızın bir malın alınması veya bu mal üzerinde tasarrufta bulunulması güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacak, hırsızlık yahut başka bir suçu oluşturacaktır.¹¹⁴

Zilyetliğin devrinin kimin tarafından yapıldığı önemli olmadığı gibi süresi de önemli değildir. Kısa bir süreliğine teslim edilmiş olsa bile zilyetliğin devredildiği ve devir alan da fer’i zilyetliğini kazandığı sürece bu suç işlenebilecektir.¹¹⁵

Zilyetliğin devrinde önemli bir konu da, zilyetliğin mülkiyetten ayrı bir biçimde yani mülkiyetin devri olmaksızın salt zilyetliğin devredilmiş olması gerekir.

113 YCGK, 12.06.2012, 2011/15-440 E.- 2012/229 K. sayılı kararı

114 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.628

115 YCGK, 12.06.2012, 2011/15-440 E.- 2012/229 K. sayılı kararı

Mülkiyetin devri ile birlikte zilyetliğin de devri söz konusu olursa güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.¹¹⁶ Örneğin bir kişi bir malını başka bir kişiye satıp zilyetliğini devretse, satın alan kişi de bu mal üzerinde çeşitli tasarruflarda bulursa burada suç gündeme gelmeyecektir. Çünkü burada mülkiyetten ari bir zilyetlik devri söz konusu değildir.

Güveni kötüye kullanma suçunda zilyetlik devri, geçici bir süreliğine ve belirli bir amaçla yapılmaktadır. Suçun failine yapılan devir, muhafaza etmek yahut belirli bir şekilde kullanma amacı taşımaktadır. Zilyetliğin devri devredilen kişide mülkiyet hakkı tesis etme amacıyla yapılmışsa güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.¹¹⁷

Zilyetliğin devri hukuken geçerli bir rızaya dayalı olarak yapılmalıdır.¹¹⁸ Örneğin, kuru temizlemeciye gönderilen pantolonun cebinde unutulmuş paranın, kuru temizlemeci tarafından alınması para açısından geçerli bir rızaya dayalı devir söz konusu olmadığından güveni kötüye kullanma suçu değil, hırsızlık suçu oluşacaktır.¹¹⁹

Zilyetliğin devredildiği hallerde güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Zilyetlik devredilmemişse bu suç oluşmaz. Örneğin, kiracı olarak oturduğu evden çıkarken lavaboyu söküp götüren kiracının eyleminde güveni kötüye kullanma suçu oluşmuştur.¹²⁰

Suçun oluşması bakımından zilyetliğin ne kadar süreliğine devredildiğinin bir önemi yoktur. Çok kısa bir süreliğine zilyetlik devredilmişse bile güveni kötüye kullanma suçunun oluşması mümkündür.¹²¹ Burada ayrımı yapacak olan zilyetliğin devredip devredilmediğidir. Örneğin bir satıcı tarafından muayene etmek amacıyla bir mal alıcı adayına failde verilmiş, bu fail de o malı alıp kaçmışsa burada güveni kötüye kullanma suçu değil hırsızlık oluşacaktır. Aynı zamanda burada tam olarak

116 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar

117 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.629

118 MERAKLI, Serkan, a.g.e. , s. 1678

119 TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, a.g.e., s.645

120 SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.450

121 EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt IV, Özel Hükümler, s.714

zilyetlik devri söz konusu değildir. Malın fiili hakimiyeti halen satıcıdadır. Zilyetlik devredilmemiştir.

Zilyetliğin devrinin mutlaka malin sahibi tarafından gerçekleştirilmesi şart değildir. Mal sahibi adına üçüncü bir kişi tarafından da devir gerçekleştirilebilir.¹²²

Kanuni düzenlemeye göre, zilyetlik malı muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere devredilmiş olmalıdır. Zilyetliğin devrinin ne şekilde yapılmış olduğunun önemi yoktur.¹²³ Örneğin aracını faile emaneten verecek olan mağdurun aracın kendisini götürüp teslim etmesiyle ya da aracın anahtarını faile verip aracın yerini belirterek gidip almasını söylemesi arasında güveni kötüye kullanma suçunun oluşması açısından bir fark yoktur.

Güveni kötüye kullanma suçunda, malın zilyetliğinin faile devri bir sözleşmeye dayanır. Bu sözleşmenin şeklinin herhangi bir önemi yoktur. Zilyetliğin devrinin hangi sözleşme ile devrine ilişkin de kanuni bir düzenleme yoktur. Zilyetliğin devrini sağlayan herhangi bir sözleşmeye dayanılarak bu devir gerçekleştirilmiş olabilir.¹²⁴ Bu sözleşmelere ödünç sözleşmesi, kira sözleşmesi ya da ariyet sözleşmesi örnek verilebilir.

Zilyetliğin devrinin hukuken geçerli olan bir sözleşmeye dayalı olup olmaması konusu doktrinde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre, önemli olan sözleşmenin hukuken geçerli bir sözleşme olup olmaması değil, mağdurun serbest iradesine dayalı olarak zilyetliğin devredilmiş olmasıdır.¹²⁵ Bu görüşe göre, yurt dışına kaçırmak üzere bir kişiye uyuşturucunun verilmesi bu kişinin de bu uyuşturucuyu satması örneği verilmektedir. Burada hukuken geçerli olmayan, kesin hükümsüz olan bir sözleşme olsa dahi burada zilyetlik devri iradi olarak sağlandığı için güveni kötüye kullanma suçu oluşmuştur.¹²⁶ Bu konuda doktrinde var olan bir

122 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar

123 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar

124 TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, a.g.e., s.646

125 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.639

126 TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, a.g.e., s.646-647

diğer görüŖe göre ise, zilyetliğin devri hukuken geçerli bir szleŖmeye dayanmalıdır. Zilyetliğin devrine iliŖkin szleŖmenin konusunu ayrıca suç teŖkil eden bir madde(uyuŖturucu madde) oluŖturuyorsa güveni kötüye kullanma suçu oluŖmayacaktır.¹²⁷

Doktrinde hakim olan ve bizim de katıldığımız görüŖe göre; ceza hukuku medeni hukuk hükümleri ile bağlı değildir. Özel hukuk bakımından geçerli bir szleŖme olmasa bile , arada güvene dayalı bir zilyetlik devri söz konusudur.¹²⁸ TCK 155. maddede ise arada geçerli bir hukuki iliŖkiye dayalı bir devirden bahsedilmemektedir. Bu nedenle hukuken geçerli bir szleŖmeye dayalı olarak zilyetliğin devrinin olup olmaması güveni kötüye kullanma suçunun oluŖması bakımından önemi yoktur. Hukuka aykırı olarak, hukuken korunmayan bir szleŖmeye dayalı olarak da bir zilyetlik devri olsa, bu devir amacına aykırı olarak fail tarafından mal üzerinde tasarrufta bulunulsa, kanaatimizce yine de güveni kötüye kullanma suçu oluŖacaktır.

Bir kamu görevlisine görevi nedeniyle bir malın zilyetliği devredilmiŖ, bu kamu görevlisi de bu malı devir amacına aykırı bir Ŗekilde kendi malvarlığına katmıŖsa burada güveni kötüye kullanma suçu değil, zimmet suçu oluŖacaktır. Ancak buna karŖılık kamu görevlisine bir malın zilyetliği görevi dıŖında bir sebeple devredilmiŖ ve bu devir amacına aykırı hareket edilmiŖse burada güveni kötüye kullanma suçu oluŖacaktır.¹²⁹

Aynı Ŗekilde, bir kamu görevlisine görevinden dolayı, rehinli, hacizli yahut herhangi bir nedenle elkonulmuŖ bir malın zilyetliği malı muhafaza etmek amacıyla kamu görevlisine devredilir, bu kamu görevlisi de teslim amacı dıŖında tasarrufta bulunursa burada güveni kötüye kullanma suçu değil, TCK 289. maddede düzenlenen muhafaza görevini kötüye kullanma suçu oluŖacaktır.¹³⁰

nemine binaen tekrarlamak gerekirse, malın zilyetliği ile birlikte mülkiyetinin de devredildiği durumlarda güveni kötüye kullanma suçu oluŖmaz. Örneğin, bir ticari mmessile avans olarak verilen parayı, ticari mümessil Ŗahsi

127 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku zel Hükümler, s.629

128 Bu konudaki tartıŖmalar için bkz.MERAKLI, Serkan, a.g.e. , s. 1681

129 TEZCAN, DurmuŖ, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, a.g.e., s.647

130 EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt IV, zel Hükümler, s.717

işlerinde harcasa bile burada güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Çünkü avans olarak verilen paranın zilyetliği ile birlikte mülkiyeti de devredilmiştir.¹³¹ Ancak mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alınmış eşyanın bir üçüncü kişiye satılması durumunda güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.¹³²

E)Fiil

1)Genel Olarak

Doktrinde kimi yazarlarca tipikliğin maddi unsurları *hareket, netice, illiyet bağı(nedensellik bağı)* başlıkları altında ele alınarak incelenmektedir. Ancak biz bu çalışmamızda bu hususları ayrı ayrı başlıklar altında değil de *fiil* başlığı altında genel olarak ele alıp açıklamaya çalışacağız. Kanımızca hareket unsuru fiil unsuru ile aynı kavramı kapsamaktadır. Netice hususunda ise, güveni kötüye kullanma suçunun neticeli bir suç olmadığı, sırf hareket suçu olduğu değerlendirildiğinden bu husus da aşağıda detaylı bir şekilde açıklanmaya çalışılacaktır. İlliyet bağı hususu da neticeli suçlarda incelenmesi gereken bir husus olduğu için kısaca değerlendirilerek bu unsurlar fiil başlığı altında, genel olarak alt başlığı içerisinde değerlendirilecektir.

Güveni kötüye kullanma suçu, sırf hareket suçudur.¹³³ *Sırf hareket suçu* doktrinde, fail tarafından tipe uygun hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesiyle oluşan, neticenin aranmadığı suç olarak tarif edilir.¹³⁴ Malın zilyetliğinin faile devredilmesinden sonra, bu devir amacına aykırı tasarrufta bulunulmasıyla veya devir olgusunun inkar edilmesi ile suç tamamlanır.¹³⁵ Dolayısıyla tipe uygun, kanunla öngörölmüş olan hareketlerin gerçekleştirilmesi ile güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçu, sırf hareket suçudur.

131 TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, a.g.e., s.647

132 YURTCAN, Erdener, a.g.e., s. 252

133 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s.429, YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s.5017

134 ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı , Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.249

135 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, a.g.e., s.429

Güveni kötüye kullanma suçu sırf hareket suçu olması dolayısıyla neticeli bir suç değildir. Hareketin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır. Güveni kötüye kullanma suçu *ani suçlardandır*. Mütemadi suç değildir. Etkilerinin devam etmesi de onu ani suç olmaktan çıkarmaz.¹³⁶ Bu suçun oluşması için somut bir zararın meydana gelmesi şart değildir. Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için *zarar tehlikesinin* ortaya çıkması yeterlidir.¹³⁷ Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçu zarar suçu değildir. Neticenin zarar tehlikesi olarak ortaya çıktığı, kanun koyucu tarafından korunan hukuki değeri ihlal eden davranışı cezalandırmak için bir zararın gerçekleşmesinin zorunlu görülmediği suçlara *tehlike suçları* denir.¹³⁸ Güveni kötüye kullanma suçunda da mutlaka somut bir zarar aranmayıp, zarar tehlikesinin ortaya çıkması yeterli olduğu için bu suç tehlike suçu olarak kabul edilebilir.¹³⁹

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için somut bir zararın gerekmediği, zarar tehlikesinin ortaya çıkmasının suçun oluşması için yeterli olduğunu yukarıda ortaya koyduk. Peki bu suçun oluşması için faile ya da bir başkasına yarar sağlamak şart mıdır?

Kanaatimizce bu sorunun cevabını bulmak için kanunun bu konudaki düzenlemesinden yola çıkmak gerekir. TCK 155. maddesinde güveni kötüye kullanma suçu “*muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi... cezalandırılır.*” şeklinde düzenlemiştir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, failin kendisine muhafaza etmek veya belli bir amaçla kullanmak üzere zilyetliği devredilen mal üzerinde devir amacına aykırı olarak tasarrufta bulunmasıyla ya da devir olgusunu inkar etmesiyle bu suç oluşacaktır. Somut bir zararın ya da yararın varlığını araştırmak gerekmez.¹⁴⁰ “Kendisinin veya başkasının

136 EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt IV, Özel Hükümler, s.720

137 EREM, Faruk, A.g.e , s.720, CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.429

138 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s.254, ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.195

139 YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s. 5017

140 ESEN, Sinan, Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.254, MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza

yararına olarak” tabiri failin hareketinin yöneldiği hedefi, failin yöneldiği amacı ortaya koymak içindir. Kanunda bu suçun düzenlenmesinde geçen yarar kavramı hareketin neticesi, tipikliğin bir unsuru olarak tanımlanmamıştır.¹⁴¹ Keza güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer sadece mülkiyet hakkı olmayıp, kişilerin arasında var olan güven duygusu olduğundan, devir amacı dışında tasarrufta bulunma veya devir olgusunu inkar etme fiillerinden birinin gerçekleşmesiyle birlikte bu güven duygusu zedeleneceği için bu fiilin gerçekleştirilmesi ile birlikte suç oluşacaktır. Failin kendisine yahut üçüncü bir kişiye somut bir yarar sağlaması, somut bir zararın ortaya çıkması şart değildir.¹⁴² Dolayısıyla kanunun düzenlenmesinde geçen yarar kavramı tipikliğin maddi unsuru değildir. Eğer kanun yarar kavramını suçun bir unsuru olarak kabul etse idi TCK 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçundaki “ kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan” şeklinde bir ifade kullanırdı. Böyle bir ifade kullanılmış olsa yarar kavramının tipikliğin maddi unsuru olarak kabul edilmesi gerekirdi.¹⁴³ Dolandırıcılık suçunda mağdurun veya bir başkasının zarara uğraması ve fail ya da bir başkasının yarar sağlaması şartı aranmış iken bu şartlar güveni kötüye kullanma suçu için geçerli değildir.¹⁴⁴ Ayrıca kanuni düzenlemede “fail mağdurla arasındaki hukuki ilişkiye aykırı olarak devir konusu mal üzerinde tasarrufta bulunur yahut devir olgusunu inkar ederek kendisine veya bir başkasına yarar sağlarsa...” şeklinde bir düzenleme olsaydı yarar kavramının tipikliğin maddi unsuru olarak kabul edilmesi, güveni kötüye kullanma suçunun bir zarar suçu, neticeli suç, olduğunu söylemek mümkün olurdu.¹⁴⁵

Yukarıda illiyet bağı(nedensellik bağı)nın da tipikliğin maddi unsurları arasında değerlendirildiğinden bahsetmiştik. Nedensellik bağı neticeli suçlar

Kanununda Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları İle Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.194

141 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.430

142 MERAKLI, Serkan, a.g.e. , s. 1686

143 MERAKLI, Serkan, a.g.e, s. 1686

144 BAKICI, Sedat, a.g.e.,s.17

145 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.430

bakımından ele alınması gereken bir kavramdır. Bu kavram, failin fiili ile gerçekleşen netice arasında neden-sonuç ilişkisi kuran bağ olarak tanımlanabilir.¹⁴⁶

Güveni kötüye kullanma suçunun neticeli bir suç olmadığını, sırf hareket suçu olduğunu, hareketin gerçekleştirilmesiyle birlikte suçun tamamlandığını yukarıda ayrıntılı bir şekilde ele almıştık. İliyet bağı, neticeli suçlarda ele alınıp incelenmesi gereken bir konu olduğu için, ayrıca güveni kötüye kullanma suçunda tipikliğin maddi unsurları içerisinde yer alamayacağı için bu konu hakkında bu kadar açıklama ile yetinilmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçunda fiil, failin başkasına ait olan ve muhafaza etmek veya belli bir şekilde kullanmak üzere kendisine devredilen mal üzere devir amacı dışında, kendisinin veya başkasının yararına olacak şekilde tasarrufta bulunması yahut bu devir olgusunu inkar etmesidir.¹⁴⁷ Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, suç konusu mal üzerinde mülkiyet hakkı olan kişi ile zilyetliğin devredildiği kişi arasında bir sözleşme mevcuttur. Suç konusu mal üzerinde aradaki sözleşmeye aykırı kasıtlı tasarruflar cezai müeyyideye bağlanmıştır.¹⁴⁸ Kanuni düzenleme bu şekildedir. Kanun güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan fiilleri tek tek saymak yerine, fiili devir olgusunu inkar ve zilyetliğin devri amacı dışında tasarruf etme şeklinde genel bir biçimde belirtmiştir. Bu suç, devir olgusunu inkar etmek veya devir amacı dışında tasarrufta bulunma suretiyle işlenebileceğinden güveni kötüye kullanma suçu *seçimlik hareketli suç* niteliğindedir.¹⁴⁹

Güveni kötüye kullanma suçu, devir amacı dışında tasarrufta bulunma veya inkar etme şeklinde *icrai bir hareketle* işlenebileceği gibi, malı süresinde geri

146 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7.Baskı, Ankara, 2014, s.121

147 HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, a.g.e., s.375

148 YURTCAN, Erdener, a.g.e., s. 251

149 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, a.g.e , s.632, ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.161

vermeme, malı gereği gibi saklamak üzere devralındığında bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihlal etme şeklinde *ihmalî hareketle* de işlenebilir.¹⁵⁰

Güveni kötüye kullanma suçunun ihmali şekilde işlenebileceğine ilişkin Yargıtay'ın 22.05.2012 tarihli bir kararı güzel bir örnektir. Bu karar kısaca; “*Somut olayda; katılanın yetkilisi olduğu firmada şoför olarak çalışan sanığın,'dan kamyonu yüklediği suça konu biralarıilinde alıcısına teslim etmesi gerekirken, 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 görülmemiştir.*”¹⁵¹şeklindedir.

Kanuni düzenlemede güveni kötüye kullanma suçunun fiiline ilişkin iki farklı fiil öngörülmüştür. Bunlardan ilki belirli bir amaçla zilyetliği devredilen mal üzerinde “*devir amacı dışında tasarrufta bulunma*”, ikincisi ise “*devir olgusunu inkar etme*” fiilidir. İlk olarak devir amacı dışında tasarrufta bulunma incelenecektir.

2)Devir Amacı Dışında Tasarrufta Bulunma

5237 sayılı TCK 155. maddede güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan fiillerin ilkinin, zilyetliğin devir amacına aykırı bulunma olarak değerlendirmiştir. Bu suç mal üzerinde zilyetliğin devri amacı içerisinde yer almayacak bir şekilde tasarrufta bulunularak işlenebilir.¹⁵² Failin işlediği fiilin, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunup bulunmadığını tespit etmek için, zilyetliğin devrini sağlayan aradaki hukuki ilişkiye bakmak gerekir. Ancak bu şekilde devir amacına aykırı olarak tasarrufta bulunulup bulunulmadığı anlaşılabilir. Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma ile anlatılmak istenen doktrindeki anlayışa göre, genellikle o mal üzerinde malikmiş gibi davranmak anlaşılmaktadır.¹⁵³

150 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.428

151 Y15.CD, 22.05.2012, 2011/13319 E.-2012/37521 K. sayılı kararı

152 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.428

153 TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, a.g.e., s.648

Mülga 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan fiileri bir bir saymış anak 5237 sayılı TCK “zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak”düzenlemesiyle bu suçu oluşturan fiileri sayma yöntemini terketmiş, suçun uygulama alanını genişletmiştir. Zilyetliğin devri amacı dışındaki her türlü tasarruf(satma, rehnetme, sarfetme, gizleme, kullanma...) güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan fiillerden sayılabilecektir.¹⁵⁴

Örneğin bir traktör belirli bir yerden buğday getirmek amacıyla ödünç alınması durumunda buğday getirildikten sonra bir de ormandan odun getirilmesi durumunda güveni kötüye kullanma suçu oluşacak mıdır? Burada önemli olan husus devir amacı dışında tasarruftan ne anlaşılması gerektiği konusudur. Örnek olayımızda traktör sadece buğday taşımak amacıyla emanet verilmiştir. Ancak traktörü emanet alan traktörü ikinci bir işte kullanmıştır. Burada traktörün zilyetliğinin devrine ilişkin sözleşme sadece buğday taşınmasına ilişkindir. Bu nedenle bu açıdan bakıldığında traktörü emanet alan fail, anlaşma dışına çıkarak traktörü devir amacına aykırı olarak kullanmış güveni kötüye kullanma suçunu işlemiştir. Ancak traktörün emanet alınma amacı yük taşımadır. Yük taşıma dışında bu traktör kullanılmamış, satılmamış, başkasına kiralanmamış, parçalanmamıştır. Sadece başka bir taşıma işleminde kullanılmıştır. Burada emanet alan iyiniyetlidir. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçu oluşmamış, tazminat sorumluluğu doğmuştur.¹⁵⁵ Burada devir amacına aykırı tasarrufta bulunma kavramından ne anlaşılması gerektiği konusu gündeme gelmektedir. Tasarrufta bulunma eyleminden anlaşılması gereken, devredilen malın satılması, yok edilmesi, parçalanması, başka bir hukuki ilişkiye konu edilmesi ya da bir başkasına kiralanması mıdır? Kanımızca aradaki anlaşmaya aykırı bir şekilde malın kullanılarak eskitilmesi, yıpratılması, tüketilmesi de devir amacına aykırı şekilde tasarrufta bulunma kavramı içindedir. Dolayısıyla örnek üzerinden gidecek olursak sadece buğday taşımak üzere emanet verilen traktörün bu iş bitirildikten sonra başka işte de kullanılması güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Çünkü aradaki devir anlaşmasının içeriği sadece buğday taşınmasına yöneliktir, ayrıca başka işlerde kullanılması ile o traktörün ek

154 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım,Kişilere Karşı Suçlar

155 BAKICI, Sedat, a.g.e., s.14

olarak yıpranması eskimesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bu durumda mal üzerinde devir amacına aykırı şekilde tasarruf etme eylemi gerçekleştirilmiş, suç oluşmuştur. Failin buğday taşımaya izin veren odun taşımaya da izin vereceğini de düşünerek, iyiniyetli bir şekilde, suç işleme kastı olmaksızın hareket etmesi yargılama sonunda somut olgular ve deliller değerlendirildikten sonra ortaya konulacak bir konudur.

Failin fiilinin zilyetliğin devir amacına aykırı bir şekilde tasarrufta bulunma olup olmadığının anlaşılması için öncelikle zilyetliğin devrinin dayandığı hukuki ilişkiye bakmak gerektiğini yukarıda zikretmiştik. Zilyetliğin devri bir sözleşmeye dayanıyorsa, devir amacı sözleşme hükümlerine bakılarak ortaya konulacaktır. Kefalet sözleşmesi örneğinden hareket edecek olursak, kefalet sözleşmesinde zilyetlik olduğu gibi durması için devredilmiştir. Fail teminat için bırakılan malı aynı şekilde korumakla mükelleftir. Teminat için malın zilyetliğini devralan fail, teminat için verilen malı kendisi kullanamaz. Eğer kullanırsa burada güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.¹⁵⁶ Çünkü burada zilyetliğin devri amacı dışında mal üzerinde tasarrufta bulunma fiili gerçekleşmiştir.

Zilyetliğin faile devrine ilişkin sözleşme yazılı ya da sözlü olabilir. Zilyetliğin devrine ilişkin sözleşmenin hukuka ve ahlaka aykırı olması halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Örneğin bir kişiye uyuşturucu madde kaçakçılığı yapılması için para verilmesi durumunda, uyuşturucu kaçakçılığı suçundan parayı veren azmettiren olarak parayı alan da asıl fail olarak uyuşturucu madde kaçakçılığı suçunun müşterek failleridir. İştirak halinde bu suça katılmışlardır. Burada güveni kötüye kullanma suçu bakımından, parayı alan kişi parayı geri vermezse, paranın geri verilmesi amacıyla zilyetliğin devri söz konusu olmadığından, para geri verilme bile güveni kötüye kullanma suçundan bahsedilemez.¹⁵⁷

Uyuşturucu maddenin bir süre saklanıp geri verilmek üzere başka bir kişiye verilmesi halinde, uyuşturucuyu alan kişinin bu maddeyi iade etmemesi ya da

156 YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s. 5015

157 BAKICI, Sedat, a.g.e., s.9

uyuşturucuyu birine götürmek üzere teslim alan kişinin bu maddeyi başkalarına satması durumunda güveni kötüye kullanma suçunun varlığından bahsedilecektir.¹⁵⁸ Çünkü saklanmak üzere uyuşturucu maddenin kabul edilmesi de bir suçtur. Güveni kötüye kullanma suçu bakımından, zilyetliğin devrine konu olan sözleşmenin hukuka, ahlaka aykırı olması dolayısıyla failin bu suçtan cezalandırılmaması halinde fiil suç olmaktan çıkacaktır. Bu halde hukuka uygun sözleşmeye dayanarak bir malın zilyetliğini devralan malı geri vermediğinde güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılacak, buna karşın hukuka, ahlaka aykırı sözleşmeye dayanarak bir malın zilyetliğini devralan ve bu malı iade etmeyen güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılmayacaktır. Kanun hiç bir suçu korumaz. Ayrıca ceza hukuku borçlar hukuku hükümleriyle bağlı değildir. Zilyetliğin devrine ilişkin sözleşmenin hukuka aykırı olması durumunda da güveni kötüye kullanma fiilleri gerçekleştirildiğinde bu suç oluşacaktır.¹⁵⁹ Dolayısıyla, uyuşturucu maddeyi veren kişi TCK 188/3 uyarınca uyuşturucu maddeyi verme eyleminden; şikayet olması halinde de uyuşturucu maddeyi alan saklayan geri vermeyen kişi hem TCK 188/3 uyuşturucu maddeyi kabul etme, bulundurma hem de güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu olacaktır. Sonuç olarak malın zilyetliğinin devredilmesine ilişkin sözleşmenin hukuka uygun olmaması şartları olduğu halde failin güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılmasına engel olmamalıdır.¹⁶⁰

Güveni kötüye kullanma suçunda, devir amacı dışında tasarrufta bulunma fiili, zilyetliğin devrediliş amacının öncelikle aradaki hukuki ilişki, genellikle sözleşme, dikkate alınarak belirlenebilir. Aradaki sözleşme hükümleri zilyetliğin devir amacını ortaya koyar. Mağdur tarafından belirli bir amaçla, kefalet, kira, ariyet gibi, malın zilyetliği faile devredilir. Fail de bu devir amacı dışında mal üzerinde, satma, bağışlama, rehneme, kullanma, tüketme gibi tasarruflarda bulunarak devir amacına aykırı hareket ederse burada güveni kötüye kullanma suçunun fiili gerçekleşmiş olacaktır.

158 TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, a.g.e.,s.646, MERAKLI, Serkan, a.g.e., s. 1680-1681

159 MERAKLI, Serkan, a.g.e, s. 1680

160 BAKICI, Sedat, a.g.e., s.9-10

Kanuni düzenlemeye göre güveni kötüye kullanma suçunun gerçekleşmesi öngörülen diğer fiil ise devir olgusunu inkar etme fiilidir. Şimdi aşağıda bu fiili ayrı bir başlık altında incelemeye çalışacağız.

3)Devir Olgusunu İnkâr Etme

Güveni kötüye kullanma suçu, failin, malın zilyetliğinin devredildiğini inkar etmesi, bu devir olgusunu yok sayması şeklinde de işlenebilir.

Belli bir şekilde kullanılmak üzere kendisine verilmiş olan malın, fail tarafından kendisine verilmediğinin söylenmesi, verilmediğinin iddia edilmesi, veya tevdi edilen eşyanın teslim amacının gerçeğe aykırı bir şekilde gizlenmesi de devir olgusunu inkar etme fiilidir.¹⁶¹ Devir olgusunu inkar etmeden anlaşılması gereken, failin devir konusu malın kendisine teslim edilmediğini iddia etmesi ya da buna yönelik beyanlarda bulunmasıdır.¹⁶² Örneğin, kendisine emanet olarak bırakılan bir mücevheri, failin bunu kendisinin satın aldığını iddia ederek aradaki emanet ilişkisini inkar etmesi devir olgusunu inkar etme fiilini ve dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur.

Malın zilyetliğinin belirli bir süreliğine faile devredildiği durumlarda, belirlenen süre dolmasına rağmen malın sahibine iade edilmemesi örtülü inkar anlamına gelebilir.¹⁶³ Yargıtay'ın konuya ilişkin 16.01.2014 tarihli kararı bu konunun netlik kazanması bakımından önemlidir. Söz konusu karar kısaca; “.....*vergi dairesi mükellefi katılanın işlettiği Rent a Car ünvanlı işyerinden dosyada fotokopisi bulunan 04/12/2006 tarihli sözleşme ile katılan adına tescilli plakalı otomobili otuz günlüğüne kiralayıp, teslim alan sanığın, kira süresi bitmesine rağmen iade etmeyerek kullanmaya devam ederken 15/01/2007 tarihli şikayet sonrası 25/01/2007 tarihinde Kula ilçesinde yakalanması eyleminin “nitelikli güveni kötüye kullanma” suçunu oluşturduğu iddia edilen somut olayda;*

161 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.633

162 PARLAR, Ali, HATIPOĞLU, Muzaffer, a.g.e., s.498, s.502

163 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.429

Saniğin 04.12.2006 tarihli kira sözleşmesinin kendisinde olması gereken alt nüshasını, 25.01.2007 tarihli jandarmada verdiği ifade kapsamına göre dosyaya delil olarak sunamaması, yakalanıp katılana teslimi aşamalarında aracın hasarlı olduğuna dair bir bilgi bulunmaması karşısında; dosya kapsamı itibariyle sübut bulan eylemin “güveni kötüye kullanma” suçunu oluşturduğu nazara alınmadan yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...”¹⁶⁴ şeklindedir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, belirli süre için zilyetliğinin kendisine devredilen malı bu süre içerisinde sahibine iade etmeyen failin fiili zimni olarak devir olgusunu inkar etme anlamına gelmekte ve güveni kötüye kullanma suçu oluşmaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçunun kanuni düzenlemesinde, devir amacına aykırı hareket etme veya devir olgusunu inkar etme fiillerinde kendisinin veya başkasının yararına olma hususu yer almaktadır. Burada suçun ne zaman tamamlandığı konusu gündeme gelmektedir. Doktrinde istikrarlı bir şekilde güveni kötüye kullanma suçunun sırf hareket suçu olduğu ortaya konmaktadır.¹⁶⁵ Suçun tamamlanmış sayılması için mutlaka fail lehine yararın sağlanma şartı aranmaz. Devir amacına aykırı bir şekilde tasarrufta bulunma ve devir olgusunun inkar edilmesi anında suç tamamlanır.¹⁶⁶ Yukarıda açıklanan fiillerden özellikle devir amacına aykırı tasarrufta bulunma halinde mağdurun zarar görmesi ya da failin yahut üçüncü bir kişinin yarar sağlaması suçun oluşması için şart değildir. Zarar tehlikesinin ortaya çıkması yeterlidir. Aynı zamanda korunan hukuki değer kişide var olan güven duygusu olduğu için bu güven duygusunun sarsılması fiilin gerçekleşmesiyle oluşacaktır. Dolayısıyla bu bile mağdura verilen bir zarardır.¹⁶⁷

Suçun devir olgusunu inkar etme anında tamamlandığını yukarıda anlatmıştık. Devre konu malın iade süresi dolduktan sonra iade edilmesi durumunda da suç tamamlanmış olacaktır. Süresi dolduktan sonra iade edilmesi suçun tamamlanma anına bir etkisi olmayacaktır. Suç bütün unsurlarıyla tamamlanmıştır.

164 Y15.CD, 16.01.2016, 2012/10732 E- 2014/492 K. sayılı kararı

165 Bkz.KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.633, CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar , s.429

166 SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.452

167 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.430

Bu husus sadece etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınacaktır. Yargıtay'ın bu hususa ilişkin 21.01.2014 tarihli kararı büyük önem arz etmektedir. Bu karar özetle; “ *Sanığın, katılan şirketten 1 yıllığına kiraladığı aracı 21/06/2006 tarihinde iade edilmesi gerekirken 09/11/2006 tarihinde iade ettiği şeklinde gerçekleştiği iddia edilen olayda sanığın aracı katılanın şikayetinden sonra iade etmesinin 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği gözetilmeden 5237 sayılı TCK'nın 155/1. maddesi gereğince mahkumiyeti yerine iade etmesi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluşmadığından beraatine karar verilmesi...*”¹⁶⁸ şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere iade süresi dolduktan, mağdurun şikayetçi olmasından sonra malın iade edilmemesi durumunda güveni kötüye kullanma suçunun unsurları oluşmuş, suç tamamlanmıştır. Bu süreden sonra gerçekleştirilen iade sadece etkin pişmanlık hükümleri uygulanırken dikkate alınacaktır.

Sonuç olarak güveni kötüye kullanma suçunun tamamlanması için, fail ya da üçüncü bir kişi lehine bir yarar sağlanması yahut mağdur aleyhine bir zarar gerçekleşmesi gerekmez. Zilyetliğin devir amacına aykırı tasarrufta bulunulmakla veya bu devir olgusu inkar edilmekle güveni kötüye kullanma suçu tamamlanmış olacaktır.

2. Tipikliğin Manevi Unsuru

Manevi unsur, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade eder. Bu bağ gerçekleştirilen davranış fiil niteliği taşımaz, bir suçun varlığından söz edilemez. Kusurluluk kavramı ile manevi unsur kavramını birbirine karıştırmamak gerekir. Kusurluluk, işlediği suç ile ilgili olarak kişinin kınanabilirliği hususundaki yargıyı ifade eder. Kişi işlediği fiilden dolayı kusurlu olmasa bile bu fiil suç olma özelliğini korur.¹⁶⁹

168 Y15.CD, 21.01.2014, 2012/14986 E.-2014/678 K. sayılı kararı

169 ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.213

Güveni kötüye kullanma suçu açısından manevi unsur, yukarıda anlatıldığı şekilde, güveni kötüye kullanma fiilleri olan, zilyetliği belirli amaçla devredilen mal üzerinde devir amacına aykırı hareket etme veya bu devir olgusunu inkar etme fiilleri ile, bu fiilleri gerçekleştiren fail arasındaki manevi bağ ile ilgilidir. Bu manevi bağ kast ve taksir şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Ceza hukukunda suçun işlenmesinde manevi unsur olarak, kural olan kastın varlığıdır. Türk Ceza Kanunu'nun düzenlemesine göre de kural olan suçun kastla işlenmesidir. Taksir ise istisnai düzenlemedir. Kanun eğer bir suçun taksirli halini düzenlemişse o suç cezalandırılabilir.

Aşağıda iki ayrı başlık altında kast ve taksir konusu detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

A)Kast

Kast, 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesinde “*Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*” şeklinde tanımlanmıştır. Kanun metninden de anlaşıldığı üzere kastın varlığı iki temel unsura bağlıdır. Bunlardan birincisi bilme ikincisi de isteme unsurudur. Bilme, suçun kanuni tanımını bilme, isteme ise kanuni tanımdaki fiilleri isteyerek hareket etmedir.

Failin işlediği suçun maddi unsurları hakkındaki bilgisine göre doğrudan kast ve olası kast şeklinde ikiye ayrılır.¹⁷⁰ TCK 21. maddenin ilk fıkrasında düzenleme alanı bulan kast asıl kast türü olan doğrudan kasttır. Fail suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek fiili gerçekleştirmişse doğrudan kast vardır. Kanuni tanımdaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi durumunda var olan kast doğrudan kasttır.

170 ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.224

TCK 21. maddenin ikinci fıkrasında olası kast düzenlenir. Bu düzenleme “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*” şeklindedir. Failin suçun kanuni tanımındaki unsurlarının gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, neticeyi istemese bile var olan kast ise olası kasttır.

Güveni kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Her şeyden önce failde, mala zilyet olduğunun ve malın bir başkasına ait olduğunun bilinci olması gerekir.¹⁷¹ Güveni kötüye kullanma suçunda failin belli bir amaç veya saikle hareket etmesi aranmadığı için suçun oluşması için kastın dışında başka bir subjektif unsurun varlığı gerekmemektedir. Bu suç doğrudan kastla veya olası kastla işlenebilir.¹⁷² Failin güveni kötüye kullanma suçunu işleyebilmesi için, başkasına ait malın kendisine belirli bir amaçla devredilmiş olduğunu bilmesi, bu amaca aykırı olarak bilerek ve isteyerek bu devir dışında mal üzerinde tasarrufta bulunması yahut bu devir olgusunu inkar etmesi gerekir. Fail kendisine zilyetliği devredilen malı, sattığını, rehnettiğini, inkar ettiğini, bozduğunu veya değiştirdiğini bilmeli ve bunu istemelidir.¹⁷³ Failin bu fiili gerçekleştirirken hangi saikle hareket ettiğinin bir önemi yoktur.¹⁷⁴ Failin saiki sadece TCK 61. maddesine göre cezanın bireyselleştirilmesinde önem arz eder. Hakim temel cezayı belirlerken failin saikini dikkate alır.

Failin kastının belirlenmesinde, gerçekleştirdiği fiil ile kendisine veya bir başkasına yarar sağlayacağını bilmesi hususu önemlidir. Fail bu amaca yönelik hareket etmelidir. Failin bir yarar sağlama amacıyla hareket etmesi suçun oluşması için yeterlidir. Yararın sağlanması suçun oluşumu bakımından şart değildir.¹⁷⁵ Failin kendisine veya üçüncü bir kişiye sağlamayı amaçladığı yararın ekonomik nitelikte olması gerekmez, bu yarar manevi ya da duygusal bir yarar da olabilir. Örneğin bir hayır kurumuna bağışlama için, kendisine emanet edilen malı satan kişinin fiili

171 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar

172 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.634, CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.431

173 SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.452

174 SARSIKOĞLU, Şenel, a.g.e, s.103

175 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.432

güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur. Kanun yararın haksız olması şartını da aramamıştır.¹⁷⁶

TCK'nın 30. maddesi hata hususunu düzenler. Bu maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi aynen “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.*” şeklindedir. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunda da fail suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmiyorsa kasten hareket etmiş olmayacaktır. Maddi unsurları bilmeyen fail bu suçta da bu hatasından yararlanacaktır.¹⁷⁷

Fail kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak amacıyla değil de hukuken korunacak bir hakkının var olduğunu zannederek kendisine zilyetliği devredilen malı iade etmezse güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz. Burada suç kastının olmadığı ileri sürülebilir.¹⁷⁸

Güveni kötüye kullanma suçunu olası kastla da işlenebileceğini yukarıda belirtmiştik. Olası kast TCK'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Güveni kötüye kullanma suçunda da fail suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşmesini öngörmesine rağmen yine de fiili gerçekleştirirse olası kastla güveni kötüye kullanma suçunu işlemiş olacaktır. Bu halde de TCK 20. maddenin ikinci fıkrasının son cümlesine göre temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilecektir.

B) Taksir

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda taksir konusu 22. maddede düzenlenir. 22. maddesinin 2. fıkrasında taksir, “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla,*

176 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar

177 YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s. 5018

178 EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt IV, Özel Hükümler, s.721

bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Kasten işlenen suçlarda olduğu gibi, taksirle meydana gelen fiillerde de kusurluluk ile haksızlık birbirinden farklıdır. Taksir, soyut olarak yalın bir kusurluluk şekli değil, haksızlığın gerçekleştirilme şekillerinden biridir. Diğer bir deyişle taksir, bir haksızlık şeklidir. Taksir, kasttan, haksızlık içeriği nedeniyle ayrılır. Kural olan suçların kastla işlenmesidir. Taksirli suçların düzenlenmesi istisnadır.¹⁷⁹

TCK'nın 22. maddesinin 1. fıkrasında “*taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*” düzenlemesi mevcuttur. Bu düzenlemeler ışığında ancak bir suç ancak kanunda taksire ilişkin bir düzenlemeyi içeriyorsa cezalandırılabilir. 5237 sayılı TCK'nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun taksirle işlenmesi konusu yer almamaktadır. Dolayısıyla bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun hukuka aykırılığı ayrı bir unsur olarak kabul edilmektedir. Her ne kadar doktrinde bu konuda farklı görüşler olsa da hukuka aykırılık maddi unsura, kusurluluğa ve tipikliğe dahil değildir. Cezalandırılan kuşkusuz harekettir ve bazı durumlarda hareket olsa dahi öyle sebepler vardır ki hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Bu demektir ki hukuka aykırılıkla maddi unsur aynı şeyler değildir. Hukuka aykırılık kusurluluğa da dahil değildir. Çünkü hukuka aykırı olan hareket her zaman kusurlu değildir. Hukuka aykırılık tipikliğe de dahil değildir. Çünkü tipiklik suçun ortaya koyan cezai normun varlığıdır. Bu her zaman hukuka aykırılık kavramını da içine almaz.¹⁸⁰ Bu sebeplerle çalışmamızda hukuka aykırılık unsuru ayrı bir unsur olarak değerlendirilmiştir.

179 ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.234

180 KUNTER, Nurullah, Suçun Kanuni unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s.84-85

Bir eylemin suç ve hukuka aykırı olabilmesi için, ceza kanunu ya da başka özel bir ceza kanununun görünüş itibarıyla suç sayılan bir eylemin hukuk düzeninde var olan başka bir hükümle meşru kabul edilmemiş olması gerekir. Örneğin, idam cezasının mevcut olduğu düzende, idam cezasına çarptırılmış mahkumun infazını gerçekleştiren cellat görünüş itibarıyla insan öldürme suçunu işlemektedir. Ancak bu cellat başka bir kanun hükmünün kendisine vermiş olduğu görevi ifa ettiği için eylemi hukuka uygundur.¹⁸¹

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, zilyetliğin devri amacı dışında devredilen mal üzerinde tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkar etme fiili hukuka aykırı olmalıdır.¹⁸²

Hukuka uygunluk nedenlerinden herhangi birisinin varlığı halinde, failin gerçekleştirdiği fiil hukuka aykırılık unsurunu gerçekleştirmeyecek, dolayısıyla hukuka uygun hale gelen fiil suç olmaktan çıkacaktır. Zorunluluk hali, ilgilinin rızası ya da bir hakkın icrası gibi hukuka uygunluk nedenlerinden birisi somut olayda mevcutsa failin fiili hukuka uygun hale gelecektir. Örneğin, ağır bir tehlikeden kurtulmak amacıyla zilyetliği kendisine devredilen malı failin kullanması halinde, hukuka uygunluk sebeplerinden zorunluluk hali olduğu için devrediliş amacına aykırı hareket ederek malı kullanan failin fiili suç teşkil etmeyecektir.¹⁸³

Hakkın kullanılması da güveni kötüye kullanma suçu açısından hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırarak fiili hukuka uygun hale getirecektir. 4721 sayılı TMK'nın 950. maddesinde hapis hakkı düzenlenir. Bu düzenlemeye 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*

181ALACAKAPTAN, a.g.e, s.8

182 HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, a.g.e., s.378

183 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.640

olmayan taşınurlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur.” fail bu düzenlemeden kaynaklanan hapis hakkını kullanırsa gerçekleştirdiği fiil hukuka uygun hale geldiğinden hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkacak ve güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.¹⁸⁴ Faile zilyetliği devredilen bir mal üzerinde failin hapis hakkı doğmuş ise bu hakkın kullanılarak mağdura iade edilmemesi durumunda hukuka uygunluk sebebi mevcuttur. Ancak üzerinde hapis hakkı kullanılan mal alacağına karşılık failin zilyetliğine verilmemiş olmalıdır.¹⁸⁵

İstisna olarak da olsa, güveni kötüye kullanma fiillerinin meşru savunma altında işlenmesi imkansız değildir. Örneğin emanet bırakılan silahın saldırgana karşı kullanılması durumunda emanet edilen silah üzerinde devir amacına aykırı tasarrufla bulunularak silahın kullanılması failin fiilini güveni kötüye kullanma suçu baskımından hukuka uygun hale getirecektir.¹⁸⁶ Bu durumda güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.

II. SUÇUN NİTELİKLİ HALİ

Güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali 5237 sayılı TCK nın 155. maddesinin 2. fıkrasında aynen; *“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.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Cezanın nitelikli olduğu hallerde fail ile mağdur arasındaki güven duygusu daha yoğundur. Failin sıfatı, bir meslek ve sanat erbabı olması, normal bir kişiye nazaran malın teslimi sonrası daha dikkatli ve özenli davranacağı hususunda

184 YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s. 5019, PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, a.g.e., s.498, s.503

185 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.431

186 HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, a.g.e., s.378

mağdurda daha fazla güven duygusu uyandırır. Belli sığfata sahip kişilere karşı toplumda var olan güven duygusu daha fazladır.¹⁸⁷ Kanun koyucu da bu güven ilişkisinin yoğun olacağından, belli sıfatlara sahip kişilere eslim edilen eşyaya yönelik güveni kötüye kullanma fiillerine daha fazla ceza öngörerek yaptırım altına almıştır.

Güveni kötüye kullanma suçunda nitelikli halin oluşabilmesi için, malın faile, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da başkasının malını idare etmek yetkisinin gereğı olarak devredilmiş olması gerekir. Böyle bir ilişkiye dayalı teslim olmazsa nitelikli halin uygulanması gündeme gelmeyecektir.¹⁸⁸

Hizmet ilişkisinin anlaşılabilmesi için, iş sözleşmesinin tanımını ve unsurlarını ortaya koymak gerekir. İş sözleşmesi, bir tarafın, işçinin, bağılı olarak iş görmeyi, diğler tarafın da, işveren, ücret ödemesinden oluşan sözleşmedir. Kişiler arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olabilmesi için iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarının var olması gerekir.¹⁸⁹ İş görme unsuru, işçinin ekonomik bakımdan iş olarak değerlendirilen her çeşit çalışmasıdır. Ekonomik olarak iş niteliğinde bir edimin ifa edilmesi iş görme unsurunu oluşturur. Ücret unsuru, işverenin yapılan iş karşılığında işçiye verdiği paradır. Bağımlılık unsuru ise, işçinin işverene, kişisel ve hukuki bağımlılığı ve işverenin iş organizasyonunda iş görme unsurunu ifade eder.¹⁹⁰ Bir hizmet ilişkisinin gereğı olarak, kişiye teslim edilmiş bir mal hakkında güveni kötüye kullanma filleri gerçekleştirilirse TCK 155/2. maddede düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali oluşacaktır.

Konuya ilişkin yargıtay'ın 30.05.2013 tarihli bir kararı büyük önem taşımaktadır. Bu kararı özetle “ *Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için; failin bir malın zilyedi olması, malın iade edilmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere faile rızayla tevdi ve teslim edilmesi, failin kendisine verilen malı, verilmiş gayesinin dışında, zilyedi olduğu malda malikmiş gibi satması, rehnetmesi*

187 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.432-433

188 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.636

189 SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s.235

190 SÜZEK, Sarper, A.g.e , s.236-237

tüketmesi,değiştirmesi veya bozması ve benzeri şekillerde tasarrufta bulunması ya da devir olgusunu inkar etmesi şeklinde, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir.

Sanığın, katılanın yetkilisi olduğu Şirketinde şoför olarak çalıştığı, katılanın, sanığa şirketin ... İli ... İlçesi şubesinde çalışan S.. D... isimli şahsa teslim etmesi için 85000 TL verdiği, ancak parayı teslim etmek için yola çıkan sanığın kullanmış olduğu şirkete ait tırı ...sınırları içinde bulunan bir parka bırakıp, para ile birlikte ortadan kaybolduğu ve suça konu parayı şirketin şubesine teslim etmeyerek mal edindiği olayda, katılana ait nakliyat firmasında şoför olarak çalışan sanığın hizmet ilişkisinin mal getirip götürme ve taşımaya yönelik olduğu bu çerçevede para götürüp getirme ve teslim etme gibi bir görevinin bulunmadığı cihetle, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun yasal unsurlarının gerçekleşmediği, bu nedenle sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 155/1 maddesi kapsamında kalan basit güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması suretiyle sanığa fazla ceza tayini...¹⁹¹ şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere şoför olarak çalışan failin hizmet ilişkisinin mal getirip götürme ve taşımaya yönelik olduğu bu çerçevede para götürüp getirme ve teslim etme gibi bir görevi yoktur bu nedenle bu fail hakkında nitelikli güveni kötüye kullanma suçundan cezaya hükmolunmayacaktır. Arada sadece hizmet ilişkisinin bulunması suçun nitelikli halinin oluşması yeterli değil, failin hizmet ilişkisine dayalı görevi de önemlidir.

Cezanın artırılabilmesi için, salt, failin belirtilen sıfatlardan birine sahip olması yeterli değildir. Tevdi ve teslimin bu sıfatlara ilişkin görevin icrası ile ilgili olarak yapılmalı, tevdi ve teslim ile failin sıfatları arasında neden sonuç ilişkisi olmalıdır.¹⁹² Failin sıfatı ile tevdi teslim arasında bir ilişki olmaksızın işlenen güveni kötüye kullanma suçunda nitelikli halin varlığından söz edilemeyecektir.

191 Y15.CD. 30.05.2013, 2007/831 E- 2013/10080 K. sayılı kararı

192 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım,Kişilere Karşı Suçlar

Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin kötüye kullanılması suretiyle işlenebilmesi için, bu kişinin bu mesleği sanatı ya da ticareti sürekli olarak yapması ve geçimini bu işten sağlaması gerekmektedir. Süreklilik arz etmeyen, ara sıra yapılan işlerde güveni kötüye kullanma söz konusu olduğunda nitelikli hal uygulanamayacaktır.¹⁹³ Örneğin asıl işi memurluk olan ancak ara sıra hatır gönül ilişkisine dayalı olarak pantolon tamirâtı yapan kişiye bir pantolon teslim edilir o da bu devir olgusunu inkar eder ya da devir amacı dışında tasarrufta bulunursa güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden değil basit halinden sorumlu olacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini de tanımlayan ayrıca zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bize önemli ölçüde yol gösteren Yargıtay'ın 08.12.2014 tarihli bir kararı oldukça önemlidir. Bu karar; “ *Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için; failin bir malın zilyedi olması, malın iade edilmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere faile rızayla tevdi ve teslim edilmesi, failin kendisine verilen malı, verilmiş gayesinin dışında, zilyedi olduğu malda malikmiş gibi satması, rehnetmesi, tüketmesi, değiştirmesi veya bozması ve benzeri şekillerde tasarrufta bulunması ya da devir olgusunu inkar etmesi şeklinde, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir.*

Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi hâlinde, nitelikli hali oluşmaktadır.

Somut olayda; karı koca olan katılanların aynı adreste faaliyette bulunan T.... Sigortacılık ve K..... Sigortacılık Aracılık Hizmetleri adında şirketlerin yetkilisi oldukları, katılan A....'in amcasının oğlu olan sanık U.....r'un da 2007 yılına kadar önce T... Sigortacılık'ta, 2007 yılından sonra K.... Sigortacılık'ta çalıştığı, poliçe dağıtım ve poliçe bedellerini tahsil etme işleriyle uğraştığı, sanığın her iki şirkette çalıştığı dönem içerisinde müşterilerden tahsil ettiği sigorta primlerinden bilirkişi raporuna göre tespit edilen 14.202 TL'yi uhdesine geçirdiği anlaşıldığından hizmet

193 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.636

nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir.

İki farklı sigorta şirketi bulunması ve sanığın farklı zamanlarda bu şirketlerde çalışıp değişik zamanlarda tahsil ettiği prim paralarından bir miktarını uhdesine geçirmesi karşısında, sigorta şirketi sayısınca zincirleme şekilde iki farklı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu gözetilmeden yazılı şekilde tek bir zincirleme suç olduğundan bahisle eksik ceza tayini, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır”¹⁹⁴ şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere, güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinin oluşabilmesi için, 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 gerekmektedir. Kararda belirtilen sanık, iki farklı sigorta şirketinde poliçe dağıtım ve poliçe bedellerini tahsil etme işleriyle uğraşmaktadır. Bu işlerle uğraşırken şirkete ait olan paraları uhdesine geçirmesi halinde nitelikli güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Ayrıca İki farklı sigorta şirketi bulunması ve sanığın farklı zamanlarda bu şirketlerde çalışıp değişik zamanlarda tahsil ettiği prim paralarından bir miktarını uhdesine geçirmesi karşısında, sigorta şirketi sayısınca zincirleme şekilde iki farklı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu oluşmaktadır. Burada iki ayrı güveni kötüye kullanma suçu oluşmuştur. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Burada TCK 43/2 deki tek bir fiil mevcut değildir. Failin birbirinden ayrı iki fiili mevcuttur. Dolayısıyla burada zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır.

Bir meslek veya sanatı, veya bir hizmeti mesleki faaliyet olarak yürüten faile bir mal teslimi ve failin bu mal üzerinden güveni kötüye kullanma fiilinin olması nitelikli hal için yeterlidir. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sürekli olması ya da bir ücret karşılığında yapılıyor olması nitelikli halin uygulanması için gerekli değildir.¹⁹⁵

194 Y15.CD, 08.12.2014, 2013/4663 E- 2014/20616 K. sayılı kararı

195 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.637

Başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde de nitelikli hal uygulanacaktır. Fail malı idare etmek üzere yetkili kılınmıştır. Bu yetki üzerine faile mal tevdi ya da teslim edilmiştir. Tevdi ve teslim amacına aykırı olarak mal üzerinde tasarrufta bulunan veya bu tevdi ya da teslimi inkar eden faile karşı nitelikli hal uygulanacaktır. Bu hususa, şirketi idare etmekle yetkili kılınmış şirket temsilcisine belirli şeylerde harcamak üzere bir miktar para verilir ve bu para şirket yetkilisi fail tarafından başka harcamalar yapılırsa burada güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali uygulanacaktır.

Şirketlerde hizmet nedeniyle, TCK 155/2. maddede düzenlenen nitelikli güveni kötüye kullanmaya ilişkin Yargıtay'ın 11.11.2013 tarihli bir kararı güzel bir örnek oluşturacaktır. Bu karar kısaca; *“Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için; failin bir malın zilyedi olması, malın iade edilmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere faile rızayla tevdi ve teslim edilmesi, failin kendisine verilen malı, veriliş gayesinin dışında, zilyedi olduğu malda malikmiş gibi satması, rehnetmesi tüketmesi, değiştirmesi veya bozması ve benzeri şekillerde tasarrufta bulunması ya da devir olgusunu inkar etmesi şeklinde, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir.*

Katılan Z..... E.....'nun ilçesinde faaliyet gösteren Tur İnş. Tic. Ltd. Şti. İle Ltd. Şti. adı altında iki ayrı şirketinin bulunduğu, sanık N.....'nin de bu şirketlerde muhasebe işlerinin yürüten mali müşavir olduğu ve katılan tarafından kendisine şirket adına çek keşide etme yetkisi verilerek şirket hesabına ait çek koçanlarının da tevdi edildiği, sanık H.....S....'in da ticaretle uğraşması nedeniyle katılan ve sanık N.... ile tanıştığı ve daha önce de katılanın bilgisi dahilinde sanık N.....'den şirket adına düzenlenen hatır çekleri aldığıın tarafların beyanlarından anlaşıldığı, sanık H.....'in, nakit sıkıntısı çekmesi nedeniyle sanık N....'den hatır çeki rica etmesi üzerine; sanık N..... tarafından katılanın bilgisi ve rızası olmadan şirket adına düzenlenen çeklerin sanık H.....'e verildiği, sanık H.....'in söz konusu çekleri Factoring şirketlerine vermek suretiyle nakit ihtiyacını karşılayarak borçlarını ödemeye çalıştığı; ancak çeklerin ödeme tarihlerinde ilgililerine ödenmemesi

nedeniyle katılana ait şirketler hakkında icra takibine başlanıldığı ve katılanın şikayetçi olduğu olayda;

1- Sanık H.... S..... hakkında verilen beraat hükmüne yönelik yapılan temyiz incelemesinde;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA,

2- Sanık N..... hakkında verilen beraat hükmüne yönelik yapılan temyiz incelemesinde;

Katılan Z..... E.....'nun ilçesinde faaliyet gösteren Tur İnş. Tic. Ltd. Şti. İle Ltd. Şti. adı altında iki ayrı şirketin muhasebe işlerinin yürüten ve kendisine şirketlerin hesabından çek keşide etme yetkisi verilen sanığın, katılanın bilgisi ve rızası olmadan şirket adına çek düzenleyerek diğer sanığa vermesi şeklindeki eyleminin, 5237 sayılı TCK'nın 155/2. maddesinde düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin yazılı gerekçelerle beraat kararı verilmesi..”¹⁹⁶ şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere, şirket hesabından çek keşide etme yetkisine sahip olan mali müşavirin, şirketin ve yetkililerinin bilgisi ve rızası dışında çek keşide ederek başkalarına vermesi, TCK'nın 155/2. maddesinde düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunun basit halinin soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı iken nitelikli halinin soruşturması ve kovuşturması re'sen yapılır.¹⁹⁷

196 Y15.CD, 11.11.2013, 2013/4633 E- 2013/17142 K. sayılı kararı

197 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım,Kişilere Karşı Suçlar

II. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN AYRIMI

A) Hırsızlık Suçu Açısından

Hırsızlık suçu 5237 sayılı TCK'nın 141- 147. maddeleri arasında düzenlenir. Hırsızlık suçu esas itibariyle TCK'nın 141. maddesinde aynen ; *“Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere hırsızlık suçunun konusu taşınır bir mal olabilir. Madde metninde bulunan “bulunduğu yerden alma” ifadesi hırsızlık suçunun konusunun taşınır mallar olabileceğinin göstergesidir. Hırsızlık suçunun konusunu, maddi varlıkları olan cisimler oluşturur.¹⁹⁸ Oysa güveni kötüye kullanma suçunun konusunun hem taşınır mallar hem de taşınmaz mallar olabileceğinden yukarıda bahsetmiştik. TCK 155. madde gerekçesi açık bir şekilde güveni kötüye kullanma suçunun konusunu hem taşınır hem de taşınmaz mallar olabileceğini belirtmiştir. Netice olarak, güveni kötüye kullanma suçu ile hırsızlık suçu arasında ilk ayırım suçun konusu bakımındandır. Güveni kötüye kullanma suçunun konusu taşınır ve taşınmaz mallar olabilirken, hırsızlık suçunun konusu sadece taşınır mallardır.

Güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer mülkiyet hakkı ve zilyetliğin devrini sağlayan güven duygusu olduğunu yukarıda tartışmalar ışığında açıklamıştık. Hırsızlık suçunda korunan hukuki değer sadece mülkiyet hakkıdır. Mülkiyet hakkının yanında korunan bir güven duygusu yoktur.

Hırsızlık suçunda fiilin gerçekleştirilmesiyle malik, suça konu olan mal üzerinde tasarruf yetkisini kaybeder ve bu yetkisinden yararlanamaz. Kanunkoyucu hırsızlık suçunu 141. maddede düzenlerken, “zilyedin rızası olmaksızın” diyerek

198 ŞENSOY, Naci, a.g.e.,s. 30

öncelikle malikin, malik olmasa bile zilyedin haklarının kısıtlanmamasını amaçlamıştır.¹⁹⁹ Güveni kötüye kullanma suçunda ise kanun koyucu kişinin mülkiyet hakkını koruma amacı yanında kişilere duyulan malın devrindeki güvenin sarsılmamasını amaçlamıştır.

Güveni kötüye kullanma suçunda, malın zilyetliğinin faile bir sözleşme çerçevesinde belirli bir amaçla kullanmak üzere devri söz konusu iken, hırsızlık suçunda, malın zilyetliğinin devrinin rızai bir şekilde devri söz konusu değildir. Hırsızlık suçunda fail, malın zilyedinin rızası olmaksızın, malı alması sonucu suç oluşur. Hırsızlık suçunda bir zilyetlik devri söz konusu değil rızaya aykırı olarak malı alma vardır. Güveni kötüye kullanma suçunda malın teslimi, muhafaza edilmek veya belirli biçimde kullanılmak üzere hukuka ve yöntemine uygun, aldatılmamış özgür bir iradeye dayanılarak yapılmaktadır. Hırsızlık suçunda ise taşınır mal zilyedinin rızası olmadan alınmaktadır. Hırsızlık suçu ile güveni kötüye kullanma suçunu birbirinden ayıran en önemli özellik zilyetliğin elden çıkış şeklidir. Kişinin rızası dışında zilyetlik çıkıyorsa hırsızlık suçu oluşacaktır. Güveni kötüye kullanma suçunda zilyetlik rıza ile devredilmektedir.²⁰⁰

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için bu suça konu olan malın faile hukuken geçerli bir rızaya dayalı olarak devredilmiş olması gerekir. Malın zilyetliğinin devri geçerli bir rızaya dayanmıyorsa güveni kötüye kullanma suçundan bahsedilemez. Zilyedin rızası olmaksızın suça konu malın bulunduğu yerden alınması durumunda güveni kötüye kullanma suçu değil hırsızlık suçu oluşur.²⁰¹

Konuya ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, bir çok özel daire kararlarına da esas teşkil edebilecek nitelikte olan, 12.06.2012 tarihli kararı Hırsızlık suçu ile güveni kötüye kullanma suçu ayrımı açısından büyük önem arz etmektedir. Bu karar kısaca “ *Şikâyetçi A...E...’un Kartal Yavuz Selim Devlet Hastanesinde kanser tedavisi gördüğü, önceden tanımadığı ve aynı bölümde tedavi gören sanığın bir yakını ile*

199 YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara,2013, s.7

200 KÖSE, Hamid, Emniyeti Suistimal(Güveni Kötüye Kullanma) Suçu, Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2009, s.27

201 MERAKLI, Serkan, a.g.e. , s. 1660

görüşüp iade edeceğini söyleyerek şikâyetçinin cep telefonunu istediği, aldıktan sonrada hastanenin salon kısmına doğru gidip konuşur gibi yaparak olay yerinden uzaklaştığı anlaşılmaktadır.

Şikâyetçi ile aynı hastanenin aynı bölümünde tedavi gören ve şikâyetçinin önceden tanımadığı sanığın, bir yakını ile görüşüp iade etmek bahanesi ile şikâyetçiden istediği cep telefonunu alıp konuşur gibi yaparak, hastanenin salon kısmına doğru gidip olay yerinden uzaklaşması şeklinde gelişen olayda, başlangıçtan itibaren hırsızlık kastıyla hareket ettiği anlaşılan sanık ile müşteki arasında yasa koyucu tarafından güveni kötüye kullanma suçunun oluşması amacıyla aranan nitelikte, zilyetliğin devrine ilişkin, tarafların aldatılmamış özgür iradeleriyle kurulan ve hukuken geçerli olan bir sözleşme, dolayısıyla hukuksal anlamda geçerli bir zilyetlik devrinin bulunduğu ve sözleşme sonucu meydana gelmiş olan güvenden söz edilemez. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçunun unsurları oluşmadığından, sanığın eylemi hırsızlık suçunu oluşturmaktadır.”²⁰² şeklindedir. Bu kararda güveni kötüye kullanma suçu ile hırsızlık suçu arasındaki farklar net olarak ortaya konmuştur. Hukuken geçerli bir rızaya dayanmaksızın zilyetliğin devri olması durumunda güveni kötüye kullanma fiillerine benzer nitelikte fiiller de olsa burada güveni kötüye kullanma suçu değil, hırsızlık suçu oluşacaktır.

Hırsızlık suçunun mağduru, suça konu taşınır mala malik olan kişidir. Aynı zamanda, hırsızlık suçunda malik dışındaki zilyet olan kişi de suçun mağduru olabilir.²⁰³ Güveni kötüye kullanma suçunda mağdur ise yukarıda belirttiğimiz üzere bu suç ile mülkiyet hakkı ihlal edilen ve var olan güven duygusu ihlal edilen kişidir.

Fail ile mağdur arasında önceye dayalı bir arkadaşlığın malın devrinde etkili olması ve malın devredilerek devir olgusunun inkar edilmesi veya malın iade edilmemesi durumunda hırsızlık suçu değil güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararı bu konuya güzel bir örnek teşkil edecektir. Bu karar özetle; “ *Suçta sürüklenen çocuk hakkında güveni kötüye kullanma suçundan kurulan mahkumiyet kararına yönelik temyiz talebinin incelenmesinde,*

202 YCGK, 12.06.2012, 2011/440 E.- 2012/229 K. sayılı kararı

203 YENİDÜNYA, Ahmet Caner, a.g.e. , s.21

Suçta sürüklenen çocuğun, katılana ait Nokia 2330 marka cep telefonunu görüp "telefonunu ver, bir gün takılayım" diyerek ödünç istemesi üzerine katılanın, bir gün kullanıp iade etmesi koşulu ile telefonunu suçta sürüklenen çocuğa emaneten verdiği ancak telefonunu daha sonra teslim alamadığının iddia edildiği olayda; suçta sürüklenen çocuk ifadesi, katılan beyanı, tutanaklar, fatura ile tüm dosya kapsamına göre suçta sürüklenen çocuğun mahkumiyetine yönelik kabulde, aşağıda belirtilen nedenler dışında isabetsizlik görülmemiş olup, suçta sürüklenen çocuğun, katılanla önceye dayalı arkadaşlığı olması ve telefonu bir günlüğüne kullanıp iade etmek için istemesi nedeniyle, eylemin hırsızlık suçunu değil güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun anlaşılması karşısında, tebliğnamedeki bozma talep eden düşünceye iştirak edilmemiştir...''²⁰⁴ şeklindedir.

Güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan fiil, belirli bir amaçla malın zilyetliğinin devri ve mal üzerinde devir amacına aykırı tasarrufta bulunma ve ya bu devir olgusunu inkar etmedir. Hırsızlık suçunu oluşturan fiil ise malın zilyedine aykırı olarak malı bulunduğu yerden almaktır. Güveni kötüye kullanmada malın zilyetliğinin bir hukuki ilişkiye dayalı olarak devri var iken hırsızlık suçunda herhangi bir hukuki ilişki olmaksızın rızaya aykırı olarak malın alınması vardır.

Yargıtay'ın konuya ilişkin 15.05.2013 tarihli bir kararı konunun net olarak anlaşılması bakımından önemlidir. Söz konusu karar kısaca; *"Mağdurun aracını satın almak isteyen sanığın, aracı denemesi gerektiğini söyleyerek suçta konu araca binerek uzaklaştığı ve aracı geri getirmediği, mağdurun sanık hakkında karakola başvurusundan sonra aracı İlinde otoparkın arkasına bıraktığını söylemesi üzerine, mağdurun belirtilen yerden aracını aldığı iddia edildiği olayda; mağdurun ve tanık M... A...'in aşamalardaki ifadelerinde, sanığın, aracı satın almak maksadıyla denemek için aldığı ancak geri getirmediğini beyan etmeleri, mağdur tarafından aracın zilyetliğinin devredilmediğinin anlaşılması karşısında, eylemin "hırsızlık" suçunu oluşturduğu gözetilmeden "güveni kötüye kullanma" suçunu oluşturduğunun kabulü ile şikayetten vazgeçme nedeniyle düşme kararı*

204 Y15.CD, 25.11.2015, 2013/17947 E.- 2015/31378 K. sayılı kararı

verilmesi...”²⁰⁵ şeklindedir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere hukuken geçerli bir rızaya dayanmaksızın zilyetliğin devri olmadan malın alınması güveni kötüye kullanma suçunu değil, hırsızlık suçunu oluşturacaktır.

Kanun hırsızlık suçunu tanımlarken yararlanma kastı açısından “*kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla*” ifadesini kullanmıştır. Güveni kötüye kullanma suçunda “*kendisinin veya başkasının yararına olarak*” ifadesini kullanmıştır. Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere yarar bakımından güveni kötüye kullanma suçunda da hırsızlık suçunda da benzer düzenlemeler yer almıştır. Her ikisinde de failin yarar amacı olmalıdır. Ancak suçun oluşması için yararın sağlanmış olması gerekmez. Kanunda tanımlanan fiiller gerçekleştirildiğinde her iki suç da tamamlanmış olur. Hırsızlık suçunda, zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır malın bulunduğu yerden alınmasıyla suç oluşmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunda ise, suçun oluştuğu an, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunduğu veya bu devir olgusunun inkâr edildiği andır. Bunun sonucu olarak bu aşamaya kadar gerçekleşen eylemler suç oluşturmayacaktır.²⁰⁶

Güveni kötüye kullanma suçu da hırsızlık suçu da kastla işlenebilen bir suçtur. Her iki suçun da taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Hırsızlık suçunda failde başlangıçtan itibaren suç işleme kast bulunmakta iken, güveni kötüye kullanma suçunda sonradan oluşan bir kast söz konusudur. Malın fer’i zilyede belli amaçlar için tevdi edilmesinden sonra kast oluşmakta ve güveni kötüye kullanma suçu işlenmektedir. Ancak, failin kastının hangi aşamada oluştuğu hususunun her zaman belirlenmesi kolay olmayıp bu konuda önceden somut ölçütler getirilemeyeceğinden, olaysal olarak değerlendirme yapılmalı, fail veya faillerin durumu, mağdurla olan ilişkisi, olayın özellikleri ayrı ayrı göz önüne alınarak sonuca varılmalıdır.²⁰⁷

205 Y11.CD, 15.05.2013, 2011/24228 E.- 2013/9019 K. sayılı kararı

206 YCGK, 12.06.2012, 2011/440 E.- 2012/229 K. sayılı kararı

207 YCGK, 12.06.2012, 2011/440 E.- 2012/229 K. sayılı kararı

B) Dolandırıcılık Suçu Açısından

Dolandırıcılık suçu 5237 sayılı TCK'nın 157-159 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Dolandırıcılık suçu esas itibarıyla 157. maddede *“Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Malvarlığının yanında irade özgürlüğünün de korunduğu dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir takım hileli davranışlarda bulunması, hileli davranışların mağduru aldatılabilecek nitelikte olması, failin hileli davranışlar sonucunda mağdurun veya başkasının aleyhine, kendisi veya başkası lehine haksız bir yarar sağlaması, şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Fail kendisi veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bilerek ve isteyerek hileli davranışlar yapmalı, bu davranışlarla bir başkasına zarar vermeli, verilen zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağı bulunmalı ve zarar da, nesnel ölçüler göz önünde bulundurularak belirlenecek ekonomik bir zarar olmalıdır.²⁰⁸

Güveni kötüye kullanma suçu ile dolandırıcılık suçu birbirinden ayırt edilmesi önem arz eden iki suçtur. Madde metinlerinden de anlaşılacağı üzere, güveni kötüye kullanma suçunda, belirli bir sözleşme ilişkisine dayanarak zilyetliği devralınan mal üzerinde devir amacına aykırı hareket etme var iken; dolandırıcılık suçunda hileli davranışlarla kendisine veya bir başkasına yarar sağlama vardır. Yargıtayın 22.06.2016 tarihli bir kararı bu konuya ilişkin güzel bir örnektir. Bu karar özetle; *“Katılan M... A...'un ... Plakalı aracın sahibi olduğu, sanığın da trafik takipçiliği yaptığı, katılanın olay tarihinde tanık C.... B... aracılığı ile 400-450 TL parayı sanığa verdiği, sanıktan aracın muayenesinin yapılmasını istediği, sanığın aracın ruhsat ve belgelerini de istediği, bir süre sonra sanığın aracın ruhsatını muayenesinin yaptırılmış bir şekilde getirdiği, ancak sanığın gerçek muayeneyi yaptırmadığının iddia edildiği olayda, sanığın eylemini aradaki hizmet sözleşmesi neticesinde meydana gelmesi karşısında sanık hakkında 5237 sayılı yasanın 155/2*

208 YCGK, 24.09.2013, 2012/1358 E- 2013/389 K. sayılı kararı

maddesinde belirtilen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken suç vasfında hataya düşülerek dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükmü kurulması..."²⁰⁹ şeklindedir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, fail ile mağdur arasında bir sözleşme ilişkisi var ve nitelikli bir hile olmaksızın bir miktar paranın faile belirli bir amaç için verilmesi, failin de bu amaca aykırı tasarrufta bulunması durumunda dolandırıcılık suçu değil, TCK 155/2 de düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali oluşacaktır.

Korunan hukuki değer açısından bakacak olursak, güveni kötüye kullanma da dolandırıcılıkta da mülkiyet hakkı ve kişiler arasındaki güven duygusu olduğu söylenebilir. Ayrıca dolandırıcılık suçunda suç mağdurun iradesi hileli davranışlarla sakatlanmak suretiyle işlendiği için, kişinin iradesinin sakatlanmaması ya da sağlam iradeyle karar vermesi, zilyetliği devredendeki rıza özgürlüğü²¹⁰ de korunan hukuki değerdir.

Güveni kötüye kullanma suçunda malın zilyedinin rızasına ve bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyetlik devri vardır. Daha sonra bu devir amacına aykırı hareket etme söz konusudur. Bu zilyetliğin devri sağlanırken, zilyedin iradesi herhangi bir sebeple sakatlanmamıştır. Oysa dolandırıcılık suçunda, hileli davranışlarla zilyedin yahut mağdurun iradesi sakatlanmak suretiyle malın zilyetliği yahut mülkiyeti alınarak kendisine veya bir başkasına yarar sağlama ve mağduru zarara uğratma söz konusudur. Güveni kötüye kullanma suçunda malın teslimi ve zilyetliğin devri, belirli biçimde kullanılmak için hukuka, aldatılmamış özgür bir iradeye dayanılarak tesis edildiği halde, dolandırıcılık suçunda hileli davranışlar kullanılarak sakatlanmış, özgür olmayan bir iradeye dayanmaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçunda da dolandırıcılık suçunda da benzer olarak bir yarar amacı aranır. Ancak dolandırıcılık suçunda kanunun ifadesinden de anlaşılacağı üzere, suçun oluşması bakımından yararın sağlanması şarttır. Kanuni

209 Y15.CD, 22.06.1016, 2014/1541 E.- 2016/6610 K. sayılı kararı

210 CAN, Esra Gül, Dolandırıcılık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ÇÜSBE, Ankara, 2014,s.7

ifade aynen “ *kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan* ” şeklindedir. Bu ifadeden bu suçun oluşması için failin kendisine veya bir başkasına bir yarar sağlaması gerekir. Bu yarar sağlanmadan suç tamamlanmış olmaz.

Dolandırıcılık suçunda, haksız çıkarın sağlanması dolayısıyla suç tamamlanmaktadır. Suçun oluştuğu an, çıkarın sağlandığı, zararın verildiği andır. Güveni kötüye kullanma suçunda ise, suçun oluştuğu an, kanunda öngörülen “zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkâr” gibi seçimlik hareketlerin gerçekleştiği an olup, bu ana kadar gerçekleşen eylemler suç oluşturmaz.²¹¹

Güveni kötüye kullanma suçu da dolandırıcılık suçu da kasten işlenebilen suçlardandır. Bu suçların taksirle işlenmesi mümkün değildir. Dolandırıcılık suçunda başlangıçta oluşan bir kast bulunmaktadır. Zilyetliğin hileli davranışlar kullanılarak elde edilmesi, bu suçta malın teslimi öncesi kast bulunduğunu ortaya koymaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunda ise, sonradan oluşan bir kast söz konusudur. Mal fer’i zilyede belli amaçlar için tevdi edildikten sonra, iade edilmesi aşamasında malın tesliminden sonra kast oluşmaktadır.²¹² Kast unsuru somut olay dikkate alınarak değerlendirilmeli, fail veya failerin durumu, mağdurla olan ilişki ve olayın özellikleri ayrı ayrı nazara alınıp sonuca varılmalıdır.²¹³

C) Zimmet Suçu Açısından

Zimmet suçu 5237 sayılı TCK nın 247-249. maddeleri arasında düzenlenir. Zimmet suçu esas itibariyle 247. maddede; “*Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenir.

211 YCGK, 24.09.2013, 2012/1358 E- 2013/389 K. sayılı kararı

212 ÖZCAN, Nisa Dolandırıcılık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ÇÜSBE, Ankara, 2012, s.65

213 YCGK, 24.09.2013, 2012/1358 E- 2013/389 K. sayılı kararı

Zimmet tanım olarak; bir kamu görevlisinin, görevi nedeniyle, zilyetliği kendisine devredilmiş olan, koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu para veya bir malı, kendisi veya bir başkasının yararına mal edinmesi, kabul edilir.²¹⁴ Zimmete basit bir örnek olarak veznedede çalışan bir kamu görevlisinin, kişiler tarafından yatırılan paraları kendine mal etmesi verilebilir.

Zimmet suçu kamu idaresinin güvenilirliğine karşı suçlar başlıklı bölümünde düzenlenir. Madde metninden ve kanunun sistematiiğinden de anlaşılacağı üzere zimmet suçunda korunan hukuki yarar kamu idaresinin güvenilirliğidir.²¹⁵ Kanun zimmet suçunu düzenlerken, kamu görevlilerine duyulan güveni ihlal edilmesini cezalandırmaktadır.²¹⁶ Güveni kötüye kullanma suçu mal varlığına karşı suçlar bölümünde düzenlendiği için, korunan hukuki yarar mülkiyet hakkı ve kişiler arasında var olan güven duygusudur.

Güveni kötüye kullanma suçunda şahsa olan güven duygusundan hareketle bir malın zilyetliği belli bir amaç doğrultusunda devredilmektedir. Oysa zimmet suçunda faili şahsına olan güven duygusundan söz edilemez. Zimmet suçunda malın zilyetliği kamu görevlisi olan faile görevinden dolayı devredilmektedir.²¹⁷ Zimmet suçunda failin şahsının bir önemi yoktur. Kamu görevlisine duyulan güven söz konusudur.

Güveni kötüye kullanma suçunda, kişiler arasında bir özel hukuk ilişkisi, genellikle bir sözleşmeye dayalı olarak bir malın zilyetliğinin devri söz konusu iken, zimmet suçunda, bir kamu görevlisine, görevi nedeniyle bir malın zilyetliği söz konusudur. Burada iki suçun ayrımı konusunda en önemli unsur suçun failidir. Güveni kötüye kullanma suçunda failin kamu görevlisi olması gerekmezken, zimmet suçunun oluşabilmesi için, failin kamu görevlisi olması ve zilyetlik devrinin kamu görevlisine görevi nedeniyle yapılması gerekir. Kamu görevlisi olmayan kişilerin zimmet suçunun faili olması mümkün değildir.

214 TURABI, Selami, Zimmet Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s.25

215 ÖZKAN, Halid, Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 137

216 ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014,, s.817

217 BEKRİ, Nedim, Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.20

Zimmet suçunun failinin kamu görevlisi olabileceğini söylemiştik. Kamu görevlisi kavramı TCK'nın 6. maddesinin c bendinde; “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak tanımlanır. Güveni kötüye kullanma suçu ile zimmet suçunun ayrımı yapılmasında suçun failinin kamu görevlisi olup olmaması tespit edildiğinde hangi suç olduğu kolaylıkla anlaşılacaktır. Şüphesiz zimmet suçu ile güveni kötüye kullanma suçu arasındaki farkın anlaşılabilmesi için salt failin kamu görevlisi olması yeterli değildir.²¹⁸

Zimmet suçunun oluşması için salt failin kamu görevlisi olması elbette yeterli değildir. Bu suçun oluşabilmesi için kamu görevlisi olan faile, görevi nedeniyle bir malın zilyetliği devredilmeli, bu devirden sonra failin görevinin gereklerine aykırı olarak mal zimmete geçirilmelidir. Zimmete geçirme, suç konusu mal varlığı değerleri üzerinde malikcesine tasarrufta bulunmayı ifade eder.²¹⁹

Konuya ilişkin Yargıtay'ın 12.04.2016 tarihli kararı oldukça önem arz etmektedir bu karar kısaca; “... *Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 03/11/2009 tarih ve 2009/434 esas, 2009/463 karar sayılı ilamıyla, vasi tayini gerektirecek derecede akli rahatsızlığı bulunan kardeşi mağdur R....'e vasi tayin edilen sanığın, görevini ifa ettiği zaman zarfında, 10/09/2009 tarihinden itibaren mağdurun hesabına 2022 sayılı Kanun gereği yatırılan 13.508 TL özürlü maaşını mahkemeden izin alınmaksızın çekip kullandığı ve mağdur için prefabrik ev yaptırıp, eşya almak üzere ... Sulh Hukuk Mahkemesi'ne başvurarak mağdurun hesabından 4.140 TL çektiği halde, yaptırılan polis araştırması sonucu yaptırıldığı iddia edilen prefabrik evin araba lastikleri üzerine kurulmuş iptidai nitelikte baraka olduğunun, yerinin tarihi şehir surlarının yanındaki kamuya ait yeşil alanda bulunduğunun ve iddia edilen mobilyaların barakada bulunmadığının tespit edildiği iddia ve kabul olunan somut olayda; 5237 sayılı TCK'nın 6/1.c maddesi anlamında kamu görevlisi olan sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 247/1-2 maddesinde öngörülen zimmet suçunu*

218 OKUYUCU ERGÜN, Güneş, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008, s.137

219 ÖZGENÇ, İzzet, Zimmet Suçu, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2012, s.116

oluşturup oluşturmadığına ilişkin delilleri takdir ve tartışmanın üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken duruşmaya devamlı yazılı şekilde hüküm kurulması...’’²²⁰şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere, kısıtlıya vasi olarak tayin edilen failin, kamu görevlisi gibi değerlendirilerek işlediği fiilin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu isabetsiz olmuştur.

Güveni kötüye kullanma suçunun da zimmet suçunun da konusu taşınır veya taşınmaz maldır.²²¹ Zimmet suçunun konusu olan mal kamu idaresine ait olabileceği gibi, başka bir şahsa da ait olabilir.²²² Bir mal kamu görevlisine görevi dolayısıyla değil de şahsi bir iş için devredilmişse burada zimmet suçu oluşmaz.²²³ Suçun konusu açısından bu iki suç birbirinden ayırmak oldukça zordur.

Zimmet suçunun işlenmesi için aranan fiil ile güveni kötüye kullanma suçunun fiili arasında büyük benzerlik vardır. Her iki suç türünde de belirli amaçlarla ve saiklerle malın zilyetliğinin devri ve bu devir amacına aykırı hareket ederek tasarrufta bulunma, devir olgusunu inkar etme ve zimmete geçirme fiilleri söz konusudur. Ancak ayırım devir olgusunu inkar etme veya amaca aykırı tasarrufta bulunma ile, zimmete geçirme noktasındadır. Buna ilişkin Yargıtay'ın 11.10.2016 tarihli kararı kısaca; *“Sanığın, Ankara Barosuna kayıtlı serbest avukat olarak çalıştığı, katılan Yeter Ünal'ın vekili sıfatıyla borçlu TC Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü hakkında açtığı davalar sonucu tahsil ettiği paraları müvekkili katılan Yeter Ünal'a bir yıl kadar süre ile vermediği, uhdesinde tuttuğu şeklinde gerçekleşen eyleminin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna dair mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.*

Sanığın, eyleminin zimmet suçunun yasal unsurlarının oluşturmadığı eylemin bu hali ile güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu anlaşıldığından

220 Y15.CD, 12.04.2016, 2012/86 E.-2016/3346 K. sayılı kararı

221 Bkz. TCK 247. madde gerekçesi

222 OKUYUCU ERGÜN, Güneş, a.g.e. ,, s.137-138

223 ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.824

tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.”²²⁴ şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere açılan davalar sonucunda avukatın tahsil ettiği paraları belirli bir süre müvekkiline vermemesi, aradaki ilişki dikkate alındığında zimmet suçunu değil güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.

Her iki suç da kasıtlı suçlardandır. Taksirle işlenmeleri mümkün değildir.

D) Bankacılık Zimmeti Suçu Açısından

Bankalar, kanunların çerçevesini çizdiği sınırlar içerisinde bankacılık işlemlerini yerine getirmeye yetkili kurumlardır. Bir kuruluşun bankacılık faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ise mutlaka faaliyet izni olmalıdır.²²⁵ Faaliyet izni olmayan tüzel kişinin banka olarak kabul görmesi mümkün değildir. Bankacılık işlemleri içerisinde genel olarak halkın tasarruflarını mevduat olarak toplama, toplanan bu mevduatı başkalarına kredi şeklinde ödünç verme işlemleri yer alır. Bu kurumların iş ve işlemlerini, kuruluşunu, bireylerle gerçekleştirdikleri işlemleri düzene koyan hukuk dalı bankacılık hukukudur.²²⁶

Günümüzde anayasalar devletlere, ekonomik hayatı düzene sokma ve gerektiğinde bunlara ilişkin gerekli tedbirleri alma ödevini yüklemektedir. Devletler ekonomik hayatta çok önemli bir yere sahip olan bankaların ve bankacılık işlemlerinin düzen içinde işleyebilmeleri ve bireylerin haklarının teminat altına alınabilmesi, hak ihlallerinin önüne geçilmesi için bankacılık suçları ve cezaları ihdas etmişlerdir. Bu bağlamda bankacılık suçları; bankacılık işlemlerine ilişkin kuralların ihlalinden kaynaklanan suçlar şeklinde tanımlanır.²²⁷ Nitekim bankacılık zimmeti suçu bankacılık işlemleriyle ilgili düzenin sağlanması konusunda, bankacılık suçları arasında önemli bir yere sahiptir.

224 Y15.CD, 11.10.2016, 2016/3506 E.-2016/ K. sayılı kararı

225 AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, Bankacılık Kanunda Yer Alan Suçlar, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2006, s.45

226 MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s.74, **GÜRSES, Davut**, Bankacılık Kanununa Göre Zimmet Suçu, Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2009, s.4

227 DURSUN, Selman, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.80

Bankacılık zimmeti suçu, 19.10.2005 tarihli ve 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 beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanun metninden hareketle bankacılık zimmeti suçu; banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer banka görevlilerinin görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisi ya da başkası için mal edinmesi, olarak tanımlanabilir.²²⁸

Bankalar ekonomik hayatta önemli yere sahip güven kurumlarıdır. Dolayısıyla bankacılık zimmeti suçu ile, bankacılık sisteminin güven ve istikrar içerisinde düzenli bir biçimde işlediğine yönelik toplumu oluşturan bireylerdeki güven duygusunu ve inancını korumaktadır.²²⁹ Bu suç ile korunan hukuki değer ekonomik düzen ve toplumdaki güven duygusudur.²³⁰

Güveni kötüye kullanma suçunda da korunan hukuki değer mülkiyet hakkı ile kişiler arasındaki güven duygusu olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Bu nedenle bankacılık zimmeti suçu ile güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer benzerlik arz etmektedir.

Bankacılık zimmeti suçunun konusunu, para, para yerine geçen evrak veya senet ve diğer mallar oluşturabilir. Güveni kötüye kullanma suçunun konusunu da taşınır ve taşınmaz mallar oluşturabilir.

228 TURABİ, Selami, a.g.e. , s.172,

229 BAYTEMİR Erdal, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçlar İle Banka

Zimmeti, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.490

230 MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, a.g.e. , s.230

Bankacılık zimmeti suçunu faili, banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları olabilir.²³¹ Bu husus 160. Maddede zaten düzenlenmektedir. Madde metninde “*zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları*” denilmektedir. “*Diğer mensuplar*” deyiminden banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri dışında kalan tüm banka çalışanları anlaşılır.²³² Ayrıca bankanın fiilen yönetiminde ve denetiminde yer alan gerçek kişi ortakları da suçun faili olabilirler.²³³ Kanımızca diğer çalışanların içine bankada görevli olan herkes girmeyecektir. Örneğin bankada temizlik görevini icra eden veya çaycılık yapan kişinin bu suçun faili olması düşünülmemelidir. Çünkü bu kişilerin görevinin suçun konusu olan para veya yerine geçen mallar, senetler ile bir ilgisi yoktur. Güveni kötüye kullanma suçunun failinin ise, belirli bir hukuki ilişkiye dayanarak malın zilyetliğinin devredildiği kişi olduğunu yukarıda açıklamıştık.

Bankacılık zimmeti suçunda fiil, zimmete geçirmedir. Zimmet suçunun oluşabilmesi için, suç konusu mal varlığı değerlerinin zimmete geçirilmesi gerekir. Zimmete geçirme, suç konusu mal varlığı değerleri üzerinde malikcesine tasarrufta bulunmayı ifade eder. zimmet suçunun konusunu oluşturan mal varlığı değerinin, bankanın ortağı, yöneticisi ve sair görevlisi tarafından kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi gerekir.²³⁴ Güveni kötüye kullanma suçunda fiil devir olgusunu inkar etme veya devir amacına aykırı olarak başkasına ait olan mal üzerinde tasarrufta bulunmadır.

Bankacılık zimmeti suçu ile güveni kötüye kullanma suçu arasındaki farklar temelde suçun faili açısındanadır. Diğer husular benzerlik arz eder.²³⁵ Bankacılık zimmeti suçunda fail kanunda belirtilen banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri, fiilen yönetiminde ve denetiminde söz sahibi olanlardır. Güveni kötüye kullanmada ise

231 ÖZGENÇ, İzzet, Zimmet Suçu, s.129

232 MERAN, Necati, Zimmet Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 52

233 AYTEKİN İNCEOĞLU, a.g.e. , s.371

234 ÖZGENÇ, İzzet, Zimmet Suçu s.116

235 GÜRSES, Davut, Bankacılık Kanununa Göre Zimmet Suçu, Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2009, s.132

bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde zilyetliğin devredildiği kişidir.

Her iki suç da kasıtlı suçlardandır. Taksirle işlenmeleri mümkün değildir.

E) Mala Zarar Verme Suçu Açısından

Mala zarar verme suçu TCK'nın 151. maddesinde düzenlenir. Bu düzenleme aynen ; *“Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” şeklindedir.

Mala zarar verme suçu da aynen güveni kötüye kullanma suçu gibi malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Buradan korunan hukuki değer her iki suçta da aynı olduğu söylenebilir. Ancak güveni kötüye kullanma suçunda korunan güven ilişkisinin varlığından mala zarar verme suçunda bahsedilemez.

Güveni kötüye kullanma suçunun konusu da mala zarar verme suçunun konusu da taşınır veya taşınmaz mallar olabilir.²³⁶ Her iki suçta da suçun konusu aynıdır.

Suçun faili bakımından mala zarar verme suçunda failin herhangi bir özelliği yoktur. Dolayısıyla mala zarar verme suçunun faili herkes olabilir.

Mala zarar verme suçunu oluşturan fiil, taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkmaya, tahrip etmeye, yok etmeye, bozma, kullanılamaz hale getirme veya kirletme şeklinde olabilir. Kanun burada bu suça vücut veren fiilleri örnekleme

236 Bkz. TCK 151. madde gerekçesi

şeklinde saymıştır. Tıpkı güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi, mala zarar verme suçu da birden fazla fiille gerçekleştirilebileceği için seçimlik hareketli suç olarak kabul edilir.

Güveni kötüye kullanma suçu ile mala zarar verme suçunun ayrımı yapılırken dikkat edilmesi gereken husus failin fiili gerçekleştirirken güttüğü amaç ve saiki ile birlikte zilyetliğin devri hususudur. Bir kişiye devredilen mal üzerinde kişi devir amacına aykırı olarak mal üzerinde tasarrufta bulunup kendisi veya başkası yararına, tahrip etme yok etme fiillerini gerçekleştirirse, bu fiil güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak kişi başkasına ait olan mal üzerinde, mal sahibine zarar vermek amacıyla tahrip etme yok etme fiillerini gerçekleştirirse burada kuşkusuz mala zarar verme suçu oluşacaktır. Sonuç olarak zilyetliğin devri sözkonusu olur ve fail bu devir amacına aykırı olarak tasarrufta bulunarak mala zarar verirse güveni kötüye kullanma; herhangi bir zilyetlik devri olmaksızın fail başkasına ait mala zarar verirse mala zarar verme suçu oluşacaktır.

Her iki suç da kasıtlı işlenebilen suçlardır. Taksirle işlenmesi mümkün değildir.

F)Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu Açısından

Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu TCK nın 289. maddesinde düzenlenir. Bu düzenleme, “*Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kişinin bu malın sahibi olması halinde, verilecek ceza yarı oranında indirilir.*” şeklindedir.

Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu adliyeye karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu suç ile korunan hukuki değer adliyenin güvenilirliğidir. Bu tip suçlarla adliyenin itibarının korunması amaçlanmıştır. Güveni

kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değerin mülkiyet hakkı ve kişiler arasındaki güven ilişkisi olduğunu yukarıda anlatmıştık.

Muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun konusunu, resmen teslim edilen, hacizli, rehinli, ya da herhangi bir sebeple elkonulan mal oluşturur. Bu mallar taşınır ya da taşınmaz olabilir.

Muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun faili, muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişidir. Dolayısıyla herkesin bu suçun faili olması mümkün değildir. Kişinin fail olabilmesi için muhafaza etmek için rehinli hacizli ya da elkonulan malın kendisine resmen teslim edildiği kişidir. Burada teslim malın malikine de resmi makamlarca yapılabilir. Örneğin haczedilen bir mal, malikine satış sağlanana kadar resmen teslim edilebilir. Bu teslim amacı malikin malı muhafaza etmesidir. Ancak malik bu teslim amacına aykırı hareket ederek tasarrufta bulunursa muhafaza görevini kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Burada güveni kötüye kullanma suçundan ayrı bir durum söz konusudur. Güveni kötüye kullanma suçunun konusunu, başkasına ait bir mal oluşturabilirken malikin kendi malı üzerinde de muhafaza görevini kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Bu nedenle muhafaza görevini kötüye kullanma suçu güveni kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir.²³⁷

Muhafaza görevini kötüye kullanma suçunda fiil, muhafaza etmek amacıyla resmen teslim edilen bir mal üzerinde tasarruf amacına aykırı olarak tasarrufta bulunmadır. Burada güveni kötüye kullanma suçu ile büyük bir benzerlik vardır. Ancak malın teslimi güveni kötüye kullanma suçunda özel bir hukuki ilişkiye dayanmakta iken; muhafaza görevini kötüye kullanma suçunda resmi bir makamca yapılan bir görevlendirmeye dayanmaktadır. Madde gerekçesine göre, muhafaza ile görevlendirilen kişinin fiili aynı zamanda görevi kötüye kullanma da olmaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçu gibi muhafaza görevini kötüye kullanma suçu da

237 Bkz. TCK 289. madde gerekçesi

esas olarak kasıtlı işlenebilmektedir. Ancak TCK 289. maddenin 3. fıkrasında özel bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme, “*Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan malın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır.*” şeklindedir. Bu düzenleme ile kanun muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun taksirli halini de düzenlemiştir.

III. ÖZEL CEZA KANUNLARINDAKİ DÜZENLEMELER

A) 1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu

Güveni kötüye kullanma ile ilgili olarak 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 131. maddesinde özel bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme ; “ *Askeri bir hizmet yaparken veya vazifeyi suistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi veya emanet edilmiş olan para veya kıymeti ne olursa olsun bir şeyayı 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 beş seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.*

Az vahim hallerde, altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunur.

Çalınan veya rehin edilen mallar bulunursa geri alınır. Yok edilen eşya, hayvan ve sairenin değerlerinin ödettirilmesine de hükmolunur.

Yukarıki fıkrada yazılı fiiller silah, cephane veya her hangi bir müdafaa vasıtasına taallük ederse ceza arttırılır.

Yukarıki iki fıkrada yazılı fiiller seferberlikte yapılırsa yapanlar hakkında on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis, az vahim hallerde iki seneden aşağı olmamak üzere beş seneye kadar ağır hapis cezası verilir.” şeklindedir.

Bu düzenleme ile askeri bir hizmeti yerine getirirken, vazifesinden dolayı kendisine emanet edilen parayı, değeri ne olursa olsun bir eşyayı ya da hayvanı görevine aykırı olarak, satan, zimmetine geçiren, rehneden yahut gizleyen kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu düzenleme, güveni kötüye kullanma suçunun askeri nitelik taşıyan bir unsurudur. Fail, burada askeri hizmeti yerine getirmek üzere kendisine mal teslim edilen kişidir. Herkes bu suçun faili olamayacağından bu suç özgü suç kabul edilebilir. Suçun konusu para ya da herhangi bir değeri olmasa bile bir eşyadır. Fiil, kendisine emanet edilen malı satma, rehnetme, gizleme gibi fiillerdir. Kanun geniş bir biçimde fiilleri saydığı için ve birden fazla fiille bu suç oluşabileceği için serbest hareketli suç sayılır. 1632 sayılı kanun TCK ya göre suçun işleniş biçimini, fiili daha geniş kapsamlı düzenlemiştir.

B) Mülga 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu güveni kötüye kullanmaya ilişkin 47. maddesinde özel bir düzenleme öngörmüştü. Bu düzenleme aynen; *“Sermaye piyasası kurumlarına, bu Kanununun 13/A ve 13/B maddeleri kapsamındaki teminat sorumlularına ve 38/B ve 38/C maddeleri kapsamındaki fon kuruluna; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veyahut her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satan veya rehneden veya her ne şekilde olursa olsun kullanan, gizleyen yahut inkâr eyleyen veyahut bu amaca ulaşmak ya da bu fiillerini gizlemek için bilgisayar ortamında tutulanlar dahil kayıtları tahvil ve taşıyıcı eden ilgili gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri,.... iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”* şeklindeydi.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, bu kanunda düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için, sermaye piyasası kurumlarına, kanunun 13/a ve 13/B maddeleri kapsamında teminat sorumlularına, fon kuruluna, sermaye piyasası faaliyetleri nedeniyle veya emanetçi sıfatıyla veya yönetmek için yahut teminat olarak, kayden veya fiziken tevdi sermaye piyasası araçlarının, nakit paranın veya diğer her türlü kıymetin tevdi veya teslim edilmiş olması gerekir. Kendilerine belirli bir amaç için kanunda sayılan şeylerin, tevdi veya teslim edilen kişi veya kurullarca kendisinin veya bir başkasının yararına olacak şekilde satılması, rehnedilmesi, kullanılması veya gizlenmesi ile inkar edilmesi gerekir. Bu gizleme ve inkar etme fiillerini bilgisayar ortamında tutulan kayıtları tahvil ve tağyir eden ilgili gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri de bu suçtan cezalandırılacaktır.

Bu kanunda fiiller, TCK da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçundan farklı olarak, satma, rehnetme, kullanma, gizleme, inkar etme ve bilgisayar ortamında tutulan kayıtları tahvil ve tağyir etme şeklinde sayılmıştır. Oysa TCK da güveni kötüye kullanma fiilleri, devir amacına aykırı tasarrufta bulunma veya devir olgusunu inkar etme şeklinde genel bir düzenlemeyle belirlenmiştir.

Bu kanuna göre oluşacak suçun konusunu da kayden veya fiziken tevdi edilen sermaye piyasası araçları, nakit para ve her türlü kıymet oluşturacaktır. TCK da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun konusunu her türlü taşınır taşınmaz mal oluşturmaktadır.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Kanun'un 139. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Şuan yürürlükte olan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun güveni kötüye kullanmaya ilişkin özel düzenlemesi aşağıda ele alınacaktır.

C) 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110 maddesinin 1. fıkrasında güveni

kötüye kullanma suçuna ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme; “*Aşağıdaki fiiller güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturur; ancak bu durumda 5237 sayılı Kanununun 155 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre hükmolunacak ceza üç yıldan az olamaz:*

a) Yatırım kuruluşuna, 58 inci madde kapsamındaki fon kuruluna ve 59 uncu madde kapsamındaki teminat sorumlularına; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veya her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satmak, kullanmak, rehnetmek, gizlemek veya inkâr etmek

b) Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak (...) örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak

c) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunarak kârlarını veya malvarlıklarını azaltmak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek” şeklindedir.

Sermeye piyasası kanunu burada, 5237 sayılı TCK'nın 155. maddesine atıf yaparak, bu kanun kapsamında kalan fiilleri işleyenlerin güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılacağını, ancak bu cezanın üç yıldan az olamayacağını düzenlemiştir. Burada bir nevi güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali düzenlenmiştir.²³⁸

238 ARTUÇ, Mustafa, Özel Ceza Yasaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.997

1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 131. maddesi ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110 maddesinin 1. fıkrasında güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin özel bir düzenlemeler mevcuttur. Görüldüğü üzere güveni kötüye kullanma suçu salt TCK da değil, değişik özel kanunlarda da bu suça ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Bu konu da kısaca ele alınarak çalışmamızın ikinci kısmı sonlanmış bulunmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ
VE CEZANIN AZALTILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEPLER,
SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Teşebbüs konusu, 5237 sayılı TCK nın 35. maddesinde düzenlenir. Bu düzenleme; *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*

Suçta teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.” şeklindedir.

Buna göre bir fail, bir suçu işlemeye yönelik icra hareketlerine başlayıp, elinde olmayan yakalanma, engellenme gibi nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamazsa o suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bir suça teşebbüsün cezalandırılabilmesi için, failin gerçekleştirdiği hareketlerin, suçun konusunu en azından bir tehlikeyle karşı karşıya bırakması gerekir, başka bir deyişle, gerçekleştirilen hareketlerin en azından bir tehlike doğurması gerekir. Fiilin cezalandırılabilmesi için failin davranışlarının

hazırlık hareketlerinden çıkıp, icra hareketi niteliği kazanması gerekir.²³⁹ Hazırlık hareketleri aşamasında henüz suça teşebbüs yoktur. Hazırlık hareketleri icra hareketlerine dönüştüğü anda teşebbüs gündeme gelir.

Kanun koyucu teşebbüsü de cezalandırmayı gerekli görmüştür. Çünkü suç teşebbüs aşamasında kalsa da fail, suç işleme kararında ısrar etmiş, icra hareketlerine başlamış, gerçekleştirilen bu icra hareketleri de zararlı ve tehlikeli bulunmuştur.²⁴⁰

Güveni kötüye kullanma suçu sırf hareket suçudur. Suç, zilyetliğin devir amacına aykırı tasarrufta bulunma veya devir olgusunu inkar etme ile suç tamamlanır. Güveni kötüye kullanma suçu teşebbüse elverişlidir.²⁴¹ Her ne kadar, devir olgusunu inkar etme şeklinde işlenen fiil teşebbüse elverişli görünmese de, devir amacına aykırı olarak tasarrufta bulunma eylemi teşebbüse elverişlidir.²⁴²

Güveni kötüye kullanma suçunun ani suç olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Bu suç her ne kadar ani suç da olsa, devir amacı dışında tasarrufta bulunma fiili için, özellikle satma, harcama ve tüketme gibi tasarruf etme işlemlerinde birden çok davranış gerekli olabilir. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüs mümkündür.²⁴³

Doktrinde bir görüşe göre güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüs mümkün değildir. Uygulamada bu suçta teşebbüsün varlığını tespit etmek oldukça zordur. Devir amacına aykırı tasarrufta bulunma fiilinde teşebbüs tespit edilebilse bile, devir olgusunu inkar etme şeklinde gerçekleşen fiilin bölünememesi dolayısıyla bu suç bakımından teşebbüsün uygulama alanı bulması mümkün değildir.²⁴⁴

Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü suça ilişkin teşebbüsün uygulamada

239 ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.410

240 TOPSAKAL, Gültekin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ÇÜSBE, Ankara, 2013, s.27

241 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.435, KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.637

242 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.435,

243 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar

244 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.641

tespitinin zor olması, suçun teşebbüse elverişli olmadığını göstermez. Bir suçta icra hareketleri tamamlanuncaya kadar o suç teşebbüse elverişlidir. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunda devir olgusunu inkar etme fiili dışında, devir amacına aykırı tasarrufta bulunma fiilinin gerçekleştirildiği durumda bu suç teşebbüse elverişli olacaktır. Örneğin, mazot deposundaki mazotu başkalarına gizlice satan depo görevlisinin depodaki mazotu tankere aktarmak üzereyken, hortumu tankere bağladığı anda yakalanması durumunda burada devir amacına aykırı olarak tasarrufta bulunma fiili vardır ve bu aşamada yakalanan failin fiili teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.²⁴⁵ Fail olan depo görevlisi güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüsten yargılanacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüs açısından Yargıtay'ın 18.02.2016 tarihli bir kararı büyük önem arz etmektedir. Bu karar kısaca; “ *Saniğin olay günü kasiyer olarak çalıştığı markette müşterilerin satın aldığı ürünlere fiş vermediği, müşterilerden aldığı paraları kasanın ayrı bir bölmesinde muhafaza ettiği, ancak henüz uhdesine geçirmeden mağaza yetkililerince yakalandığı anlaşıldığından, eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden, yazılı şekilde tamamlanmış suçtan hüküm kurulması...*”²⁴⁶ şeklindedir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, failin, bir şekilde çalıştığı yere ait olan paraları kendi hakimiyet alanına sokmadan yakalanması durumunda hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüs suçu oluşmuştur.

Yine aynı şekilde konuya ilişkin Yargıtay'ın 26.04.2016 tarihli bir kararı da kısaca; “*Katılanın ortağı olduğu İnş. San. Ltd. Şti'de bekçi olarak çalışan saniğin, şantiyede bulunan ve korunmak üzere kendisine teslim edilen elektrik kablolarını mal edinmek amacıyla aracının bagajına koyduğu sırada, aynı iş yerinde formen olarak çalışan tanık nun saniği gördüğü ve müdahale ederek iş yeri sahibine ve polise haber verdiği, kabloların iş yeri sahibine iade edildiği anlaşılmalı; eylemin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmaya teşebbüs suçunu oluşturduğunu takdir eden mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik*

245 MERAKLI, Serkan, a.g.e. ,s. 1698

246 Y15.CD, 18.02.2016, 2011/444 E.-2016/1859 K. sayılı kararı

görülmemiştir."²⁴⁷ şeklindedir. Bu karar da güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüsün mümkün olabileceği yönünde önemli bir karardır. Bu kararlar ışığında güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüsün mümkün olduğunu söyleyebiliriz.

2. İştirak

Suç tipleri, genel olarak suçun bir kişi tarafından işleneceği dikkate alınarak düzenlenmiştir. Ancak buna istisnai olarak suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumları da gündeme gelebilir. İşte burada iştirak kavramı karşımıza çıkacaktır.

İştirak şekilleri genel olarak faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılır. İştirak şekillerinden olan faillik suçun kanuni tarifte belirtilen haksızlığın gerçekleştirilmesinde zorunlu olarak ortaya çıkan, bir neticenin ortaya çıkmasında illi etkide bulunan, kanunda belli haksızlığı gerçekleştiren suç ortağı veya suç ortakları fail olacaktır. Suçun icrasına ortak olmamakla beraber, suç işlenmesine ve belli bir haksızlığın ortaya çıkmasına katkıda bulunan kişilerin de sorumlu tutulmaları gerekir. Suçun işlenişine bir katkıda bulunan suç ortakları da şerik, iştirak eden olarak tanımlanır. Ceza kanununun genel hükümler kısmında bulunan iştirak hükümleri, sorumluluk alanını genişleten hükümlerdir.²⁴⁸ İştirak türlerinden ilki *faillik*, ikincisi *azmettirme*, üçüncüsü ise *yardım etmedir*.

İştirak konusu 5237 sayılı TCK'nın 37-41. maddeleri arasında düzenlenir. İştirak üç şekilde düzenleme alanı bulmuştur. Bunlardan ilki failliktir. Bu TCK 37 maddede düzenlenir. Bu düzenleme ise aynen; "*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.*" şeklindedir. Bu düzenlemeye göre suçun tanımındaki fiili birlikte gerçekleştiren şeriklerden her biri fail olarak sorumlu olacak

247 Y15.CD, 26.04.2016, 2016/540 E.-2016/3979 K. sayılı kararı

248 ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.464-465

ve fail olarak cezalandırılacaktır. Kusur yeteneği olmayan kişiyi araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu olacaktır.

İştirakin ikinci türü azmettirmedir. Azmettirme TCK'nın 38. maddesinde düzenlenir. Bu düzenleme aynen; *“Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.*

Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.” şeklindedir. Azmettirme, suç işleme iradesi yahut kararı olmayan bir kişide suç işleme kararı uyandırılmasıdır.²⁴⁹ Azmettiren de fail gibi, hangi suça azmettirmişse o suçun cezasıyla cezalandırılır.

İştirakin son türü ise yardım etmedir. Yardım etme TCK'nın 39. maddesinde düzenlenir. Bu düzenleme ise aynen; *“Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.”* şeklindedir.

Yardım etme, bir başkasının kasten işlemekte olduğu suçun icrasının kasten desteklenmesidir. Failin, suç teşkil eden eylemi gerçekleştirirken kendisinin desteklendiğini, kendisine yardım edildiğini bilmesi de gerekmez.²⁵⁰

249 ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.465

250 ÖZGENÇ İzzet, A.g.e , s.470

Suçta iştirak eden şeriklerden birinin yardım eden sıfatıyla sorumlu olabilmesi için, suç işlemeye teşvik etme veya suç işleme kararını kuvvetlendirme veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etme, suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösterme veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlama, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırma şeklinde olmalıdır.

Güveni kötüye kullanma suçunda iştirakin bütün türleri uygulanabilir. Bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyetliği devralan ve bu devir amacına aykırı olarak mal üzerinde tasarrufta bulunan kişi suçun failidir. Malın devredilmesini sağlayan hukuki ilişkiye taraf olmayıp, mal üzerinde devir amacına aykırı şekilde tasarrufta bulunmaya katkı sağlayan herkes, bu suçta iştiraktan sorumlu tutulabilir.²⁵¹

Güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturan malı, failden satın alan yahut lehine rehin hakkı tesis edilen kişi güveni kötüye kullanma suçuna iştiraktan sorumlu olmayacaktır. Bu kişinin fiili TCK 165. maddede düzenlenen suç eşyasını satın alma suçunu oluşturacaktır.²⁵²

3.İçtima

Kanunumuzda içtima, toplanma, bir araya gelme, birikme, birleşme gibi anlamların karşılığıdır. Suçların içtimai kavramı ise, suçların bir arada bulunmasını ifade eder.²⁵³

Bir kişinin ceza kanununu birden çok kez ihlal ettiğinde ve birden çok suçtan sorumlu olduğunda suçların içtimai söz konusu olur. Bu durum birden çok fiil ile kanunun aynı hükmünün birden çok ihlal edilmesiyle oluşabileceği gibi, bir fiil ile kanunun birden çok hükmünün ihlal edilmesiyle de ortaya çıkabilir.²⁵⁴

251 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.437

252 TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, a.g.e., s.652

253 İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimai, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s.11

254 TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara, 2010, s.316

Ceza hukukunda kural olan husus ceza kanununun ihlal edildiği kere suçun olması ve bunun cezalandırılmasıdır. Ancak içtima kavramı ile bu konuya bir istisna getirilmiş ve kanunun birden çok kez ihlal edilmesine karşın bir cezaya hükümlenacağı düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 43. Maddesi bu husustaki temel düzenlemedir.

Ceza hukukunda kural olarak ne kadar fiil varsa o kadar da cezanın bulunduğu kabul edilir. Ancak orantılılık ilkesi gereğince failin cezasının mutlaka işlediği fiilin ağırlığı ile orantılı olması gerekir.²⁵⁵ Orantılılık ilkesi gerçek adaletin sağlanması konusunda son derece önemlidir. Yasal düzenlemelerin yapıldığı sırada bu gözeticiler ise yasanın uygulanması ile kamu ve birey vicdanını örseleyen adaletsizliklerin ortaya çıkması kaçınılmazdır.

İçtima konusunun anlaşılabilmesi için öncelikli olarak suçların tekliği-çokluğu kavramlarının anlaşılması gerekir. İçtima konusunun gündeme gelebilmesi için elbette suçların çokluğu(birden çok suç) sözkonusu olmalıdır.

Suçların birden fazlalığı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bunlardan birisi hareketi esas almaktadır. Bu görüşe göre suç tekliği veya çokluğunu sonuçlayan harekettir. Hareket tek ise bu hareket kaç suç tipini ihlal etmiş olursa olsun, suç da tektir.²⁵⁶

Hareketi esas alan görüşe göre hareketin tek olması durumunda suç da tek olacaktır. Bunu açacak olursak; örneğin aracın içinde bulunan mağdura bir taş atılması ve taşın aracın camını kırıp mağduru yaralaması durumunda sadece yaralama suçundan sorumlu tutulacak, aracın camının kırılması açısından mala zarar verme suçu bakımından failin sorumluluğu olmayacaktır.

255 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2013, s.561

256 ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınları, 12. Bası, Ankara, 2012, s.331

Diğer görüş ise tipikliği esas alır. Suçun tekliği veya çokluğu ancak ilgili suçun tipine bakılarak çözümlenebilecek bir sorundur. Tek bir hareket birden fazla suç tipini ihlal etmesi nedeniyle birden fazla suç oluşturabileceği gibi(fikri içtima), birden fazla hareket de tek bir suç oluşturabilir.²⁵⁷

Ceza hukukunda fiil teriminden ne anlaşılacağı hususu aydınlığa kavuşturulmadan suçların tekliği çokluğu, içtima konusunun anlaşılması mümkün olmayacaktır.

Fiil teriminden anlaşılan, kanunun suç olarak düzenlediği hareket veya hareketler ve bunların doğurduğu netice veya neticelerden(zarar)anlaşılır. Fiil bir tek hareket ve neticeden oluşabileceği gibi birden fazla hareket ve neticelerden de oluşabilir. Mesela bir bıçak darbesiyle X isimli şahsın öldürülmesinde hareket de netice de taktır. Buna karşılık Y isimli şahsın evinin soyulması münasebetiyle evde bulunan televizyon, video, buzdolabı gibi eşyaların alınmasında hareket de netice de birden fazladır. O halde hareket ve neticelerin çok olması fiilin tek sayılmasına engel değildir.²⁵⁸

Ceza hukukunda fiili anlarken sadece hareketin veya sadece neticenin esas alınması doğru olmayacaktır.

Suçların tekliği veya çokluğu gündeme geldiğinde salt hareket bazlı bakış açısı bizi doğru sunuca götürmeyecektir. Tek bir hareketle birden fazla suç işlenebilir.

Güveni kötüye kullanma suçı ile zimmet suçı arasında özel norm-genel norm ilişkisi vardır.²⁵⁹ Güveni kötüye kullanma suçı zimmet suçuna göre genel niteliklidir. Eğer malın zilyetliği bir kamu görevlisine görevinden dolayı devredilmiş ise, özel hüküm olan zimmet suçundan sorumlu olur. Kamu görevlisi kendisine devredilen mal üzerinde güveni kötüye kullanma fiillerini gerçekleştirecek olursa özel norm olan zimmet suçundan cezalandırılacaktır.²⁶⁰

257 ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, a.g.e. , s.331

258 SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2012, s.256

259 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.638

260 TEZCAN, Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, a.g.e., s.651

Güveni kötüye kullanma suçu seçimlik hareketli bir suç olduğu için, kanunda zikredilen fiillerden birini failin gerçekleştirmesiyle suç oluşur. Seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun tamamlanması için yeterli olacağından önce bir fiil sonra da seçimlik olan başka bir fiil gerçekleştirilse bile tek suç oluşacaktır. Örneğin, tamir amacıyla tamirciye bir televizyon teslim edilir, tamirci de bu televizyonu satarak devir amacına aykırı tasarrufta bulunur, teslim zamanı gelince televizyonun kendisine verilmediğini ileri sürerek devir olgusunu inkar ederse burada iki ayrı suç değil, tek suç oluşacaktır.²⁶¹ Çünkü, burada seçimlik hareketlerden birisi olan devir amacına aykırı olarak tasarrufta bulunma fiili gerçekleştirildiğinde suç tamamlanmıştır. Devir olgusunu daha sonradan inkar etme ikinci bir suça vücut vermeyecektir.

Güveni kötüye kullanma suçu zincirleme suç şeklinde de işlenebilir. TCK 43/1. maddeye göre bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Fail aynı kişinin birden fazla malı üzerinde değişik zamanlarda devir amacına aykırı olarak tasarrufta bulunması ya da devir olgusunu inkar etmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanacak, ceza arttırım yoluna gidilecektir.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın 02.04.2012 tarihli bir kararı güzel bir örnek teşkil edecektir. Bu karar kısaca; *“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 birlikte 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 zincirleme olarak hizmet ilişkisi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediklerine yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir.”*²⁶² şeklindedir.

Yine aynı dairenin bu yöndeki 17.05.2012 tarihli kararı da konuya aydınlık

261 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.435
262 Y15.CD, 02.04.2012, 2011/12359 E.-2012/33485 K. sayılı kararı

getirecek nitelikte bir karardır. Bu karar kısaca; “Somut olayda; sanığın çalıştığıDöviz AŞ'ye ait paraları kendi adına açılan ve fakat şirket için kullanılan banka hesabına yatırdığı, olay tarihinde iki farklı bankadaki hesaplarda bulunan toplam 240.000 USD ile yine aynı iş yerinde çalışan kasa görevlisi S...D...'ın kasasında bulunan iş yerine ait paraları alması şeklinde gerçekleşen olayda hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafinin suçun sabit olmadığına; katılan vekilinin hırsızlık suçunun oluştuğuna ve alt sınırdan uzaklaşarak daha fazla ceza tayini gerektiğine dair temyiz itirazlarının reddine; ancak,

Sanığın aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda kısa aralıklarla aynı suçu birden fazla işlediği anlaşılmakla, cezasının 5237 sayılı TCK'nın 43/1.maddesi uyarınca artırılması gerektiği gözetilmeden eksik ceza tayini...”²⁶³ şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı suç birden fazla işlenirse, TCK 43/1 uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanarak cezada artırım yoluna gidilmelidir.

Güveni kötüye kullanma suçu, mal üzerinde devir amacına aykırı tasarrufta bulunma ya da devir olgusunu inkar etme ile suç tamamlanır. Suç tamamlandıktan sonra suçun konusu olan mala bir zarar verilmesi durumunda ayrı bir suç oluşmaz. Devir amacına aykırı şekilde tasarrufta bulunularak suç tamamlandıktan sonra fail tarafından malın üçüncü kişilere satılması veya mala zarar verilmesi, güveni kötüye kullanma suçunu da mala zarar verme suçunu da oluşturmaz.²⁶⁴

Doktrinde bir görüşe göre devir amacına aykırı tasarrufta bulunma fiili, malı kırma, yakma, ezme şeklinde olursa, mala zarar verme suçu ve güveni kötüye kullanma suçlarının unsurlarının aynı anda gerçekleşmesi durumunda, TCK 44.

263 Y15.CD, 17.05.2012, 2011/13178 E.-2012/37386 K. sayılı kararı

264 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.638

maddede düzenlenen fikri içtima kurallarının uygulanması gündeme gelebilir.²⁶⁵

Biz doktrindeki bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü, mala zarar verme suçu ile güveni kötüye kullanma suçunun unsurları birbirinden tamamen farklıdır. Güveni kötüye kullanma suçunda malın zilyetliğinin belirli amaçla devri söz konusudur. Mala zarar verme suçunda böyle bir durum söz konusu değildir. Ayrıca, güveni kötüye kullanma suçunda, devir amacına aykırı olarak mala zarar verilmişse, mal kırılıp yok edilmişse, zaten güveni kötüye kullanma suçu tamamlanmıştır. Mala zarar verme suçunun gündeme gelmesi mümkün olmayacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunda fail, malın devri amacı dışında mal üzerinde tasarrufta bulunabilmek veya devir olgusunu inkar etmek amacıyla sahte bir belge düzenleyebilir. Bu durumda belgenin niteliğine göre fail güveni kötüye kullanma suçunun yanında resmi belgede sahtecilik ya da özel belgede sahtecilik suçlarından da sorumlu olacaktır.²⁶⁶ Buna ilişkin TCK'nın 212. maddesi özel bir içtima kuralı öngörmüştür. Bu düzenlemeye göre, sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolünür. Güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi sırasında sahte belge düzenlenirse fail, ayrıca belgede sahtecilik suçundan cezalandırılacaktır.

II. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ VE CEZANIN AZALTILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEPLER

TCK 167. maddesinde, izlenen suç politikası nedeniyle, yağma suçu dışında kalan malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenen suçların, belli akrabalar arasında işlenmesi durumunda cezalandırmama ya da cezada indirim yapma yoluna gitmiştir. Bu duruma şahsi cezasızlık sebebi ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep denilmektedir. Bu sebeplerin varlığı halinde suç, varlığını korumaktadır. Ancak cezada indirim yapılmakta ya da faile ceza verilmemektedir.²⁶⁷ Malvarlığına karşı suçlarda yağma suçu hariç olmak üzere, belli şahsi sebeplerin

265 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.435

266 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, a.g.e , s.639

267 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.575

varlığı halinde suç işleyen faile ceza verilmeyeceği gibi belli kişilerin işleme durumunda da cezada indirim yoluna gidilmektedir. Güveni kötüye kullanma suçu da malvarlığına karşı işlenen suçlardan olduğundan, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler bu suç açısından da uygulanacaktır.

1.TCK m.167/1' deki düzenleme

TCK'nın 167. maddesinin 1. fıkrasında yağma hariç, malvarlığına karşı işlenen suçlarda şahsi cezasızlık sebepleri düzenlenmiştir. Bu düzenleme aynen; *“Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların; haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.”* şeklindedir.

167. maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, izlenen suç politikası nedeniyle aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler arasında işlenen suçlarda şahsi cezasızlık sebepleri öngörülmüştür.²⁶⁸ Güveni kötüye kullanma suçunda, fail ile mağdur arasında belli akrabalık durumu olması durumunda cezaya hükmolunmayacaktır. Bu hükmün uygulanabilmesi için fail, mağdurun; ayrılık kararı verilmemiş eşi olması, altsoyu ve üstsoyu olması, eşinin altsoyu veya üstsoyu olması, evlat edineni ya da evlatlığı olması ve aynı konutta yaşayan kardeşi olması gerekir.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın 27.01.2014 tarihli bir kararı güzel bir örnektir. Bu karar kısaca; *“Katılan ile sanığın resmi nikahlı evli olup, aynı evde birlikte yaşadıkları; ancak geçinememeleri nedeniyle sanığın, boşanma davası açarak, birlikte yaşadıkları ikametdeki bir takım ev eşyaları ile bir takım ziynet eşyalarını da yanına alıp, ortak konutu terk etmek suretiyle üzerine atılı olan güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda;*

268 Bkz. 167. madde gerekçesi

5237 sayılı TCK'nın 167/1.a maddesi hükmüne göre; güveni kötüye suçunun haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde bir cezaya hükmolunamayacağına ilişkin şahsi cezasızlık sebebinin düzenlendiği ve sanık ile katılan haklarında henüz ayrılık kararının verilmemiş olduğunun anlaşılması karşısında; sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair verilen kararda bir isabetsizlik görülmemiştir.”²⁶⁹ şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere güveni kötüye kullanma suçunun haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşin aleyhine işlenmesi durumunda TCK 167/1.a maddesi uyarınca fail hakkında cezaya hükmolunmayacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunda ceza verilmemesi için, TCK 167/1 de düzenlenen şahsi cezasızlık sebeplerinden birinin mutlaka bulunması gerekir. Bu madde kapsamına girmeyen kişiler aleyhine işlenen güveni kötüye kullanma suçunda şahsi cezasızlık sebeplerinin uygulanması mümkün değildir. Nitekim Yargıtay'ın 08.10.2013 tarihli bir kararı bu konuya güzel bir örnektir. Bu karar kısaca “*Sanık Ö.. K...’nın üvey annesi olan katılanın, ortak murislerinden kalan taşınmazın satışı için 2. Noterliği'nin tarih ve yevmiye nolu düzenleme şeklindeki vekaletname ile sanığa vekalet verdiği, sanığın da bu vekaletle istinaden, diğer hissedarlarla birlikte söz konusu taşınmazı 50.000 TL bedel karşılığında sattığı halde katılanın payına düşen miktarı vermeyerek vekalet akdinden kaynaklanan güveni kötüye kullandığı şeklindeki olayda; sanığın olaydan üç yıl önce ölen babasının eşi olan katılan P... K...’ya yönelik hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan dolayı, şahsi cezasızlık halini düzenleyen TCK'nın 167/1-b maddesinin uygulama olanağı bulunmadığından, yargılamaya devamla davanın esası değerlendirilerek sanığın beraati veya mahkumiyetine hükmedilmesi gerekirken, anılan madde uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...*”²⁷⁰ şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere, TCK 167/1. madde kapsamına girmeyen kişiler bakımından şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması mümkün değildir.

Kanunda belli kişilerin zararına olarak işlenmesi durumu düzenlenmiştir. Ancak güveni kötüye kullanma suçunun sırf hareket suçu olduğunu, suçun

269 Y15.CD, 27.01.2014, 2013/870 E.-2014/1166 K. sayılı kararı

270 Y15.CD, 08.10.2013, 2012/16839 E.-2013/15125 K. sayılı kararı

tamamlanması için zararın gerçekleşmesinin şart olmadığını yukarıda anlatmıştık. Her ne kadar 167/1. maddede “zararına” ibaresi kullanılmış ise de bu hükmün güveni kötüye kullanma suçunda da uygulanması mümkündür. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere bu hüküm suç politikasının gereği olarak düzenlenmiştir.

2.TCK m.167/2' deki Düzenleme

TCK 167/2. maddede cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler düzenlenmiştir. Bu düzenleme doktrinde, cezayı hafifleten şahsi sebepler olarak da adlandırılmaktadır.²⁷¹ Kanuni düzenleme; *“Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikayet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.”* şeklindedir.

Bu düzenleme yine yağma hariç, malvarlığına karşı işlenen suçlar için geçerlidir. Güveni kötüye kullanma suçu da malvarlığına karşı suçlardan olduğundan bu fıkra da sayılan kişiler için, suç var ise cezada indirim yoluna gidilecektir. Güveni kötüye kullanma suçunda failin, mağdurun, haklarında ayrılık kararı verilmiş eşi, aynı konutta birlikte yaşamayan kardeşi olması, aynı konutta beraber yaşayan amca, dayı, hala, teyze, yeğen ve ikinci derece kayın hısımları olur ise verilecek ceza yarı oranında indirilecektir. Bu indirim kanunun lafzından da anlaşıldığı üzere, hakim takdirine bağlı olmayacak şekilde uygulanacaktır. Burada emredici hüküm söz konusudur. Hakim şartlar varsa, fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi bu fıkra kapsamına giriyorsa zorunlu olarak cezayı yarı oranında indirecektir.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın 20.03.2014 tarihli kararı güzel bir örnek teşkil etmektedir. Bu karar kısaca; *“.....Sanığın, eşinin erkek kardeşi olan ve suç tarihi itibarıyla nişanlı olan katılanın düğün için biriktirdiği altınları saklaması için kendisine teslim edilmesine rağmen, iade etmeyerek ve devir olgusunu inkar ederek*

271 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.434

güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği somut olayda; tarafsız tanık E... Ç...'nın ifadelerinde, katılanın sanığa düğünü için aldığı bir kısım ziynet eşyalarını kendisinin yanında teslim ettiğini belirtmesi, 16.02.2009 tarihli haciz tutanağında, sanığın katılana ait nişan görüntülerinin bulunduğu kasedi de aldığının tespit edilmesi karşısında, tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmeyerek, güveni kötüye kullanma suçunun işlendiğine dair kabulde isabetsizlik görülmemiştir.

Güveni kötüye kullanma suçundan TCK 155/1. madde uyarınca sanığın mahkumiyetine karar verilirken, hapis cezası ile birlikte adli para cezası uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine ancak;

Sanığın katılanın yengesi olması sebebiyle TCK'nın 167/2. maddesi gereğince verilen cezada indirim yapılması gerektiği gözetilmeyerek fazla ceza tayin edilmesi..”²⁷² şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere mağdur ile failin arasındaki akrabalık ilişkisinin TCK 167/2. fıkrası kapsamında olması halinde uygulanacak cezada indirim yapılacaktır.

TCK 167/2 deki akrabalık ilişkisi mevcut olduğunda suç şikayete bağlı hale gelecektir. Zira güveni kötüye kullanma suçu esasında şikayete bağlı bir suç olduğu için bu fıkranın uygulanmasında şikayete bağlılık konusunda herhangi bir değişiklik olmayacaktır.

3.Etkin Pişmanlık

Pişmanlık Türk Dil Kurumu Sözlüğünde; "yaptığı bir iş ya da davranışının olumsuz sonucunu görerek üzülmeye, nadim olma" şeklinde tanımlanmaktadır.²⁷³

272 Y15.CD, 20.03.2014, 2012/11638 E.-2014/5233 K. sayılı kararı

273 http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58454d5148a211.41385276 Erişim tarihi: 05.12.2016

Etkin pişmanlık ise, "bir suçun işlenmesinden sonra failin, herhangi bir dış etken bulunmaksızın kendi hür iradesiyle, meydana gelen neticeyi ortadan kaldırmaya yönelik davranışları" olarak tanımlanmaktadır.²⁷⁴

İşledikleri suç nedeniyle kişilerin cezalandırılması kural olmakla birlikte, bir kısım şartların gerçekleşmesi durumunda kişi hakkında ceza davasının açılmasından, açılmış olan davanın devamından ve sonuçta ceza verilmesinden veya mahkûm olunan cezanın infazından vazgeçilmesi izlenen suç politikasının bir gereğidir.²⁷⁵

TCK'da etkin pişmanlık tüm suçlarda uygulanabilecek genel bir hüküm olarak değil, özel suç tipleri bakımından uygulanabilecek istisnai bir müessese olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda kanun koyucu bazı suçlara ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesini "etkin pişmanlık" başlığıyla bağımsız bir madde hâlinde (TCK 93, 110, 168, 192, 201, 221, 248, 254, 269, 274, 293) bazılarını ise suç tipinin düzenlendiği maddenin bir fıkrası şeklinde gerçekleştirmiştir. Bu hükümlerin bir kısmında (TCK 184/5, 230/5, 245/5, 275/2, 275/3, 281/3, 282/6, 289/2, 297/4, 316/2) etkin pişmanlık nedeniyle cezanın tamamen ortadan kaldırılması öngörülmüş, bir kısmında ise sadece belli oranda indirilmesi kabul edilmiştir.²⁷⁶

Malvarlığına karşı suçlarda etkin pişmanlık TCK'nın 168. maddesinde düzenlenir. Bu düzenleme aynen; "*(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.

274 YCGK, 01.03.2016, 2015/601 E.-2016/102 K. sayılı kararı

275 YCGK, 01.03.2016, 2015/601 E.-2016/102 K. sayılı kararı

276 YCGK, 01.03.2016, 2015/601 E.-2016/102 K. sayılı kararı

(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.

(5) Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz.” şeklindedir.

Malvarlığına karşı suçlarda etkin pişmanlığın şartları TCK 168. maddede açıkça gösterilmiştir. Burada gösterilen şartların her birinin birlikte gerçekleşmesi gerekir. Fakat geri verme ve tazmin kovuşturmadan önce veya sonra olabilir. Bunun kovuşturma başlamadan önce veya sonra olmasına göre cezadaki indirim oranları farklıdır. En geç kovuşturmanın başlaması sonrası hüküm verilmeden önce etkin pişmanlığın gösterilmesi şarttır.²⁷⁷

Güveni kötüye kullanma suçu açısından TCK 168. maddenin 1, 2 ve 4. fıkraları uygulama alanı bulur. TCK 168/1 uyarınca güveni kötüye kullanma suçu tamamlandıktan sonra ancak 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. TCK 168/2 uyarınca, Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir. TCK 168/4 uyarınca kısmen geri

277 GÜNAY, Erhan, Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.44

verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.²⁷⁸

İade ve tazminin cebri icra yoluyla gerçekleştirilmesi, zararın failin rızası olmadan veya ondan habersiz olarak üçüncü kişiler tarafından giderilmesi, eşyanın failin yakalanmamak için kaçarken atması sonucu veya kaçarken yakalanan failin üzerinde ele geçirilmiş olması gibi hallerde, failin gerçek anlamda pişmanlığından söz edilemeyeceğinden, TCK'nun 168. maddesinin uygulanma şartları oluşmayacaktır. Buna karşılık, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun uğradığı zararın aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartı yerine getirilirken duyulan pişmanlığın mutlaka sözle ifade edilmesi zorunluluğu bulunmayıp, davranışlar yoluyla da ifade edilmesi olayın özelliğine göre mümkün olabilecektir. Diğer taraftan kanunun 168. maddesinin dördüncü fıkrasının; *"kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için ayrıca mağdurun rızası aranır"* şeklindeki açık düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, kısmen iade veya tazmin nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasında mağdurun iradesini esas almak suretiyle, bu hükmün uygulanabilmesini mağdurun rızası şartına bağlamış, mağdurun kısmi iade ve tazmine açıkça rıza gösterilmesi durumunda güveni kötüye kullanma suçunda cezanın üçte ikisine kadarının, zararın kovuşturma aşamasında giderilmesi halinde ise cezanın cezanın yarısına kadarının indirileceği kabul edilmiştir.²⁷⁹

5271 sayılı CMK 2/1-f maddesi uyarınca kovuşturma, iddianamenin kabulüyle başlar. Eğer iddianame düzenlenmeden önce fail, azmettiren ya da yardım eden bizzat pişmanlık göstererek mağdurun zararını giderirse, hakim cezanın üçte ikisine kadarını indirecektir. Burada cezada indirim yapıp yapmama konusunda hakime takdir hakkı tanınmamıştır ancak, ne kadar indirim yapılacağı konusunda hakimin takdir hakkı mevcuttur.

278 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.435

279 YCGK, 01.03.2016, 2015/601 E.-2016/102 K. sayılı kararı

İddianame kabul edilip kovuşturma başladıktan sonra fakat hüküm verilmeden önce etkin pişmanlık gösterilirse cezanın yarısına kadarı indirilir. Fail mağdurun zararını kısmen giderirse etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mağdurun rızasına bağlıdır. Mağdur rıza göstermezse fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır.

TCK 169. madde uyarınca güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

III. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Güveni kötüye kullanma suçunun soruşturulması ve kovuşturulması usulü TCK 155. maddenin 1. fıkrası ve 2. fıkrası bakımından farklılık arz etmektedir. 1. fıkra güveni kötüye kullanma suçunun basit şekli, 2. fıkra ise bu suçun nitelikli hali düzenlenir. Güveni kötüye kullanma suçunun basit halinin soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Adli merciler faile karşı soruşturma işlemlerini mağdurun şikayeti olursa başlatabilirler.²⁸⁰

Bilindiği üzere Türk ceza muhakemesinde kural olarak suçlar re'sen soruşturulur ve kovuşturulur. İstisnai olarak kanunun şikayeti zorunlu tuttuğu hallerde suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Bu tip suçlara şikayete bağlı suçlar denilmektedir. Güveni kötüye kullanma suçunun basit hali de kanun gereği soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suçlardandır. Mağdurun şikayeti üzerine suç soruşturulur ve kovuşturulur.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda şikayet hakkına kimlerin sahip olduğu konusu gündeme gelir. Genel olarak şikayete bağlı suçlarda mağdurun ve suçtan zarar görenin şikayet hakkı vardır. Mağdur veya suçtan zarar gören çocuk veya akıl hastası ise bunların kanuni temsilcileri de şikayet hakkını

280 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.438

kullanabilir.²⁸¹ Güveni kötüye kullanma suçunun mağdurunun tespit edilmesi hususunda korunan hukuki değerden hareketle suçun mağdurunun tespit edilebileceğine yukarıda değinmiştik. Bu suçta korunan hukuki değer kişinin mülkiyet hakkı ve kişiler arasındaki güven duygusudur. Bundan hareketle suçun mağduru malın sahibi veya faile malın zilyetliğini devreden meşru zilyet suçun mağduru. Dolayısıyla şikayet hakkına sahip olan kişi de malın maliki veya malı belirli amaçlarla faile devreden zilyet, şikayet hakkına sahip olacaktır.²⁸² Güveni kötüye kullanma fiilleriyle, güven duygusu sarsılan, malvarlığında zarar tehlikesi ortaya çıkan ya da malvarlığı zarara uğrayan kişi, suçtan zarar gören kişi olarak şikayet hakkını kullanabilecektir.²⁸³

Şikayet konusu TCK'nın 73. maddesinde düzenlenir. Bu düzenlemeye göre soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlarda şikayete yetkili kişinin altı ay içerisinde yetkili mercilere başvurması gerekmektedir. Şikayete yetkili kişi kanunda belirtilen süre içerisinde yetkili mercilere başvurmazsa suçun soruşturması ve kovuşturması yapılamaz. Şikayet için geçerli olan altı aylık süre, şikayete yetkili kişinin fiili veya faili bildiği veya öğrendiği günden başlar. Şikayete yetkili malik ya da zilyet, en geç zamanaşımı süresi içinde güveni kötüye kullanma fiillerinden birinin gerçekleştirildiğini ya da bu fiili gerçekleştirenin kim olduğunu öğrendiği günden itibaren altı ay içerisinde şikayet hakkını kullanmalıdır.

Belirlenen şartlar altında altı ay içerisinde mağdur şikayet hakkını kullanmazsa bu hakkı düşecektir. Nitekim Yargıtay'ın bu konu ile ilgili bir kararı güzel bir örnektir. Bu karar özetle; *“Katılanların kendi rızalarıyla, mülkiyet değişikliği nedeniyle kiracılarına tahliye davası açabilmek amacıyla akrabaları olan sanık İ... G...’e taşınmazlarının tapu kaydını devrettikleri somut olayda; sanığın hileli hareketlerle menfaat temin etmesinin söz konusu olmadığı ancak sanığın muhafaza etmek üzere kendisine devredilmiş eşya üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunarak kendisine menfaat temin etmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 155/1. maddesi gereğince güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu, bu suçun ise*

281ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.555

282 MERAKLI, Serkan, a.g.e. , s. 1704

283 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.438

fiil ve faili öğrenmeden itibaren altı aylık kanuni şikayet süresine tabi olduğu, katılanların sanık hakkındaki şikayetlerinin kanuni sürede olmadığı gözetilerek, sanık hakkında güveni kötüye kullanma suçundan düşme kararı verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, suç vasfının tayininde hataya düşülerek dolandırıcılık suçundan mahkumiyet kararı verilmesi..”²⁸⁴ şeklindedir.

Şikayete yetkili birden fazla kişi varsa bu kişilerden birisi altı aylık süreyi geçirse bile, diğerlerinin şikayet hakkı hala devam etmektedir. Bu konuya ilişkin Yargıtay'ın 17.05.2016 tarihli kararı güzel bir örnektir. Adı geçen karar kısaca; “Sanığın serbest muhasebeci mali müşavir olarak çalıştığı ve ilinde faaliyet gösterdiği, Ticaret A.Ş.'nin muhasebe işlerinin takibini sözleşme ile S... B... tarafından sanığa verildiği, şirket tarafından 2007-2008 yılı vergi beyannamesi, harç ve damga paralarının ödenmesi için 1.000 TL paranın sanığa teslim edildiği, ancak vergi dairesine herhangi bir ödeme yapmayarak parayı uhdesine geçirdiği bu suretle hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak suçunu işlediği iddia olunan somut olayda; ticaret sicili müdürlüğünün 01.07.2015 tarihli sayılı yazısına göre, suçtan zarar görenA.Ş'nin ortakları arasındaŞti'nin de bulunduğu, bu şirketin yetkili temsilcisi olan K... S...'ın da katılan M... Ö...'e vekaletname ile şirketi temsil yetkisi verdiği, bu bağlamda katılan M...'nin ... A.Ş'nin ortağı olan şirketinin temsilcisi sıfatıyla şikayetçi olduğu ve bu bağlamda suçtan zarar gören sıfatına haiz olup şikayet hakkının bulunduğu ve de şikayetin süresinde olduğu gözetilmeden, ilk şikayeti yapan katılan M...'nin A.Ş'nin şirket ortağı veya yetkilisi olmadığı ve şikayet hakkı bulunmadığından, A.Ş'nin yetkilisi olan katılan S..... B...'ın şikayetinin de süresinde olmadığından bahisle yazılı şekilde düşme kararı verilmesi...”²⁸⁵ şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere şikayete yetkili birden fazla kişi olsa bile birinin süreyi kaçırması diğerinin şikayet hakkını ortadan kaldırmayacaktır.

TCK 73/4. maddeye göre, şikayete bağlı olan güveni kötüye kullanma suçunun basit halinde, suçtan zarar gören kişinin, şikayetinden vazgeçmesi kamu davasını düşürür. Hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.

284 Y15.CD, 09.09.2015, 2015/7701E.- 2015/28408 K.sayılı kararı

285 Y15.CD, 17.05.2016, 2015/14916 E.-2016/4960 K. sayılı kararı

Şikayete yetkili olan kimselerin şikayetten vazgeçme hakları da mevcuttur. TCK 73/5. maddeye göre iştirak halinde güveni kötüye kullanma suçu işlenmiş ve iştirak edenlerden birisi hakkında şikayetten vazgeçilirse, diğer iştirak edenler de bu vazgeçmeden yararlanırlar.

TCK 73/6. maddeye göre, şikayetten vazgeçmeye yetkili olan kimse şikayetinden vazgeçse bile, hakkında yargılama yapılan sanık bu vazgeçmeyi kabul etmezse, yargılamaya devam edilir. Kamu davası düşmez. Bu kişinin aklanma hakkıyla ilgilidir. Çünkü yapılan yargılama sonunda sanığın yargılamaya konu güveni kötüye kullanma suçunu işlemediğinin ortaya çıkma ihtimali de vardır. Dolayısıyla sanık şikayetten vazgeçmeyi kabul etmeyerek aklanma hakkının ortadan kalkmasının önüne geçerek suçu işlemediğinin anlaşılmasını sağlayabilir.

TCK 73/7. maddeye göre, şikayet hakkına sahip olan kişi, şikayetinden vazgeçip kamu davasını düşürür, vazgeçme sırasında şahsi haklarından vazgeçtiğini de açıklarsa, şikayetten vazgeçen kişi sanık aleyhine artık hukuk davası da açamaz.

Güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali, TCK 155/2. maddede düzenlenir. Güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini hangi fiillerin oluşturacağını yukarıda anlatmıştık. Nitelikli güveni kötüye kullanma fiillerinin soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı değildir. Re'sen soruşturulur ve kovuşturulur.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın 17.10.2016 tarihli kararı güzel bir örnek teşkil etmektedir. Bu karar kısaca; *“Sanığın,müştekilerin site yönetim kurulu üyesi oldukları sitenin E blok yöneticisi olduğu dönemde kat maliklerinden topladığı 15.000 TL'yi site hesabına yatırmayarak uhdesinde tuttuğu iddia edilen olayda; apartman yöneticisi sanığın, eyleminin TCK'nın 155/2.maddesi kapsamında hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında hataya düşülerek TCK'nın 155/1.maddesi kapsamında kabul edilerek şikayet*

*yokluğundan düşme kararı verilmesi...*²⁸⁶ şeklindedir. Karardan da anlaşılacağı üzere TCK 155/2. fıkra kapsamında kalan nitelikli güveni kötüye kullanma suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı değildir. Bu fıkra kapsamında kalan suçlar için şikayet yokluğundan düşme kararı verilemez.

Güveni kötüye kullanma fiillerinin TCK 167/2. maddede sayılan kişilere karşı işlenmesi durumunda, kamu düzeni hafif şekilde ihlal edildiği ve bu kişilere karşı soruşturma ve kovuşturmanın yapılmasında kamu yararı olmadığı için şikayet şartının aranması uygun olacaktır.²⁸⁷

Şikayete bağlı olan güveni kötüye kullanma suçunun basit halinde soruşturma veya kovuşturma evresinde CMK 253-254. maddelerde düzenlenen uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkündür.²⁸⁸ Doktrinde var olan bir görüşe göre ise her ne kadar soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olsa da, bu suç açısından adli kontrol hükümleri öngörüldüğünden uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.²⁸⁹ Kanaatimizce soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı olan TCK155/1. Maddede düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu için uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkündür. Nitelikli güveni kötüye kullanma suçu zaten şikayete bağlı olmadığı için uzlaşma hükümleri 155/2. fıkra için uygulanmaz.

Uzlaşma kurumu, kamu davasının zorunluluğu, tasarruf edilmezliği gibi temel ceza muhakemesi ilkelerine istisna teşkil eder. Uzlaşma kurumuna kanunda yer verilmesinin nedeni, adli yargının yükünü azaltmaktır.²⁹⁰ Aynı zamanda uzlaşmanın amacı işlenen bir suçtan dolayı mağdurun uğramış olduğu zararın fail tarafından giderilmesi, zararın bir nebze de olsa hafifletilmesidir.²⁹¹ Uzlaşma kurumu ile ceza yargılamasının temel ilkelerine bir istisna getirilmiş, yargının yükünü hafifletmek, mağdurun uğradığı zararın fail tarafından giderilmesi hedeflenmiştir.

286 Y15.CD, 17/10/2016, 2014/2229 E.-2016/7726 K. sayılı kararı

287 SARSIKOĞLU, Şenel, a.g.e, s.190

288 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.438

289 POLAT, Halil, Cumhuriyet Savcısının El Kitabı, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.446

290 TOROSLU Nevzat, FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012, s.315-316

291 KAYA, Mehmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ÇÜSBE, Ankara, 2016, s.23

02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren, 6763 sayılı sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 24 ve 35. maddeleriyle, 5271 sayılı CMK'nın 253 ve 254. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Uzlaşma kapsamındaki suçların sayıları artırılmış, takibi şikayete bağlı olan ve etkin pişmanlık hükümleri kapsamına giren suçlar da uzlaşma kapsamına alınmıştır. Suça sürüklenen çocuklar yönünden üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar da uzlaşma kapsamına dahil edilmiş, kanun ile her Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde uzlaştırma bürosu kurulması zorunlu hale getirilmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçu da uzlaşma kapsamında kalan bir suçtur. Yeni düzenlemeye göre, kovuşturma aşamasındaki dosyaların da uzlaştırma bürosuna gönderilmesi gerekmektedir. Usul ekonomisi ilkesi gereğinde mahkeme, dosyanın tamamını uzlaştırma bürosuna göndermemeli, uzlaşma konusu suça ilişkin belgelerden uygun görülenlerden birer örneğinin gönderilmesi ile yetinilmelidir. Bu belgelere, iddianame, bilirkişi raporu, ifade tutanakları örnek verilebilir.

Ayrıca usul ekonomisi açısından, kovuşturma aşamasında uzlaşma kapsamına giren suçlarda mahkeme durma kararı vererek değil, duruşmayı ileri bir tarihe tehir ederek uzlaştırma bürosuna ilgili evrakı uzlaştırma amacıyla göndermelidir. Uzlaştırma raporu geldikten sonra duruma göre bir karar vermelidir. Uzlaşma sağlandıysa düşme kararı vermeli, uzlaşma sağlanamadıysa yargılamaya kaldığı yerden devam etmelidir.

Güveni kötüye kullanma suçunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanma ihtimali yüksek olduğundan bu kurum hakkında da açıklamalar yapma gereği hasıl olmuştur.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hukukumuzda ilk kez çocuklar hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 23. maddesi ile kabul edilmiş, 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanunun 23. maddesiyle 5271

sayılı Kanunun 231. maddesine eklenen 5 ila 14. fıkra ile büyükler için de uygulamaya konulmuş, aynı Kanunun 40. maddesi ile 5395 sayılı Kanunun 23. maddesi değiştirilmek suretiyle, denetim süresindeki farklılıklar hariç tutulmak kaydıyla çocuk suçlular ile yetişkin suçlular, hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından aynı şartlara tâbi kılınmıştır.²⁹²

Başlangıçta yalnızca yetişkin sanıklar yönünden şikâyete bağlı suçlarla sınırlı olarak hükmolunan bir yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezaları için kabul edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması, 5728 sayılı Kanunun 562. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında yapılan değişiklikle, Anayasanın 174. maddesinde güvence altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlar istisna olmak üzere, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezalarına ilişkin tüm suçları kapsayacak şekilde düzenlenmiş, maddeye 6545 sayılı Kanunla "denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez" hükmü eklenmiştir.²⁹³

5271 sayılı CMK'nun 231. maddesi göz önüne alındığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilmesi için;

1) Suça ilişkin olarak;

- a- Yapılan yargılama sonucu hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezası olması,
- b- Suçun Anayasanın 174. maddesinde güvence altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlardan olmaması,

2) Sanığa ilişkin olarak;

- a- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,
- b- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

292 YCGK, 04.11.2014, 2013/15-736 E-2014/490 K. sayılı kararı

293 YCGK, 04.11.2014, 2013/15-736 E-2014/490 K. sayılı kararı

- c- Mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önüne alınarak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate ulaşılması,
- d- Sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmediğine dair beyanının olmaması, gerekmektedir.

Bu şartların varlığı halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecek ve on sekiz yaşından büyük olan sanıklar beş yıl, suça sürüklenen çocuklar ise üç yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif şartlarından birisi de, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunmasıdır. Nitekim, CMK'nun 231/6-a maddesine göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için "sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması gerekmektedir.

Güveni kötüye kullanma suçunda, görevli ve yetkili mahkeme, failin, mal üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunduğu ya da devir olgusunu inkar ettiği yerdeki asliye ceza mahkemesidir.²⁹⁴

TCK 155/1. fıkrasında düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu için dava zamanaşımı süresi 8 yıl; 155/2. fıkrada düzenlenen nitelikli güveni kötüye kullanma suçu için ise dava zamanaşımı süresi 15 yıldır.²⁹⁵

294 YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s. 5032, POLAT, Halil, a.g.e, s.448

295 ARTUÇ Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 698

IV. YAPTIRIM

Kişi, hukukun kendisine yüklediği yükümlülüklere riayet etmezse sorumlu tutulur. Yükümlülüklere aykırı hareket ederek ve bu nedenle haksızlıklara yol açan davranışlar gerçekleştirildikten sonra, ortaya çıkan haksızlığı geçmişe döndürmek, haksızlık olmadan önceki hale getirmek mümkün değildir. Ortaya çıkan bu haksızlıklar karşısında, hukuk düzeninin devamlılığını sağlamak amacıyla kişiye bazı yaptırımlar uygulanır. Bu itibarla yaptırım, insanın kendisine yüklenen yükümlülüklerle aykırı davranması sonucu karşılaştığı hukuki sonuçtur.²⁹⁶

5237 sayılı TCK'nın 45. maddesi uyarınca suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır. TCK'nın 46. maddesi uyarınca Hapis cezaları; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası, süreli hapis cezasıdır. Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamayan hapis cezalarıdır. Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.

TCK'nın 52. maddesine göre adli para cezası; beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.

5237 sayılı TCK'nın 155/1. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun basit hali için öngörülen yaptırım “*altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası*”dır.

155/2. maddede güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali için öngörülen yaptırım ise “*bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası*”dır.

296 ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.563

Madde metninden de anlaşılacağı üzere kanun güveni kötüye kullanma suçuna yaptırım olarak hem hapis cezası hem de adli para cezası öngörmüştür.

Güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi suretiyle bir yarar elde edilebileceği düşüncesiyle yaptırım olarak hapis cezasının yanında adli para cezası da öngörülmüştür.²⁹⁷

Güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi neticesinde bir tüzel kişiye yarar sağlanırsa tüzel kişi hakkında TCK 169. madde gereğince, TCK 60. maddede düzenlenen tüzel kişilere özgü iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbirleri uygulanır. İzin iptali tedbirinin uygulanabilmesi için suç, özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin katılımıyla ve iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmelidir.²⁹⁸

Güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin yargılamayı yapan mahkeme yaptığı yargılama sonucunda suçun işlendiğini sabit görürse, TCK 61. madde uyarınca Suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.

Güveni kötüye kullanma suçunda 155/1. madde kapsamına giren fiillerde altı ay ile iki yıl arasında bir temel ceza belirleyecektir. Ayrıca kanunda hapis cezasının yanında adli para cezası da öngörüldüğünden, adli para cezasını, beş gün ile yedi yüz otuz gün arasında takdir edecektir. Çünkü bu fıkrada öngörülen adli para cezasının alt ve üst sınırı belirlenmediği için TCK 52. maddede belirlenen alt ve üst sınırlar göz önünde bulundurulacaktır.

297 Bkz. 155. madde gerekçesi, EKDEMİR, İbrahim, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Diğer İlgili Kanunlar, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2005, s.244

298 CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, s.438

Fail mağdurun zararını gidererek aldığı malın değerini ya da eylemi ile neden olduğu değerleri mağdura öderse, 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır. Şartları varsa bu hüküm uygulanmalıdır. Faile verilecek ceza bir yılın altında olursa, yani kısa süreli hapis cezası olursa ceza paraya çevrilebilir. Faile verilecek ceza iki yılın altında olursa ertelenebilir. Ancak hapis cezası ile birlikte verilen adli para cezası ertelenemez.²⁹⁹

155/2. madde kapsamında kalan nitelikli güveni kötüye kullanma fiilleri için hakim, bir yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ve üç bin güne kadar adli para cezasını temel ceza olarak belirleyecektir. Kanun bu fıkrada adli para cezasının alt sınırını belirlememiş ama bir üst sınır düzenlemesi yapmıştır. Burada da alt sınır 52. madde uyarınca beş gün olacaktır.

Hakim, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak gün karşılığı en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olacak şekilde adli para cezasının miktarı takdir eder. Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir. Hakim, ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.

Kanunda kişinin ekonomik ve şahsi durumu göz önüne alarak adli para cezasının gün karşılığının kaç Türk Lirası olarak hesaplanacağı, kişiye süre verilebileceği, cezayı taksitler halinde ödeyebileceği hususunda, belirli sınırlar çerçevesinde hakime takdir hakkı tanınmıştır. Her halükarda hakim bu takdirini kararında gerekçelendirmek zorundadır.

299 YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, a.g.e., , s. 5030

SONUÇ

Zamanın ilerlemesiyle birlikte bireyler toplum hayatına daha aktif bir şekilde katılmaya başlamıştır. Toplumun huzuru ve mutluluğu bireylerin huzuru ve mutluluğu ile doğru orantılıdır. Bir toplumda bireyler ne kadar huzurluysa toplum da o kadar mutlu olur ve toplum bireylerin kendisini geliştirmesiyle gelişir, daha huzurlu bir toplum haline gelir. Bireylerin huzuru ve mutluluğuyla toplum da huzurlu olur ve yaşanılacak hal alır. Bireylerin huzuru da bir takım kuralların varlığıyla sağlanır. Kuralların olmadığı bir toplumda düzenden bahsedilemez ve kaos ortamı oluşur. Toplumdaki bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması, gücü yetenlerin gücü yetmeyenlerin haklarını ihlal etmemeleri hukuk sayesinde mümkündür. Hukukun varlığını koruması da bir takım cezai müeyyidelerle mümkündür.

Toplum hayatında ekonomik ve ticari ilişkilerin gelişmesi, mülkiyet hakkının önemini daha çok ortaya çıkarmıştır. Bu hakkın korunması amacıyla da bir takım suç tipleri ihdas edilmiştir. Bizim hukuk düzenimizde, suçları ve cezaları genel anlamıyla en geniş biçimde düzenleyen kanun şuan yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dur. Bu kanun mülkiyet hakkını ihlal edecek fiilleri önlemek amacıyla malvarlığına karşı suçlar bölümünü düzenlemiştir. Bu bölümde ihdas edilen suçlardan birisi de güveni kötüye kullanma suçudur. Bu suç Türk Ceza Kanunu nun 155. maddesinde düzenlenir.

Güveni kötüye kullanma suçu ; belirli bir amaçla bir malın zilyetliğinin belirli bir hukuki ilişki çerçevesinde başka bir kişiye devredilmesinden sonra, malın zilyetliğini devralan kişi tarafından bu amaç dışında kendisinin veya başkasının yararına olarak, mal üzerinde tasarrufta bulunulması veya bu tevdi olgusunun inkar edilmesi şeklinde tanımlanabilir.

Güveni kötüye kullanma suçu, Anayasa ve Uluslar arası sözleşmelerle güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Güveni kötüye kullanma suçu da mülkiyet hakkını korumak amacıyla ihdas edilen bir suçtur. Bu suç ve öngördüğü yaptırım sayesinde kişilerin mülkiyet hakkı korunacak, bu haktan hak sahibinin azami şekilde faydalanması sağlanacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçu tarihsel süreç içinde önemli gelişmeler çerçevesinde müstakil bir suç olarak ihdas edilmiştir. Roma hukuku döneminde hırsızlık suçunun içinde; İslam hukukunda tazir suçları içerisinde yer alan güveni kötüye kullanma fiilleri zaman içerisinde ayrı müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. Güveni kötüye kullanma suçu Türk hukukunda ilk kez 1858 tarihli Ceza Kanunname-İ Humayunu ikinci babının dokuzuncu faslında, “emniyetin suistimali” başlığı altında düzenleme alanı bulmuştur. Bu suç, 765 sayılı TCK döneminde 508-510. maddelerde emniyeti suistimal başlığı altında düzenlenerek uygulanmıştır. Halen de 5237 sayılı TCK'nın 155. maddesinde ayrı bir suç tipi olarak uygulanmaya devam etmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta da, Almanya, İsviçre, İtalya ve Fransa da güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Bu ülkelerde de güveni kötüye kullanma fiillerinin neler olduğuna ilişkin belirlemeler yapılmış, bu fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda da ne tür yaptırımlar uygulanacağı belirlenmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçunun TCK'da malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olması ve 155. maddenin gerekçesi de dikkate alındığında bu suç ile korunan hukuki değer kişinin mülkiyet hakkıdır. Ancak mülkiyet hakkının yanında, belirli bir hukuki ilişki çerçevesinde kişiye güvenilerek bir malın zilyetliğinin devrinin sağlandığı bu suç tipinde korunan hukuki değer aynı zamanda kişiler arasındaki bu güven duygusunun olduğu düşünülemez. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer hem mülkiyet hakkı hem de kişiler arasındaki güven duygusudur.

Suçun unsurları konusunda doktrinde farklı ayrımlar var olsa da biz bu çalışmamızda suçun unsurlarını; tipikliğin maddi unsurları, tipikliğin manevi unsurları ve suçun hukuka aykırılık unsuru olmak üzere üçe ayırdık. Tipikliğin maddi unsurlarını, fail, mağdur, suçun konusu, zilyetliğin devri ve fiil olarak inceledik. Tipikliğin manevi unsurlarını ise kast ve taksir olarak ele aldık.

Güveni kötüye kullanma suçunun faili, aradaki hukuki ilişki çerçevesinde belirli amaçla zilyetliğin devri sağlanan ancak bu devir amacına aykırı hareket ederek kendisine yüklenen yükümlülüğü ihlal eden kişi bu suçun failidir. Her ne kadar doktrinde malın malikinin de bu suçun faili olacağı savunulsa da kanun ve gerekçesi dikkate alındığında, bu suçun faili ancak malın sahibi dışında, bir başkası olabilir. Bu nedenle kanaatimizce malın maliki ya da müşterek paydaşlardan birisi bu suçun faili olamayacaktır. Ayrıca kanun gerekçesine göre de müşterek veya iştirak halinde malik olan kişiler, birbirlerine karşı bu suçu işleyemezler.

Bu suçun mağduru veya suçtan zarar göreni, bir hukuki ilişki, genellikle sözleşme, çerçevesinde malın zilyetliğini devreden malik ya da meşru zilyet olan, suçun faili ile hukuki ilişkide bulunan karşı taraftaki kişidir. Çünkü failini güveni kötüye kullanma fiili ile mülkiyet hakkı ihlal edilen ve güven duygusu sarsılan kişi suçun mağduru veya suçtan zarar gören kişi olacaktır. Zarar gören kavramı konusunda bizim de katıldığımız yukarıda da bahsettiğimiz Yargıtay içtihatları çerçevesinde, zarar görme doğrudan olmalıdır. Dolaylı zararlar suçtan zarar gören kavramı içerisinde yer almaz.

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için bir hukuki ilişki çerçevesinde malın zilyetliği faile devredilmelidir. Bu devir rızai bir devir olmalı aldatılmamış, fesada uğramamış bir rızaya dayanmalıdır. Ancak zilyetliğin devrini sağlayan sözleşmenin hukuka aykırı olması durumunda güveni kötüye kullanma suçunun oluşmayacağı yönündeki görüşlere katılmak mümkün değildir. Çünkü hukuka aykırı sözleşmeyle zilyetliğin devrinin sağlanması ve bu devre aykırı hareket edilmesi durumunda bunu suç olarak kabul etmemek, bu fiili gerçekleştiren faili cezasız

bırakmak anlamına gelecektir. Kanaatimizce suç oluşturacak ve haksızlık olarak nitelendirilecek hiç bir fiil cezasız kalmamalıdır. Kanun da bunu öngörmez.

Güveni kötüye kullanma suçu kastla işlenebilen bir suçtur. Bu kast doğrudan kast olabileceği gibi olası kast da olabilir. Failin güveni kötüye kullanma suçunu işleyebilmesi için, başkasına ait malın kendisine belirli bir amaçla devredilmiş olduğunu bilmesi, bu amaca aykırı olarak bilerek ve isteyerek bu devir dışında mal üzerinde tasarrufta bulunması yahut bu devir olgusunu inkar etmesi gerekir. Fail devir amacına aykırı hareket ederken, suçun unsurlarının gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili gerçekleştirirse olası kast gündeme gelecektir. Bir suçun taksirli halinin olabilmesi için taksire ilişkin bir düzenlemenin kanunda var olması gerekir. Güveni kötüye kullanma suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Güveni kötüye kullanma suçunda ilgilinin rızası ve zaruret hali bu suç için hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir. Mal sahibinin rızasının olması durumunda ve herhangi bir zaruret hali gereği olarak mal üzerinde devir amacına aykırı tasarrufta bulunulması durumunda güveni kötüye kullanma suçunun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden suçtan söz edilemeyecektir.

TCK nın 155/2. maddesinde güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali düzenlenir. Bu nitelikli halin gündeme gelebilmesi için 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 gerekir. Bir hizmet ilişkisi gereği ya da idare etme yetkisinin gereği olarak mal tevdi ve teslim edilmemişse nitelikli hal gündeme gelmeyecektir.

Malın sahibinin rızasına aykırı olarak malın bulunduğu yerden alınması durumunda hırsızlık oluşacaktır. Zilyetliğin devri hukuken geçerli bir rızaya dayanmaksızın, kişinin iradesi nitelikli yalanlar ve hile ile sağlanırsa dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Zilyetliğin devri bir kamu görevlisine görevi nedeniyle sağlanır ve kamu görevlisi olan fail de görevinin gereklerine aykırı olarak mal üzerinde

tasarrufla bulunur veya devir olgusunu inkar ederse zimmet suçu gündeme gelecektir. Fail bankacılık Kanununda sayılan kişilerden olur ve güveni kötüye kullanma fiillerini gerçekleştirirse bankacılık zimmeti suçu oluşur. Resmi makamlarca muhafaza etmek amacıyla bir mal teslim edilen kişi teslim amacına aykırı olarak mal üzerinde tasarrufla bulunursa muhafaza görevini kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Güveni kötüye kullanma suçu çeşitli yönlerden bu suçlardan ayrılır. Ayrılan yönleri olduğu gibi benzer yönleri de vardır.

Güveni kötüye kullanmaya ilişkin 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda, mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası kanununda ve 6362 sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'nda da düzenlemeler mevcuttur.

Güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüs mümkündür. Bu suçun tamamlanması için bir yararın sağlanması şart değildir. Devri amacına aykırı tasarrufla bulunma ya da devir olgusunu inkar etme eylemleri gerçekleştirildiğinde suç tamamlanır. Bu suçta iştirak hükümlerinin, azmettirme yardım etme ve zincirleme suç hükümlerinin de uygulanması mümkündür.

Güveni kötüye kullanma suçunun 167. maddede sayılan kişilerin zararına işlenmesi halinde şahsi cezasızlık sebeplerinin ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin uygulanması mümkündür. Ayrıca bu suçta etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması da gündeme gelir.

TCK 155/1. fıkrasında düzenlenen basit güveni kötüye kullanma suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabidir. Suçun mağduru veya suçtan zarar gören kanunda belirtilen şartlarda ve süresinde ilgili makamlara şikayette bulunması durumunda suç soruşturulur ve kovuşturulur. 155/2. maddede düzenlenen nitelikli güveni kötüye kullanma suçunda suç şikayet aranmaksızın soruşturulur ve kovuşturulur. Güveni kötüye kullanma suçunda uzlaşma ve hükmün açıklanmasını geri bırakılması hükümlerinin uygulanması da mümkündür.

Güveni kötüye kullanma suçunda yaptırım olarak hapis ve adli para cezası öngörülmüştür. 155/1. maddeye giren hallerde, fail, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. 155/2. maddeye giren hallerde ise fail, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Sonuç olarak TCK 155. maddede düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu, 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanununa göre daha bağımsız bir özellik kazanmıştır. Ayrıca yeni kanunda güveni kötüye kullanma fiilleri tek tek sayılmak yerine daha geniş bir kapsamlı olarak ele alınmış, devir amacına aykırı tasarruf etme yahut devir olgusunu inkar etme şeklinde düzenlenmiştir. Kanuna yönelik çeşitli eleştiriler olsa da kanaatimizce bu tarz bir düzenleme uygulama bakımından kanuna daha fazla işlerlik kazandırmıştır.

KAYNAKÇA

ADALET BAKANLIĞI MAĞDUR HAKLARI DAİRE BAŞKANLIĞI, Mağdura Yaklaşım Kılavuzu, Ankara. 2016

AKBULUT, İlhan, İslam Hukukunda Suçlar Ve Cezalar, Ankara Üniversitesi Dergileri

AKİPEK, Jale G. Türk EŞya Hukuku, Ayni Haklar Zilyetlik ve Tapu Sicili, İkinci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972

ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ajans Türk Matbaacılık, Ankara, 1973

ARTUÇ, Mustafa, Hüküm Kurma Sanatı, Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2015

ARTUÇ, Mustafa, Özel Ceza Yasaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017

ARTUÇ Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017

ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı , Adalet Yayınevi, Ankara, 2014

ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler,14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014,

AYAN, Mehmet, EŞya Hukuku I, Konya 2012

AYBAY, HATEMİ, EŞya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014

AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, 4. Baskı, Beta Yayınevi

AYTEKİN İNCEOĞLU, **Asuman**, Bankacılık Kanunda Yer Alan Suçlar, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2006

BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008

BAYTEMİR Erdal, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçlar İle Banka Zimmeti, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011

BEKRİ, Nedim, Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007

BULUTOĞLU, Kenan, Emniyeti Suistimal Cürümleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1955

CAN, Esra Gül, Dolandırıcılık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ÇÜSBE, Ankara, 2014

CANPOLAT, Can, 5237 Sayılı TCK da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2009

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010

CÜSTAN, Semray, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yer Alan Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Düzeltilmiş Yüksek Lisans Tezi, İSBE, İstanbul, 2006

DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala karşı Cürümler, Beta Yayınevi, 17. Bası, İstanbul, 2004

DURSUN, Selman, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006

EKDEMİR, İbrahim, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Diğer İlgili Kanunlar, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2005

EREM, Faruk Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Kitabevi, 3. Baskı Ankara, 1985

EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014

ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 10. Baskı, İzmir, 2012

ESEN, Sinan, Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007

GEMALMAZ, Haydar Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Doktora Tezi, İstanbul, 2008

GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989

GÜNAY, Erhan, Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006

GÜNDEL, Ahmet, 5237 Sayılı TCK'da Zimmet Sahtecilik Dolandırıcılık Yağma Hırsızlık Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2009

GÜRSES, Davut, Bankacılık Kanununa Göre Zimmet Suçu, Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2009

HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2013

İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimai, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972

İNAN, Mehmet, Emniyeti Suistimal ve Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması Suçları, Yüksek Lisans Tezi, İSBE, İstanbul, 1988

KAYA, Mehmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ÇÜSBE, Ankara, 2016

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7.Baskı, Ankara, 2014

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2, Baskı, Ankara, 2015

KOCA, Mahmut, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, Sayı.5, Kazancı Hukuk Dergisi, Kazancı Yayınları 2005

KÖSE, Hamid, Emniyeti Suistimal(Güveni Kötüye Kullanma) Suçu, Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2009

KUNTER, Nurullah, Suçun Kanuni unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Üçüncü Cilt, Sözkese Matbaacılık, Ankara

MENEKŞE, Ömer, XVII ve XIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998

MERAKLI, Serkan, DEÜHFD, 2009,Güveni Kötüye Kullanma Suçu madde 155

MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları İle Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008

MERAN, Necati, Zimmet Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008

OĞUZMAN, Kemal, SELİCİ Özer, ÖZDEMİR-OKTAY Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009

OĞUZMAN, Kemal, SELİCİ Özer, ÖZDEMİR-OKTAY Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006

OKUYUCU ERGÜN, Güneş, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008

ÖNDER Ayhan Şahıslara Ve Mallara Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994

ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker,Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2013

ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Ceza Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012

ÖZCAN, Nisa Dolandırıcılık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ÇÜSBE, Ankara, 2012

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010

ÖZGENÇ, İzzet, Zimmet Suçu, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2012

ÖZGENÇ İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002

ÖZKAN, Halid, Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013

PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008

POLAT, Halil, Cumhuriyet Savcısının El Kitabı, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016

RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013

SARSIKOĞLU, Şenel, Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014

SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2014

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2012

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2012

ŞENSOY, Naci, Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, Nezir Akbasan Matbaası, İstanbul, 1956

TANÖR, Bülent, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, 13. Baskı, İstanbul, 2005

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, 2014

TURABİ, Selami, Zimmet Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012

TOPSAKAL, Gültekin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ÇÜSBE, Ankara, 2013

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Kişilere Karşı Suçlar, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013

TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970

TOROSLU Nevzat, FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012

UYAP(Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi) Programı

ÜÇOK Coşkun, MUMCU Ahmet, BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010

ÜNAL Mehmet, BAŞPINAR Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.440

YALVAÇ, Gürsel, Ceza Ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, Adalet Yayınevi, Ankara,2015

YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara,2014

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013

YENİSEY, Feridun, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2007

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara ,2005

YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015

ÖZ GEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : Dikmener, Harun Raşit
Uyruğu : T.C.
Doğum Tarihi Ve Yeri :18.07.1992 Karapınar-Konya
Medeni Hali : Evli
Telefon Numarası : 0543 956 72 19
e posta : harunrasitdikmener@hotmail.com

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Yılı
Lisans	Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi	2013
Lise	Niğde Anadolu Öğretmen Lisesi	2009

İŞ DENEYİMİ

Yıl	Yer	Pozisyon
2012-2014	Sağlık Bakanlığı	Şoför
2014-2016	Adalet Bakanlığı	Hakim Adayı
2016-Halen	Baykan Adliyesi	Hakim