T.C.

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA KANUNU'NDA GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

DOKTORA TEZİ

Çağatay ÇINAR

Tez Danışmanı: Prof. Dr. ÜMİT KOCASAKAL

EKİM 2019

T.C.

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA KANUNU'NDA GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

DOKTORA TEZİ

Çağatay ÇINAR

Tez Danışmanı: Prof. Dr. ÜMİT KOCASAKAL

EKİM 2019

ÖNSÖZ

"Nihil honestum esse potest, quod justitia vacat." (Adaletin olmadığı yerde, hiçbir şeyin onuru yoktur.) **Marcus Tullius Cicero**

Bu tezi hazırlamamda bana hem manevi destek olan hem de İngilizce çevirilerde yardım eden İngilizce okutmanı eşim Yeşim Deniz Çınar'a; yardımlarını esirgemeyen tez danışmanlarım Prof. Dr. Ümit Kocasakal ile Doç. Dr. Pınar Memiş Kartal hocama ve tez izleme komitesi üyesi Prof Dr.Serap Keskin Kiziroğlu hocama manevi desteklerini esirgemeyen anne, babama ve kardeşime, ticaret hukukuna ilişkin kaynaklara erişmemi sağlayan Prof. Dr. Güzin Üçışık hocama ve Dr. Sami Özgür Memişoğlu'na, Almanya'da özellikle bu suçla ilgili olarak yaptığı önemli çalışmalarıyla tanınan ve kitabını gönderen Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann'a ve Doç. Dr. Sinan Bayındır hocama, Almanca çevirileri yapan Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi fark dersi öğrencisi Yıldız Kurt'a, İtalyanca çeviriler için ise Doç.Dr. Betül Parlak'a teşekkürü bir borç bilirim.

Bu tezi kızım Oya Şebnem Çınar'a ithaf ediyorum.

Çağatay Çınar
İstanbul-2019

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ ..... **İİ**
İÇİNDEKİLER ..... **İİİ**
KISALTMALAR ..... **Xİ**
RESUME ..... **XV**
ABSTRACT ..... **XXİİ**
ÖZET ..... **XXİX**
GİRİŞ **1**

§ BİRİNCİ BÖLÜM
GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE BAZI ÜLKELERDE DÜZENLENME BİÇİMİ

I- GENEL BİLGİ **6**

II- SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ **6**
1) Roma Hukukunda 6
2) Batı Hukukunda 10
3) İslam Hukukunda 11
4) Türk Hukukunda 15
A) Osmanlı Devleti'nde 15
B) Türkiye Cumhuriyeti'nde 19

II- SUÇUN BAZI ÜLKELERDE DÜZENLENME BİÇİMİ **23**
1) Almanya 23
2) Avusturya 31
3) İtalya 35
4) İngiltere 37
5) İsviçre 43
6) Norveç 44
7) İspanya 46
8) Fransa 51

§ İKİNCİ BÖLÜM
GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN TCK'DAKİ VE ÖZEL KANUNLARDAKİ BENZER SUÇLARDAN AYRIMI

I- GENEL BİLGİ 57

II- TCK'DAKİ BENZER SUÇLARDAN AYRIMI 59

1) Hırsızlık Suçundan Ayrımı (TCK m. 141) 59
2) Mala Zarar Verme Suçundan Ayrımı (TCK m. 151) 67
3) Dolandırıcılık Suçundan Ayrımı (TCK m. 157) 70
4) Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması Suçundan Ayrımı (TCK m. 209) 81
5) Bedelsiz Kalmış Senedi Kullanma Suçundan Ayrımı (TCK m. 156) 86
6) Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçirilmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçundan Ayrımı (TCK m. 160) 88
7) Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçundan Ayrımı (TCK m.289) 91
8) Zimmet Suçundan Ayrımı (TCK m. 247) 94

III- ÖZEL KANUNLARDAKİ BENZER SUÇLARDAN AYRIMI 104

1) Yaptırım Yönünden TCK'nın 155.Maddesine Bağlanan Özel Kanunlardaki Suçlardan Ayrımı 104
A) Sermaye Piyasası Kanunu'nda Öngörülen Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Bu Suçtan Ayrımı (Ser.PK m. 110/1) 104
a. Genel Bilgi 104
b. Suçla Korunan Hukuki Değer 107
c. Suçun Maddi Unsuru 108
ca. Suçun Maddi Konusu 108
cb. Suçun Faili ve Mağduru 111
cc. Suça Konu Fiil 117
cca. Hareket 117
ccaa. Sermaye Piyasası Araçlarını, Nakit ve Diğer Her Türlü Kıymeti Satmak, Kullanmak, Rehnetmek, Gizlemek, İnkâr etmek (Ser.PK m. 110/1-a) 117

ccab. Halka Açık Ortaklıklarda, Kolektif Yatırım Kuruluşları ile Bunların İştirak ve Bağlı Ortaklıklarında Örtülü Kazanç Aktarımında Bulunma (Ser.PK m. 110/1-b ve c) 117
ccb. Netice 128
d. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru 129
e. Suçun Manevi Unsuru 139
f. Suçun Özel Görünüş Şekilleri 148
g. Suçun Yaptırımı, Suçta Etkin Pişmanlık ve Uygulanacak Usul Hükümleri 157
h. Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Diğer Bazı Tartışmalı Haller 162
B) Dernekler Kanunu'nda Öngörülen Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Bu Suçtan Ayrımı (Der.K. m.32-f) 165
a. Genel Bilgi 165
b. Suçla Korunan Hukuki Değer 167
c. Suçun Maddi Unsuru 167
ca. Suçun Maddi Konusu 167
cb. Suçun Faili ve Mağduru 173
cc. Suça Konu Fiil 175
cca. Hareket 175
ccb. Netice 176
d. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru 176
e. Suçun Manevi Unsuru 176
f. Suçun Özel Görünüş Şekilleri 176
g. Suçun Yaptırımı ve Usul Hükümleri 178
2) Özel Kanunlardaki Diğer Benzer Suçlardan Ayrımı 179
A) Türk Ticaret Kanunu'ndaki Anonim Şirkete Borçlanma Yasaklarının İhlali Suçundan Ayrımı (TTK m. 358, m. 395/2, m. 562/5-b, c) 179
B) Bankacılık Kanunu'ndaki Zimmet Suçundan Ayrımı (Bank.K. m. 160) 185
C) Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'ndaki Zimmet Suçundan Ayrımı (TCMB K. m. 68/II-b) 193
D) Sigortacılık Kanunu'ndaki Zimmet ve Aktif İşlem Yasağını İhlal Suçlarından Ayrımı (Sig.K m. 19, m. 35/3- 4, m. 35/17) 200
da. Sigortacılık Kanunu'ndaki Zimmet Suçu (Sig.K. m. 35/3- 4) 200

db. Sigortacılık Kanunu'ndaki Aktif Azaltıcı İşlem Yasağını İhlal Suçu (Sig.K m. 19 ve m. 35/17*)* 206
E) Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'ndaki Zimmet Suçundan Ayrımı (BETYSK m. 23/2) 204
F) Askeri Ceza Kanunu'ndaki Zimmet, İhtilaslı Zimmet, Askeri Eşyayı Rehne Verme, Gizleme ve Askeri Eşyayı Özel Menfaatine Kullanma Suçlarından Ayrımı (As.CK m. 130, 131) 216

§ ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TCK'DAKİ GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI

I- GENEL BİLGİ 226

II- SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER 227
1) Genel Tanım 227
2) Korunan Hukuki Değere İlişkin Görüşler 228
A) Hukuki Değerin Mülkiyet Hakkı Olduğunu Savunan Görüş 228
B) Hukuki Değerin Zilyetlik Olduğunu Savunan Görüş 231
C) Hukuki Değerin Mülkiyet Yanında Alacak Hakkı Olduğunu Savunan Görüş 232
D) Hukuki Değerin Mülkiyet ve Zilyetlikle Birlikte Güven İlişkisi Olduğunu Savunan Görüş 233
E) Hukuki Değerin Yalnızca Mülkiyet Hakkı ve Zilyetlikten İbaret Olduğunu Savunan Görüş 233
3) Korunan Hukuki Değere İlişkin Kanaatimiz 234

III- SUÇUN MADDİ UNSURU 236
1) Suçun Maddi Konusu 236
A) Genel Tanım 236
B) Mal ve Eşya Kavramı, Suça Konu Olabilecek Eşyalar 237
a. Mal ve Eşya Kavramı, Malvarlığı Kavramından Farklılıkları 237
b. Suça Konu Olabilecek Eşyalar 243
ba. Taşınır Eşyalar 243
baa. Genel Tanım 243

bab. Uçak, Gemi, Otomobil vs. Araçlar 243
bac. Hayvanlar 245
bad. Su, Gaz, Enerji Üretiminde Kullanılan Maddeler 245
bae. İnsan Vücudu ve Organları 247
baf. Senet ve Kıymetli Evraklar 252
bag. Fikri ve Sınai Haklar 253
bb. Misli Eşyalar 255
bc. Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmiş Eşyaların Durumu 257
bd. Taşınmaz Malların Durumu 261
be. Eklenti veya Bütünleyici Parça Niteliğindeki Eşyalar 263
bf. Diğer Bazı Özel Durumlar 266
C) Eşyanın Sözleşme ile Yalnızca Zilyetliğinin Devredilmesi 270
a. Eşyanın Zilyetliği 270
aa. Zilyetlik Kavramı ve Mülkiyetten Farkı 270
ab. Güveni Kötüye Kullanma Suçu Açısından Önemli Zilyetlik Türleri 272
aba. Tek Başına Zilyet, Müşterek Zilyet, İştirak Halinde Zilyet 272
abb. Doğrudan Zilyet-Dolaylı Zilyet 273
abc. Asli Zilyet- Fer'î Zilyet 273
abd. Kendisi İçin Zilyet- Başkası İçin Zilyet 276
abe. Zilyet ve Zilyet Yardımcısı 279
ac. Yalnızca Zilyetliğin Devredilmesi ve Eşyanın Teslimi 281
b. Zilyetlik Devrinin Malı Muhafaza ve Belirli Şekilde Kullanma Amacı Taşıyan Geçerli Bir Sözleşme İlişkisine Dayanması 289
ba. Sözleşmenin Tanımı 289
bb. Zilyetlik Devri İçin Sözleşme İlişkisi Zorunluluğu 291
bc. Sözleşmenin Malı Muhafaza Etmek, Belirli Şekilde Kullanmak Üzere Yapılması Zorunluluğu 294
bd. Çeşitli Sözleşme Türlerinin ve Hukuki İşlemlerin Devir Açısından Değerlendirilmesi 294
bda. Tüketim Ödüncü (Karz) Sözleşmesi 295
bdb. Satış Sözleşmeleri ve Mülkiyeti Muhafaza Kayıtlı Satış Sözleşmeleri 297
bdc. Satış Vaadi Sözleşmeleri 300
bdd. Taşınır Rehni 300

bde. Vekâlet Sözleşmesi 301
bdf. Çeşitli Atipik Sözleşmeler 302
bdg. Muvazaalı İşlemler 307
bdh. İnançlı Temlikler 309
2) Suçun Faili ve Mağduru 313
A) Fail 313
B) Mağdur 320
3) Suça Konu Fiil 322
A) Hareket 323
a. Zilyetliğin Devri Amacı Dışında Tasarrufta Bulunma 325
aa. 765 sayılı TCK'da Yer Alan Örnek Tasarruf Şekilleri 326
aaa. Satma 326
aab. Rehnetme 328
aac. Kullanma ve Tüketme 331
aad. Değiştirme, Dönüştürme 332
bb. Suça Konu Olabilecek Diğer Bazı Tasarruf Halleri 333
bba. Salt Kullanma 333
bbb. Bağışlama 337
bbc. Kullanım Ödüncü (Ariyet) 339
bbd. Diğer Bazı Örnek Haller 339
b. Devir Olgusunu İnkâr Etme 345
B) Netice 349
C) Nedensellik Bağı 355
4) Suçta Cezayı Ağırlaştıran Nitelikli Haller 356
A) Faile Meslek ve Sanat veya Ticaret veya Hizmet İlişkinin Gereği Olarak Malın Tevdi ve Teslim Edilmiş Olması 359
a. Ticaret İlişkisinin Gereği Olarak Malın Teslim Edilmiş Olması 359
b. Meslek ve Sanat İlişkisinin Gereği Olarak Malın Teslim Edilmiş Olması 363
c. Hizmet İlişkisinin Gereği Olarak Malın Teslim Edilmiş Olması 370
B) Failin Hangi Nedenden Olursa Olsun Bir Gerçek veya Tüzel Kişinin Mallarını İdare Etmesi 375

IV- SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU 383
1) Tanımı 383
2) Hukuka Uygunluk Halleri 385

A) Kanun Hükmünü Yerine Getirme 385
B) Hakkın Kullanılması 385
C) İlgilinin Rızası 390
D) Meşru Savunma 394
3) Kusurluluğu Etkileyen Haller 395

V- SUÇUN MANEVİ UNSURU 398
1) Suçun Kasten İşlenmesi Zorunluluğu 398
2) Suçta, Failin Kendisinin veya Başkasının Yararına Hareket Etme Zorunluluğu 400
3) Suçun Olası Kastla İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu 410

§ DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIMI VE USUL HÜKÜMLERİ

I- GENEL BİLGİ 413

II- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ 413
1) Teşebbüs 413
2) İçtima 416
A) Zincirleme Suç 417
B) Fikri İçtima 419
C) Görünüşte İçtima 421
D) Gerçek İçtima 427
3) İştirak 434

III- SUÇTA CEZAYI KALDIRAN VEYA İNDİRİM YAPILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEPLER VE ETKİN PİŞMANLIK 442
1) Cezayı Kaldıran Şahsi Sebepler (TCK m. 167/1) 443
A) Ayrılık Kararı Verilmemiş Eşler Arasında Suçun İşlenmesi 443
B) Üst soy veya Altsoy ya da Bu Derecede Kayın Hısımlarından Biri veya Evlat Edinen ya da Evlatlık Arasında Suçun İşlenmesi 444
C) Aynı Konutta Beraber Yaşayan Kardeşler Arasında Suçun İşlenmesi 445

2) Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler (TCK m. 167/2) 446
A) Haklarında Ayrılık Kararı Verilmiş Eşler Arasında Suçun İşlenmesi 446
B) Aynı Konutta Beraber Yaşamayan Kardeşler Arasında Suçun İşlenmesi ... 447
C) Aynı Konutta Beraber Yaşamakta Olan Amca, Dayı, Hala, Teyze, Yeğen ya da İkinci Derecede Kayın Hısımları Arasında Suçun İşlenmesi 447
3) Etkin Pişmanlık (TCK m. 168) 448
A) Kovuşturma Başlamadan Önceki Etkin Pişmanlık Hali 449
B) Kovuşturma Esnasında Etkin Pişmanlık Hali 449
C) Kısmi Ödeme veya Tazmin ile Etkin Pişmanlıktan Yararlanma 450

IV- SUÇUN YAPTIRIMI VE USUL HÜKÜMLERİ 450
1) Soruşturma ve Kovuşturma 450
2) Yaptırım 456

SONUÇ 460
KAYNAKÇA 469
KAVRAM CETVELİ 513

KISALTMALAR

765 sayılı TCK. /ETCK.	**:** Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu
1810 tarihli Fr.CK.	**:** 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu
1889 tarihli İt.CK.	**:** 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu
1930 tarihli İt.CK/İt.CK.	**:** 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu
AGİ	**:** Asgari Geçim İndirimi
AKTG	**:** Deutsche Aktien Gesetz/Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Alman CK. /Stgb.	**:** Alman Ceza Kanunu
Al.Yrgt.(BGH.)	**:** Federal Yüksek Mahkeme (Almanya-Avusturya'da Yargıtay'ın eşdeğeri)
AMB	**:** Avrupa Merkez Bankası
Ar-Ge	**:** Araştırma- Geliştirme
As.CK.	**:** Askeri Ceza Kanunu
A.Ş.	**:** Anonim Şirket
Av.CK.	**:** Avusturya Ceza Kanunu
Bank.K.	**:** Bankacılık Kanunu
BDDK.	**:** Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurumu
BES.	**:** Bireysel Emeklilik Sistemi
BETYSK.	**:** Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu
BGB.	**:** Alman Medeni Kanunu

BGE.	: İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi (Tribunal federal (suisse); Bundesgerichtshof)
Bkz.	**:** Bakınız
CD.	**:** Ceza Dairesi (Yargıtay veya Bölge Adliye Mahkemesi)
CGK.	**:** Ceza Genel Kurulu (Yargıtay)
CGİK.	**:** 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun
CK.	**:** Ceza Kanunu
CMK.	**:** Ceza Muhakemesi Kanunu
Der.K	**:** 5253 sayılı Dernekler Kanunu
E.	**:** Esas
EPDK.	**:** Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu
Fr.CK .	**:** Fransız Ceza Kanunu
Fr. Yrgt. (Cass.Crim.)	**:** Fransız Yargıtay'ı Ceza Dairesi (Cour de Cassation, Chambre Criminelle)
FSEK.	**:** Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GMBH.	**:** Gesellschaften mit beschränkter Haftung- Limited Şirket (Almanca)
GmbHG.	**:** Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung- Alman Limited Şirketler Kanunu
HD.	**:** Hukuk Dairesi (Yargıtay veya Bölge Adliye Mahkemesi)
HGK.	**:** Hukuk Genel Kurulu
HSK.	**:** Hakimler ve Savcılar Kurulu

İİK.	**:** İcra İflas Kanunu
İsp.CK.	**:** İspanyol Ceza Kanunu
İs.CK.	**:** İsviçre Ceza Kanunu
K.	**:** Karar
KHK	**:** Kanun hükmünde kararname
Kn:§	**:** Kenar no (Randnummer Rn:§) (Ekitap versiyonlarını elde ettiğimiz bazı Alman ve Fransız kitaplarıyla makalelerinde sayfa numarası tam tespit edilemediğinden yararlandığımız alıntı yerlerini tam göstermek için ayrıca veya sayfa nosu ile birlikte kenar nolarına atıf yapılmıştır.)
KVK.	**:** Kurumlar Vergisi Kanunu
Ltd. Şti	**:** Limited Şirket (Türkçesi)
QB.	**:** Queens Bench Division (İngiliz Yüksek Mahkemesi' ndeki (High Court) çeşitli alt mahkemelerin temyiz mahkemesine gitmeyen veya temyiz mahkemesi öncesi (Court of Appeals) kararlarının istinaf veya temyiz incelemesinin yapıldığı kısım)
R.	**:** Regina (İngiliz Hukuku'nda davanın devletçe (kraliçe) adına açıldığını kamu davası niteliğine haiz olduğunu ifade eden terim)
T.	**:** Tarih/Karar Tarihi
m.	**:** Madde
s.	**:** Sayfa
Ser.PK.	**:** Sermaye Piyasası Kanunu
Sig.K.	**:** Sigortacılık Kanunu
SPK.	**:** Sermaye Piyasası Kurulu

TBB.	**:** Türkiye Barolar Birliği
TBK/BK.	**:** Türk Borçlar Kanunu
TCK/5237 sayılı TCK.	**:** 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TCMB.	**:** Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TCMB K.	**:** Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu
TMK.	**:** Türk Medeni Kanunu
TMSF.	**:** Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTK.	**:** Türk Ticaret Kanunu
USC.	**:** US Codes (ABD Federal Kanunlar Külliyatı)
v.	**:** versus (karşı)
vb.	**:** ve benzeri
vd.	**:** ve diğerleri
VUK.	**:** Vergi Usul Kanunu
vs.	**:** vesaire
yy.	**:** Yüzyıl

RESUME

Le délit d'abus de confiance est établi dans l'article 155 du Code pénal turc (CPT). Cet article correspond à l'article 508 du Code pénale turc numéro 765 qui fut abrogée. Dans le Code pénal turc abrogée ce délit était définit en tant que « délit d'abus de sécurité ». La sécurité (« Emniyet ») en langue arabe et l'ancienne langue turque signifie également la confiance.

Quant à la Constitution de la République de Turquie, le nom de ce délit est « abus de la croyance ». Le développement historique et sa situation du droit comparé du délit d'abus de confiance est traité dans la première partie de notre thèse. Ce délit fut traité dans le cadre du délit de « furtum » comprenant également les délits de vol et de fraude dans le droit romain et l'abus de confiance fut considéré dans le cadre de ce délit ou en tant qu'une partie du délit de vol jusqu'à la fin du 18ème siècle dans le Droit Occidental. Par la suite, il fut retiré d'une partie du délit de vol avec une loi publiée en 1781 en France. Il prendra pour la première fois le nom d'abus de confiance (Abus de Confiance) avec le Code pénal Français (article 403, article 407, article 408) publiée en 1810. Dans le cadre du droit islamique, bien que des versets et des hadiths concernant la prise de possession d'un dépôt se trouvent dans le Coran, les enquêtes que nous avons menées dans le droit islamique indiquent que cet acte n'est pas considéré comme un délit pénal, mais comme un délit qui exige une indemnisation dans le cadre du droit privé.

Parallèlement à cela, dans l'État Ottoman, l'abus de confiance a été règlementé pour la première fois en tant que délit en 1256 (1840) par le Code pénal. Toutefois, dans le Code pénal daté de 1256, les délits contre la propriété tels que le délit d'abus de confiance et de fraude ne sont pas mentionnés avec ses noms. Au lieu de cela, dans le premier et le deuxième article de la quatrième partie « le délit de viol de la propriété » est réglementé. Quant à dans le Code pénal daté de 1274 qui est ressemblant au Code pénal français datée de 1810, ce délit a été réglementé pour la première fois en tant que délit indépendant et est entré dans la loi turque. En 1926, dans le Code pénal turc numéro 765 abrogée, le délit d'abus de confiance a été une fois de plus réglementé sous le nom d'Abus de Sécurité (« Emniyeti Suiistimal »)

Cependant, dans le premier état de l'article, cet article fut traduit incorrectement dans l'article du Code pénal italien daté de 1889 qui fut ressemblé. Comme une disposition a été insérée dans la loi, des problèmes sont survenus dans la pratique. En 1933, différentes formes de dispositions ont été rajoutées à l'article avec les modifications faites et il a été prévu que le délit pouvait être traité avec ces formes de dispositions énumérés. Finalement, ce délit est devenu un délit avec acte dépendant mais en même temps un délit avec acte facultatif. Dans le Code pénal turc numéro 5237 entrée en vigueur en 2005, ce délit a été règlementé en tant que délit avec acte libre mais en même temps en tant que délit avec acte facultatif.

D'autre part, contrairement au Code pénal turc numéro 765 « l'utilisation abusive d'une signature signée » n'est pas une affirmation de l'abus de la confiance mais une infraction indépendante. Toutefois, ceci n'a pas été suffisant, ce délit fut supprimé des « délits contre les propriétés » et fut placé parmi les délits de falsification de document dans l'article 209 dans la partie « délits contre la sécurité publique ». Ainsi, sur la base de ce délit, dont la victime est un publique, il a également été révélé que l'acte commis concerne non pas seulement la protection de la valeur de la propriété de la personne, mais concerne également l'économie et les intérêts commerciaux de l'État.

Les valeurs juridiques préservées dans ce délit sont la relation de confiance, le droit de propriété et sa possession. Contrairement au délit de fraude en tant que matière de délit, chaque valeur de propriété ne peut pas faire l'objet du délit d'abus de confiance. En termes d'abus de confiance, les biens objets du délit devront posséder les caractéristiques suivantes :

- Le bien en question doit être adapté à l'établissement du droit de propriété et de possession conformément aux règles de droit. Il ne devrait pas y avoir de circonstances interdites à cet égard.
- Le bien doit posséder une certaine structure physique. En d'autres termes, il doit avoir une structure concrète et tangible.
- Le bien doit posséder une certaine valeur économique. Le bien peut posséder une valeur spirituelle supérieure à une valeur matérielle, mais dans ce cas, il doit avoir une valeur économique minimum.

Le droit de créance, de travail, les droits intellectuels et industriels ne peuvent faire l'objet de ce délit. Cependant, si des idées liées aux droits intellectuels et industriels sont enregistrés sur un disque ou un cahier, etc., ce disque ou cahier peut constituer un délit d'abus de confiance. Outre les biens mobiliers, les biens immobiliers, les énergies et les gaz détenus dans un entrepôt d'une certaine manière, les lettres de changes, les titres d'actions peuvent faire l'objet de ce délit. Les organes et les fluides corporels de la corp humaine ne feront pas l'objet matériel du délit d'abus de confiance. Il existe d'autres règlementations à cet égard. Et bien qu'il soit mis en avant dans la doctrine qu'il s'agit de règlement suffisant en majorité, nous ne sommes pas d'accord avec cette opinion. Selon nous, les organes et les fluides corporels détachés du corps humain, possédant une valeur matérielle déposée dans un établissement ou sous la protection d'une personne doivent être évalués en termes de droit pénal comme étant un bien.

D'autre part, il est nécessaire que le bien basé sur une relation contractuelle relatif à la manière d'utilisation ou relatif à une garantie soit donné au possesseur bénéficiaire de sa possession. Ici, la relation contractuelle doit être interprétée de manière à inclure des contrats administratifs dans un contenu non pas étroite mais large. Par ailleurs, il est également possible d'établir une relation contractuelle avec une décision judiciaire.

Il n'est pas non plus nécessaire d'une possession pour le possesseur qui acquit la possession. Un membre du Conseil d'Administration ou un avocat basé sur une relation de procuration peut être en position de possession pour quelqu'un d'autre et le fait que ces personnes épargnent avec non consensuelle sur les ressources et les biens fournis à eux-mêmes peut entrainer la cause de ce délit.

Ce délit est un délit particulier. Il est tenu que le bien soit livré avec consentement par le coupable au propriétaire. À cet égard, le délit est distingué du délit de fraude accompli avec la prise de l'objet en dehors de la volonté du propriétaire et avec fraude avec obtention de bénéfice et tricherie.

Dans ce cas, la victime est la propriétaire du bien mais si la délivrance a été faite au coupable avec un contrat non par le propriétaire mais par le possesseur du bien à ce moment, dans ce cas la victime du délit est cette personne.

En termes d'éléments matériels, pour la réalisation de ce délit, outre le but de cessation, l'épargne ou le déni de l'élément de cessation constituera le délit. En ce sens, le délit est un délit avec acte facultatif mais avec acte libre en même temps. En même temps, il s'agit juste d'un délit d'acte. Le délit est accompli avec la réalisation de l'acte. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire non plus qu'un préjudice survienne. Outre le but de cessation, il peut être commis avec de nombreux actes tels que : l'épargner, vendre le bien, le gager, le louer, l'utiliser, le consommer, le transformer en un autre bien, le faire don, même le détruire, le fragmenter en morceau. Ce qui est important ici, en termes d'éléments spirituels est que l'acte nié, l'épargne réalisée soit réalisé dans le but d'assurer un profit à soi-même ou à quelqu'un d'autre. En ce sens contrairement aux opinions de la doctrine, tel que l'a indiqué la Cour de Cassation, nous pensons que ce délit peut être commis avec une intention particulière. Selon notre conviction l'intérêt doit être un intérêt matériel.

L'acte commis dans ce délit doit être basé sur le consentement conforme du propriétaire, l'utilisation d'un droit mentionné dans la loi tel que par exemple l'utilisation du droit d'emprisonnement, la défense légitime font partis des raisons du respect de la loi.

Dans le cas de la réalisation du délit par le coupable sur un bien livré et confié conformément à une relation commerciale ou prestataire ou professionnelle et artistique ou dans le cas où le coupable pour quel motif que ce soit, dirige les biens de la personne physique ou morale, il sera question d'un état qualifié aggravant la peine mentionnée dans l'article 155/2 du Code pénal turc. Cependant, outre le Code pénal turc, il se trouve deux cas spécial obligatoire devant être traité dans l'article 110/1-a, b,c de la Loi sur les marchés de capitaux turc (LMCT) et l'article 32-f de la Loi sur les Associations turc (TLAT). Dans l'article in LMCT, pour les établissements d'investissements, les établissements de fonds et pour les responsables de garanties ; vendre, utiliser, gager, cacher ou nier pour l'intérêt de soi-même ou de quelqu'un les produits du Marché des Capitaux transmis ou confiés

physiquement ou avec enregistrement sous quel nom que ce soit ou en tant que garantie, ou pour gérer ou en tant que dépositaire en raison des activités du Marché des Capitaux (article 110/1-a de LMCT) ou réaliser le transfert de bénéfice masqué avec les partenariats publics et les institutions d'investissements collectifs et les partenaires filiales affiliés (article 110/1-b, c de LMCT) sont définis comme étant un état qualifié du délit d'abus de confiance. Dans ces cas, il est indiqué dans l'article qu'une condamnation pour état qualifié mentionné dans l'article 155/2 du Code pénal turc sera réalisée et la peine attribuée ne sera pas moins de trois ans.

En outre, l'article 32-f de TLAT stipule que la sanction du délit d'abus de confiance prévu par CPT est imposée au président et aux membres du conseil d'administration, aux vérificateurs et aux autres membres de l'association qui utilisent ou produisent ou promettent ou vendent, dissimulent, détruisent, refusent, falsifient ou modifient des biens, d'argent, de document ou d'autres propriétés d'association ayant une valeur monétaire pour leur propre bénéfice ou pour le bénéfice d'autrui.

En tant que forme spéciale du délit, comme ce délit est de nature particulière, autre la personne à qui le bien du délit a été livré avec son consentement ; brièvement le coupable acquérant la possession du bien et les contribuant peuvent être condamnés seulement en tant que personne aidante ou personne dirigeant l'acte. En raison du fait que ce délit ne soit seulement qu'un délit d'acte, si les actes d'exécution peuvent être divisés en morceaux, la tentative est possible. Parallèlement à cela, la Cour de Cassation est d'avis qu'il n'est pas possible de tentative dans le cas de déni de l'affaire de transfert. Si plus d'une épargne non consensuelle a été réalisé sur le bien livré dans ce délit, et comme ces épargnes aboutissent au même délit, le coupable sera condamné que pour un seul délit. Si selon le propriétaire, plusieurs biens ont été livrés dans le délit et s'ils ont été tous en même temps cédés, une fois de plus une condamnation sera faite que pour un seul délit. Toutefois la cession, petit à petit de ces biens sous la volonté de commettre un délit et s'il s'agit d'un état d'épargne non consensuelle, une condamnation est faite à partir des dispositions du délit enchainé mentionnées dans l'article 43/1 du Code pénal turc.

Le délit d'abus de confiance est étroitement lié à de nombreux délits. Ce délit est un délit particuliers mentionné dans la loi pénale turque basé sur le délit de

détournement mentionné dans le Code pénal turc (article 247 du CPT), le délit d'abus de l'utilisation de signature signée (article 209 du CPT), le délit d'utilisation du titre sans provision (article 156 du CPT). Le délit de détournement de fonds se distingue de ce délit en raison qu'il puisse être réalisé seulement par les agents fonctionnaires sur les biens livrés à ces personnes conformément à la loi ou à leur fonction. Quant au délit d'abus de l'utilisation de signature signé, il se distingué de ce délit dans le sens à savoir : remplir de manière contradictoire à la volonté de la victime une feuille seulement signé sachant qu'elle est livrée avec consentement. Quant au délit d'utilisation d'un titre sans provision, l'objet matériel du délit est le titre livré au coupable cependant même si la créance est réglée ; il s'agit du titre refuser d'être livré à la victime débitrice. En cas d'utilisation de ce titre, ce délit se réalise. À cet égard, le délit d'abus de confiance est séparé de ces délits.

Le délit d'abus de confiance se distingue du délit de vol (article 141 du CPT) en fonction de la nécessité de l'existence de la possession par la victime et la délivrance du bien au coupable, de la délivrance basée sur le consentement, sur la relation de sécurité et par ailleurs de la nécessité de la valeur juridique protégé. En termes de la réalisation des actes objet de l'épargne dans le but que le coupable assure un intérêt pour soi-même ou pour quelqu'un d'autre, il se distingue du délit de dégradation de bien (article 151 du CPT). La non-réalisation de la délivrance en raison de conduire à l'erreur la volonté de la partie adverse et en raison de le tromper et si la valeur de chaque propriété ne fait pas l'objet de ce délit mais s'il est dans le sens où certaines personnes commettent ce délit, il se distingue du délit de fraude (article 157 du CPT).

Quant à dans les lois particulières, les délits violents de détournement de fonds et de détournement de fonds du Code pénal militaire turc (Article 130 et 131) et de détournement de fonds de la Loi bancaires turc (article 160) qui sont des types particuliers sont les délits les plus connus. Cependant c'est une grande erreur de croire qu'il n'existe pas d'autres types de ce délit dans les lois particulières. Dans le Code de commerce turc (CCT), le délit de violation des interdictions d'emprunter auprès des sociétés anonymes (article 358, article 395/2, article 562/5-b, c du CCT), le délit de détournement de fonds dans le Code des assurances turc (CDAT) (article 35/3-4 du CDA), « le délit de violation de la loi de réalisation d'opérations de

réduction de l’actif » qui se trouve dans la même loi (article 19 et 35/17 du CDAT), le délit de détournement de fonds dans le Code de la Banque Centrale Turque (Article 68/II-b du CBCT), le délit de détournement de fonds dans la Loi sur le Système d'Epargne et d'Investissement des Pensions individuelles (Article 23/2 de LSEIPI) sont les différents types particuliers de ce délit.

ABSTRACT

The abuse of trust[1] offense is arranged in the Turkish Penal Code (TPC) article 155. This article corresponds to abrogated article 508 in TPC no.765. In the abrogated TPC, this crime was called as “abuse of security” (emniyeti suistimal) as an Arabic counterpart. In old turkish language and arabic language “security” (emniyet) also means “confidence or trust”. In the Turkish Constitution, the name of this offense is known as abuse of faith (İnancın kötüye kullanılması).

In the first part of the thesis, historical development and the situation in comparative law of this offence are discussed. This offense, theft and fraud offenses were dealt with under the name of “furtum offense” in Roman Law. With the influence of this ancient law, until the end of 18th century, abuse of trust was considered as part of this offense or as part of theft offense in Western Law. It was later removed from being a part of theft offense by a Penal Code dated 1781 which was promulgated in France for the first time. Also, it was first named as “Abus de Confiance” (Abuse of Trust) with the French Penal Code issued in 1810 (Art. 406, Art. 407, Art. 408). In the context of Islamic Law, although there are verses and hadiths regarding the possession of the deposit in the Qur'an, the investigations we conducted in the Islamic Law indicate that this act is not regarded as a criminal offense but as a tort which requires compensation in the context of private law.

However, for the first time in the Ottoman Empire, the abuse of trust was regulated by the Penal Code dated 1256 (in modern calendar year: 1840) as a crime. However, in the Criminal Code dated 1256, offenses against property such as abuse of trust and fraud are not mentioned by its name. Instead of this in the first and second article of forth part “Violation of Property” was arranged. In the Penal Code

[1] The term “breach of trust”, can also be used in many sources for definition. (see. **Bryen A. GARNER**, Black’s Law Dictionary, West Publishing, 9th edition, (2009), page 214) Also the term “abuse of confidence” which takes its origins from its French naming: “abus de confiance”, can be used in some sources for definition of this offense. In English, confidence and trust are different words in meanings. Confidence means “the feeling of being sure or the fact of being secret”. Trust means “to take something without looking to see if it is all right or a legal arrangement to pass valuables, money to someone to look after or a company which manages money for its clients” (see. **Peter H. COLLIN**, Easier English Student Dictionary Bloomsberry Publishing, (2003), page 163, 930) So, we will have confidence in a person that he won't betray us if we trust him or/and if we control him. Unlike French, because of this difference in English, we choose the term “abuse of trust” to refer to that offense.

(Ceza Kanunname-i Hümayunu) dated 1274 (1858), which is an equivocal of French Penal Code dated 1810, this crime was organized as an independent crime for the first time and entered Turkish law. In 1926, in the abrogated TPC no. 765 which was adapted from Italian Penal Code dated 1886; abuse of trust offense was again arranged under the name of "Abuse of security". In Italian Penal Code dated 1889, there was not any restriction to acts needed for the commission of this offense, but in the first form of article 508 in abrogated TPC, due to incomplete translation, there were problems in the application. The courts could not apply this article properly.

In 1933, with the amendment, restricted but optional forms of acts were placed on the article; so, the offense could only be done with these acts. In the TPC no.5237, which entered into force in 2005, optional forms of acts were indicated but there was not any restriction to acts needed for the commission of this offense.

On the other hand, unlike abrogated TPC, the "misuse of an open signature" is not arranged a part of this offense, it was arranged as an independent offense. However, lawmaker did not satisfy with this, misuse of an open signature offense was also excluded from "offenses against property" was put in Article 209. This offense is one of among forgery offenses in "Offenses against public trust" part of TPC. Thus, law makers demonstrated that unlike abuse of trust, legally protected interest of this offense is not the preservation of the property or possession or one person’s trust. Legally protected interest of this offense is the economic and commercial interests of the state.

In abuse of trust, trust arising from the contract between victim and offender, property rights and possession are legally protected interest. Unlike fraudulent crime as a material matter of crime, every property value cannot be a matter of crime of abuse of trust. In terms of crime of abuse of trust, the related subject matter must have the following characteristics:

- The property must be suitable for the establishment of the right of ownership and possession according to the law of property. There should be no prohibited circumstance in this matter.
- The property should have a certain physical structure. In other words, it must have a concrete and tangible structure.

• The property must have a certain economic value, it may have more spiritual value than the material value, but in this case, it must have an economic value at least.

The right to claim, labor, intellectual and industrial rights cannot be the subject of this crime. However, if ideas related to intellectual and industrial rights are registered on a disc or notebook, etc., this disc or notebook may constitute an abuse of trust. Movables, immovables, gas and energy held in a certain depot, exchange notes, stocks may be the subject of this crime. Although it is often put forward in the doctrine that human organs and body fluids are other arrangements in this matter that cannot be the material matter of the abuse of trust offense and that there are other regulations relating to them, we do not agree with this view.

According to us, an organ or body separated from the human body or body fluids possessing the material value left to protect, should also be assessed in the context of Criminal Law as a “property”.

On the other hand, the delivery of the property is required, based on a contract or a contractual agreement to use it in a certain way. Here, the contract should be interpreted in such a way as to include administrative contracts in a broader scope, not a narrower one. It is also possible to establish a contractual relationship by court decision.

To become an offender in abuse of trust, there is also no need for the possessor of property in his own name. A lawyer based on a proxy relationship or a member of the board of directors of a company are the possessor on behalf of someone else, the non-consenting acts on the goods and resources delivered to them may cause this crime to occur.

This crime is specific crime. Offender must be derivative possessor or possessor on behalf of another person, the goods must deliver to him by a legal contract between offender and victim without fraud. Thus, if the offender must be obliged to protect delivered goods or use delivered goods in certain way, when the offender abuses its power, this crime occurs. In this respect, this crime is separated

from the fraud offense, which is obtained goods in a fraudulent way and theft, which is completed by the receipt of the property without the proprietor's consent.

Normally the victim of this offense is the owner of the property. If the goods are delivered to offender by possessor, in this case, the possessor is the victim.

To constitute this crime, a crime shall be committed with using or benefitting the goods against the purpose of transferring, or the denial of the transferring of the property. In this respect, this offense is a crime committed with optional forms of acts but also a crime committed with nonrestrictive forms of acts. At the same time, it is just a movement crime. Crime is accomplished by making the act. It is also not necessary that a result (loss) occurs. Except for the purpose of transferring, it can be carried out with many movements such as selling, redeeming, renting, using, consuming, converting to another material, forgiving or even destroying the goods. The important thing is here, the illegal acts must be done intentionally to provide benefits to author or others. In this respect, contrary to some views of the doctrine, according to the opinion of the Supreme Court, special intent is necessary for the commission of this crime. The author must commit this offense, to provide a benefit himself or a third party, this is the special intent. According to our opinion, this benefit must be material.

On the other hand, the action taken in this offense must not be based on a reasonable reliance on the proprietor's consent or the use of a right granted in its law such as right to retention or legitimate defense. These are the conditions of compliance with laws.

This offense has some aggravating circumstances that are shown in Article 155/2 of TPC. stipulates that aggravating circumstances shall be applied where the offence is committed in relation to property, which was submitted and delivered as a requirement to confer authority to administer such property, and this authority is derived from a professional, trade, commercial, or service relationship or any other reason.

On the other hand, apart from TPC, there are two other aggravating circumstances, that must be considered in Turkish Capital Market Law (TCML. article 110/1-a, b, c) and Turkish Law on Associations (TLA. article 32-f). In Capital Market Law; fund board members and workers in housing and asset finance funds, in capital market investment firm or issuers in mortgage-backed and asset-backed securities could be an author of special kind of abuse of trust offense that was indicated in article 110/1-a, if they sell, use, pledge, hide or disown, capital market instruments, cash and all kinds of other assets delivered or submitted in a dematerialized form or physically to the investment firm, the board of fund under this law and the guarantee monitors under this law by investors due to their capital market activities or as depository or for managing or as a guarantee or regardless of the name for personal or one's interest. (TCML article 110/1-a) The managers in publicly-held corporations and collective investment firms are also responsible to transfer illegally disguised earnings in publicly traded partnerships and collective investment establishments and their affiliates and subsidiaries (TCML article 110/1-b, c) In these cases, TCML stipulates that the penalty is imposed according to the second paragraph of Article 155 of TPC cannot be less than three years.

Also article 32-f in TLA stipulates that abuse of trust offence penalty in TPC is imposed to the chairman and members of the board of directors, or auditors and other personnel of the association who use or produce or pledge or sell, conceal, destroy, deny, falsify or modify a cash or a paper, bill or other properties with monetary value for their own benefit or for the benefit of others.

This offense is a specific offense. The author of this offense is only derivative possessor or possessor on behalf of another person so only the person possessing the proscribed qualifications required for such offence may be defined as the offender. Other persons who are involved in the commission of this offence shall remain culpable for only incitement or assistance. (TPC article 40/2) Criminal attempt to this offense is possible. The Supreme Court, however, does not believe that it is possible to attempt to the denial of the transferring of the property in this offense. If more than one acts such as modify the goods and then sell the same goods without the owner's consent are made on the same goods delivered in this offence, these acts will result in the same crime so the offender shall be punished only for one abuse of trust offense.

If more than one property is delivered on the offense and all of them have been removed altogether, the offender shall be punished only for one offense. However, in case of commission of the abuse of trust offense against a person more than once at successive intervals, the offender is imposed a punishment. However, this punishment may be increased from one-fourth to three-fourth. (TPC article 43/1)

The crime of abuse of trust is closely related to many offenses in TPC. The embezzlement offense (TPC article 247), misuse of an open signature (TPC article 209), and using a bond without value (TCK article 156) are special types of abuse of trust offense in the TPC. The embezzlement is separated from this offense by the only because public officials can commit embezzlement offense and the goods must be delivered to the public officials for his duty or laws lay a burden on public official for a kind of responsibility to protect a good.

Abuse of trust offense is separated from misuse of an open signature offense because only a paper that carries a signature of the victim is the subject of offence in article 209. Also, to constitute this offense, article 209 stipulates that this paper that carry only a signature with some other information must be filled by the offender in contrary to the will of the victim and his transfer contract to the offender. Abuse of trust offense is separated from using a bond without value. In this offence a bond is the subject of this offense and must be carried no value because of the payment of debtor also this bond must be used by offender to constitute this offense.

Abuse of trust is separated from theft offense (TPC Article 141) because unlike theft the protected legal value in abuse of trust is also a trust relationship and it is necessary deliver or transfer the goods to the offender with the victim's consent also offender must take the possession of delivered goods. In theft unlike this offense, the goods were taken from victim's possession by the offender without the consent of the victim. This offense is also separated from damage to property (TPC article 151) because in abuse of trust the offender made illegal acts for the benefit of himself or another. Unlike fraud in abuse of trust, the victim transfers the possession of goods without any deceptive influence, on the other hand limited kinds of goods can be a subject of abuse of trust. Moreover, fraud is a damage crime (result crime), article 157 stipulates that loss must be occurred for completion of fraud.

In special laws, there are special kinds of embezzlement and qualified embezzlement offenses in Turkish Banking Law (article 160) and Turkish Military Penal Code (article 130,131) These are most known offenses similar to abuse of trust offense. However, it is a big mistake to think that there were no any other similar types of offenses that are shown in any other special laws. In Turkish Commercial Code (TCC), violation of the prohibition of borrowing debt to joint stock corporations (TCC article 358, article 395/2, article 562/5-b, c); in Turkish Insurance Law (TIL), embezzlement and qualified embezzlement (TIL article 35-3,4) and violation of the prohibition of asset reducing transactions (TIL article 19 and 35/17), embezzlement in Turkish Central Bank Law (TCBL article 68/II-b), embezzlement in The Individual Pension Savings and Investment System Law (IPSISL article 23/2) are another special kind of offenses.

ÖZET

Güveni kötüye kullanma suçu, TCK m. 155'te düzenlenmiştir. Bu madde mülga 765 sayılı TCK'da 508. maddeye karşılık gelmektedir. Mülga TCK'da bu suç Arapça karşılığı olarak *emniyeti suiistimal suçu* olarak adlandırılmaktaydı. TC. Anayasasında ise bu suçun adı *inancı kötüye kullanma*dır. Tezimizin ilk bölümünde güveni kötüye kullanma suçunun, tarihsel gelişimi ve karşılaştırmalı hukuktaki durumu ele alınmıştır. Bu suç, Roma Hukuku'nda hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarını da içeren furtum suçu kapsamında ele alınmış ve Batı Hukuku'nda 18. yy. sonuna kadar bu suç kapsamında veya hırsızlık suçunun bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Sonrasında ise ilk kez Fransa'da 1781 yılında yayınlanan bir kanunla hırsızlık suçunun bir parçası olmaktan çıkarılmıştır. 1810 yılında çıkarılan Fransız Ceza Kanunu (m. 406, m. 407, m. 408) ile ilk kez güveni kötüye kullanma suçu (Abus de Confiance) adını almıştır. İslam Hukuku bağlamında her ne kadar Kuran-ı Kerim'de emanete sahip çıkılmasına dair ayetler ve hadislere bulunsada, İslam Hukuku'nda yaptığımız araştırmalar bu fiilin cezai mahiyette bir suç olarak değil, özel hukuk bağlamında tazminat gerektiren bir haksız fiil olarak değerlendirildiği yönündedir.

Bununla birlikte Osmanlı Devleti'nde güveni kötüye kullanma ilk kez suç olarak 1256 (1840) tarihli Ceza Kanunnamesi ile düzenlenmiştir. Ancak 1256 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde güveni kötüye kullanma suçu ve dolandırıcılık suçu gibi malvarlığına karşı suçlar da ismen geçmemektedir. Bunun yerine dördüncü bölümün bir ve ikinci maddesinde "Mülkiyete Tecavüz Suçu" düzenlenmektedir. 1810 tarihli Fr. CK'nın iktibası olan 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda ise bu suç ilk kez bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş ve Türk hukukuna girmiştir. 1926 yılında ise mülga 765 sayılı TCK'da yine Emniyeti Suiistimal adı altında güveni kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir. Ancak maddenin ilk halinde bu kanunun iktibas yapıldığı 1889 tarihli İt.CK'daki madde de eksik tercüme yapılıp hüküm konulduğu için uygulamada sorunlar çıkmıştır. 1933 yılında ise yapılan değişiklikle çeşitli tasarruf şekilleri maddeye konulmuş ve suçun bu sayılan tasarruf şekilleri ile işlenebileceği öngörülmüştür. Neticede bu suç bağlı hareketli ama aynı zamanda seçimlik hareketli suç haline gelmiştir. 2005'de yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da ise bu suç serbest hareketli ama aynı zamanda seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir.

Öte yandan 765 sayılı TCK'nın aksine "açığa atılan imzanın kötüye kullanılması" suçu bir güveni kötüye kullanma suçunun çeşidi olarak değil, bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bununla da yetinilmemiş bu suç "malvarlığına karşı suçlar" içinden çıkarılıp "Kamu Güvenine Karşı Suçlar" bölümünde 209. maddede evrakta sahtecilik suçları arasına yerleştirilmiştir. Böylece bu suçun esasında mağdurunun kamu olduğu yapılan hareketin sadece bir kimsenin malvarlığı değerlerinin korunmasını değil, devletin ekonomik ve ticari menfaatlerini de ilgilendirdiği ortaya konmuştur.

Bu suçta güven ilişkisi, mülkiyet hakkı ve zilyetliği korunan hukuki değerlerdir. Suçun maddi konusu olarak dolandırıcılık suçunun aksine, her malvarlığı değeri güveni kötüye kullanma suçunun konusu olamaz. Güveni kötüye kullanma suçu açısından, suça konu eşyalar kanımızca şu özelliklere sahip olmalıdır:

- Söz konusu eşya hukuku kurallarına göre üzerinde mülkiyet ve zilyetlik hakkının kurulmasına elverişli olmalıdır. Bu konuda yasalarca yasaklanmış bir durum söz konusu olmamalıdır.
- Eşyanın belli bir fiziki yapısı olmalıdır. Diğer deyişle somut ve elle tutulur bir yapısı olmalıdır.
- Eşyanın belli bir ekonomik değeri olmalıdır, eşya maddi değerinden çok daha fazla manevi değere sahip olabilir ancak bu halde de eşyanın azda olsa bir ekonomik değere haiz olması gerekir.

Alacak hakkı, işgücü, fikri ve sınai haklar bu suça konu olamazlar. Ancak fikri ve sınai haklara konu fikirler bir disk veya defter vs.ye kayıtlı ise bu disk veya defter, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabilir. Taşınırlar yanında taşınmazlar, belli şekilde bir depoda tutulan gaz ve enerji, kambiyo senetleri, hisse senetleri bu suça konu olabilir. İnsan vücudundaki organların ve vücut sıvılarının güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusu olamayacağı bu konuda başkaca düzenlemelerin olduğu ve bunların yeterli düzenlemeler olduğu doktrinde çoğunlukça ileri sürülse de bu görüşe katılmamaktayız. Bize göre insan vücudundan ayrılan bir kurum veya kişi korumasına bırakılan maddi değere haiz organ ve vücut sıvılarının eşya olarak Ceza Hukuku bağlamında değerlendirilmesi gerekir.

Diğer taraftan teminat veya belli bir şekilde kullanmaya dair bir sözleşme ilişkisine dayalı olarak eşyanın fer'i zilyet kılınan faile teslimi gerekmektedir. Burada

sözleşme ilişkisi dar değil geniş kapsamda idari sözleşmeleri içine alacak şekilde yorumlanmalıdır. Ayrıca mahkeme kararı ile de kanımızca sözleşme ilişkisinin kurulması mümkündür.

Zilyetliği devralan failin kendisi için zilyet olmasına da gerek bulunmamaktadır. Bir vekâlet ilişkisine dayanan avukat veyahut bir şirketin yönetim kurulu üyesi başkası için zilyet konumunda olup bu kişilerinde kendilerine teslim edilen eşya ve kaynaklar üzerinde rıza dışı tasarrufları da bu suçun oluşumuna sebebiyet verebilecektir.

Bu suç özgü suç niteliğindedir. Faile malik tarafından rıza ile eşyanın teslim edilmiş olması şarttır. Bu bakımdan bu suç, hile ile menfaatin elde edildiği dolandırıcılık ve maliki rızası dışında eşyanın alınması ile tamamlanan hırsızlık suçundan ayrılmaktadır.

Bu suçta mağduru eşyanın malikidir ancak faile sözleşme ile teslim malik tarafından değil eşyanın o sıradaki zilyedi tarafından yapılmış ise bu durumda suçun mağduru bu kimsedir.

Bu suçun oluşumu için maddi unsur açısından devir amacı dışında tasarrufta bulunma veya devir olgusunun inkârı ile suç oluşacaktır. Bu bakımdan suç seçimlik hareketli ama aynı zamanda serbest hareketli bir suçtur. Aynı zamanda neticesi harekete bitişik suç (sırf hareket suçu) tur. Hareketin yapılması ile suç tamamlanır. Ayrıca bir zararın oluşması şart değildir. Devir amacı dışında tasarrufta bulunma eşyanın satılması, rehnedilmesi, kiralanması, kullanılması, tüketilmesi, başka bir eşyaya dönüştürülmesi, bağışlanması hatta tahrip edilmesi, parçalara ayrılması gibi pek çok hareketle gerçekleştirilebilmektedir. Burada önemli olan manevi unsur açısından yapılan tasarrufun, inkâr hareketinin kendisine veya başkasına menfaat sağlamak amacıyla yapılmasıdır. Bu bakımdan doktrindeki aksi yönde görüşlerin aksine Yargıtay'ında belirtiği şekilde bu suçun özel kastla işlenebileceği düşüncesindeyiz. Kanaatimize göre menfaatin maddi bir menfaat olması gerekir.

Bu suçta yapılan hareketin malikin uygun bir rızasına dayanması, kanunda verilmiş bir hakkın örneğin hapis hakkının kullanılması, meşru savunma hukuka uygunluk nedenleri arasındadır.

Bu suçun faile meslek ve sanat veya ticaret veya hizmet ilişkinin gereği olarak malın tevdi ve teslim edilmiş eşya üzerinde işlenmiş olması veya failin hangi nedenden olursa olsun bir gerçek veya tüzel kişinin mallarını idare etmesi hallerinde TCK m. 155/2'deki cezayı ağırlaştıran nitelikli hal söz konusu olacaktır. Buna karşın TCK'nın dışında Ser.PK m. 110/1-a, b, c'de ve Der.K m.32-f 'de ele alınması zorunlu iki özel durum bulunmaktadır. Ser.PK'da yatırım kuruluşuna, fon kuruluna ve 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 (Ser.PK m. 110/1-a) ve halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarında örtülü kazanç aktarımında bulunma (Ser.PK. m. 110/1-b, c) güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali olarak belirtilmiştir. Bu hallerde TCK m. 155/2'deki nitelikli halden cezalandırma yapılacağı ve verilen cezanın üç yıldan az olmayacağı maddede belirtilmektedir. Kanaatimize göre bu madde de öngörülen fiiller özel kanunda düzenlenen ayrı bir güveni kötüye kullanma suçunu teşkil etmektedir. Sadece bu suçun yaptırımı ve ceza verilmesini engelleyen haller ve çeşitli hususlar yönünden TCK'ya atıf yapılmış ve çeşitli sonuçlar bağlanmıştır.

Der.K 32-f'de ise *"her ne suretle olursa olsun kendisine tevdi olunan derneğe ait para veya para hükmündeki evrak, senet veya sair malları kendisinin veya başkasının menfaatine olarak sarf veya istihlâk veya rehneden veya satan, gizleyen, imha, inkâr, tahrif veya tağyir eden yönetim kurulu başkanı ve üyeleri veya denetçiler ile derneğin diğer personelinin"* TCK'daki güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Suçun özel görünüş şekli olarak bu suç özgü suç niteliğinde olduğundan suça kendisine rıza ile eşya teslim edilen kısaca zilyetliği devralan fail dışında, iştirak edenler ancak yardım eden veya azmettiren olarak cezalandırılabilirler. Bu suçun sırf hareket suçu olması sebebiyle eğer yapılan icra hareketleri parçalara bölünebiliyorsa teşebbüs mümkündür. Bununla birlikte Yargıtay devir olgusunun inkârı durumunda teşebbüsün mümkün olmadığı görüşündedir. Bu suçta teslim edilen eşya üzerinde birden çok rıza dışı tasarruf yapılmışsa bu tasarruflar aynı suçla sonuçlandığından fail tek suçtan cezalandırılacaktır. Suçta malikçe birden fazla eşya teslim edilmiş

bunların hepsi aynı anda elden çıkarılmışsa yine tek suçtan cezalandırma yapılacaktır. Ancak bu eşyaların bir suç işleme iradesi altında peyderpey kısa aralıklarla elden çıkarılması, rıza dışı tasarruf halindeyse TCK'nın 43/1. maddesinde yer alan zincirleme suç hükümlerinden cezalandırma yapılacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunun pek çok suç ile yakın ilişkisi vardır. TCK'daki zimmet suçu (TCK m. 247), açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçu (TCK m. 209), bedelsiz kalan senedi kullanma suçu (TCK m. 156) esasında bu suçun TCK'daki özel türleridir. Zimmet suçu sadece kamu görevlileri tarafından görevi veyahut kanun gereği bu kişilere teslim edilen eşyalar üstünde işlenebilmesi nedeniyle bu suçtan ayrılır. Açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçunda ise rıza ile teslim edilse bile sadece üzerinde imza olan bir kâğıdın mağdurun isteğine aykırı olarak doldurulup belge niteliği kazandırılması yönünden bu suçtan ayrılmaktadır. Bedelsiz kalan senedi kullanma suçunda ise suçun maddi konusu faile teslim edilen ancak alacak ödense bile borçlu mağdura tesliminden imtina edilen senettir. Bu senedin kullanılması halinde bu suç oluşur. Bu yönlerden güveni kötüye kullanma suçu, bu suçlardan ayrılmaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçu, korunan hukuki değerin ayrıca güven ilişkisi olması ve rızaya dayalı teslim olması ve faile malın teslimin ve mağdur tarafından zilyet kılınmasının gerekliliği yönünden hırsızlık suçundan (TCK m. 141) ayrılmaktadır. Failin kendisine veya bir başkasına menfaat sağlamak amacıyla tasarrufa konu hareketleri gerçekleştirmesi yönünden mala zarar verme suçundan (TCK m. 151) ayrılmaktadır. Teslimin aldatma ve karşı tarafın iradesini hataya düşürmek suretiyle sağlanmaması ve her malvarlığı değerinin bu suça konu olmaması ancak belli kişilerin bu suçu işlemesi yönünden ise dolandırıcılık suçundan (TCK m. 157) ayrılmaktadır.

Özel kanunlarda ise güveni kötüye kullanma suçunun özel bir türü olarak Bank K'daki zimmet ve As. CK.'daki zimmet ve ihtilaslı zimmet suçları en çok bilinen suçlardır. Oysaki bu suçun özel kanunlarda başkaca farklı türlerinin olmadığını zannetmek büyük bir yanılgıdır. TTK' da anonim şirkete borçlanma yasaklarının ihlali suçu (TTK m. 358, m. 395/2, m. 562/5-b, c), Sig. K.'da zimmet suçu (Sig.K. m. 35/3-4) yine aynı kanunda yer alan aktif azaltıcı işlemde bulunma yasağını ihlal suçu (Sig.K m. 19 ve m. 35/17) Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nundaki

zimmet suçu (TCMB K. m. 68/II-b), Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'ndaki zimmet suçu (BETYSK m.23/2) bu suçun diğer özel türleridir.

GİRİŞ

TCK'nın 1.maddesinde, kişinin hak ve özgürlüklerinin, kamunun düzeninin, güvenliğinin, kamu sağlığının, çevrenin korunması bunun yanında suçun işlenmesinin önlenmesi, toplumsal barışı muhafaza etme, bu kanunun temel amacı olarak ifade edilmiştir.[2] Gerçekten ceza kanunları, Anayasa'da öngörülen temel hak ve hürriyetlerin somut olarak korunmasını sağlayan düzenlemelerdir. Bununla birlikte kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere ceza kanunları aynı zamanda bireyin hak ve özgürlüklerine derin biçimde müdahale eden yaptırımlar içermektedir.[3]

TCK'nın koruma altına aldığı hukuksal değerlerden biri de Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkıdır. Bu maddede herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu, bu hakkın ancak kanunla sınırlandırılabileceği ve bu hakkın korunmasının toplum yararına aykırı olmadığı açıkça belirtilmektedir. Mülkiyet hakkı, eşya üzerinde en geniş yetkiler sağlayan ayni haktır. Bu hakla bir eşyanın maliki hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde dilediği şekilde o eşya üzerinde yararlanma, kullanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahip kılınmıştır (TMK m. 683/1). Aynı zamanda mülkiyet hakkının malike sağladığı tasarrufta bulunma yetkisi sahip olduğu eşyayı bir başkasına kiralama, bu eşya üzerinde sınırlı ayni hak tesis etme gibi çeşitli hak ve yetkileri de içerir. Bir kimsenin bir eşyaya sahip olması, bu kişiyi, aynı eşyaya sahip olmayan diğer kimselerin saldırılarına açık hale getirmektedir. Bu nedenle eşyanın malikini ve diğer hak sahiplerini korumak için TCK'nın ikinci kitabında, Kişilere Karşı Suçlar başlıklı ikinci kısmın onuncu kitabında, Malvarlığına Karşı Suçlar (TCK m. 141-169) ihdas edilmiştir.

---

[2] Bu şekilde temel amacı belirten bir maddeye yer verilmemesi yönündeki görüş için bkz. **Nevzat TOROSLU- Yücel ERSOY**, Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayını, Ankara, (2004), s. 6,7; **Köksal BAYRAKTAR**, Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler Görüşler Raporlar (Editör Teoman Ergül), TBB Yayını, Ankara, (2004), s. 24,25; **Mehmet Emin ARTUK- Ali Rıza ÇINA**R, Yeni Bir Türk Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler Görüşler Raporlar (Editör: Teoman Ergül), TBB Yayını, Ankara, (2004), s. 69,70

[3] Bkz. 5237 sayılı kanun gerekçesi

Esasında malvarlığına karşı işlenen suçlar geniş anlamda kişiye yönelik saldırı niteliği gösterirler. Bu nedenle bu suçlara TCK'nın kişilere karşı işlenen suçlar başlığında yer verilmiştir. Ancak bu bölümdeki suçlar, öldürme yaralama, cinsel saldırı suçlarında olduğu gibi kişinin doğrudan fiziki varlığını, kişilik haklarını değil, malvarlığını ve mal üzerindeki haklarını korumayı hedeflemektedir.[4]

Malvarlığına karşı suçlar, adliyeye intikal eden suçlar arasında da çok önemli bir yer işgal etmektedir. Zira; istatistiklere göre Türkiye'de en çok karşılaşılan ikinci suç grubudur. [5]

Güveni kötüye kullanma suçu, TCK'nın 155. maddesinde malvarlığına karşı suçlar içinde düzenlenmiştir. Hırsızlık, yağma, dolandırıcılık ve mala zarar verme suçlarından sonra en yaygın suçlardan biridir. 2006'dan 2015 yılına kadar Türkiye'de yapılan resmi araştırmalar bu suçun işleniş sıklığının giderek arttığını açıkça ortaya koymaktadır.[6]

5237 sayılı TCK'nın 155. maddesinde güveni kötüye kullanma suçu şu şekilde düzenlenmiştir

"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 inkâr eden kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.

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

---

[4] **Nur CENTEL-Hamide ZAFER- Özlem ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayınları, 3.Bası (2016) s. 281

[5]Adalet Bakanlığı bünyesindeki Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü 2015 yılı suç verilerine göre, işlenen ve mahkûmiyetle sonuçlanan suçların %23,22'si vücut dokunulmazlığına karşı suçlar; buna karşın %21,4'ü de malvarlığına karşı suçlardan (TCK m. 141-169) oluşmaktadır.
bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/Adalet_ist_2015.pdf (Erişim Tarihi:06.03.2017)

[6]Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2006 yılındaki istatistiklerine göre bu suçtan 9.778 kişi mahkûm olmuşken; 2012 yılında bu sayı 12.321'e, 2014'te 15.416'e, 2015'te ise 15.806'e çıkmıştır. Bu verilere göre suçun işleniş sıklığı giderek artmaktadır. 2006 yılından 2015 yılına kadar olan adli sicil istatistikleri için bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/Adalet_ist_2015.pdf; http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2006/Adalet_ist_2006.pdf (Erişim Tarihi:06.03.2017) vd.

Bu maddeden hareketle başkasına ait olan muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak şartıyla zilyetliği faile devredilen eşya üzerinde failin kendisinin veya başkasının menfaatine olacak şekilde devri amacına aykırı tasarrufta bulunması veya zilyetliği devire konu olguları inkâr etmesin suç kalıbını teşkil ettiğini söyleyebiliriz.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (765 sayılı TCK) bu suç, emniyeti suiistimal suçu olarak adlandırılmaktaydı. Anayasa'nın 76. maddesinde milletvekilliği seçilme yeterliliği kısmında bu suç için inancı kötüye kullanma tabiri kullanılmaktadır.

Bu suçun tanımıyla ilgili olarak Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'nda birden çok kavramın kullanılması hukuk terminolojisi açısından kabul gören bir durum değildir. Kavram kargaşası doğurmaktadır. Bir ülkede en üst norm olarak kabul gören Anayasa ile alt kanunlar arasında bir yeknesaklığın sağlanması gereği açıktır.[7]

Bazı yazarlar inancı kötüye kullanma[8], emniyeti kötüye kullanma[9],emniyeti suiistimal gibi terimleri kullanmayı tercih etmiş olsa dahi doktrinde, Yargıtay'ın pek çok kararında ve mülga 765 sayılı TCK'dan beri bu suç için emniyeti suiistimal veya inancı kötüye kullanma terimleri yerine güveni kötüye kullanma terimi daha çok kullanılmıştır.[10] Bu terim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da kabul görmüştür. Esasında, 5237 sayılı TCK'daki güveni kötüye kullanma terimi, 765 sayılı TCK'da geçen emniyeti suiistimalin sadeleştirilmiş Türkçe karşılığıdır. Zira Arapça bir kelime olan "emniyet" sözlükte güvenlik, güven, inanma, itimat anlamına gelmektedir.[11] Yine Arapça bir kelime olan suiistimal (suîstimal) ise iki kelimenin birleşmesi (sui+istimal) sonucu oluşmuştur. Sui kelimesi kötü, istimal kelimesiyse kullanmak anlamındadır.

---

[7] Aynı görüşte **Sulhi DÖNMEZER**, Mala Karşı Cürümler, Beta Yayınları, 17.Bası, (2004) s. 340
[8] **DÖNMEZER**, Mala Karşı Cürümler, s. 340
[9] **Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK**, Emniyeti Kötüye Kullanma, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:5, (1973), s. 879
[10] Örneğin Yargıtay CGK E: 1976/6-577 K: 1977/47 T: 7.2.1977; Yargıtay CGK E: 1987/456 K: 1987/119 T: 16.3.1987; Yargıtay CGK E: 1989/6-205 K: 1989/269 T: 2.10.1989; Yargıtay 4.CD E: 1994/9714 K: 1995/19 T: 19.1.1995 sayılı kararları; **İzzet ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, (2002), s. 71
[11] Bkz. http://www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 06.01.2015)

Neticede suiistimal kelimesi kötüye kullanma anlamındadır. Emniyeti suiistimal de, görev, güven, yetki vb.ni kötüye kullanma anlamına gelmektedir.[12] Bundan hareketle sözlük anlamı olarak da emniyeti suiistimal suçunun, güveni kötüye kullanma suçu ile aynı anlama geldiğini söyleyebiliriz. Biz de çalışma konusu edindiğimiz bu suç için TCK'nın ve doktrinde çoğunluğun kullandığı ifade olan güveni kötüye kullanma terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

İnceleme konumuzu oluşturan suç 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabında "Özel Hükümler" başlığı altında "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Malvarlığına Karşı suçlar" başlıklı onuncu bölümünde TCK'nın 155.maddesinde yer alan güveni kötüye kullanma suçu teşkil etmektedir. Ayrıca tezimizde bu suçun benzerlik taşıyan hırsızlık, dolandırıcılık ve zimmet gibi TCK'daki belli başlı suç tipleri ile farklılıkları da incelenecektir. Diğer taraftan özel kanunlarda yer alan bu suçun aynı zamanda özel türü olarak kabul edilen Bankacılık Kanunu'ndaki zimmet, Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçu, Askeri Ceza Kanunu'nun 131. maddesindeki zimmet suçu ve bu suçlardan TCK'nın 155. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçunun farklılıkları etraflıca ele alınacaktır. Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır.

İlk bölümde güveni kötüye kullanma suçunun tarihçesi ve karşılaştırmalı hukuktaki durumu incelenecektir.

İkinci bölümde ise bu suçun hırsızlık, dolandırıcılık, mala zarar verme, açığa atılan imzanın kötüye kullanılması, bedelsiz kalmış senedi kullanma, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf, muhafaza görevini kötüye kullanma, zimmet suçları ile ilişkisi ve farkları ele alınacaktır. Ancak incelememiz sadece bununla sınırlı değildir. Zira yaptırım yönünden TCK m.155'in sonuç bağladığı, kimine göre güveni kötüye kullanma suçunun özel kanunlardaki nitelikli halleri olarak düşünülmesi gereken 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçu, Dernekler Kanunu'nun 32/f maddesindeki güveni kötüye kullanma suçu da oldukça detaylı ve etraflı şekilde değerlendirilecektir.

[12] Bkz. http://www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi:06.01.2015)

Yine bu bölümde benzer nitelikteki bir suç olan, hatta güveni kötüye kullanma suçunun özel kanundaki türlerinden olduğu kabul edilen [13] Bankacılık Kanunu, Askeri Ceza Kanunu, Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Sigortacılık Kanunlarındaki zimmet suçları, ayrıca Sigortacılık Kanunu'ndaki aktif azaltıcı işlemde bulunma yasağını ihlal suçu; Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ve bu suçun özel bir türü olduğunu düşündüğümüz anonim şirkete borçlanma yasaklarının ihlali suçunun (TTK m. 358, m. 395/2; m. 562/5-a ve c), Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nundaki zimmet suçunun (TCMB K. m. 68/II-b), güveni kötüye kullanma suçundan, farkları ve ilişkisi ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

Üçüncü bölümde ise bu suçun unsurları detaylı olarak anlatılmaya çalışılacaktır. Bu bölümde suçun maddi unsuru, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsuru değerlendirilirken aynı zaman pek çok tartışmalı hususa da değinilecektir. Suçun unsurlarını etraflıca ele alırken Fransız, Alman, İtalyan, İsviçre kimi yerde İngiliz ve ABD Yüksek Mahkeme kararları ile çeşitli ülkelerde, ülkemizde karşılaşılan veya karşılaşılması muhtemel sorunlara da yer verilmeye çalışılmıştır.

Dördüncü bölümde bu suçun özel görünüş şekilleri, güveni kötüye kullanma suçununda tabii olduğu malvarlığına karşı suçlarda cezayı kaldıran veya azaltan nedenler ayrıca usul hükümleri ele alınacaktır.

[13] **Fatih Selami MAHMUTOĞLU**, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara, (2003), s. 228 Yazara göre bu özel kanunlardaki suçlar TCK'daki güveni kötüye kullanma suçunun aynı tanımına uygun fakat ilave bazı vasıfları nedeniyle özel güveni kötüye kullanma suçu olarak değerlendirilmelidir.

§ BİRİNCİ BÖLÜM
GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE BAZI ÜLKELERDE DÜZENLENME BİÇİMİ

I- GENEL BİLGİ

Güveni kötüye kullanma suçunun bağımsız bir suç haline gelmesi uzun bir süreç gerektirmiştir. Bazı hukuk sistemlerinde hırsızlık suçunun bir türü olarak bazılarında ise yalnızca tazminata hükmedilecek bir fiil olarak görülmüştür. Çalışmada bu suçun izlediği süreç bakımından öncelikle Roma hukuku ve Batı hukukundaki gelişimine ardından İslam hukuku ve Türk hukukundaki gelişimine ve uygulamalarına yer verilecektir.

II- SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ

1) Roma Hukukunda

Güveni kötüye kullanma suçu Roma Hukukunda çeşitli malvarlığı suçlarını da içine alan furtum suçunun içinde değerlendirilmektedir.[14] Bu sebeple Rome Hukukunda güveni kötüye kullanma suçunun nasıl ve ne şekilde düzenlenip cezalandırıldığını değerlendirmek için "*furtum*" kavramının ve furtum suçunun incelenmesi gerekir. On İki Levha Kanunu öncesinde furtum yalnızca hırsızlık vb. bir suçla alınan malı belirtmekte ancak bu suçun tanımı, genel bir yaptırımı bulunmamaktadır. On İki Levha Kanunu'nda ilk defa furtum suçu ile ilgili genel

[14] Bu suçla ilgili Roma İmparatorluğu'nun öncesinde güveni kötüye kullanma suçuna benzer düzenlemelere rastlanmaktadır. Ancak bunların tam olarak bu suçu kapsadığı söylenemez. Örneğin Akadca Esnunna Kanunu 36.maddesi*:"Eğer bir adam malını bir emanetçiye saklamaya verirse ev delinmeden kapı eşiği zorlanmadan pencere sökülmeden saklamak için ona verdiği mal yok olduysa malını (emanetçi) ödeyecektir."* Eski Babil'de Hamurabbi Kanunu'nun 112.maddesinde bir kişinin seyahate çıkması ve çıkarken bir başka kimseye gümüş, altın gibi değerli taşlar emanet etmişse talebi halinde eşyayı iade etmemişse, emanetçinin emanet edilen eşyanın beş katını ödemeye mahkum edileceğini belirtilmektedir. Bkz. **Hasan ELMALICA**, Öğreti ve Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Seçkin Yayınevi, (2019), s. 24, 25

yaptırımlara yer verilmiş ayrıca çalınmış mal bulunmadan karşı tarafa dava hakkı tanınmıştır. Neticede bu kanun ile birlikte furtum suçunun ne olduğu, hangi hal ve şartlarda kişinin cezalandırılacağına dair Roma hukukçularının tespitine başvurulmuş ve bu suçun hukuki gelişim süreci başlamıştır.[15] Eski Roma'da furtum sadece hırsızlığı değil, taşınır veya taşınmaz her türlü malın sahibinden gizlice alınması, malı aşırma ve hileli şekilde kaçırma fiillerini de içine almaktaydı.[16] Cumhuriyet Dönemi boyunca yağma suçunu bile içine alacak şekilde genişleyen bu kavram[17], klasik dönemde daraltılmış ve yağma (Rapina) bu suçun kapsamından çıkarılmıştır.[18] Ancak bütün Roma hukukunun geçerli olduğu dönem boyunca furtum; hem hırsızlık, hem dolandırıcılık, hem de güveni kötüye kullanmayı içine alan bir çatı suçunu tanımlamıştır.[19] Zira Roma hukukunda yalnızca malı alıp götürmekle değil, mal üzerindeki zilyetliği kendi menfaatine çevirmek, veya kullanılması gereken şekilden farklı şekilde hareket etmekle de furtum suçu işlenmiş olurdu.[20] Digesta'sında Roma hukukçusu Paulus, furtum suçunu bir malın veya kullanılmasının veya zilyetliğinin hileli bir şekilde ve kazanç gayesiyle elde edilmesi[21] olarak tanımlamıştır.[22] Justinianus'un[23] öğrenciler için hazırlanmış ders

---

[15] **Bülent TAHİROĞLU**, Roma Hukukunda Furtum, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doçentlik Tezi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, (1975) s. 596

[16] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 345, 502; **Richard HONIG**, Roma Hukuku, (Tercüme Eden: Av.Dr. Şemsettin Talip), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (1938) s. 283; **Türkan RADO**, Gaius'a göre Klasik Roma Hukuku'nda Furtum Suçu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:1-2 s. 483; **GAIUS**, Institutiones- Borçlar Hukuku Kısmı, (Çeviren: Türkan Rado), Doğan Kardeş Yayıncılık A.Ş, (1953) s. 85; **JUSTINIANUS**, Institutiones, (Çeviren: Ziya Umur), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, (1968) s. 289 Bahse konu kitaplarda sadece Gaius'un, Paulus'un furtum ile ilgili görüşlerine yer verilmiştir. Oysaki furtum ile ilgili yazan sadece onlar değildir. Justinianus'un Digestası'nda Marcus Aerilius devrinde yaşayan Sextus Pompodius'un görüşleri de yer almakla Pompodius'da açıkça emanet verilen veya ödünç verilen eşyanın haksız kullanımının furtum suçu oluşturduğunu açıkça belirtmektedir. Bkz. **Alan WATSON**, Studies in Roman Private Law, A&C Black, (1991), s. 295- 300; **Theodor MOMMSEN- Paul KRUEGER**, The Digest of Justinian Vol.1 (Editor: Alan Watson), University of Pennsylvania Press, (1985), s. 393- 394

[17] **WATSON**, s. 295- 300

[18] **TAHİROĞLU,** s. 21; **Belgin ERDOĞMUŞ**, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, (2012) s. 139

[19] **TAHİROĞLU**, s. 21

[20] **HONIG**, s. 283 *"...Paulus'un bu tarifinde modern hukuk bakımından aralarında farklar bulunan 5 hal mevcuttur: Dar manada hırsızlık, yani temellük amacıyla ve sahibinin rızası hilafına bir şeyi ele geçirme; Sahibinin isteği haricinde veya isteğine rağmen bir şeyi muvakkaten kullanma; Zilyetlikte bulunan bir şeyi iadeden imtina; Bir kimsenin hiçbir vekâleti olmaksızın alacaklının vekili sıfatı ile borçluya müracaat ederek bir paranın tediyesini istemesi; Bir kimsenin alacaklısına rehin olarak vermiş olduğu bir şeyi alması. Modern hukukta birbirinden farklı olan bütün bu haller Roma Hukukunda geniş anlamda furtum suçunun sınırları içinde yer alırlar..."*

[21] **RADO**, s. 483; **HONIG**, s. 283 Sözün Latince orijinali*:" Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve"*

kitabı olan Institutiones'te, Paulus 'un görüşüne benzer şekilde, furtum bir şeyin hileli olarak ya o şeyden veyahut o şeyin kullanılması veya zilyetliğinden faydalanılmak için ele geçirilmesidir. Bu durumun ise tabiat kanununa göre (ius naturale) yasak olduğu kabul edilir.[24]Bu iki tanımın Latince orijinalinde geçen ve Furtum suçunun objektif unsurlarından biri olarak kabul edilen contrectatio terimi[25] ise sözlük anlamı olarak malın hileli olarak ele geçirilmesini ifade etsede, hakkı olmadan bir kimsenin zilyetliğini elde etmek ve bir malın kullanma hakkının sınırlarının aşılması gibi anlamlara da gelmektedir.[26]

Furtum suçu, Roma hukukunda özellikle Son İmparatorluk Dönemi'nde (Justinianus Dönemi) üçe ayrılmaktaydı. Bunlardan ilki "*furtum ipsius rei"* (mal hırsızlığı), bir taşınır malın tamamıyla gaspını ifade eder. [27] Diğeri ise "*furtum possesionis"* (zilyetlik hırsızlığı[28])' dir. Bu suç, mülkiyeti el değiştirmemiş ama zilyetliği hukuki muamele ile bir başkasına devredilen malın, asıl malik tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilmesi halidir. Rehin olarak verilen bir taşınır malın, borç ödenmeden asıl malik tarafından gizlice rehin alacaklısından alınması hali bu duruma örnek verilebilir. Üçüncü hal ise *"furtum usus"* (kullanma hırsızlığı[29]) olarak adlandırılmıştır ki bu hal aynı zamanda modern anlamda güveni kötüye kullanma suçunu içermektedir. Bu manada kiralama, ariyet veya vedia amaçlı olarak bırakılan bir taşınır malın kazanç amacıyla hukuka aykırı kullanılması Roma'da *"furtum usus"* olarak kabul edilmekteydi.

---

[22] Ayrıca **GAIUS**, s. 85 *"…195.Furtum yalnız bir kimsenin başkasına ait malı temellük maksadıyla alması halinde değil, fakat umumiyetle bir kimsenin başkasına ait mala malikinin rızası hilafında el koyması halinde de işlenir…"*

[23] Bazı kaynaklardan bu Bizans İmparatoru'nun adı "Iustinianus" olarak geçmektedir.

[24] **JUSTINIANUS**, s. 289

[25] **R. Yılmaz YAZICIOĞLU**, Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, Suç ve Ceza- Ceza Hukuku Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, Sayı:4, (2011) s. 4 *"…Romalılar hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçları için "contrectatio rei fraudulosa" deyimini kullanmaktadırlar…"* **ERDOĞMUŞ**, s. 136 *"Bir malı malikinin rızası hilafında zilyetliğine geçirme contrectatio 'dur."*

[26] **TAHİROĞLU**, s. 108 *"…Bu terim Paulus 'un tarifinden de anlaşıldığı gibi mal edinmek amacıyla bir malı almak, kaldırmak anlamına geldiği gibi kullanma sınırlarının haksız olarak aşılması veya hakkı olmadan bir kimsenin zilyetliğini elde etmesini de belirtir…";* **YAZICIOĞLU**, Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, Suç ve Ceza-Ceza Hukuku Dergisi, s. 4; **ERDOĞMUŞ**, s. 136*" Bir malı malikinin rızası hilafında zilyetliğine geçirme "contrectatio" 'dur."*

[27] **Şakir BERKİ**, Roma'da Borçların Kaynakları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7 Sayı:3-4, (1950) s. 384 ; **RADO**, s. 502-503; **ERDOĞMUŞ**, s. 135; **Duygu ÖZER SARITAŞ**, Roma Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, (2016), s. 83

[28] **ERDOĞMUŞ**, s. 135; **ÖZER SARITAŞ**, s. 83

[29] **ERDOĞMUŞ**, s. 135; **ÖZER SARITAŞ**, s. 83

Konu ile ilgili olarak Romalı hukukçu Gaius *"Institutiones"* adlı eserinde şu örneği vermektedir:

> *"196. Nitekim bir kimse kendisine vedia olarak bırakılan şeyi kullanırsa furtum (hırsızlık) işler: eğer bir kimse bir şeyi kullanmak üzere alır, fakat sonradan aldığından başka bir maksatta kullanırsa, meselâ ahbaplarını yemeğe davet etmek üzere bir gümüş sofra takımını kullanmak için alır, fakat onu beraberinde seyahate götürürse, veyahut bir kimse gezinmek üzere ariyet olarak bir at alır, fakat onu fazla uzağa götürürse, eski hukukçuların yazdığı gibi onunla harbe giderse, hırsızlıktan dolayı mesul olur. "*[30]

Öte yandan Ortaçağ'da Roma hukukçuları furtum ile ilgili bir başka ayrımda da bulunmaktadır. Eğer hile kullanılmamış mağdurun içine düştüğü bir hatadan yararlanma sözkonusu değilse veyahut fail kendisine kanuni zilyetlik tesis edilen mal üzerinden bu suçu işlememişse *"furtum proprium"* (muntazam hırsızlık) sözkonusudur. Buna karşın fail mağdurun hatasından yararlanarak veya zilyetlik tesis eden mağdurun güvenini kötüye kullanarak veya aldatarak bu suçu işlemişse *"furtum improrium"* (gayrimuntazam hırsızlık) söz konusudur. Bu tanıma göre güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, kaybolmuş veya hata sonucu elden çıkmış eşya üzerinde tasarruf suçlarının üçü de furtum improprium olarak adlandırılmaktadır. [31]

Furtum suçunun manevi unsuru olarak özellikle klasik dönem Roma hukukunda da kastın *(dolus*) bulunması gerekmektedir. [32] Bu suçun taksirle işlenmesine imkân bulunmamaktadır. Diğer taraftan fail kendisine kazanç sağlama niyeti *(animus lucri faciendi*) ile hareket etmemişse de furtum suçu oluşmayacaktır.[33]

---

[30] Çeviri için bkz. **RADO**, s. 503 ve **GAIUS**, s. 85, 86

[31] Bu ayrım için bkz. **William Warwick BUCKLAND,** The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge University Press, (2011), s.118 (Yazarın 1931 yılındaki kitabının yeniden düzenlenmiş günümüze uyarlanmış baskısıdır.); **Giovanni FIANDACA- Enzo MUSCO**, Diritto penale Parte speciale, Volume 2 tomo 2, I delitti contro il patrimonio, Zanichelli Editore, Settima edizione, (2015), s. 101

[32] **RADO**, s. 483 **;** **GAIUS**, s. 86 *"…196.Bununla beraber, şu kabul edilmiştir ki ,ariyet olarak aldıkları şeyleri, alırken kastettiklerinden başka şekilde kullananlar ,ancak bunu malikin rızası hilâfına yaptıklarını müdrik iseler* (düşünüyorlarsa) *ve malik bunu bilmiş olsa idi müsaade etmeyeceğini tahmin ediyorlarsa ,furtum işlemiş olurlar ;yoksa ,eğer onun müsaade edeceğini zannediyorlarsa furtum suçu yoktur ,zira ,çok yerinde olarak yapılan bir tefrike göre kast olmadan (sine dolo malo) furtum işlenemez…"* Aynı tanım ve örneklere **JUSTUNİANUS**,s. 290'da da yer verilmiştir.

[33] **ERDOĞMUŞ**, s. 136; **GAIUS**, s. 87

On İki Levha Kanunu'nda furtum, kapsamında suçüstü hırsızlık halinde mağdur tarafından öldürülme ve kırbaçlanma gibi cezalar öngörülmüştü. Diğer hallerdeyse mağdur faile karşı tazminat davası açabilme imkânına haizdi. [34] Klasik dönem Roma hukuku'nda ise bütün furtum fiilleri failce, mağdura para cezası ödenmesi hali olarak kabul edilmiştir. [35] Klasik dönemin sonunda furtum suçu, bir kamu davası halini almaya başlamıştır. Buna göre fail borcunu ödeyebilecek durumda ise mağdura tazminat davası açma (actio furti) hakkı verilirdi. Failin borcunu ödeyemeyecek durumda olması (*Condictio ex causa furtiva*[36]); halinde ise kamu davası açılması imkânı tanınmıştır.[37] Ayrıca kamu davası açılması halinde failin maden ocaklarında çalıştırılması da dâhil bazı özel cezalar öngörülmüştür.

Post Klasik Dönem ve Justinianus zamanındaysa furtum, tamamen kamu davası niteliği almış, hatta üçüncü kişilere de suçlamada bulunma imkânı getirilmiştir.[38] Ancak bu özel hukuk bağlamında mağdurun tazminat talebi imkânını ortadan kaldırmamıştır.

2) Batı Hukukunda

Roma hukuku kaynaklı furtum kavramının da etkisiyle kanonik hukukta, Lombard ve Vizigot gibi kavimlerin kanunlarında; güveni kötüye kullanma, hırsızlık suçunun bir türü olarak değerlendirilmiştir.[39] Aynı şekilde Kutsal Roma Germen İmparatorluğu'nun 1532 tarihli *"Constitutio Criminalis Carolina"* (bkz. m. 166-170) adlı ceza kanununda da güveni kötüye kullanma fiili, hırsızlık suçunun bir parçası olarak değerlendirilmektedir.[40] Hatta öyle ki Avusturya İmparatorluğu'nun 1769 tarihli "Constitutio Criminalis Theresiana" adlı ceza kanununda dahi (bkz.m. 94/1) bu suç hırsızlık suçunun bir parçası olarak değerlendirilmeye devam etmiştir.[41] Fransa'da da, bu suç ilk başta hırsızlık olarak değerlendirilmiştir.[42] Ancak 1791

---

[34] **TAHİROĞLU**, s. 21
[35] **ÖZER SARITAŞ**, s. 85; **TAHİROĞLU**, s. 81
[36] Bu davalarla ilgili daha geniş açıklamalar için bkz. **BERKİ**, s. 384; **ERDOĞMUŞ**, s. 137,138
[37] **TAHİROĞLU**, s. 163
[38] **TAHİROĞLU**, s. 161,162,164
[39] **Kenan BULUTOĞLU**, Emniyeti Suistimal Cürümleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, (1955), s. 18
[40] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 346; Ayrıca kanunun Almanca orijinali için bkz.https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/a/a2/De_Constitutio_criminalis_Carolina_%281577%29_55.jpg (Erişim Tarihi 06.07.2016)
[41] **Katrin RENTROP**, Untreue und Unterschlagung (§§ 266 und 246 StGB): Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, BWV Verlag, (2010), s. 15
[42] **BULUTOĞLU**, s. 18

tarihinde yayımlanan bir kanunla, ilk defa güveni kötüye kullanma fiili bağımsız bir suç olarak kabul görmüştür.[43] Bu suça "emniyeti suiistimal" ismi ise ilk defa 1810 Fransız Ceza Kanunu'nda verilmiştir. Daha sonra da bu suç Kara Avrupası hukuk sisteminin geçerli olduğu pek çok ülkede bağımsız suç olarak yerini almıştır. [44] Diğer bir deyişle Roma hukukunun bu suç açısından etkisi Fransız ihtilalinin yakın zamanlarına kadar sürmüştür. Ancak 18. yy'ın ikinci yarısında bu suç, bağımsız bir suç gibi değerlendirilmeye başlanmıştır. Ancak Anglosakson hukukunun geçerli olduğu özellikle Birleşik Krallık ve ABD gibi ülkelerde bu suç hala hırsızlık suçunun bir türü olarak değerlendirilmektedir.[45]

3) İslam Hukukunda

İslam hukuku, kendine özgü orijinal bir hukuk sistemidir. Kara Avrupası hukuk sisteminin aksine Özel hukuk- Kamu hukuku ayrımı bulunmamaktadır. İslam hukuku devlet ile insan arasındaki ilişkiden çok, insanla- insan ve Allah ile insan arasındaki ilişkileri düzenlemeyi amaç edinmiştir. İslam hukukunda Kuran hükümleri başlıca kaynaktır. Bu kaynağın ardından sırasıyla hadis, icma ve kıyas gelmektedir. İslam hukuku dört kısma ayrılmıştır.

---

[43] 1791 Fransız Ceza Kanunu, Kişilere Karşı Suçlar başlığı altında "Mallara Karşı Suç ve Kabahatler" başlıklı 2.kısım madde 29: *"Her kim kendisine geri vermek veya vekalet amacıyla, herhangi bir ücret öngörülmeden tevdi edilen, bir ticari eşyayı, tapu senedini, tahvil veya makbuzu veya tüm diğer taşınır malları kendine yarar sağlama amaçlı mal edinirse veya dağıtırsa veya kötü niyetle ve birine zarar verme amaçlı yakarsa, tahrip ederse bu anlama gelecek işlemlerde bulunursa kamu hizmetinden yasaklılık cezasıyla cezalandırılır."* Bkz. http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm (Erişim Tarihi: 20.12.2017) Ayrıca bkz. **Corinne MASCALA**, Abus de Confiance, Dalloz: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Avril, (2017), Kn: §8, http://www.dalloz.fr (Erişim Tarihi 25.12.2017) Yazarın belirttiği şekilde suçun adı belirtilmese de maddenin kapsamından güveni kötüye kullanma suçu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak madde kapsamı son derece sınırlıdır. Sadece ücretsiz olarak, geri verme veyahut vekalet yetkisinden kaynaklanan emanet sözleşmesine dayalı tevdii edilen malın mülk edinilmesi bu suçun koruması kapsamındadır.

[44] **Doğan SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 11.Baskı, (2016), s. 431-433; Ayrıca bkz. **RENTROP,** s.19- 20; Yazarın belirttiği şekilde 1813 yılında çıkan Bayern Krallığı Ceza Kanunu'nun 295,296, 398,399,400 ve 401.maddelerinde dağınık şekilde de olsa kayyum, avukat gibi çeşitli meslek gruplarının güveni kötüye kullanma fiillerine yer verilmiştir. 1814 Oldenburg Büyük Dukalığı Ceza Kanunu m. 420 bu suçu doğrudan düzenlemiştir.

[45] **Çağatay ÇINAR**, Birleşik Krallık Ceza Hukuku'na Göre Dolandırıcılık Suçu, Legal Hukuk Dergisi, Cilt :13, Sayı:52, Ağustos, (2015), s. 151-153 ve **Çağatay ÇINAR**, ABD'de Dolandırıcılık Suçu, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Legal Yayınları, Cilt:7, Sayı:18, (2015) s. 31,43 Her iki makalede de belirtildiği gibi ABD'de özellikle Teksas gibi eyalet ceza kanunlarında dolandırıcılık suçu, güveni kötüye kullanma suçu hırsızlığın bir kolu gibi değerlendirilmektedir. İngiltere'de 2006 yılında dolandırıcılık suçu çıkarılan bir yasa ile ("Fraud Act"), hırsızlık suçundan tamamen ayrılmıştır. Ancak hala İskoçya gibi bu yasanın geçerli olmadığı yerlerde hırsızlık suçunun bir kolu olarak değerlendirilmektedir. Keza güveni kötüye kullanma suçu içinde aynı durum geçerlidir. Bu yönden Anglosakson hukuk mevzuatı Roma hukukundaki furtum suçuna benzer düzenlemeler içermektedir.

Bunlar a. ibadet (Allah ile kul arasındaki ilişkiler) b. münakehat (evlenme, boşanma nafaka gibi medeni hukuk ilişkileri), c. muamelat (miras, borçlar, eşya ve ticaret hukukuna ilişkin işlemler; kira, alışveriş işlemleri, miras vb) ve d. ukubat (ceza hukuku) dur. İslam ceza hukuku kısım olarak ukubat[46] içinde değerlendirilir. Zaten Ukubatın kelime anlamı "cezalar"dır[47]. Suç ve cezalar hadd[48], kısas[49] ve tazir olarak üçlü bir ayrıma[50] tabii tutulmaktadır.[51] Kısas ve hadd suçlarında, suça ve cezaya[52] Kuran'da yer verildiği için bunlarda kanunilik ilkesi geçerlidir. Ancak bu suçların sayısı azdır. İslam hukukundaki suçların büyük kısmı ta'zir suçlarından ibarettir. Bunlar Kuran'da açıkça suç olarak belirtilmeyen ancak "nas"lardan[53] yola çıkarak İslam hukukçularının suç addettiği, değerlendirilmesi ve cezasının takdirinin devlete bırakıldığı suçlardır. [54]

---

[46] **İlhan AKBULUT**, İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:52, Sayı:1, (2003) s. 167

[47] **AKBULUT**, s. 167

[48] Kuran'da açıkça belirtilen Allah'a karşı işlendiği düşünülen cezası kısastan (-Kuran'da bulunan kısas ve/veya diyet gerektiren kasten öldürme ve yaralama suçlarından-) hariç tutulan suçlar. Bunlar Zina, kazif (zina isnadı), hırsızlık, yol kesme, şarap içme ve sarhoşluk suçlarıdır.

[49] Adam öldürme ve yaralama suçları için uygulanmaktadır. Bir şahsın işlediği suça eşdeğer suçla cezalandırılmasına kısas denilmektedir. Ancak kısas suçlarında da öldürülenin ailesi, yaralama da mağdurun rızasına tabii olarak kısas yerine diyet (tazminat) imkânı da mevcuttur. Yine kasten işlenen cinsel saldırı ve taksirle işlenen fiiller de kısas uygulanamaz. Bu suçlarda af ve sulh geçerlidir.

[50] Ancak karşı görüş cezaları üçe; ancak suçları ise Kuran'da bulunup bulunmamasına göre "cinayet" ve "ta'zir" diye 2 ye ayırmaktadır. Bkz. **Ömer Nasuhi BİLMEN**, Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiye Kamusu, 3.Cilt, İstanbul, (1950) s. 10 "…Bu cihetle cinayet "Muahezeyi müstelzim olan herhangi bir cürm" demek olur. Binaenaleyh insanların nefislerine uzuvlarına, kuvvetlerine, mallarına, ırzlarına teallük eden herhangi memnu fiil bir cinayettir" Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere cinayet kelimesi sadece adam öldürmeyi değil; Kuran'da yazılı ceza içeren bütün suçları kapsamaktadır. Hırsızlık da bir cinayettir. Ancak bu düşüncenin aksi düşünceler de çoğunlukla bulunmaktadır.

[51] **AKBULUT**, s. 167-168

[52] Şarap içme ve sarhoşluk hariç zira bunlarda açıkça suç olarak belirtilmiş olsa da cezaya yer verilmemiştir. Uygulamada bunlar cezasının takdiri devlete bırakılmış tazir suçu olarak değerlendirilmektedir.

[53] Nas (Nass): Bir hukuk problemini çözmek için gelen Kuran ayetleri ve hadislerdir. (**Hamdi DÖNDÜREN**, İbni abdin Tercümesi Fihristi ve Terimler Sözlüğü, Şamil Yayınları, İstanbul, s. 132) Örneğin emanete hıyanet edilmemesine dair Kuran'da yer verilen ayetler ve Hz. Muhammed'in hadisleri birer nass'dır. Emanete hıyanet edilmemesi gerektiği zikredilmiş ancak hiçbir cezai hükme yer verilmemiştir. Bunun gibi hadis ve ayetlerden bunların yorumundan yola çıkarak devlet tarafından cezai düzenlemelerin getirilmesi İslam hukukçularınca savunulmaktadır.

[54] **Yaşar YİĞİT**, İslam Hukuku Hükümlerinin Yürürlüğü, Sistem Ofset Yayıncılık, Ankara, (2012), s. 118-119, 121 *"İslam hukuku terimi olan ta'zir (tazir) had ve cinayet cezaları dışında kalan yasaklığı naslarla ifade edilmekle beraber ceza miktarı belirtilmemiş olup takdir ve tayini yetkili merciiye bırakılmış olan kişi yada kamu yararı uygulanması gereken cezalara denilmektedir…Tazir cezasının en az kabul edilen had miktarını geçmeyecek ve şahsın ölümüne sebebiyet vermeyecek ölçüde olması genel kuraldır. Genel kural bu olmakla beraber, İslam Ceza Hukuku'nda ölüm, celde (dayak), hapis, sürgün, kınama, tehdit, nasihat, tazmin ve mali ceza gibi ta'zir kapsamında değerlendirilen değişik türde cezalar suçun ağırlığı ve failine göre uygulanagelmiştir."*

Güveni kötüye kullanma için Klasik İslam hukukunda "emniyeti suiistimal" kavramından çok "(emanete) hıyanet"[55] adlandırılması yapılmaktadır. Kuran'da hıyanete dair ayetlerde dolaylı da olsa çeşitli hükümler bulunmaktadır.[56] Hz. Muhammed'in de bu konuda hadisleri bulunmaktadır.[57] Ancak bütün bunlar bu suçun bir "hadd suçu" olarak İslam hukukunda kabulü için yetersizdir. Zira açık yasaklayıcı bir hüküm Kuran'da bulunmamaktadır. Hırsızlık suçu, Kuran'da belirtilen hadd suçlarından biri olsa da güveni kötüye kullanma (hıyanet) doktrinde ayrı tutulmuştur. Bu bağlamda İslam hukuku, güveni kötüye kullanmayı furtum suçu içinde gören Roma hukuku ve 1791 yılına dek geçerli Batı hukuku sistemlerinden ayrılmaktadır.

Güveni kötüye kullanma, hırsızlıktan ayrı bir suç olarak görülmektedir. Zira İslam hukuku doktrinine göre bu suç hırsızlık unsurlarını kapsamamaktadır. Hırz[58] altında olmayan bir mal üstünde, yani kişilerin girmesine, çalışmasına, kalmasına izin verilen yerde bu suçun işlendiği düşünüldüğü için [59]; hırsızlık suçundan ayrıldığı

---

[55] **Ömer MENEKŞE**, XVII. ve XVIII. yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, (1998), s. 23 *"...Hıyanet ise önceden mevcut bulunan bir ortaklık ya da gösterilen bir kolaylık ve tasarrufa dair verilen iznin suiistimali zilyetliğin sahiplenmeye dönüşmesidir. Hıyanet kişinin ödünç veya emanet olarak verilen bir malı alıp sonra kaybolduğunu veya böyle bir malı almadığını iddia etmesidir…"*

[56] **Mustafa AVCI**, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Polat Kitapçılık, (2010) s. 317 *"Mallarınızı yetimlerin malına katarak yemeyin çünkü çok büyük günahtır.* (Nisa Suresi 4/2,6.); *"Şüphesiz Allah, size emanetleri ehline (sahiplerine) teslim etmenizi ve insanlar arasında hükmettiğinizde adaletle hükmetmenizi emrediyor. Bununla Allah, size ne güzel öğüt veriyor!.. Doğrusu Allah, işitendir, görendir. "*(Nisa Suresi /58); *"Size tevdi edilen emanete bilerek ihanet etmeyin"* (Enfal Suresi 8/27.*) "Hiçbir peygambere, emanete ihanet yaraşmaz. Kim ihanet ederse, kıyamet günü ihanet ettiğiyle gelir. Sonra her nefis ne kazandıysa, (ona) eksiksiz olarak ödenir. Onlar haksızlığa uğratılmazlar."* (Al-i İmran Suresi/161)

[57] *"Münafığın üç alameti vardır: Yalan söyler, sözünde durmaz ve emanete hıyanet eder."* (Buhari) *"Kıyamete yakın, insanlar, alışverişlerinde, birbiriyle olan münasebetlerinde emaneti gözetmezler. Güvenilir insan çok azalır… Falanca yerde güvenilir bir insan varmış" denir. O insanın kalbinde de hardal tanesi kadar iman yoktur."* (Ebu Müslim); "*Allah ve Resulünün sizi sevmesi için, emanete riayet edin, doğru konuşun, komşunuzu üzmeyin ve ona iyi muamele edin. "*(Taberani) vs.

[58] *"...Hırz sözlükte bir şeyin korunduğu yer demektir. Terim olarak ise ev, dükkân, çadır gibi genellikle insanların mallarını korumak için yaptıkları yerleri ifade eder. İslam hukukçularının büyük çoğunluğu bir malın hangi durumlarda koruma altında sayılacağı konusunda farklı görüşlere sahipse de suçun oluşmasında malın koruma altında iken alınmış olması şartının gerekliliğinde ittifak etmişlerdir…"* **Ali BARDAKOĞLU**, Hırsızlık, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt:17, (1998) s. 387

[59]**Coşkun ÜÇOK**, Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukuku'na Aykırı Hükümler (I), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı: 1, (1946) s. 140"*Hırsızlığın tarifinden de anlaşılacağı üzere eylemin gizlice işlenmiş olması suçun en önemli unsurlarından birisidir. Bundan başka, bir kimsenin hırsız sayılabilmesi için, çalınmış olan malın muhafaza (Hırz) altında bulunmuş olması şarttır. Bundan ötürü gereken şekilde muhafaza edilmeyen bir malın alınmış olması hırsızlık sayılmaz. Hangi malların muhafaza altında sayılacağı ise duruma göre değişmektedir… malın sahibi, sahibinin kulu veya vekili malı bizzat gözlerinin altında tutuyorlarsa veya malı muhafaza edilebileceği bir yere koymuşlarsa o mal muhafaza altında (Muhraz) sayılır."*

kabul olunmaktadır.[60] Yine İslam hukukunda malı mülk sahibinin rızası dışı alan kimseye eyleminden önce koruma altına alınmış bir yere girme, mala erişme imkânı verilmişse de hırsızlık suçuna konu unsurlar tam olarak gerçekleşmeyeceğinden hadd cezası uygulanamayacaktır.[61] Buna göre kiracının ev sahibine ait bir taşınmazdaki dolapları amaç dışı satması da hadd cezasını gerektirmeyecektir.

Bu sebeple bu suç hadd değil, tazir suçlarından biri kabul edilerek; ceza hukuku manasında bu fiillerin suç olarak değerlendirilmesi ve cezalandırılması kanun koyucunun ve kadıların takdirine bırakılmıştır.[62]Bir kısım kadı kararlarını da incelediğimizde 19. yy.'a kadar İslam hukukunda, emniyeti suiistimal teşkil eden fiilerin daha çok malın aynen veya misliyle iadesi, tazminat uygulamasına gidildiği diğer deyimle şimdi ki özel hukuktaki uygulamalara benzer şekilde bir haksız fiil, sözleşmeye aykırılık gibi değerlendirildiği görülmektedir.[63] Ancak bunun tek istisnası ariyet veya vedia sözleşmesi ile teslim alınan bir malın alındığının yani devir olgusunun açıkça inkarı (cahd) dır. Zira Hz. Muhammed devrinde Arabistan'da Mahzumiye kabilesinden bir kadın ariyet sözleşmesi gereği kendisine teslim edilen bir eşyayı diğer deyimle emaneti teslim aldığını açıkça inkâr etmiş ve neticede bu durumun hırsızlık suçu teşkil ettiği peygamberce düşünülüp el kesme cezası uygulanmıştır. Eğer malı aldığını inkâr etmeseydi, bu cezayı almayacağı İslam hukukçularınca düşünülmektedir. Bahse konu hırsızlık diye ele alınan hareket mülga 765 sayılı TCK ve şimdiki TCK'da güveni kötüye kullanma suçu açısından devir olgusunun inkârı hareketine karşılık gelmektedir. Bu bağlamda İslam hukukunda

---

[60] **MENEKŞE**, s. 23; **ÜÇOK**, Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukuku'na Aykırı Hükümler (I), s. 141

[61] **SERAHSİ**, Kütabül Mebsüt, (Editör: Mustafa Cemal Akşit), Gümüşev Yayınları, (2008), 9.cilt s. 234

[62] **AVCI**, s. 317; **ÜÇOK**, Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukuku'na Aykırı Hükümler (I), s. 141

[63] **SERAHSİ**, Kütabül Mebsüt, 11.Cilt s. 189 *"Emanet veren vediayı ister de emanet alan inkâr ederse iki nedenden dolayı ödemekle yükümlü olur. Birincisi o emaneti edinmekle onu mülk edinmiş olmaktadır… İkincisi mal sahibi malını geri istediğinde koruma konusunda emanet alanı azletmiş olur. Emanet alan kişi emaneti inkâr etmekle hükmen malikin mülkünü engellemiş onun mülkü üzerinde sabit olan elini (hakimiyetini) yitirtmiş olur. Bu nedenle de ödeme yükümlüsü gasp eden gibi olmaktadır…"* Aynı şekilde malı emanet bırakması mal sahibince yasaklanan bir kimseye emanetçinin vermesi (s. 198) kitabın ariyetle ilgili kısmında (s. 210-220) tasarrufa aykırı kullanıma da ödeme gerekeceği belirtilmekle ayrıca bir başka cezadan bahsedilmemektedir. Ayrıca bkz. **ALEMGİR ŞAH**, Fetavayyi Hindiye (Fetavayi Alemgiriyye) (Çeviren: Mustafa Efe), 9. Cilt, Akçağ Yayıncılık, 1. Baskı, s. 161, 162 Yine Tanzimat dönemine kadar ki Osmanlı kanunnamelerinde de buna benzer şekilde bu suçla ilgili Ceza Hukuku alanına giren tazir niteliğinde düzenlemeler bulunmadığından; kanımız genel manada İslam hukukunda bu suçun tazminat gerektiren özel hukuktaki haksız fiil gibi değerlendirildiği yönündedir. İstanbul kadı sicilleri içinde ayrıca bkz. http://www.kadisicilleri.org/madde.php?klme=emanet&trch=hkm&-find=+ARA+ (Erişim Tarihi: 01.11.2018)

güveni kötüye kullanma suçunda ceza hukuku bağlamında cezalandırmanın bir tek bu halde yapıldığı düşüncesindeyiz.[64]

4) Türk Hukukunda

A) Osmanlı Devleti'nde

Osmanlı Devleti, hem İslamiyet öncesi Türk devlet geleneklerine bağlı kalmış hem de diğer İslamiyet sonrası Türk devletlerinde olduğu gibi dini esaslara bağlı hükümler tesis etmiştir. Uygulamada şer'i ceza hükümleri kullanılmıştır. Ancak İslam hukukundaki boşluklar Osmanlı'da örfi hukuk olarak kabul edilen özgün hukuk anlayışına göre doldurulmaya çalışılmıştır[65]. Dahası bazı noktalarda Tanzimat öncesi Osmanlı ceza hukukunda, İslam hukukuna aykırı hususlara rastlanmaktadır.[66] Tanzimat öncesi idari düzenlemelerle birlikte, ta'zir cezalarına ilişkin hükümlerin de yer aldığı pek çok padişah kanunnamesi klasik Osmanlı hukukunda yer almıştır. [67]Bu kanunnamelerden en önemlileri Fatih, II.Beyazıt, Yavuz Sultan Selim, Kanuni, IV. Murat, I. İbrahim ve IV. Mehmet Kanunnameleridir.[68] Ceza hukuku bağlamında hırsızlık, yağma, mala zarar verme gibi çeşitli malvarlığına karşı suçlarla ilgili bu kanunnamelerde detaylı düzenlemeler bulunsada güveni kötüye kullanma (hıyanet) ile ilgili düzenlemelere ne yazık ki rastlanamamaktadır.[69] Bu yönden Tanzimat öncesi Osmanlı ceza hukukunda güveni kötüye kullanma fiilinin kamu hukuku

---

[64] Bahse konu olay ve İslam hukukçularının bu konudaki düşünceleri için bkz. **Müslim BİN HACCAC**; Sahih-i Müslim Tercemesi (Kitabu'l Hudud- 5.cilt Çeviren: Mehmed Sofuoğlu), İrfan Yayımcılık ve Ticaret, (1988), s. 283; **Osman Nedim YEKTAR**; Hz. Peygamber'in Suçlar Hakkında Uyguladığı Temel Prensipler, Namık Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Yıl: 2015, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 65

[65] **Can CANPOLAT**, 5237 Sayılı TCK'da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2009), s. 14

[66] Bkz. **Coşkun ÜÇOK**, Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukuku'na Aykırı Hükümler (III), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1- 4, (1947), s. 48-73 Ancak bu kanunnamelerin İslam hukukuna aykırı olmadığı yönünde aksi yönde görüşlerde mevcuttur. Bkz. **Ahmet AKGÜNDÜZ**, Osmanlı Hukuku-Kanunnameler ve Şeri'at, Köprü Dergisi, Sayı:65, Kış (1999), s. 3- 30

[67] **ÜÇOK**, Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukuku'na Aykırı Hükümler (III), s. 52- 68;

[68] **ÜÇOK**, Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukuku'na Aykırı Hükümler (I), s. 126¸ **AKGÜNDÜZ**, Osmanlı Hukuku-Kanunnameler ve Şeri'at, s. 4; **Ahmet AKGÜNDÜZ**, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahliller (11 Cilt), Osmanlı Araştırmaları Vakfı, (2015)

[69] Bkz. **ÜÇOK** "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukuku'na Aykırı Hükümler (III), s. 52-68 Makalede bu sayfalarda Kanuni, Bosna ve Fatih Kanunnamelerinden kesitler tercümesi de yapılarak verilmekle açıkça cezai anlamda Emniyeti Suiistimal veya emanete hıyanet veya hıyanet olarak bir düzenlemeye güveni kötüye kullanma suçuna konu teşkil edecek cezalandırılacak bir fiille rastlanmamaktadır. Ayrıca bkz. **AKGÜNDÜZ**, Osmanlı Hukuku-Kanunnameler ve Şeri'at, s. 4 ve **AKGÜNDÜZ**, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahliller, (11 Cilt)

anlamında cezasız bırakıldığı, ancak özel hukuk bağlamında tazminata hükmedilecek bir haksız fiil sayıldığını belirtmek yanlış olmaz.

1839 yılında yayımlanan Gülhane Hattı Hümayunu ile Osmanlı Devleti'nde yeni bir dönem başlamıştır. Hukuk tarihi açısından klasik Osmanlı hukuk devri bu bildirge ile sona ermiştir. Padişah tarafından kanunsuz cezalandırma yapılamayacağı kabul edilmiş ve yargılamada açıklık prensibi benimsenmiştir. Ayrıca kişi hak ve hürriyetlerinin korunacağı beyan edilmiştir. Neticede kanunlaştırma hareketlerine girişen, Tanzimat dönemi Osmanlı Devleti, bir yandan Batı ülkelerinin kanunlarını tercüme edip iktibasa başlamıştır, diğer yandan da iktibas yapmadığı alanlarda da batılı tarzda kanunlar çıkarıp hazırlamaya çalışmıştır.[70]

Bu kanunlardan ilki 1256 (1840) tarihli Ceza Kanunnamesi'dir[71]. Bu kanunname 13 bölüm ve 41 maddeden oluşmaktadır. Yapım tekniği açısından kanunu hazırlayanlar, bir Batı ülkesinden uyarlama yapmak yerine, Osmanlı Devleti'ne özgü bir kanun yapma yolunu tercih etmişlerdir. Bunu yaparken de kısmen o dönemin modern hukuk tekniklerinden yararlanmışlardır. Ancak Batı ülkelerindeki pozitif mevzuattan ziyade Avrupa fikriyatından etkilenme söz konusudur.[72] Bu kanundaki en önemli yön İslam hukukundaki şeri ve örfi cezaların bir araya getirilmesi ve tek çatı altında toplanmaya çalışılmasıdır. Bunun dışında temyiz, kanun yolu olarak Osmanlı hukukuna girmiştir. Kanunla dilekçe hakkı, hukuka aykırı işlem ve eylemde bulunan kamu görevlilerinin kişisel ve genel cezai sorumluluklarının getirilmiş olması, Meclis-i Ahkam-ı Adliye'ye hem bir yüksek mahkeme vasfının verilmesi hem de Sayıştay konumuna getirilmesi, ölüm cezalarının sınırlandırılması dikkate değer niteliktedir. Ancak eski İslam hukuku doktrininden kalan cezalandırma yöntemleri, suç genel teorisine ilişkin hükümlerin neredeyse hiç bulunmaması, modern ceza anlayışından farklı sistematik, pek çok suçun hala bu kanunnamede düzenlenmemesi bu yasayı modern değil Osmanlı kanunname geleneğinden gelen bir yasa olarak görmemize yol açmaktadır.[73]

---

[70] **Abdullah DEMİR**, Türk Hukuk Tarihi, Işık Yayınları, (2011), s. 162

[71] Tam adı "1256 tarihli Kanun-ı Cezanın ve Balasını Tevşih Buyuran Hattı Hümayun" olup biz kısaca yazım kolaylığı açısından herkesçe bilinen "1256 tarihli Ceza Kanunnamesi" terimini kullanmayı uygun görmekteyiz.

[72] **Rabia Beyza CANDAN**, 1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1 s. 80

[73] **CANDAN**, s. 73; **Said Nuri AKGÜNDÜZ**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2010), s. 57

Bununla birlikte 1256 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde güveni kötüye kullanma suçu ve dolandırıcılık gibi mal varlığına karşı suçlar da ismen geçmemektedir. Bunun yerine dördüncü bölümün bir ve ikinci maddesinde "mülkiyete tecavüz" suçu[74] düzenlenmektedir. Bu bölümün birinci maddesi bir kimsenin malına ya da emlâkına müdahaleyi yasaklamakta ikinci madde ise işleyenler hakkındaki cezayı belirtmektedir. Buradaki suça konu fiil Roma hukukundaki furtum suçuna benzemektedir. Hatta bu maddenin suç tanımı ondan çok daha geniş şekilde mala zarar verme, yağma, hırsızlık ve özellikle güveni kötüye kullanma suçlarını içine alacak şekilde düzenlenmiştir.[75] Bu kanun, yürürlükte kaldığı onbir yıl boyunca, çok defa değişikliğe uğramasına karşın bir türlü eksiklikleri giderilememiştir.

1256 tarihli Ceza Kanunnamesi'nden sonra 1267 (1851) tarihli Kanun-i Cedid adında bir ceza kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun ufak bazı değişiklik ve eklemelerle 1256 tarihli Kanunname'nin tekrarıdır.[76] Güveni kötüye kullanma suçu bakımından da pek fazla yenilik getirmemiştir.

1256 tarihli Ceza Kanunnamesi'nden on bir yıl sonra çıkan 1274 (1858) tarihli Kanunname (1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu) ise 1810 tarihli Fr.CK.'nın iktibası niteliğindedir. Ancak bu kanundan ayrı hükümlerede yer verilmiş ve 1855 tarihli "Men'i İrtikap Kanunnamesi'ne paralel düzenlemeler de konmuştur. Güveni kötüye kullanma suçu, esas bu 1274 tarihli Ceza Kanunnamesi'yle Osmanlı ceza hukukunda cezalandırılabilir, bağımsız bir suç niteliği almıştır. Kanunun güveni kötüye kullanma ile ilgili maddelerine bir bakılacak olursa, bu kanunamenin 234. maddesi "ayırt etme gücü olan küçüğün ihtiyaç ve ihtiraslarının kötüye kullanılmasını" düzenlemektedir.[77] Ancak bu düzenlemeye bakınca "hile ile" ibaresi

---

[74] 1256 tarihli Ceza Kanunnamesi 4.fasıl (bölüm): *1."Tarafı devleti aliyeden bir kimsenin mal ve emlakine vaz-ı yed olunamayacağına meali merakip hazreti Şahaneden kezalik akdü misak buyurulmuş olduğundan büyük ve küçük bir kimse diğer birisinin mal ve emlakine taarruz, tasallut ve müdahale etmek veya cebren almak veya sattırmak için bizzat veya bilvasıta icbar eylemek misillü şeyler veche minel rücu caiz olmaya."*
2."Tecavüz olunan mallar iade veya tazmin ettirildikten başka, fiili ika eden memur ise işinden çıkarılır, değilse bir sene durmak üzere başka bir yere sürülür." (**BULUTOĞLU**, s. 22)

[75] **CANPOLAT**, s. 15

[76] **AKGÜNDÜZ**, s. 57

[77] *"Her kim bir sebb-i mümeyyizin ihtiyacat-i vezayif ve havasını suiistimal ile zararına olarak akçe ikrazına ve eşya iaresine veya ticaret vesair güna evrakın itasına dair taahhüt veya ibrayı mutazammın elinden hile ile her nasıl yapmış olursa olsun bir senet alırsa iki aydan iki seneye kadar hapsolunur ve vuku bulan zarar tazmin ettirildikten başka tazmin olunan akçenin rubundan ziyade ve herhalde bir mecidiye altınından aşağı olmamak üzere cezayi nakdi alınır ve eğer bu senedi alan kimsenin olsebbi mümeyyizin veli veya vasisi ise hapis müddeti üç aydan üç seneye kadar temdid*

geçtiği için düzenleme güveni kötüye kullanma suçundan çok dolandırıcılık suçuna benzemektedir. Zira hile, güveni kötüye kullanma suçunun değil dolandırıcılık suçunun maddi unsurudur.[78] Kanunnamenin 235.maddesinde "açığa atılan imzanın kötüye kullanılması" suçunu düzenlenmektedir. Bu suça bakınca "hile ve sirkat ile" ibaresinden bu suçun da güveni kötüye kullanmanın tam olarak özelliklerini taşımadığını görmekteyiz.[79] Aynı şekilde 1274 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin 237. maddesinde "Mahkemeye sunulan belgelerin kötüye kullanılması" suçu düzenlenmekle, bu suçta tam tezimize konu güveni kötüye kullanma suçu özelliklerini taşımamaktadır.

Esas ve gerçek anlamda güveni kötüye kullanma suçu, bu kanunnamenin 236. maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre *"Emanet ve vekâlet tarikiyle veya ibraz ve iade etmek veyahut muayyen bir suretle istimal eylemek üzere ücretli ve ücretsiz bir hizmet sıfatıyla kendisine ita ve teslim kılınmış olan emval ve eşya ve nükut ve tahvilat vesair her türlü taahhüdat ve ibrayı mütezammın senedat ashabını izraren ketim veyahut zayi eden şahıs iki seneye kadar hapsolunur ve kendisinden lazım gelecek tazminatın ifası ile bedel-i tazminin rub'u kadar ceza-i nakdi dahi alınır."* Bu madde 1810 tarihli Fr.CK'nın 408. maddesine benzer bir maddedir. Ancak aradaki fark 1810 tarihli Fr.CK'da teslim sebepleri tamamen sayılı iken bu ceza kanununda teslime konu akitler teker teker sayılmamıştır. Bu yönden bir sınır konulmamıştır. Emanet ve vekâlet amaçlı malın teslimi yanında bir mal, eşya, para, senet vs. her türlü taahhüt ve ibraya konu senedin ücretli veya ücretsiz bir hizmet karşılığı teslimi yeterlidir. Güveni kötüye kullanmaya yönelik tasarruflarda ise bir sınır bulunmaktadır. Zira eşya, senet ve malların zarar verme amaçlı saklanması (ketim edilmesi) veya elden çıkarılması (zayi edilmesi) olarak tasarruf halleri sayılmış ve başkaca bir tasarruf haline yer verilmemiştir. Bu yönden örneğin malın rehnedilmesi gibi tasarruflar bu suçu oluşturamayacaktır. Seçimlik hareketli ama

---

olunur."(**Mustafa Emil ELÖVE**, Emniyeti Suiistimal Cürmü, Adalet Dergisi, Sayı: 3, Mart (1954), s. 264)

[78] **ELÖVE**, s. 264; **Hamid KÖSE**, Güveni Kötüye Kullanma (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2009), s. 10

[79] *"Bir şahıs kendisine emniyeten tevdi ve teslim olunan mühürlü veya imzalı beyaz kâğıdı suiistimal ile hile ve sirkat suretinde o misillü mühürlü ya imzalı kâğıdın üst tarafına bir taahhüdü veya bir ibrayı mütezammın olan ibarat ile doldurur veya sahib-i mühür ve imzayı zaten itham ve malen izrar edecek bir senet tanzim eder ise altı aydan aşağı olmamak üzere hapis ile mücazat olunur. Ve beş mecidiye altından elli mecidiye altına kadar ceza-i nakdi alınır. Ve eğer o misillü imzalı kâğıt emniyeten tevdi ve teslim olunmayıp bir takrible ele geçirerek öyle sahte şeyler yazmış ise sahtekâr hükmünde tutularak sahtekâr cezası ile tedip olunur."* (**Ahmet GÖKCEN**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, (1989), s. 159)

aynı zamanda bağlı hareketli suç olarak bu suç düzenlenmiştir. Bunun dışında fer'î zilyedin elindeki mala yönelik bu türden eylemlerde güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılmaya engel değildir.

Diğer taraftan 1274 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin 236. maddesi 28 Nisan 1330 (11 Mayıs 1914) tarihinde tekrar bir değişikliğe uğramıştır. Bu düzenleme ile suçun cezası arttırılmıştır. Fakat en önemlisi zarara uğratılma şartı yerine, failin kendisinin veya başkasının yararına hareketi suçun oluşması için yeterli görülmüş ve bu yönde bir değişiklik yapılmıştır.[80]

Bunun yanında 22 Mayıs 1327 (4 Haziran 1911) tarihli bir değişiklikle soruşturma safhasına geçmeden önce suça iştirak eden kişinin kanuni merciiye ihbarda bulunması halinde hırsızlık suçundan ceza almayacağına ilişkin madde, güveni kötüye kullanma fiilini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Neticede bu suç içinde etkin pişmanlık müessesesinin uygulanması imkânını sağlayan bir düzenlemeye yer verilmiştir.[81]

B) Türkiye Cumhuriyeti'nde

Türkiye Cumhuriyeti'nde 1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı TCK, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan (1889 tarihli İt.CK.) iktibas edilmiştir.

1926 yılındaki kanunun ilk metninde 508. madde (1889 tarihli İt.CK.karşılığı 417. madde) güveni kötüye kullanma suçunu düzenlemekteydi. Bu fasılda yine 509. madde imzalı fakat boş senedin suiistimalini düzenlemektedir. 510. madde *meslek ve sanat veya ticaret veya hizmet sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veyahut idare etmek için kendisine tevdi olunan veya teminat olarak teslim edilen şeyler üzerinde"* güveni kötüye kullanma ve ödenmiş senedin suiistimalini ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlemiştir. Ayrıca bu halde güveni kötüye kullanma suçunun oluşması durumunda şikâyete gerek kalmadan takibat yapılacağını belirtmiştir. 511. maddede başkasına ait kaybolmuş eşyayı bulup da Medeni Kanun'a aykırı şekilde iktisap etmeyi ve başkasına ait olan bir eşyanın hata, tesadüf sonucu ele geçirilip üzerinde hak iddia edilmesini cezalandırmaktadır.

---

[80] **Mustafa ŞENTOP**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Kanunlar-Tadiller-Layihalar-Uygulama, Yaylacık Matbaası, İstanbul, (2004), s. 70; **CANPOLAT**, s. 17

[81] **CANPOLAT**, s. 17

Esas temel güveni kötüye kullanma suçunu düzenleyen 508. madde, 1889 tarihli İt.CK.'da ki 417. maddenin karşılığıdır. Ancak bu maddenin 765 sayılı TCK'ya, bire bir şekilde iktibas edildiğini söylemek mümkün değildir. Örneğin, güveni kötüye kullanmaya ilişkin bölümde tercümesi yapılmayan ve mevzuata girmeyen defineye usulsüz temellük fıkrası 508. maddede bulunmamaktadır.[82] Bunun yanında 1889 tarihli İt.CK.'da geçen iade, istimal (kullanma) veya tevdi sebeplerini tahvil (değiştirme) ile tümcesine ve temellükün haksız olması (bi gayri hakkın) şartına yer verilmemiştir. Ayrıca 1889 tarihli İt.CK. 417. maddede suçun oluşumunda netice açısından "sahiplenmenin yapılması (temellük edinme)" hususu bulunurken; 508. madde "temellük iddiasında bulunmanın" suçun oluşumu için yeterli olduğunu belirtmektedir.[83]

Buna göre 765 sayılı TCK'da 508. maddenin ilk hali ise şu şekildeydi. *"Her kim, başkasına ait olup da iade veyahut muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne nam ile olursa olsun teslim olunan bir malda kendisinin veya başkasının menfaatine olarak temellük iddiasına kıyam ederse mutazarrır olan kimsenin şikâyeti üzerine iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır.*[84]*"*

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere kanununun ilk şeklinde suçun oluşması için hangi sözleşme ile devrin yapılması gerektiğinden bahsedilmemiş ve her ne suretle olursa olsun teslimden bahsedilmiştir. Bunun yanında kanun suçun oluşabilmesi için kendisi veya başkasının menfaatine "sahiplik iddiasında bulunmayı" şart koşmuştur. "İade, istimal ve tevdi sebeplerini tahvil" ifadesine yer verilmemesiyle, kısaca eksik tercüme ile pek çok hareket farkında olmadan suç kanımızca kapsamı dışına çıkarılmıştır. Diğer bir deyimle, öğretideki görüşün aksine kanaatimizce 765 sayılı

---

[82] **BULUTOĞLU**, s. 23; **KÖSE**, s. 12

[83] 1889 İt.CK: m.417: *"Her kim başkasına ait olup da iade veya muayyen bir suretle istismal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne suretle olursa olsun teslim olunan malda kendisinin veya başkasının menfaatine olarak iade, istismal veya tevdi sebeplerini tahvil ile bigayri hakkın temellük ederse mutazarrır olan tarafın şikâyeti üzerine iki seneye kadar hapis 100 liretten fazla ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır."* (Kanunun Türkçe çevirisinin alındığı kaynak: **Luigi MAJNO**, Ceza Kanunları Şerhi-Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Yargıtay Yayınları, Ankara, (1981) s. 22)

[84] 508. maddenin eski 765 sayılı TCK'daki ilk hali için bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/pdf/765.pdf (Erişim Tarihi: 29.07.2016) internet adresindeki Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı internet sitesinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlükten Kaldırılmış Hükümleri s. 16; ayrıca bkz. **Faruk EREM**, Ceza Hukuku Hususi Hükümler, Bilim Yayınları, Ankara, (1968) s. 499

TCK'nın 508. maddesinin ilk halinde bu suç, 1889 tarihli İt.CK.'dan (m. 417) farklı şekilde serbest hareketli suç olarak değil; bağlı hareketli suç olarak düzenlenmiştir. [85]

Mutazarrır (zarar gören) kimsenin şikâyeti ile cezalandırma yapılacağı da maddede belirtildiği için eşyanın devrinin malik tarafından değil bir başka fer'î zilyet, başkası için zilyet veyahut zilyet yardımcısı tarafından eşya malikinin rızası doğrultusunda yapılması halinde de faile karşı bu suç oluşabilecektir.[86]

765 sayılı TCK'nın 508. maddesinin, iktibas edilen 1889 tarihli İt.CK.'dan farklı, eksik tercüme ile bağlı hareketli olarak düzenlenmesi, 1926 yılından 1933 yılına kadar çeşitli sorunlara yol açmıştır. Yine 765 sayılı TCK'nın kanunlaşmadan önceki hatta Osmanlı dönemindeki yararlanılan ilk tercümelerinde yer alan icrayı tasarruf ile temellük iddiasına kıyam eylemek[87] ibaresinden TCK'ya geçen temellük iddiası, Türk hukukunda yanlış anlaşılmalara sebebiyet vermiştir. [88] Zira 508. maddenin ilk haline göre malın teslim anlaşmasına aykırı olarak zilyetliği devralan fail tarafından yalnızca kendisi veya başkası yararına sahiplenmesi yani mülkiyet iddiasında bulunulması durumunda bu suç oluşacaktır.

Bu malın fail tarafından, mülkiyet iddiasında bulunmadan ancak teslim anlaşmasında, malikin rızasının aksine bir başkasına rehnedilmesi veya başka bir kimseye eşya malikinden izinsiz emanet olarak verilmesi halinde bu suç

---

[85] **BULUTOĞLU**, s. 23-24 eserinde TCK 508. maddenin ilk halini İtalyan Ceza Kanununun ilk haliyle aynı olarak göstermekle, bu yönden ilgili eser hatalıdır. Madde diye koyduğu hükmün TCK'nın 508. maddesindeki ilk haliyle alakası yoktur. Bu kaynaktan yola çıkan **Zafer ORUZ**, Emniyeti Suiistimal Cürmü (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul (1988) s. 22; **KÖSE**, s. 12; eserleri ve bunun yanında **Şenel SARSIKOĞLU**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması, Adalet Yayınevi, (2014), s. 22 eseri de hatalıdır. Öğreti de bu suçun 1926- 1933 arasındaki bu dönemde serbest hareketli suç olarak düzenlediğini savunan görüş için bkz. **BULUTOĞLU**, s. 24; **SARSIKOĞLU**, s. 22

[86] **BULUTOĞLU**, s. 23-24

[87] Ceza Kanunu Layihası, İstanbul Matbaayı Amire, 1325 (1909), m.416 (Nakleden: **EREM**, Ceza Hukuku Hususi Hükümler, s. 499) Bu 508.maddedeki eksik tercümenin nedenide bu lahiyadır. Zira 765 sayılı TCK sanıldığının aksine 1926 yılında İtalyan Ceza Kanunu'nun İtalyanca'dan çevrilerek iktibası ile yapılmamıştır. 1889 İtalyan Ceza Kanunu,1909 yılında 2.Meşrutiyet döneminde Fransızca bir tercümesinden Türkçeye çevrilmiştir. Bu çeviri metni 1911 yılında Osmanlı Ceza Kanunu değişikliklerinde kullanılmıştır. 1926 yılında da yine bu çeviri metni ve Meclisi Mebusan'da oluşturulan kanunlaşmayan bir lahiyadan (ceza kanunu tasarısından) yararlanılarak 765 sayılı Kanun oluşturulmuştur. (Bkz.**ARTUK- ÇINAR**, s. 40- 42; **Faruk EREM**, Yasaların Dili, http://www.farukeremvakfi.org.tr/14/s1.html (Erişim Tarihi:09.02.2018) Kanımızca TCK m. 155'in ilk halindeki eksik tercüme hatasının kaynağı da ne yazık ki bu metinlerdir. Yine elbetteki görüşmüzün aksine bu eksik tümcenin suçun serbest hareketli suç olmasını engellemediğini veya aksine bu tümce olsa idi suçun bağlı hareketli suç haline geleceğini iddia edenler çıkacaktır. Ama bizim açık kanaatimiz 1926- 1933 yılı arasındaki bu suçla ilgili uygulamada ve yorumlamadaki sorunların bu "temellük iddiasına kıyam eylemek" davranışını açıklayıcı nitelikteki bu tümcelerin eksik çevirisinden kaynaklandığı yönündedir.

[88] **EREM**, Ceza Hukuku Hususi Hükümler, s. 499

oluşmayacaktır. Failin emanet bırakılan bir malı bilhassa emanet edilmiş bir parayı malikin rızası dışında kullanması ve tüketmesi sonrasında geri istenmesi üzerine varlığını inkâr etmeyip zimmetinde malike ödeyeceği borç olduğunu belirtmesi durumunda bu suçun oluşup oluşmayacağı da doktrinde ve Yargıtay'da tartışmalara neden olmuştur.[89]

Neticede 1933 yılında, 2275 sayılı Kanun'la, 765 sayılı TCK.'nın 508. maddesi değişikliğe uğramıştır.[90]Bu değişiklikte kanun koyucu İtalyan Ceza Kanunu'nun 417. maddesindeki mehaz hükmü esas alıp, bu maddenin iktibası sırasındaki tercüme eksikliklerini ve hatalarını gidermek yerine yeni ve ülkemize özgü bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir.[91]

Bu değişiklikle 508. maddesi şu hali almıştır:

"*Her kim başkasına ait olup da 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 inkâr eyler veyahut tahvil ve tağyir ederse*

[89] Bkz. 508. maddede değişiklik yapan 1933 tarihli 2275 sayılı kanun ile ilgili bu tadilatın sebebini gösterir Adliye Encümeni Mazbatası*: "Emniyeti suiistimale mütedair olan ceza kanununun 508 ve 509 uncu maddeleri encümence değiştirilmiştir. Merî kanunun emniyeti suiistimal cürmünün unsurlarını tayin eden metnine göre bu cürmün vücut bulması için failin temellük iddiasına kıyamı meşrut bulunmuş ve tatbikatta bilhassa kendisine emanet edilmiş olan bir parayı sarf ve istihlâk ettikten sonra bunu para sahibine karşı zimmetinde borcu olduğunu söylemesi üzerine temellük kastına mukarin olmadığı sebep ile hareketi cürüm sayılmamaktadır. Her ne kadar son zamanlarda temyiz mahkemesinin içtihad ile böyle bir hareketin emniyeti sui istimal cürmü addedildiği öğrenilmişse de maddenin hali hazır şekline göre maksadı laikiyle temin etmediği meydanda bulunduğundan emanet ve vedia olarak bir şahsa teslim edilen para olsun sair mal olsun bir şeyin satılması, rehnolunması ve sarf ve istihlâk edilmesi ketim ve inkâr olunması yahut tahvil ve tağyir edilmesi emniyeti suiistimal cürmünü teşkil edeceği yolunda açık ifade ile 508 inci madde kaleme alınmıştır. Bedeli ödenipte istirdat edilmeyen senetlerin bedelsiz kaldıkları halde ashabı aleyhine istimal edilerek izrara kalkışıldığı pek çok hadis olan hallerden bulunduğu cihetle böyle bedelsiz elde kalan bir senedin istimalini de cezayi müstelzim bir hareket olduğu tespit edilmiş ve 509 uncu madde bu maksada göre tadil olunmuştur."*(https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c016/tbmm04016066.pdf (Erişim Tarihi: 31.07.2016); ayrıca bkz. **BULUTOĞLU**, s. 24)

[90] 509. maddede de değişiklik yapılmıştır. Yanlış tercüme yapılan "imzalı ve yazısız bir kâğıda" ibaresi "imzalı veya yazısız kâğıda" şeklinde düzeltilmiş ve bunun yanında "bedelsiz kalmış senedin istismali (kullanılması)" ibaresi de maddeye eklenerek bedelsiz kalmış senedi kullanmakta açıkça suç haline getirilmiştir. 1936 yılında 3038 sayılı kanunla tekrar değişikliğe uğrayan bu madde 2005 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Bu yönden de **ORUZ**, s. 22; **KÖSE**, s. 12 ve **BULUTOĞLU**, s. 24, **SARSIKOĞLU**, s. 22 eserleri eksiktir.

[91] Kanımızca yasa koyucu bu yolu tercih etmek yerine kanun koyucu 509. maddede yaptığı gibi tercüme hatalarını düzeltip, eksik tercümeyle ilk düzenlemeye almadığı 1889 İt.CK 417. maddedeki "*iade, istismal veya tevdi sebeplerini tahvil ile"* tümcesini "temellük iddiasına kıyam ederse" tümcesinden önce maddeye koysa bu suç serbest hareketli bir suç halini alacağından çok daha iyi bir düzenleme yapılmış olurdu.

mutazarrır olan kimsenin şikâyeti üzerine iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır."

Bu düzenleme ile suç "seçimlik hareketli suç" halini almıştır. Yasa koyucu kazuistik bir yöntem tercih ederek güveni kötüye kullanma suçu teşkil edecek hareketleri tek, tek saymayı tercih etmiştir. Bu madde 1 Haziran 2005 tarihinde 765 sayılı TCK'nın ilga edilmesine kadar değişmeden yürürlükte kalmıştır. Bu tarihten sonra ise 5237 sayılı TCK'nın 155. maddesindeki düzenleme ile güveni kötüye kullanma suçu, "serbest hareketli suç" halini almıştır.

II- SUÇUN BAZI ÜLKELERDE DÜZENLENME BİÇİMİ

1) Almanya

Güveni kötüye kullanma suçu, Alman Ceza Kanunu'nda iki yerde düzenlenmiştir. Bunlardan biri hırsızlık ve mal edinme başlığını taşıyan 19. bölümde 246. maddede yer alan "haksız mal edinme" (güveni kötüye kullanma)[92] suçudur. Bu maddede güveni kötüye kullanma suçunun basit hali düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre;

"Madde 246: Haksız Mal Edinme

1. Her kim, başkasının taşınır bir malını, hukuka aykırı bir şekilde kendisine veya üçüncü kişiye mal edindirse, başka hükümlerde daha ağır bir ceza öngörülmemişse 3 yıla kadar hapis cezası ile veya adli para cezası ile cezalandırılır.

[92] **CANPOLAT**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu adlı eserinde (s. 29) bu suç "mal edinme suçu" olarak tanımlanırken; **Johanness WESSELS –Thomas HILLENKAMPF**, Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanmak Suçları (Çeviren: Yener Ünver), Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk (Editör: Yener Ünver), Seçkin Yayınları , Ankara, (2009) s. 15'de bu suçun adı "inancı kötüye kullanma suçu" olarak geçmektedir. Almanca kanunun orijinalinde (unterschlagung) ve Alman Federal Adalet Bakanlığının yayınladığı kanunun İngilizce çevirisinde "Haksız mal edinme" olarak geçmektedir. Bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p2057 Feridun Yenisey ve Gotfield Plagemann tarafından Türkçeye çevrilen Alman Ceza Kanunu çevirisinde ise bu 246. maddedeki suçun "haksız mal edinme" suçu olarak çevrilmesine karşın maddenin karşılığın TCK m. 155/1 –güveni kötüye kullanma suçunun basit haline karşılık geldiği diğer taraftan Alman Ceza Kanununun 266. maddesinde zikredilen "Untreue" sözcüğünün güveni kötüye kullanma suçu olarak çevrimi yapılsada, 246. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali olarak dikkate alınması gerektiği; bu maddenin TCK'daki benzerinin TCK m. 155/2 olduğu açıkça belirtilmektedir. Diğer deyimle Almanya'da, Türkiye'nin aksine güveni kötüye kullanmanın nitelikli hali; Alman CK 266. maddesinde ayrı bir suç şeklinde düzenlenmiştir. (**Feridun YENİSEY- Gottfried PLAGEMANN**; Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (Stgb), Beta Kitabevi, 2.Baskı, (2015), s. 359, 388 - Aynı şekilde **Hans Heinrich JESCHECK**, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 2.Baskı,(2007), s. 106)

2. Birinci fıkraya giren hallerde, mal faile emaneten verilmişse, beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

3. Bu suça teşebbüs cezalandırılır."[93]

Bu suçun maddi konusu yalnızca taşınır mallardır. Taşınmaz mallar bu suça konu olamazlar. Bunun dışında suçun hukuki konusu olarak mülkiyet hakkının korunduğu düşünülmektedir.[94] Bu maddedeki esas değişik nokta bu suçun oluşması için bir sözleşme ilişkisinin tesis edilmesine gerek olmamasıdır. Türk hukukunun aksine (TCK m. 160) güveni kötüye kullanma ile kaybedilmiş bir eşyanın iktisabı (lukata) ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Buna göre tesadüfen veyahut sel, tabii afet gibi nedenlerle veyahut mağdur tarafından kaybedilen eşyalarında fail tarafından mülkiyetinin başkasına ait olduğunun bilerek iktisabı da buradaki suça konu olabilir. Ancak güven ilişkisine dayanarak bir eşyanın faile emaneten teslimi yapılması, bu maddenin 2. fıkrasında ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Bu durumda basit güveni kötüye kullanma bu maddenin ağırlaştırıcı şekli ve nitelikli halidir. Bu nedenle esas konumuz güveni kötüye kullanma ile ilgili fiil Alman CK. m. 246/2. fıkradaki düzenlemedir, diyebiliriz.[95]

Yine, suça konu olan eşyaların fail tarafından iktisabı halindeyse bu maddeden değil," Suç Eşyasının Satın Alınması Temini" (Hehlerei, Alman CK m. 259) suçundan işlem yapılacaktır.

Bu maddede kendisine mal edinme kavramı kısa değil uzun süreli bir kullanımı ifade etmektedir. Bir eşyanın kısa süreli haksız şekilde olarak kullanılıp ardından failin iradesiyle hukuka uygunluk durumun yeniden tesisi durumunda haksız kullanım söz konusu olmadığı için kanunun 246. maddesinde tarif edilen suç oluşmayacaktır.[96] Kanunda varsa başkaca suçlardan uygulama yapılacaktır. Örneğin bir motorlu aracın veya bisikletin hak sahibinin iradesine aykırı olarak kullanılması

---

[93] Madde çevirisinin alındığı kaynak: **YENİSEY- PLAGEMANN**, s. 359,360

[94] **Johannes WESSELS- Thomas HILLENKAMPF**, Strafrecht- Besonderer Teil 3- Straftaten Gegen Vermögenswerte, C.F Müller, 37.Auflage, (2014) s. 149 Ayrıca bkz. **Wolfgang MITSCH**, Strafrecht Besonderer Teil 2 Vermögensdelikte, Springer, 3e Auflage, (2015), s. 4,6; **Thomas FISCHER**, Strafgesetzbuch: StGB- Beck'sche Kurz-Kommentare; Band 10, C.H Beck, 61. Auflage, (2014), s.1757; **Helmut SATZGER- Wilhelm SCHLUCKBIER-Gunter WIDMAIER- Hans KUDLICH**, Stgb Strafgesetzbuch Kommentar, Carl Heymanns Verlag, 2.Auflage, (2014), s. 1519

[95] **JESCHECK**, s. 107; **Michael BOHLANDER**, Principles of German Criminal Law, Hart Publishing, (2009), s. 218

[96] **WESSELS- HILLENKAMPF**, Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları (Çeviren: Yener Ünver), s. 52

halinde 246. maddeden değil, Alman CK.'sının 248/b maddesindeki izinsiz araç kullanma suçundan işlem yapılacaktır. Faile vedia akti ile emanet bırakılan bir motorlu aracın (bisiklet dışı malın), o kişi tarafından mal edinme veya edindirme amacı dışında haksız şekilde kullanımında, Alman CK'sının 246. maddesinden değil ancak şartları oluştuğunda 266. maddesinde yer alan güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden işlem yapılabilecektir.

Yine eşyayı mal edinmeden, evvel başkasına ait eşyanın fiilen elinde bulundurma durumunun (gewehrsam) gerçekleşmiş olması şarttır.[97] Bu durum bu suçu, hırsızlık (Diebstahl-Alman CK m. 242) suçundan ayıran unsurlardan biridir. Zira, hırsızlık suçunda başkasının malvarlığında ve zilyetliğinde bulunan bir mal alınırken, burada fail zaten kendi zilyetliğinde bulunan veya fiilen elinde buldurduğu bir malı[98] mülk edinme kastıyla elinde bulundurmaya devam etmektedir. Yine Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında fiilen elinde bulundurma durumu ile mal edinme hareketinin neredeyse aynı zamanda gerçekleşmesi veya çok kısa bir zaman dilimi arada olması halinde dahi bu suçun oluşabileceği belirtilmektedir.[99]

Suçun oluşumu için mal edinme veya edindirme niyetinin objektif olarak dışa vurumu esastır. Ele geçen malın satılması, satılmaya çalışılması, tüketilmesi, uzun süreli kullanıma tahsisi gibi eylemler mal edinme veya edindirme niyetinin açıkça dışa vurumu olarak görülmektedir.[100]

Almanya'da suçlar cürüm ve cünha olarak ikiye ayrılmaktadır. Alt sınırı 1 yıl veya daha fazla hapis cezası öngörülen fiiller "cürüm"; alt sınırı 1 yıldan az hapis cezası tehdidine alınan fiiller "cünhadır." (Alman CK. m. 12) Cürüme teşebbüs, daima cezalandırılırken, cünhaya teşebbüs ise aksi yasada belirtilmediği sürece cezalandırılmaz. (Alman CK. m. 23/1) Bu kanunun 246. maddesindeki suç cünha niteliğinde bir suç olup, teşebbüsün bu sebeple cezalandırılacağına dair açık hüküm tesis edilmiştir. Teşebbüs halinde ceza indirimine gidip gitmemenin takdiri tamamen hâkime aittir. (Alman CK. m. 23/2; m. 49)

---

[97] **JESCHECK**, s.106; **WESSELS- HILLENKAMPF**, Strafrecht- Besonderer Teil 3 -Straftaten Gegen Vermögenswerte, s. 154-157

[98] **JESCHECK**, s. 106-107 Yazar kitabında açıkça bu iki halden birinin suçun oluşumu için yeterli olduğunu belirtmektedir.

[99] **JESCHECK**, s. 106-107

[100] **WESSELS- HILLENKAMPF**, Strafrecht- Besonderer Teil 3 -Straftaten Gegen Vermögenswerte, s. 150,151

Kanunun 246. maddesine göre suçun mağduru kayyum, kanuni müşavir veya ailenin bir mensubu ise veya fail ile suçtan zarar gören aynı evde yaşıyorsa fiil sadece şikâyet üzerine kovuşturulabilir. (Alman CK. m. 247) Yine suça konu eşyanın değeri az ise bu suçun kovuşturulması, Alman soruşturma ve kovuşturma makamlarının suçun özel öneminden ötürü resen harekete geçme hakkı saklı kalmak üzere, şikâyete tabidir. Diğer hallerde resen kovuşturma yapılabilecektir. (Alman CK. m. 248/a)

Öte yandan Alman CK. m.246/1'de hukuka aykırı mal edinme fiilini düzenleyen hükümde yer alan *"başka hükümlerde daha ağır bir ceza öngörülmemişse"* ibaresi bu fıkradaki suçun ikincil norm (yardımcı norm) olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak esas konumuzu oluşturan 2.fıkrada ise içtima yönünden durum değişiktir. Zira bu hükümde 1.fıkradaki gibi bu ibare yer almamaktadır. Sadece 2. fıkrada işlenilen fiil açısından 1.fıkra ile bir bağlantı kurulmaktadır. 2012 yılına kadar bir görüş, kanunun 1.fıkrasında yer alan bu ibarenin 2.fıkra yönünden de geçerli olduğu ve 2.fıkra ile diğer ceza kanunundaki maddeler arasında da birinci fıkradaki gibi asal- yardımcı norm ilişkisi olduğu düşüncesindeydi.[101] Ancak **Al. Yrgt. (BGH) 2 StR 137/12 nolu ve 26 Haziran 2012 tarihli kararında** bu yaygın görüşün aksi kanaate varmıştır.[102] Alman Yargıtay'ına göre 1.fıkrada bulunan bu ibarenin 2.fıkra açısından değerlendirilmesine imkân bulunmamaktadır. Alman CK m.266 ile Alman CK m.246/2 arasında bir özel norm- genel norm ilişkisi düşünülebilir. Diğer suçlarla bu fıkra arasında ise Alman CK m.52/2. maddesindeki fikri içtima kurallarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Bu kararda Alman CK m.246/2. maddesi açısından 1.fıkradaki ikincil norm hükmünün uygulanmayacağı yönündeki tespit doktrinde doğru bulunurken diğer yönlerden ise karar eleştirilmektedir.[103]

Güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali ise 266. maddede düzenlenmiştir.

---

[101] **Michael HEGHMANNS**, Entscheidungsanmerkung- Subsidiarität der Unterschlagung (BGH, Beschl. v. 26.6.2012 – 2 StR 137/12), Zeitschrift für das Juristische Studium, Ausgabe:1, (2013), s.125-126

[102] İlgili karar için bkz. https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/12/2-137-12.php (Erişim Tarihi: 01.02.2018)

[103] **HEGHMANNS,** s. 127

"*Madde 266. Güveni Kötüye Kullanma*[104]

1.Her kim, kendisine kanun tarafından resmi görev olarak veya hukuki işlemden doğan şekilde verilmiş bulunan başkasına ait malvarlığında tasarrufta bulunmak veya bir başkasını bu konuda görevlendirmek yetkisini kötüye kullanarak veya kanun, resmi görev, bir hukuki işlem veya bir güven ilişkisi gereğince yükümlülüğü kapsamında olan yabancı malvarlığı menfaatlerini koruma görevini ihlal ederek, mal varlığını idare ettiği kişiye bir zarar (Nachteil)[105] *verirse beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.*[106] "

Bu madde kapsamında esasında iki farklı suç tipi tanımlanmıştır. Bunlardan ilki hukuki işlem veya resmi görevden doğan şekilde verilmiş olan malvarlığında tasarruf, bağlayıcı anlaşmalar yapmadır. Dar anlamda "yetkinin kötüye kullanılması" (missbrauch) bu maddede düzenlenmektedir. [107] Burada fail, iç ilişkide mağdura veya suçtan zarar gören kimseye karşı mükellefiyetlerini ihlal ederek verilen sınırı kasten aşmaktadır. Dış ilişkideyse sonuç doğuracak şekilde mağdurun veya suçtan

[104] Alman CK.'sında "Untreue" başlığı kullanılmakla esas sözlük anlamı "sadakatsizlik"tir. Bununla birlikte "güveni kötüye kullanma" olarak maddede kullanılmıştır. Çevirisinden yararlandığımız **YENİSEY- PLAGEMANN**, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (Stgb), (s. 388); eseri de bu anlamıyla çevirmiştir. Ancak şunu da belirtmek gerekir, Almanya'da Türkiye'nin aksine ayrı bir zimmet suçu (TCK m.247) yoktur. Bu bağlamda bu madde aynı zamanda TCK'daki zimmet suçuna da karşılık gelmekte, Alman Merkez Bankası yetkilileri de dahil kamu görevlilerine kadar uygulanabilmektedir. (Almanya'da ayrı bir zimmet suçunun olmadığı yönünde bkz. **YENİSEY- PLAGEMANN**, s. 483- 504, Al.CK. "Görev Sırasında İşlenen Suçlar" m. 331- 358 kısmı)

[105] "Nachteil" Türkçede "dezavantaj" veya "sakınca" anlamına gelmektedir. Almanca' da da zarar kelimesinin tam karşılığı değildir. Ancak bu maddede bu kelime "zarar" anlamında kullanılmıştır, kanun koyucu zararı ifade etmek istemiştir. (**WESSELS- HILLENKAMPF**, Strafrecht- Besonderer Teil 3 -Straftaten Gegen Vermögenswerte, s. 419)

[106]Madde çevirisinin alındığı kaynak: **YENİSEY- PLAGEMANN**, s. 388; Bununla birlikte Alman CK m.266'nın bugünkü halini alması da hukuk tarihçileri açısından değerlendirilebilecek bir süreçle olmuştur. Zira bu 266.madde eski 1851 Prusya Ceza Kanunu'nun 246.maddesidir. Alman krallıkları Prusya etrafından toplanıp birleştirilince iş bu ceza kanunundan hareketle 1871 Alman CK oluşturulmuş ancak 1851 Prusya Krallığı Ceza Kanunu'nun pek çok maddeside ufak değişikliklerle buraya geçirilmiştir. Bu maddenin ilk halinde tam 3 bent halinde çeşitli meslek grupları (borsacı, simsar, kayyum vs) sayılarak bunlar için güveni kötüye kullanma suçu gerçekleşirse cezalandırma yapılacağı belirtilmiştir. Ancak bu kazuistik, örneklendirme metodu ve karışık anlatım eleştirilere konu olmuştur. 1933 yılında Hitler iş başına gelir gelmez pek çok kanun maddesine Naziler el atmıştır. 266.madde ise tamamen değişikliğe uğramıştır. Şimdi Almanya'da bu suçla ilgili yetkinin kötüye kullanılması ve muhafaza yükümlülüğünün ihlali temeli bu değişiklikle bu maddenin baştan aşağı tekrar düzenlenmesi neticesi olmuştur. Bu madde 1953,1969 ve en son 1998'de değişikliklere uğrayarak günümüze gelmiştir. (Bu konudaki tartışmalar ve bu maddenin evrimi için bkz. **RENTROP**, Hitler Almanya'sında maddenin evrimi için s. 145- 163; 1969 yılına kadar olan değişiklikler ve tartışmalar için bkz. s. 225; ayrıca sonraki döneme ait değişiklikler tartışmalar için . s. 237- 244)

[107] **JESCHECK**, s. 114; **BOHLANDER**, s. 227

zarar görenin malvarlığında tasarruflarda bulunmaktadır. [108] Örneğin bir şirket müdürünün ortaklarından habersiz ve yetkisiz biçimde şirketin parası ile bir taşınmazı satın alması veyahut şirketi zarara uğratıcı bir mal tedarik anlaşmasına imza atması buna örnek verilebilir.[109]

İkinci suç tipindeyse bir başkasını bu konuda görevlendirme yetkisini kötüye kullanarak, kanun önünde veya bir hukuki işlemle veya mahkeme vs. tarafından görevlendirilen kimsenin, diğer kimseye karşı malvarlığını koruma (muhafaza/özen) yükümlülüğünün ihlali (treubruch) cezalandırılmaktadır. Burada bir sadakat borcunun ihlali söz konusudur. Bu sadakat borcu, yazılı veya sözlü bir sözleşme yanında (istisna akdi gibi), fiili bir durumdan, ilişkiden de kaynaklanıyor olabilir. Örneğin mahkeme tarafından bir çocuğun, akıl hastasının malvarlığının idaresi için bir kimsenin kayyum olarak görevlendirilmesi gibi.[110] Neticede korumakla yükümlü

---

[108] **WESSELS- HILLENKAMPF**, Strafrecht- Besonderer Teil 3 -Straftaten Gegen Vermögenswerte, s. 412; İlaveten iş bu kitabın 2007 basısının bir kısmının çevirisi; **Johannes WESSELS- Thomas HILLENKAMPF**, İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar (Çeviren: İlker Tepe), Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk (Editör: Yener Ünver), Seçkin Yayınları, Ankara, (2009) s. 188, 189; **BOHLANDER**, s. 227; Ayrıca bkz.. **Bernd SCHÜNEMANN**, Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Monat: 5, (2012), s. 186-188 Yazar makalede çeşitli Alman Yüksek Mahkeme kararlarını eleştirmektedir Eleştirileri özellikle Alman CK m.263 (dolandırıcılık) ile 266 güveni kötüye kullanma hükümlerinin karıştırılması yanlış suç tahlili ve mahkemenin missbrauch tanımlamasındaki hatalı ve yanlış hükümleri üzerinedir. "*Missbrauch öyle zor ifade edilebilecek bir terim değildir. Treubruch ile missbrauch kolaylıkla ayırt edilebilir. Bir şeyi yapabilmek ve yapma yetkisine sahip olmak arasındaki ayrım iyi yapılırsa sorun çözülür. Herşeyi yapmaya yetkili kişi yetkisini kötüye kullanırsa yani iç ilişkiyi kötüye kullanırsa yetkiyi kötüye kullanmadır. Zira dış ilişkide sınırsız yetki verilen fail bunu yapabilir, yetkiyi kötüye kullanmada iç ilişkiyi ve bu konudaki sınırı 3.kişi bilmemektedir. İç ilişkide fail yetkisini aşıyordur. Missbrauch hukuki işlem ile ilgili bir yetki olup bunun iç ilişkide zedelerse missbrauch oluşur, burada zedelenen ilişki dış ilişki değil iç ilişkidir.* (**SCHÜNEMANN**, Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand, s. 186) *Çünkü dışa karşı yapılan faaliyette mağdur (suçtan zarar gören) faili yetkilendirdiyse iç ilişkide zedelememe, izin alma şartıyla bu yetkiyi vermiştir.* (können-dürfen ilişkisi) *İç ilişki missbrauchta esastır..."*

[109] Diğer yandan doktrindeki baskın görüşe göre yetkinin kötüye kullanılması malvarlığını koruma yükümlülüğünün ihlalinin özel bir türüdür. (Lex specialis) Bu sebeple özel hüküm olarak içtimai önceliğe sahiptir. Yani hâkim önce yetkinin kötüye kullanılıp kullanılmadığına bakmalı bunun ardından bu kanaate erişemezse koruma yükümlülüğünün ihlalini araştırmalıdır. (bkz. **Gülsüm Ayhan AYGÖRMEZ**, Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş-I, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:14, Aralık, (2010), s. 77, 78) Nitekim Avusturya bahsinde incelediğimiz Schwarzen Kase davasında da Almanya Yargıtay'ı bu yola başvurmuştur. (Bkz. Avusturya kısmı 124 nolu dipnot)

[110] **JESCHECK**, s. 114 Ayrıca bu konuda getirilen eleştiriler için bkz. **SCHÜNEMANN**, Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand, s. 188- 193 Schünemann, Alman Yargıtay'ı ve mahkemelerin treubruchta güveni kötüye kullanmaya yönelik fiilin ciddi ve ağır nitelik taşıması gerektiğine içtihatlarında yer verdiğini belirtmekle bu yönden bu kararları eleştirmektedir. Diğer yandan medeni hukuk yönünden de karşılaştırma yaparak kanaat getirmesini de eleştirmektedir. Ona göre *"burada Treubruch yönünden medeni hukukla ceza hukuku arasında yaptıkları karşılaştırma yanlıştır. Burada 2 basamaklı bir olay çözümü lazım. Bu zamana kadar hep ceza hukuku ile medeni hukuku birbirine bağımlı görüldüğü için hatalıdır. Burada şiddetli bir kötüye kullanma hali olmasa da güveni kötüye kullanma var mı?* (birinci basamak) *Varsa hangi türde var?* (ikinci basamak) *Medeni hukuktaki bağımlılık ortadan kalkmalıdır.* (s.192) *Medeni hukuktaki bağımlılık ilişkisi nasıl bir çözüm yaratacaktır. Ceza hukuku medeni hukuktan bağımsız bir güveni kötüye kullanma suçu görüşü*

kılınan malvarlığı failce eksiltilmekte, kendisi veya başkasının mal edinmesine kullanımına sunulup mağdura zarar verilmektedir.

Bunun yanında bu madde, TCK'nın 155. maddesinin 2. fıkrasının aksine "başkasına ait malvarlığında tasarrufta bulunmak" tümcesini içerdiğinden suçun maddi konusu yönünden alacak hakları ve fikri sınai mülkiyet hakları da dâhil bütün malvarlığı değerlerini koruyacak şekilde düzenlenmiştir.[111]

Diğer taraftan kanunun 266. maddesinde tanımlanan suç bir zarar suçudur. Bunun anlamı eğer yapılan tasarruflar hukuka aykırı dahi olsa, kişinin malvarlığında bir zarar[112] oluşmuyorsa bu durumda bu maddeden failin cezalandırılmasına imkân bulunmamaktadır.[113] Diğer taraftan bu maddedeki zarar kavramının geniş şekilde yorumlanmasını somut olarak malvarlığının, yararlanılacak menfaatin tehlikeye

---

oluşturmalıdır. Bu açıdan olaylara bakmalıdır. Medeni hukuk olaydaki esası teşkil etmemeli sadece güveni kötüye kullanma suçunda beraat kararı için medeni hukuktada bu kullanılabilir. Esası teşkil etme bakımından medeni hukuk kaile alınmamalıdır. Nitekim Siemens "schwarzen kase" davasında mahkemenin kararı (bu karar için ve Avusturya'da değerlendirmesi için bkz. 124 nolu dipnot) *son derece doğrudur. Treubruch için bunun ciddi olması şart değildir. Şirketin iyiliği için bile olsa fail Siemens şirketinin güvenini kötüye kullanmıştır, izin almadan birktirdiği paraları şirket için ihaleleri alması için rüşvet amaçlı kullanmış şirkete menfaat sağlamak için hareket etmiştir ancak izin almayarak, bu durumu şirket yetkililerine bildirmeyerek,-şirketi cezai bir soruşturmaya maruz bırakarak- güveni kötüye kullanmıştır. Eğer klasik güveni kötüye kullanma suçu açısından Alman eski Yargıtay içtihatlarından hareket edilse bu suçtan ceza verilmemesi gerekirdi.* (s.192- 194) *Ekonominin ilerlemesi globalizasyon ile 266 gün geçtikçe önem kazanmaktadır. 266 nasıl ele alınacaktır. Alman Yargıtay'nın Medeni hukukta böyle, ceza hukukunda böyle olmalı yaklaşımı yanlıştır."*

[111] **Rasim Can ÇAKIR**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Doğan Sorumlulukları (Ceza Sorumluluğu), Vedat Kitapçılık, İstanbul, (2016), s. 34 Yazarın bu görüşüne aynen iştirak etmekteyiz.

[112] Alman hukukunda diğer bir tartışma konusu olan durumda güveni kötüye kullanma suçundaki "nachteil" kelimesi ile Alman Ceza Kanunu'nda 263.maddede dolandırıcılık (betrug) suçunda yer alan "schaden" kelimesinin aynı anlama gelip gelmediği de doktrinde tartışma konusu olmuştur. Nachteil: Türkçede dezavantaj, sakınca, zarar anlamlarına gelmektedir. Schaden ise zarar anlamındandır. 263.maddede netice olarak belirtilen beschadigen fiili de zarar vermek tahrip etmek anlamındadır. Doktrinde kabul gören genel görüş bu schaden ve nachteil kelimelerinin birbiriyle aynı kelimeler olduğu, konuşma dilinde sıklıkla aynı veya birbiriyle eş anlamlı olarak kullanıldığı ve sonuçta dolandırıcılık suçundaki zarar kavramı ile bu suçtaki zarar kavramının içerik ve kapsamının aynı olduğu yolundadır. **AYGÖRMEZ**, Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş I, s. 78, 84, 86 Ayrıca bkz. burada zikredilen Alman Anayasa Mahkemesi'nin (BvefG) NJW 2009, 2370 (2 BvR 1980/07) sayılı kararı (kn: § 30-32) karar için ayrıca bkz. https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/07/2-bvr-1980-07.php (Erişim Tarihi:20.01.2018)

[113] **JESCHECK**, s. 114; **WESSELS- HILLENKAMPF**, İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar, s. 199; **WESSELS-HILLENKAMPF**, Strafrecht- Besonderer Teil 3- Straftaten Gegen Vermögenswerte, s. 419; **Bernd HEINDRICH**, Ceza Hukuku Genel Kısım-I (Türkçeye çevirenler: Hakan Hakeri-Yener Ünver-Veli Özer Özbek-Özlem Yenerer Çakmut-Barış Erman-Koray Doğan-Ramazan Barış Atladı-Pınar Bacaksız-İlker Tepe), Adalet Yayınevi Ankara, (2014), s. 88

sokulması, geleceğe dönük oluşabilecek zarar halinde dahi bu suçtan cezalandırma yapılmasını savunan bir görüş doktrinde ve yargıda hâkim durumdadır.[114]

Ayrıca kanunun 266. maddesindeki suçun, hem ihmali hem icrai hareketle işlenebilmesine imkân bulunmaktadır. Diğer taraftan bu kanunun gerek 246. maddesi ve gerekse 266. maddesinde düzenlenen suç tipleri açısından hareket şekli tam olarak belirtilmemiştir. Bu sebeple bu iki suçta, serbest hareketli suç olarak kabul edilmelidir.[115] Diğer taraftan manevi unsur olarak taksirden ve basit bir ihmalden daha öte olarak kasıtlı yetkinin kötüye kullanılması hali bu suçu oluşturacaktır.[116]

---

[114] **Hans KUNDLICH**, Yeni Yargı Kararlarında Al.CK'nun 266.Paragrafı- contra legem Ekonomik Yaşamda Malvarlığına Karşı Suçtan Genel Ahlakı Koruyan Suç Tipine Değişim Yolunda Güvenin Kötüye Kullanılması mı? (Çeviren: Yener Ünver), Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt:3, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, (2010), s. 648; **Bernd SCHÜNEMANN**, Leipziger Praxiskommentar Untreue - § 266 StGB, Überarbeitete und ergänzte Sonderausgabe, De Gruyter, (2017), s. 141, 142; **Marc ENGELHART**, Development and Status of Economic Criminal Law in Germany, German Law Journal,Vol:15, No: 04, (2014), s. 701 Ancak **ENGELHART**'ında belirttiği gibi özetle "*Alman Anayasa Mahkemesi 2010'da dava konusu yapılan 266.maddeyi incelerken bu maddeyi anayasaya aykırı bulmamakla, anayasanın 103/2.maddesindeki belirlilik ilkesini zedelemediğini belirtmektedir. Ancak bu maddedeki temel hukuki kavramların dar olarak kanuni çerçevesinde değerlendirmesindende bahsetmektedir. Bu bakımdan zarar gibi kavramların dar olarak ve gelecekte bireysel olarak hassas şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekle bu bakımdan 266.maddenin yorumunun sınırlandırılmasına çalışmıştır..."(*Alman Anayasa Mahkemesinin (BVerfG) 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 nolu ve 23.10.2010 tarihli kararının Almanca metni için bkz. https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/08/2-bvr-2559-08.php Erişim tarihi:01.11.2017)

[115] **Ayhan ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, (1994) s. 415

[116] **Phillip HELLWEGE- Petra WITTIG**, Delictual and Criminal Liability in Germany, Comparing Tort and Crime: Learning from across and within Legal Systems (Editor: Matthew Dysons), Cambridge University Press, (2015), s. 162, 163 Yazarların belirttiği şekilde Alman hukuku açısından özel hukuktaki haksız fiilden bu suçu ayıran olgu budur. "…*Buna Siemens-Aub olayı* **(BGH, NJW, 2011, 88)** *örnek verilebilir. Bu olayda sanık S Bağımsız İşçi Organizasyonu (Arbeitsgemeinschaft Unabhängiger Betriebsangehöriger) yöneticisidir. Diğer sanık F ise Siemens AG'de üst düzey yöneticidir. Siemens yetkilisi F, bu organizasyonu gizlice finanse etmekte, talimatı doğrultusunda Siemens buraya ödeme yapmaktadır. Buradaki temel amaç işveren politikalarını destekleyen bu organizasyon* (sarı sendika faaliyeti) *ile Siemens İş Kurulu seçiminde, işçi sendikası IG Metall'in etkisini azaltmadır. Ancak bu durum anlaşılır. Her iki sanık hakkında dava açılır. Sonrasında temyizle durum Alman Yargıtay'ı (BGH) önüne kadar gelir. Mahkeme seçimleri etkilemeye yönelik BetrVG'nin (Alman İş Kurulu Kuruluş Kanunu) 119.maddesini ihlalden sanıkları cezalandırmıştır. Ancak F açısından sorun Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun (AKTG) 93.maddesine göre bu kişinin yetkisini kötüye kullanıp Siemens zararına, Alman CK m.266'daki güveni kötüye kullanma suçunu işleyip işlemediği noktasında toplanmıştır. Mahkeme AKTG'nin 93.maddesindeki görevi kötüye kullanma durumunun gerçekleşmesi ile birlikte, bunun Alman CK m.266 noktasında güveni kötüye kullanma suçunu teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Zira, her AKTG'nin 93.maddesinin ihlali de güveni kötüye kullanma suçunu doğurmaz., bu suç mağdurun malvarlığına yönelik bir koruma yükümlülüğü gerektirir. İş konseyi seçimlerini etkilemeyi yasaklayıp, cezalandıran BetrVG'nin 119.maddesi bunu içermemektedir. Bu yönden Al.Yrgt.'ı(BGH) bu suça sınırlama getirmiştir…"*

Yine bu kanunun 266. maddesinde bulunan suç için dolandırıcılıkla ilgili olan 263. maddenin 3. fıkrası ve yukarıda bahsettiğimiz Alman CK.'sının 247. maddesi ve 248/a maddesi de uygulama alanı bulabilecektir. (Alman CK m. 266/2)

Alman CK'nın 263/3. maddesi eğer kıyasen uygulanacaksa iş bu suçta aşağıdaki haller ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilip, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası verilebilecektir.

Bu haller:

- Fiili meslek ve sanat haline getirerek veya nitelikli güveni kötüye kullanma suçunu temadi edecek bir şekilde işlemek üzere oluşturulmuş bir çetenin (örgütün) üyesi sıfatıyla işlemesi;
- Eylemi ile büyük miktarda zarara neden olma veya temadi teşkil edecek şekilde suçu işleyip çok sayıda insana zarar vermek kastıyla hareket etmesi;
- Mağduru, suçtan zarar göreni ekonomik sıkıntı durumuna düşürmesi;
- Failin kamu görevlisi olup yetkilerini görevini kötüye kullanmasıdır.[117]

Bunun dışında nitelikli güveni kötüye kullanma benzeri suçlar olarak adlandırılabilecek (Untreuähnliche Delikte): işverenin işçisine/işçilerine ait sigorta primlerini sosyal haklarını ödememe (Alman CK. m. 266/a); çek kartı ve kredi kartının kötüye kullanılması (Alman CK. m. 266/b) suçlarına da bu suçun özel türleri olarak yer verilmiştir.

2) Avusturya

Avusturya'da güveni kötüye kullanma suçunun düzenlenmesi, Almanya'ya benzemektedir. Bu ülkede de iki tür güveni kötüye kullanma suçu düzenlenmektedir. Ancak bu düzenlemeler Almanya'dan farklıdır. İlginç olan Avusturya Ceza Kanunu'ndaki (Av.CK.) düzenlemelerin küçük bir Avrupa ülkesi olan Lihtenştayn ile aşırı derece benzeşmesidir. Her iki ülkenin ceza kanunlarında benzer hüküm ve

[117] **YENİSEY- PLAGEMANN**, s. 378

düzenlemeler bulunmaktadır. Her iki ülkede de neredeyse aynı sistematik içinde güveni kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir. [118]

Güveni kötüye kullanma suçunun basit hali Av. CK'nın 133. maddesi içinde[119] düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre:

"1. Her kim, kendisine güvenilen, bir malı, kendisinin veya üçüncü kişinin bu yolla hukuka aykırı şekilde zenginleşmesini sağlamak kastı ile edinirse altı aya kadar hapis yâda 360 güne kadar para cezası ile cezalandırılır.

2.Her kim değeri 3000-Euro yu geçen bir malı üzerine geçirirse üç yıla kadar hapis;50.000-Euro'dan fazla bir malı üzerine geçirirse bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."[120]

Av. CK'nın 134. maddesi ise başkasının bulunmuş veya hata sonucu elde edilmiş malı üzerine geçirmeyi yani lukata halini cezalandırmaktadır. Bu yönden lukata hali, Av.CK'da Almanya'nın aksine ülkemizde olduğu gibi ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan her ne kadar kanun, mal tabiri kullanmışsa da bu malın taşınmaz mal olamayacağı doktrinde kabul edilmektedir.[121]

Avusturya'da, Almanya'da olduğu gibi kendisine mal edinme uzun süreli kullanımları ifade etmektedir. Kısa süreli kullanımlar için bu maddeden işlem yapılamayacaktır. Bu halde mesela failin bir taşıtı malikinden izinsiz kullanması halinde "yetkisiz araç kullanma" (Av.CK m. 136) suçundan işlem yapılacaktır. Faile vedia akdi ile emanet bırakılan bir motorlu aracın (bisiklet dışı malın), mal edinme veya edindirme amacı dışında haksız şekilde kullanımında da eğer şartları oluşursa aşağıda açıklayacağımız kanunun 153. maddesinden işlem yapılabilecektir.

---

[118] **Alexander CAPPEL**, Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht: das Mannesmann-Verfahren und § 266 StGB als Beispiele eines expansiven Wirtschaftsstrafrechts, Peter Lang, (2009) s. 195

[119] Lihtenştayn Ceza Kanunu'nun 133. maddesinde de aynı düzenleme bulunmaktadır. Aradaki farklar 1.fıkrada suçun cezası 3 yıla kadar hapis veya 360 güne kadar para cezası olarak bu ülkede düzenlenmiştir. 2. fıkradaki nitelikli hal için ise malın değerinin yüksekliğinin ne kadar olduğunu belirtmek yerine "yüksek değerli mal" ibaresi kullanılmıştır, cezası da 6 aydan 5 yıla kadar hapis olarak belirtilmiştir. Bu ülkenin kanunu için bkz. http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (Erişim Tarihi: 27.08.2016)

[120] Madde metninin çevirisinin alındığı makale: **Johannes WESSELS- Thomas HILLENKAMPF**, Avusturya Ceza Kanununda Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar, (Çeviren: Gülsün Ayhan Aygörmez), Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk (Editör: Yener Ünver), Seçkin Yayınları, Ankara, (2009), s. 223

[121] **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 409

Bununla birlikte, bir kimsenin kendisi veya üçüncü kişi yararına hareket etmeden başkaca saiklerle bir eşyayı malikin hâkimiyet alanında çıkarma hali kanunda ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. (Bkz. Av. CK m. 135)

Av.CK'nın 153. maddesi ise aynen Almanya'da olduğu gibi güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini düzenlemektedir. Bu maddeye göre;

"Yetkiye İlişkin Güveni Kötüye Kullanma,[122]

"1.Her kim kendisine kanun veya resmi görev veya hukuksal işlem yoluyla tanınmış yabancı bir malvarlığını elinde bulundurmak ya da başkasına karşı yükümlü olmak yetkisini bilerek kötüye kullanır ve bu suretle başkasının malvarlığında zarara sebep olursa altı aya kadar hapis ya da 360 birime kadar para cezasıyla cezalandırılır.

2.Her kim malikin malvarlığını finansal yönden koruyan kuralları haksız şekilde ihlal ederse yetkisini kötüye kullanır.

3.Her kim fiil yoluyla 3000 avroyu aşan bir zarara sebep olursa 3 yıla kadar hapis; 50.000 avroyu aşan bir zarara sebep olursa 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."[123]

Almanya'da olduğu gibi buradaki suç bir zarar suçu olmakla, zarar meydana gelmedikçe suç oluşmayacaktır. Aynen Almanya'da olduğu gibi Avusturya'da da bu suçun nitelikli halini düzenleyen madde TCK'nın 155.maddesinin aksine bütün

[122] Lihtenştayn Ceza Kanunu'nda 153. maddede neredeyse birebir aynı düzenleme bulunmaktadır. Aradaki farklar 1.fıkrada suçun cezası "3 yıla kadar hapis" veya 360 gün para cezasıdır. 2. fıkradaki nitelikli hal için ise malın değerinin yüksekliğinin ne kadar olduğunu belirtmek yerine "yüksek değerli mal" ibaresi kullanılmıştır, cezası da 6 aydan 10 yıla kadar hapis olarak belirtilmiştir. Bu ülkenin kanunu için bkz. http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (Erişim Tarihi:27.08.2016)
Lihtenştayn'da niye bu suçun daha ağır ceza içerir şekilde düzenlenmesine gelince kanımızca -her ne kadar 2008'den beri kara para ile mücadele kapsamında düzenlemeler olsada- bu ülke Avrupa'nın vergi cenneti sayılabilecek ülke olması yanında İsviçre gibi bankacılık yönünden gelişkin ülkelerden biridir. Gelir kaynakları ülkenin küçük olması nedeniyle sınırlı olmakla iş adamlarının taleplerinin kaybedilmemesi ve finansal gelir kaynaklarının zarar görmemesi ve güvenilirlik açısından bu suça Avusturya'ya nazaran daha ağır cezalar getirilmiştir.

[123] Madde metninin 1. ve 3. Bendinin çevirisinin alındığı makale: **WESSELS- HILLENKAMPF, Avusturya Ceza Kanununda Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 230 Maddenin 2.bendi ise 2015 yılındaki değişiklikle konmuş olup 2.bendi çevirirken http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes; https://www.jusline.at/gesetz/stgb/paragraf/153 (Erişim Tarihi:29.08.2016) sitelerindeki güncel metinden yararlanılmıştır. 2015 değişiklikleri ile 153.maddeye eklenen 2.bendin Almancası *"...(2) Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen."* Bu hüküm özel hukuktaki iş adamı kararı ilkesinin (business judgment role) bir yansıması olarak buraya eklenmiştir.

malvarlığı değerlerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Ancak bu benzerliklere karşın önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Alman CK. m.266'nın aksine Avusturya CK'da hükmedilebilecek para cezası miktarı sınırlandırılmıştır. Ayrıca maddeden de anlaşılacağı üzere burada zararın miktarına göre ceza ağırlaştırılmaktadır ve 3000-avroyu aşan zararlarda hâkim artık para cezasına değil hapis cezasına hükmetmek zorundadır. Bunun yanında Avusturya'da doktrin ve mahkemeler Av.CK'nın 153.maddesindeki güveni kötüye kullanma suçunu Almanya'nın aksine yetkinin kötüye kullanılması, malvarlığını muhafaza görevinin kötüye kullanma (missbrauch-treubruch) şeklinde ikili bir ayrım yapmamaktadır. Bu sebeple de Alman mahkemeleri ile Avusturya mahkemelerinin bazı örnek olaylarda görüş farklılıkları bulunmaktadır.[124] Diğer taraftan bu maddenin devamı olan a, b, c, d bölümlerinde

[124] Bkz. **Nina HUBER**, Die Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften Eine Analyse der Strafbestimmung des § 153 StGB, Springer-Verlag/Wien, (2012), s. 119- 142 Yazar kitabında Almanya ve Avusturya'nın 266 ve 153.maddelerini karşılaştırmalı olarak incelerken iki hukuk arasındaki bakış açısı farklılıklarına örnek olarak Almanya'da LG Darmstadt mahkemesinde görülüp 29.08.2008 tarihli BGH – 2StR 587/07 = NJW 2009, 89 sayılı kararı ile temyiz incelemesine konu olan Schwarzen Kase (Kara Kasa) adıyla bilinen Siemens davasını örnek göstermektedir. Kitabından özetle bahse konu davadaki olay şöyledir. Fail (K), Siemens'ta yönetcilerden biri olan ve kendi faaliyet alanında ticari yönetici konumundaki şirket muhasebesi tutan Siemens'in bağlı şirketleri içinde sınırsız ödeme ve direktif vermeye yetkili kişidir. Şirkette bu pozisyonda görev alan ve kendisinin eski üstü olan (W)'den (K) önemli bir sırrı devralır. Siemens AG şirketinin İsviçre ve Lichtenstayn'da gizli hesapları bulunmaktadır. İsviçredekı paralar eski bır devir sayesında oluşmuş paradır. Lichtenştayn da olan hesaptakı paralar ise kullanılmayan projelerden kaynaklanmaktadır. Bu hesaplar şirketin muhasebesine katılmamaktadır. Burada amaç ileride şirketin aleyhine oluşacak giderleri bu paralarla ödemektir. Bu paraların varlığını sadece (W) ve (K) bilmekle Siemens ana yönetiminin bile bu hesapların varlığından haberi yoktur. (K) hesapları devraldıktan sonra yanında çalışan (M)'yi Lichtenstein'da bir vakıf kurmakla görevlendip İsviçre'deki paraları buraya nakleder. Bu arada bu paralar (K) tarafından Siemens'ın alacağı ihlale vs için verilen rüşvetlerde değerlendirilmektedir. Sonrasında Lichtenstein'da bu olaylar duyulunca bu para Dubai'deki hesaplara aktarılıp vakıf kapatılmıştır. Siemens'ın ve ilgililerin bu rüşvete bağlı gelir kazançları 100 milyon avro olarak hesaplanmaktadır. Neticede (K), (W) ve ilgililer hakkında Alman CK m.266 çerçevesinde dava açılır. Ancak Alman mahkemelerinde tartışmalar burada işlenen suçun güveni kötüye kullanma suçu olup olmadığı varsa Stgb 266 noktasında bu suçun missbrauch mu yoksa treubruch mu olduğu noktasında düğümlenir. Bu dava belkide bu ayrımın yapaylığını da ortaya koymaktadır. Zira BGH burada treubruch yani malvarlığına özenle davranma yükümlülüğünün ihlalinin olduğuna karar vermiştir. Gerekçesi gerçek anlamda şirketın zarara uğramadığı çünkü yatırımları K ne kendi şahsına ne de başkasının şahsına yapmıs şirketin bekası için yaptıgı rüsvet için kullandığı kara para ile şirket bünyesine katkıda bulunduğu için gerçek anlamda bir zarar yoktur. Bu yüzden de ihmale yönelik bir durumdan K'nın sorumluluğu sözkonusudur. K nın ihmali Siemens'in asıl yöneticilerine bu gizlı para ve banka hesaplarından bahsetmemek ve parayı her ne kadar Siemens için kullanmış olsada yasa dışı olarak kullanmaktır. W'nin ise rüşvet için bu parayı kullandığına dair yeterli delil bulunamamıştır. Yazara göre önemli olan ve Alman kararı ile paralelikler oluşturan unsur olaydaki ana soru olarak adlandırdıkları soru. Fakat Avusturya'daki madde 153 de iki alternatifli ayrım olmadığından 153'e göre (K) nın genel bir prokura gibi olan herşeyi yapabilme faaliyet alanında sınırsız para akımı sağlayabilme yetkisi olduğundan 153'e göre yetki sınırını aşmadığından suç unsurunu tam olarak tamamlamıyor. Bu çerçevede Almanya gibi ihmali hareketin varlığı ve bu paranın yasadışı kullanılması çerçevesinde bir değerlendirme 153 çerçevesinde yapılıp ona göre hüküm kurulması daha doğru olur. Bununla birlikte yetkinin kötüye kullanması ile özenle kötüye kullanma yükümlülüğünün ihlalinin ikiside birbiriyle ilişki içindedir. Bu sebeple güveni kötüye kullanma suçunda ikili bir ayrım yapmadan yazara göre aynı sonuca ulaşmak pekâlâ mümkündür.

güveni kötüye kullanma suçunun üç farklı özel hali düzenlenmiştir. Bu haller "temsilcinin hediye kabulü" (Av.CK m. 153/a); "yardımı kötüye kullanma" (Av.CK m. 153/b) ve "işverenin işçilerine ait sosyal sigorta primlerini, tatil sandığı ödeneklerini ödememe, işçinin bunlardan yoksun kalmasına neden olma" halleridir. (Av.CK m. 153/c, d)[125]

3) İtalya

Bizdeki 765 sayılı TCK'nın hazırlanış kaynağı olan 1889 tarihli İt.CK. (Zanardelli Kanunu); 1930 yılında ilga edilerek İtalya'da bu kanun yerine Rocco Kanunu olarak da bilinen 1930 tarihli İt.CK.'sı yürürlüğe girmiştir. Halen de bu ceza kanunu yürürlüktedir. [126] Güveni kötüye kullanma suçu, ilgili kanunun "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlıklı 646. maddesinde tanımlanmaktadır.

Bu maddeye göre; "Hukuka Aykırı Mülk Edinme

Madde 646: Her kim, kendisine veya başkalarına haksız bir menfaat temini için, ne sıfatla olursa olsun, zilyetliğinde bulunan başkasının parasını veya menkul bir malını mülkiyetine geçirirse zarara uğrayanın şikâyeti üzerine 3 seneye kadar ağır hapis ve ...a kadar para cezası ile cezalandırılır."

Bu kanunda da açıkça belirtildiği üzere bu suç, ancak para ve taşınır mal üzerinde işlenebilmektedir. Taşınmazlar üzerinde bu suç işlenemez. Sadece mülkiyete geçirme fiili maddede cezalandırılabilmektedir. Bu fiil dışındaki hareketlerin bu maddeden cezalandırılmasına imkân bulunmamaktadır. Öte yandan 1889 İtalyan CK m.417'den, 1930 İtalyan CK'sının bu maddesini ayıran çok önemli bir özellik daha bulunmaktadır. Bu özellik ise bu maddede suçun oluşması için eşyanın iade veya muayyen suretle kullanma amaçlı olarak tesliminin şart olmamasıdır.[127] Ülkemizde 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da dahi bu

[125] Lihtenştayn Ceza Kanunu'nda sadece özel hal olarak Yardımı kötüye kullanma durumu (m. 153/a) düzenlenmiş olup Av.CK'daki diğer hallere yer verilmemiştir. Ancak bu özel hal maddesi de pek çok yönden Avusturya'dakine benzemektedir. bkz. http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (Erişim Tarihi:27.08.2016)

[126] Normalde Mussolini döneminde hazırlanan bu kanunun bugüne yürürlükte kalmasının çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi pozitivist okul görüşü taşıdığı düşünülen kanunda esasında pozitivist okulun görüşlerinin tam olarak yer almamasıdır. Bu okulla birlikte klasik okul ve hazırlandığı döneme ilişkin pek çok antrepolojik ve sosyolojik görüşlerden kanun hazırlanırken yararlanılmıştır. Bu çeşitlilik nedeniyle bu kanun halen yürürlüktedir. **Durmuş TEZCAN**, Cezai Konularda Türk- İtalyan İlişkileri, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:49, Sayı:1 (1994), s. 366

[127] **FIANDACA- MUSCO**, s. 102, 103

Zanardelli kanunu'ndan gelen şartlar korunmuşken, İtalya'da bu şartlar on yıllar önce yürürlükten kaldırılmıştır.

Diğer taraftan suçun, emanet olarak tevdii edilen eşya üzerinde işlenmesi cezayı ağırlaştıran sebeptir. (İt. CK. m. 646/2) Ayrıca kanunun 646/3.maddesi, kanunun genel hükümlerinde ağırlaştırıcı sebeplere yer veren 61.maddenin 11. bendine atıf yapmakla bu bentte geçen hallerde bu suçta cezayı ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirilecektir.[128]

Bu kanunun 647. maddesinde kayıp eşya, define, hata ve tesadüf sonucu ele geçirilen malın mülk edinilmesi cezalandırmaktayken bu madde 2016 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Neticede bu fiil suç olmaktan çıkarılmıştır.[129]

Bunun yanında güveni kötüye kullanmaya ilişkin cezai düzenlemeler İtalya'da yalnızca ceza kanununda bulunmamaktadır. Türkiye'nin aksine İtalya'da medeni hukuk, ticaret hukuku ve borçlar hukukuna ilişkin düzenlemelerin hepsi, tek bir kanunda, İtalya Medeni Kanunu'nunda (Codice Civile) toplanmıştır. Bu kanunda ayrıca özel hukuka ilişkin düzenlemeler yanında ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin İtalyan Medeni Kanunu'nun 2634.maddesi TCK m. 155/2'deki nitelikli hale benzer bir düzenlemeyi şirketler hukuku açısından içermektedir.

"Madde 2634- *Şirket Malvarlığının Kötüye Kullanılm*ası[130]

---

[128] "Genel ağırlaştırıcı nedenler" başlıklı İt.CK m.61/11- *"Eğer kurucu bir unsur değilse veya ağırlaştırıcı özel haller öngörülmemişse aşağıdaki haller suçu ağırlaştırıcı nedendir…11. Yetkinin kötüye kullanılması suretiyle veya iç ilişkiden kaynaklı veya hizmet ilişkisinin kötüye kullanılması suretiyle veya iş nedeniyle veya beraber yaşamdan veya misafirlikten kaynaklı suça iştirak etme…"* Ülkemizde TCK m. 155/2'de yer alan bu suçun nitelikli halinin karşılığını aramak için şimdiki İt. CK'da bu maddeye bakılması gerekir. Bu hallerin varlığı halinde üçte bir oranına kadar hâkimin artış yapabileceği de İt.CK. m. 64, 65. maddelerinde belirtilmektedir. Kanunun 66. maddesinde bu arttırımı sınırlayacak haller yer almaktadır. Bu maddeler için bkz. http://www.altalex.com/ documents/news/2014/12/09/del-reato (Erişim Tarihi:04.10.2017)

[129] İtalyan Ceza Kanununun güncel hali için bkz.: http://www.altalex.com/documents/news/ 2014/10/22/dei-delitti-contro-il-patrimonio (Erişim Tarihi: 19.08.2016) Ayrıca bkz. http://www.altalex.com/documents/news/2016/01/28/la-nuova-depenalizzazione (Erişim Tarihi: 19.08.2016)

[130] http://www.centroestero.org/repository/21_02_2014_9_46_contributoordinecodicecivilero28febb2 014.pdf (Erişim Tarihi: 12.06.2017) adresindeki maddenin İngilizce çevirisinden yararlanılarak bu madde çevrilmiştir. Maddenin başlığının İtalyancası "Infedeltà patrimoniale"; İngilizcesi "Patrimonial infidelity" dir. Maddede geçen infedelta kelimesi sadakatsizlik anlamındadır. Patrimoniale sıfatı ise babadan atadan kalan, devralınan, malvarlığıyla ilgili şeklinde ifade edilmektedir. İtalyanca hukuk terimleri sözlüğünde ise bu kelimenin Türkçe anlamını "Malvarlığıyla İlgili" olduğu belirtilmiştir. (Bkz. **Yasemin YAŞA**, İtalyan-Türkçe Türkçe-İtalyanca Hukuk Terimleri Sözlüğü, Beta Yayınları, İstanbul, (2013), s. 98) Bu madde 9.başlıkta "Şirketler ve Şirket Toplulukları Üstünde Cezai

1-Yöneticiler veya müdürler veya tasfiye memurları şirketin menfaatleri ile çatışacak şekilde kendisinin veya üçüncü bir kimsenin menfaatine veya haksız kazanç sağlamak amacıyla kasten şirketin zararına şirket malları üstünde bir tasarrufta bulunur veya böyle bir tasarrufa iştirak ederse 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2-Eğer aynı fiil şirketin zilyetliğinde veya yönetiminde tutttuğu üçüncü kişiye ait eşyalar üzerinde işlenirse ve fiil neticesi bir zarar oluşursa fail aynı suçtan cezalandırılır.

3-Eğer şirketin veya grubun uğradığı zarar, şirketin veya şirketler grubunun katılımı sonucunda elde edilmiş olan diğer başkaca menfaatlerle telafi edilmişse veya makul şekilde telafi edilebilecekse bu suç oluşmayacaktır.[131]

4-Bu suçun kovuşturması mağdurun (zarar görenin) şikâyetine bağlıdır."

4) İngiltere

İngiltere'de güveni kötüye kullanma suçu halen hırsızlık suçunun bir parçası olarak görülmektedir. Bu suçla ilgili düzenlemelere Theft Act (1968)'de rastlanmaktadır. Ancak bu kanun sadece İngiltere ve Galler'de geçerli olup, diğer Birleşik Krallık'a bağlı İskoçya ve Kuzey İrlanda'da geçerli değildir.[132] Aynen

---

Hükümler" başlığı altındaki kısımda yer almaktadır. Bu durumda bu tümcenin Türkçesinin yukarıdaki başlıkta gözetilerek "Şirket Malvarlığının Kötüye Kullanılması" olarak çevrilmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

[131] 3. bent de burada önemlidir. Zira bu istisnai bent 2002 yılında Fransa'daki Rozenblum kararının İtalyan hukukuna etkisi neticesi buraya konmuştur. Bkz. **Ralph Peter ANDERS**, Untreue zum Nachteil der GMBH, Springer, (2013), s.155- 156

[132] Bkz. Theft Act (1968) m.36/3; Bununla birlikte Kuzey İrlanda'da neredeyse bu kanunla birebir aynı hükümleri içeren Theft Act (Northern Ireland) 1969 yasası yürürlüktedir. Ancak İskoçya'daysa, mevzuat dağınık durumdadır, pek çok düzenleme yanında aynı zamanda geleneksel Anglosakson hukuku kuralları gereği mahkeme içtihatları da önemli bir yer tutmaktadır. Hatta Birleşik Krallık yasalarından Fraud Act (2006)'nın burada geçerli olmadığı kabul edildiğinden, halen dolandırıcılık suçu, tıpkı güveni kötüye kullanma suçu gibi hırsızlığın bir parçası olarak görülmeye devam etmektedir. Öte yandan eski İngiliz sömürgelerinin bir kısmında da durum aynı şekildedir. Mesela bir dönem İngiliz sömürgesi olan KKTC'de benzer şekilde dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, zimmet suçlarına konu fiiller hırsızlık suçunun bir parçası olarak cezalandırılmaktadır. KKTC Fasıl 154-Ceza Yasası m. 255 *"(1) Sahibinin rızası olmadan hile yolu ile ve iyi niyetli hak talebi olmaksızın aldığı vakitte çalınabilen herhangi bir şeyi sahibini ondan devamlı yoksun bırakmak niyetiyle alıp götüren kimse, hırsızlık yapmış olur. Ancak, yedi emin veya kısmi sahibi olarak, çalınabilen bir eşyayı yasal olarak tasarrufunda bulundurduğuna bakılmaksızın, eşyayı hileli yollardan kullanan veya gerçek sahibinden başka birinin kullanmasına izin veren kimse, bu gibi eşyayı çalmaktan suçlu bulunabilir…"* 262.maddede bu suçun cezası aksi belirtilmediği sürece 3 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Öte yandan 263-272.maddeler arasında ise suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Bu nitelikli hallerin gerçekleşmesi halinde cezalar 7 yıla kadar hapis cezasına kadar çıkabilmektedir. Örneğin kamu görevlisinin devlet malına karşı işlediği hırsızlık suçunun (m. 267 ülkemizdeki TCK'nın 247.maddesindeki zimmet suçunun karşılığı); sekreterler, müstahdemlerin işlediği hırsızlık suçunun (m.268); şirket yöneticilerinin işlediği hırsızlık suçunun (m.269); vekilin işlediği hırsızlık

Roma hukukundaki furtum suçu gibi 2006 yılına kadar bu kanunun içinde, hırsızlık suçunun bir parçası olarak dolandırıcılık suçu dahi yer almaktaydı. Ancak bu suç aynı yıl yürürlüğe giren "Fraud Act" ile bağımsız bir suç haline gelmiştir.

Bu kanunda (Theft Act), hırsızlık suçu, güveni kötüye kullanma suçunu da içine alacak şekilde, şöyle düzenlenmiştir:

> "Madde 1: 1) *Bir kimse dürüstlüğe aykırı (dishonesty) olarak bir başka kimseye ait bir malı bir başkasını onun üstündeki haklarından kalıcı şekilde mahrum etmek kastıyla, mülk edinirse hırsızlık suçunun suçlusudur* ve *buna göre hırsız ve çalmış addolunur."*
> *2) Mülk edinmenin kazanç amacıyla veya hırsızın kendi yararına yapılmasının bir önemi yoktur.*
> *3)Bu kanunun takip eden 5 bölümü de bu kısmın uygulanması ve yorumlanması ile hüküm ifade edecektir. "*[133]

Kanunun ikinci maddesindeyse "dürüstlüğe aykırılık" (dishonesty) ibaresinin ne olduğu ne olmayacağı, üç istisna verilerek açıklanmaya çalışılmaktadır. Buna göre:

> *"2- Dürüstlüğe Aykırılık*
>
> *1-(a) Eğer kendisi veya başkası adına diğer bir kimseyi bundan mahrum edecek bir hakka sahip olduğu inancıyla malı sahiplenirse*
> *(b) Eğer sahiplenmeyi ve koşullarını bilen bir diğer kimsenin rızasının olduğu inancıyla malı sahiplenirse ya da*
> *(c) (kişisel vekil ya da kayyum olarak malın kendisine gelmesi haricinde) eğer gerekli mantıklı adımları atmasıyla malın sahibi kişiyi tespit edememesi (bu malın sahipsiz olduğu) inancıyla bu mala el koymuşsa; bir kimsenin diğer bir*

---

suçunun (m.270) cezası 7 yıla kadar hapistir. Bkz. http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yasametin.aspx?cnt=456 (Erişim Tarihi:16.02.2018) Öte yandan mesela diğer eski İngiliz sömürgeleri olan Kanada'da (Kanada CK. m. 336) bu suç hırsızlık suçundan kısmende olsa bağımsız bir suç haline gelmiştir. Malta'da ise (Malta CK. m.293,294) bu suç hırsızlık suçundan ayrılmakla birlikte İspanyollar gibi dolandırıcılık suçuna konu fiilleri düzenleyen bölümdeki alt başlıkta değerlendirilmektedir. (Malta CK. m.293, 294) Bu ülkelerdeki düzenlemeler ilişkin detaylı bilgi için Bkz. **CANPOLAT**, s. 32-34; http://laws-lois.justice. gc.ca/eng/acts/C-46/page-84.html#h-97 (Erişim Tarihi: 06.12.2017); http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument .aspx?app=lom&itemid=8574&l=1 (Erişim Tarihi: 06.12.2017)

[133] Kanun için bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/60/crossheading/definition-of-theft (Erişim Tarihi:02.10.2015)

kimseye ait malı sahiplenmesi dürüstlüğe aykırılık (dishonesty) olarak değerlendirilmeyecektir.

2- Malın bedeli ödenmek istense bile, bir kimsenin diğer kimseye ait malı mülk edinmesi dürüstlüğe aykırı olabilir."

Bu ibare sadece bu suçta değil, Fraud Act'de konu dolandırıcılık suçunda dahi yer almaktadır. Ancak "dishonesty" kelimesi de İngilizcede dürüstlüğe aykırılık dışında pek çok anlama da gelmektedir[134]; ucu açık belirsiz bir kelimedir. Bu sebeple de İngiliz doktrininde bu terime ağır eleştiriler de getirilmektedir.[135] Bununla birlikte gerek hırsızlık gerek dolandırıcılık ve gerekse güveni kötüye kullanma suçları için temel olan "dürüstlüğe aykırılık" şartının tespitinde hâkimin ve jürinin şu iki soruyu cevaplandırarak hüküm kurması gerektiği Regina v. Ghosh (1982) QB 1053 (Court of Appeals) kararında belirtilmektedir. *"…1.Bu yapılan eylem, sıradan dürüst bir kimse gözünde (genel geçer mantıklı insan "The man on the Clapham omnibus" nazara alınarak) dürüstlüğe aykırılık olarak dikkate alınabilir mi? (objektif bakış açısı)[136]"* Bu sorunun cevabı evet ise hâkim ve jüri ikinci olarak şu soruyu soracaktır. *"2.Eğer öyleyse fail bu standartlara göre yaptığının dürüstlükle ilgisinin olmadığının bilincinde midir? (Sübjektif bakış açısı) "* [137]Eğer bu sorunun yanıtı da evet ise o zaman jüri ve hâkim dürüstlüğe aykırılık şartının gerçekleştiğini bir olgu olarak kabul edecektir.[138]

3. maddede ise "mülk edinmenin" ne anlama geldiği açıklanmaktadır.[139] Bu madde şu şekilde çevrilebilir;

---

[134] **William C. BURTON**, Burton Legal Theasarus, 5th edition, (2013) s. 200. Bu sözlüğe göre bu kelimenin bazı anlamları *"kötü niyet, hilekarlık, şike, yolsuzluk, ahlaksızlık, aldatma, dürüst olmama, dürüstlükten yoksun olma, namussuzluk…"*

[135] Bu konuda ki eleştiriler için bkz. **ÇINAR**, Birleşik Krallık Ceza Hukuku'na Göre Dolandırıcılık Suçu s. 157, 180; **Jonathan HERRING**, Criminal Law Text, Cases and Materials, Oxford University Press, Sixth Edition, (2014), s. 559- 562

[136] **R. v. Feely (1973) QB 530 Court of Appeal**: Bu kararla ilk olarak objektif bakış açısı "dishonesty "kavramının tespitinde kullanılmaya başlanmıştır. Ghosh kararı ile bu bakış açısı yanına sübjektif bakış açısı da gelmiştir. (Kararın özeti için bkz. http://www.casebriefs.com/blog/law/criminal-law/criminal-law-keyed-to-kadish/theft-offenses/regina-v-feely/2/ Erişim Tarihi:02.07.2016)

[137] İlgili kararın İngilizce orjinali için bkz. http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1982/2.html (Erişim Tarihi:22.08.2016); Kararın ve dishonesty kavramının ayrıntıları için bkz. **ÇINAR**, Birleşik Krallık Ceza Hukuku'na Göre Dolandırıcılık Suçu, s. 158, 159 ; ayrıca **Nicola MONAGHAN**, Criminal Law Directions, Oxford University Press, 10th Edition, (2009) s. 228, 274; **HERRING**, Criminal Law Text, Cases and Materials, s. 532, 533

[138] Bkz. **Brutus v. Cozens kararı (1972) (House of Lords)** Kararın özeti için bkz. http://swarb.co.uk/brutus-v-cozens-hl-19-jul-1972/; tam metni için bkz. http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1982/2.html (Erişim Tarihleri: 02.07.2016)

[139] Kanun için bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/60/contents (Erişim Tarihi:02.10.2015)

"3-*Mülk Edinme*

1-*Malikin sahibi olduğu hakların bir kimse tarafından elde edinmesi mülk edinmedir; malın çalmadan (masumca veya değil) malik olarak elde tutulması ve hareket edilmesi de mülk edinmenin kapsamındadır.*

2-*Bir mal, hak ya da malın yararı*[140] *iyi niyetli olduğu düşünülen bir kimseye transfer edilirse, o kimsenin edindiğini düşündüğü haklar yüzünden "malı teslim alan kabul edileceği için" hırsızlıkla suçlanamaz."*

Mülk edinme gerek hırsızlığın gerekse güveni kötüye kullanmanın kilit unsurlarından biridir. Kanunda malın çalmadan malik olarak elde tutulması ve hareket edilmesi mülk edinmenin kapsamındadır, denilmek suretiyle burada hırsızlık suçunun kapsamı, güveni kötüye kullanma suçunu ve hatta başkasının rızası hilafında elden çıkan kayıp eşyayı elde etme suçunu içine alacak şekilde genişletilmiştir.

Bununla birlikte ikinci fıkra ile iyi niyetle malı iktisap eden kimseye hırsızlık suçlaması getirilemeyeceğini ifade edilerek, bu kişileri koruyucu bir hüküm getirilmiştir. Mülk edinmede failin açık olarak sadece malikin yapabileceği bir hakkı gerçekleştirmesi gerekir. El koyduğu malı bir kimseye satması, satmayı teklif etmesi, yok etmesi[141] dahi mülk edinmenin göstergesidir. Hatta bir süpermarketteki malların fiyatları gösteren etiketlerin daha düşük fiyatlı etiketlerle değiştirilmesi ve kasadan bu ürünlerin geçirilmeye çalışılması dahi Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesince "mülk edinme" olarak görülmüştür.[142] Mülk edinmenin kalıcı nitelikte olması esastır. Ancak doktrinde kalıcı olmayan geçici nitelikteki mülk edinmelerinde bu suçu teşkil edebileceği; kalıcı nitelikteki mülk edinmeye nazaran daha az ciddi mahiyet arz etmesi nedeniyle daha az cezaya hükmolunması gerektiği savunulmaktadır.[143]

Bu kanunun 4. maddesinde mal kavramının ne anlama geldiği açıklanmaktadır.[144] Maddenin 1.fıkrasına göre "*mal sözcüğü para, diğer tüm gerçek,*

---

[140] Interest: Faiz, yarar. Maldan kaynaklanan faiz, semereler, kazanç anlamında maddede kullanılmıştır.

[141] **HERRING**, Criminal Law Text, Cases and Materials, s. 508

[142] **R. v. Morris ve Anderton v. Burnside (1983) kararları** (Yerel mahkeme kararları temyiz edilerek, en son olarak o zamanki en yüksek Birleşik Krallıktaki hukuk mahkemesi olan House of Lords'a gelmiştir) (Bkz. http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1984/1.html (Erişim Tarihi:26.08.2016))

[143] **Glanville WILLIAMS**, Temporary Appropriation Should be Theft, Criminal Law Review (1981), s. 129 (Ayrıca bkz. bahse konu makaleye aynen yer verilen; **HERRING**; Criminal Law Text, Cases and Materials, s. 557)

[144] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/60/section/4 (Erişim Tarihi:02.10.2015)

hareket halindekiler de dâhil olmak üzere, kişisel mallar ile diğer gayri maddi malları içerir". Yine bu maddenin devamı olan fıkralardan anlaşılacağı üzere doğadan toplanan mantar vs. bitkiler ve sahipsiz, tutsaklık altında olmadan doğal ortamında serbestçe dolaşan evcil veya vahşi hayvanlar bu kanundaki suçun konusu mal olarak değerlendirilemezler. Ancak bu mantarların toplanması akabinde ticari amaçlı kullanıma sunulması, vahşi hayvanın, kafes (tutsaklık) altına alınması halinde bunlar suça konu mal olarak değerlendirilebilmektedir. Evcil ve sahipli hayvanlar içinde aynı şey geçerlidir. Bilgi tek başına hırsızlık veya güveni kötüye kullanma suçunun konusu olamaz. Ancak ayrı suç olarak başkaca kanunlarda düzenlenmişse cezalandırma yapılabilir. [145] Elektrik, İngiliz hukukunda suça konu olacak "eşya" olarak değerlendirilmemektedir.[146] Ancak yine de kanunda dürüstlüğe aykırı elektrik kullanımını cezalandıran bir düzenleme (m. 13) bulunduğundan, bu maddeden işlem yapılacaktır. Konteyner gibi bir yerde toplanan veya belli bir boru hattı ile taşınıp para karşılığı satılan su[147] ve gaz, mal olarak kabul edilmekle hırsızlık suçuna (dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçuna) konu olabilmektedir. Klasik İngiliz hukuku düşüncesine göre, cesetler bu suça konu olamazlar ancak son 50 yılda ise bu durum değişmiştir. Günümüz İngiliz hukuku düşüncesi gömülmeden önce hastanede gözetim altında tutulan veyahut bir kimsenin zilyetliğinde olan cesetlerin; bir kimsenin veya polisin gözetimi altında bulunan bir kimseye ait doku, sperm, saç örneklerinin; artistik, sanatsal, eğitim vs. amaçla kullanılmak üzere bulunan bir üniversite, kişi veya kurumun gözetimi altında bulunan ceset veya vücut parçalarının; hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçuna konu olabileceği düşüncesindedir.[148]

5. madde "malın başkasına ait olması"nın ne anlama geldiğini açıklamaktadır. Bu maddenin 1.fıkrasına göre bu maddeden kast edilen *"bir kimsenin mal üstünde kontrole, mülkiyete veyahut herhangi bir ayni hakka ya da yarara (sadece bir nakil ya da yarar sağlayan sözleşmeden doğan eşit yarar değil) sahip olması"*

[145] **HERRING**, Criminal Law Text Cases and Materials, s. 515; Catherine ELIOTT- Frances QUINN, Criminal Law, Pearson,10th edition, (2014), s. 213; **WILSON**, Criminal Law, Longman Law Series, Fourth Edition, (2011), s. 417 yine bu kitaplarda geçen **Oxford v Moss (1979)** kararı

[146] **Low v. Blease (1975) kararı** (bkz. HERRING, Criminal Law Text Cases and Materials, s. 509; WILSON, Criminal Law, s. 417)

[147] **Ferens v. O'Brien (1883) kararı 11 Q.B.D. 21**; Bir boru ile taşınıp çeşmeden mağdurca belli ücretle halka satılan suyu malikinden izinsiz ücret ödemeden izinsiz alan fail hırsızlık (o zaman ki adıyla: larceny) suçundan suçlu bulunmuştur. (karar için bkz. **HERRING**, Criminal Law Text Cases and Materials, s. 509)

[148] **HERRING**, Criminal Law Text Cases and Materials, s. 509; **ELIOTT- QUINN**, s. 214; **Jacqueline MARTIN**, Criminal Law Key Facts Key Cases, Routledge Publishing, (2014), s. 212

manasındadır.[149] Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre hayır vakıfları gibi yararlanıcısının belli olmadığı vakıflarda; kişiyi maldan mahrum etme kastının varlığının anlaşılması ancak bu tüzel kişi vakıf adına bu malı yönetme yararlanma yetkisine sahip kişinin tespiti ile mümkündür.

5. maddenin 3. fıkrasına göre eğer bir kişiye, diğer bir kimsenin hesabına veya diğer kimse tarafından bir mal teslim edilmişse ve teslim alan kişi, teslim edene karşı muhafaza etme, iş yapma mükellefiyeti altındaysa, kanun nazarındaki teslim alanın elindeki bu mal ya da kazançlar başkasına ait sayılacaktır.[150]

Buradaki muhafaza etme, iş yapma mükellefiyetinin hukuki mahiyet arz etmesi gerekmekle sadece ahlaki mükellefiyetler bu suçun kapsamında değerlendirilemez.[151] Yine hata sonucu bir kimsenin eline geçen eşya ile ilgili eğer o kimse kısmen veya tamamen bir başkasına karşı oluşan durumu eski hale getirme, malı iade mükellefiyeti altındaysa da sahip olduğu mal başkasına aitmiş gibi değerlendirilecektir. (m. 5/4)

Theft Act'in, 6. maddesinde kalıcı mahiyette mahrum etme niyetinin ne olduğunu açıklanmaktadır. Bu maddenin açık olarak yazılmaması doktrinde eleştirilmektedir. Bununla birlikte yargı içtihatları dâhilinde "alınan bir malın terk edilmesi, bilinmedik bir yere bırakılması" ,"mağdura para karşılığı geri satılmak istemesi", "mala karşılık mağdurdan bir şey istenmesi", "malın mağdura ait bir yerden başka bir yere götürülmek istenmesi", "malın alınıp tamamen kullanışsız hale getirildikten sonra geri iade edilmesi", "malın rehine verilmesi", "malın riskli

[149] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/60/section/5 (Erişim Tarihi:02.10.2015)

[150] Güveni kötüye kullanma suçu yönünde İngiliz hukukundan davalara örnek vermek gerekirse **Davidge v. Bunnett (1984) Criminal LR 297**: Sanık bir grup arkadaşı ile bir daireyi paylaşmaktadır. Arkadaşları sanığa evin belli giderleri ve faturalarını ödemek için bir para bırakır. Sanığın bu parayı belirtilen kalemlerde harcamak yerine kendi masrafları ve ihtiyaçlarında kullanmasını mahkeme hırsızlık olarak değerlendirmiştir. **R v. Waln (1995)**: Waln, Yorkshire Televizyonunun düzenlediği Telethon adlı bir program için 3000-Pound para alır. Bu parayı 'Scarborough Telethon Appeal' adlı bir hesapta tutar sonrasında Telethon yapımcılarından izin alıp parayı kendi hesabına transfer eder. Karşılığında da organizatörlere masraflara karşılık çek keşide eder. Ancak çek karşılıksız çıkar yerel mahkeme sanığı hırsızlık suçundan mahkûm eder. Sanığın temyiz başvurusu ise yüksek mahkemede red edilir. Yüksek mahkemeye göre her ne kadar para sanığın kendi hesabına izinle transfer edilmişsede bu para başkasına ait bir paradır, bu çekte sanıkça mağdurlara bu paraya karşılık verilmiştir, sanığın bu çeke karşılık gelen parayı kasasında hazır bulundurması ve çekin sunulması halinde de derhal vermesi gerekir. Zira Theft Act'in 5/3.maddesine göre kendi hesabındaki para başkasına aittir. (İlgili içtihatlar için bkz. **ELIOTT- QUINN**, s. 221)

[151] **HERRING**, Criminal Law Text Cases and Materials, s. 511

yatırımlara, bahislere yönlendirilmesi" durumları da kalıcı mahiyette mahrum etme olarak değerlendirilmektedir. [152]

Theft Act'in, 7. maddesinde, hırsızlık olarak değerlendirilen suçlar için 7 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bununla birlikte sahibinden izinsiz araba nakil vasıtasının alımı 12. madde kapsamında, haksız elektrik kullanımı da 13. madde kapsamında ayrı suç olarak değerlendirilmektedir. 17.maddeye göre eğer bir kimse kendisine veya başkasına yarar sağlama veya birine zarar verme kastıyla bir dökümanı bozar, tahrip etme, sahte belge kullanma, yalan yanıltıcı bilgi verme gibi hallerde 7 yıla kadar hapis cezası verilecektir. 18.maddeye göre eğer suç bir şirkette müdür, direktör veya sekreter veya benzer mevkide bir tüzel kişilik görevlisinin veya bu yetkilere sahip bir kişinin rızası veya iştiraki ile işlenirse bu kişide bu suçtan dolayı soruşturulup ayrıca cezalandırılacaktır. (Tüzel kişilik perdesinin aralanması) 19.maddeye göre tüzel veya tüzel kişiliği olmayan kuruluşların (şirketin) ortakları veya alacaklıları yanıltıcı yazılı bilgi ve hesap yayınlayanlara 7 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir.

5) İsviçre

Güveni kötüye kullanma suçu, İsviçre Ceza Kanunu'nun (İs.CK) 138. maddesinde düzenlenmektedir. Bununla birlikte kanunun 137. maddesinde "hukuka aykırı mal edinme" adlı torba bir madde ihdas edilmiştir. İşbu 137.madde, kanunun 138. maddesi bunun yanında 139. maddesindeki hırsızlık suçu, 140. maddesindeki yağma hükümlerinin uygulanmadığı hallerdeki mal edinmelerde uygulanacaktır.

İs.CK'nın 138. maddesi ise şöyledir:

"1.Kendisi veya üçüncü bir kimseye haksız menfaat temini amacıyla başkasına ait olan fakat kendisine emanet edilmiş taşınırı mülk edinen kimse; kendisine emanet edilmiş mal varlıklarını kendisi veya üçüncü kişi yararına haksız şekilde kullanan kimse 5 yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır. Güveni kötüye kullanma, akraba ya da aile bireylerinden birinin zararına işlenirse suçun takibi şikâyete bağlıdır.

2. *Resmi makamlarca görevlendirilen, kamu görevlisi, vasi, kayyum, profesyonel varlık yöneticisi sıfatıyla ya da mesleğinin icrasından, resmi*

[152] **HERRING**, Criminal Law Text Cases and Materials, s. 526

makamlarca onaylanan mesleki veya ticari bir sözleşmeden kaynaklanan bir kimse tarafından bu suçun işlenmesi halinde cezası 10 yıla kadar hapis veya para cezasıdır.''[153]

Aynen Almanya'da olduğu gibi bu ülkede de bu suçun konusu taşınır mallar olmakla taşınmaz mallar bu suçun konusu olamazlar. Diğer taraftan bu mal edinme (mülk edinme) niyetinin kalıcı bir mahiyet arz etmesi yani elde edilen malın uzun süreli kullanılması gerekmektedir. Kısa süreli ve mülk edinme niyeti olmadan yapılan kullanım ve yararlanmalarda, ciddi zararda oluşmuşsa bu maddeden değil 141. maddede düzenlenen "Eşyadan yoksun bırakma" suçundan cezalandırma yapılacaktır.

Bununla birlikte dağınık durumda başkaca güveni kötüye kullanma suçu teşkil edebilecek fiiller İs.CK'da ayrı suç olarak düzenlenmiş olmakla bu hallerde 138. maddeden değil, bu maddelerden cezalandırma yapılması gerekir. Örneğin, kanunun haksız enerjinin elde edilmesi ile ilgili olarak 142. maddesinde ve haksız veri elde edip kullanmaya dair 143. maddesinde düzenlemeler bulunmaktadır. Bunun dışında borçlunun rehin veya ipotek konusu malı alacaklılarını zarara uğratma kastıyla kullanması, yok etmesi, değerinin düşmesine neden olması, yararlanılamaz hale getirilmesi de 145. maddede düzenlenmiş olup cezalandırılmaktadır. Yine aynen Almanya'da ve Avusturya'da olduğu gibi işverenin işçisine karşı sigorta primlerini, katkı paylarını vergileri ödememesi, maaşından gerekli kesintileri yapmayıp işçinin zararına sebep olması durumunun suç olarak düzenlendiği özel bir düzenlemede kanunun 159. maddesinde bulunmaktadır.

6) Norveç

Zimmet, Hırsızlık ve Hukuka Aykırı Kullanım başlığı altında Norveç Ceza Kanunu'nun (Norveç CK.) 255. maddesinde güveni kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir.[154]

Bu maddeye göre:

[153]Bu maddenin çevirisinde https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html (Erişim Tarihi:29.08.2016) adresindeki İsviçre Federal Hükümeti resmi internet sitesindeki Ceza Kanununun hem İngilizce hem Almanca, hem de Fransızca çevirilerinden faydalanılmıştır.

[154] Her ne kadar madde metninde kullanılan İngilizce "embezzlement" kelimesi zimmet olarak çevrilse de maddeden failin kamu görevlisi dışında herhangi bir kimsede olabileceği anlaşılmakla, failin kamu görevlisi olması 256. maddede ağırlaştırıcı neden olarak belirtilmekle bu maddenin güveni kötüye kullanma suçunu anlattığı kanısındayız.

"Madde 255. Her kim, kendisi veya başkası için hukuka aykırı bir kazanç elde etmek maksadıyla, zilyetliğinde bulunan ve kısmen veya tamamen başkasına ait olan taşınır bir malı satar, rehneder, üzerinde tasarruf eder veya başka türlü bir yolla mal edinir veya başkası için tahsil ettiği/topladığı veya kendisine tevdi edilmiş olan para hakkında hukuka aykırı olarak tasarrufta bulunur ise zimmet suçunu işlemiş olur.

Madde 277 veya 278'de belirtilen fiillerin işlenmesi halinde, bu madde uyarınca ceza verilmez. Bu suçu işleyenler hakkında 3 yılı geçmemek kaydıyla hapis veya para cezasına hükmedilir. Bu suça yardım ve iştirak edenler hakkında aynı cezaya hükmedilir."[155]

Madde son derece geniş bir biçimde tanzim edilmiş olmakla zilyetliğin türü, zilyetliği devralmanın gerekliliği maddede öyle vurgulanarak belirtilmemiştir.[156] 256. maddesinde ise bu suçu ağırlaştırıcı neden bulunmaktadır.

Bu maddeye göre:

"Madde 256. Ağır zimmet teşkil eden halde suçun cezası 6 yıla kadar hapistir. Buna ilaveten para cezası uygulanabilecektir. Suça yardım eden ve iştirak eden her kimse aynı ceza ile cezalandırılır.

Zimmet suçunun ağırlığında, zimmette konu eşyaya bağlı değerin özel bir önemine; zimmet suçunun kamu görevlisince gerçekleşip gerçekleşmediği veya kişinin faaliyetinden konumundan kaynaklı özel nitelikteki güven ilişkisinin istismar edilip edilmediğine; sahte mali bilgi verilip verilmediği, sahte mali belge ya da yıllık raporların hazırlanıp hazırlanmadığına; herhangi bir insanın hayatına veya sağlığına bilerek failce maddi zarar veya tehlike yaratılıp yaratılmadığına bakılacaktır. "[157]

Norveç CK'da 264. maddenin 1. fıkrasına göre bu suçun kovuşturulması, eğer kamu yararı söz konusu değilse, mağdurun (suçtan zarar görenin) şikâyetine bağlıdır.

Bu kanunun 275. maddesinde bu suçun nitelikli hali hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak düşünülebilir. Bu maddeye göre;

---

[155]**CANPOLAT**, s. 31; Ayrıca bkz. http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19020522-010-eng.pdf (Erişim Tarihi: 01.09.2016)

[156] **BULUTOĞLU**, s. 7

[157]Çevirinin yapıldığı kaynak kanunun İngilizcesinin yer aldığı; http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19020522-010-eng.pdf (Erişim Tarihi. 01.09.2016)

Madde 275. Her kim, kendisi veya başkası için hukuka aykırı bir kazanç elde etmek veya zarara uğratmak maksadıyla, kendisinin yönetimine veya nezaretine bırakılmış işleri ihmal eder veya başkalarının çıkarlarına aykırı hareket ederse güveni kötüye kullanma suçunu işlemiş olur.

Güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kimse hakkında 3 yılı geçmemek kaydıyla hapis cezasına hükmedilir. Bu hükme ek olarak para cezası da uygulanabilir.

Bu maddede belirtilen cezalar madde 255, 256 veya 176- a, 276- b maddelerinde belirtilen fiillerin işlenmesi halinde o maddede hükmedilenlerle birlikte uygulanamaz."[158]

Diğer taraftan cezayı ağırlaştırıcı diğer bir nitelikli hal, 276. maddede düzenlenmiştir. Buna göre;

"Madde 276. Ağır güveni kötüye kullanma teşkil eden halde suçun cezası 6 yıla kadar hapistir. Buna ilaveten para cezası uygulanabilecektir. Suça yardım eden ve iştirak eden her kimse aynı ceza ile cezalandırılır.

Güveni kötüye kullanma suçunun ağırlığında, zimmette konu eşyaya bağlı değerin özel bir önemine; güveni kötüye kullanma suçunun kamu görevlisince gerçekleşip gerçekleşmediği veya kişinin faaliyetinden konumundan kaynaklı özel nitelikteki güven ilişkisinin istismar edilip edilmediğine; sahte mali bilgi verilip verilmediği, sahte mali belge ya da yıllık raporların hazırlanıp hazırlanmadığına; tutulan mali bilgileri, mali kayıtları ya da defterleri yâda diğer dokümanları yok edip etmediğine veya kullanılmaz hale getirip getirmediğine veya gizleyip gizlemediğine; herhangi bir insanın hayatına veya sağlığına bilerek failce maddi zarar veya tehlike yaratılıp yaratılmadığına bakılacaktır." [159]

7) İspanya

1995 yılında yürürlüğe giren şimdiki İspanyol Ceza Kanunu (İsp. CK) son 20 yıllık süreçte pek çok değişikliğe uğramıştır. En son 2015 yılında kanunda büyük değişiklikler yapılmıştır. Örneğin, İsp. CK'da 2015 yılına kadar hırsızlık, güveni

[158] **CANPOLAT**, s. 32 Ayrıca bkz. http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19020522-010-eng.pdf (Erişim Tarihi. 01.09.2016)

[159] Çevirinin yapıldığı kaynak kanunun İngilizcesinin yer aldığı; http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19020522-010-eng.pdf (Erişim Tarihi. 01.09.2016)

kötüye kullanma gibi çeşitli malvarlığına karşı suçlarda malın değeri veya elde edilen kazanç 400 Euro'nun altındaysa cezasızlık durumu söz konusu iken; 2015 yılındaki değişiklikle 400-Euronun altındaki malvarlığı değerleri de artık cezalandırılır hale gelmiştir. Ancak malın değerinin 400- Euro'dan az olması cezayı hafifleten bir nedendir.

Güveni kötüye kullanma İsp. CK'da 253. maddede düzenlenmiştir.[160] Bu madde özellikle 2015 yılında önemli değişikliklere uğramıştır. Aynı zamanda "Güveni Kötüye Kullanma" (*De la apropiación indebida*) başlığı taşıyan bu maddeye göre;

> *"Madde 253. 1.Her kim diğer bir kimsenin zararına olarak kendisine emanet olarak veya gözetmesi amacıyla veya yönetmesi için veya teslim yâda iade yükümünü doğuran herhangi bir sıfatla bırakılan para, özel eşya veya değerli şeyleri veya herhangi bir taşınabilir eşyayı kendisi veya başkası için mal edinirse veya kendisine verildiğini inkâr ederse eğer bu kanunun diğer maddelerinde başkaca daha ağır cezayı gerektiren haller belirtilmemişse 249. veya 250. maddede belirtilen cezalarla cezalandırılır.*
> *2.Eğer mal edilen değer 400 Euro'yu aşmıyorsa 1 aydan 3 aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*[161]

---

[160] 2015 değişiklikleri öncesi 252. maddede düzenlenen bu suçun maddesi 2015 yılında 253 olarak değiştirilmiştir.

[161] Çeviri için yararlanılan internet kaynakları kanunun 2011 yılına kadar ki değişikliklerini de içeren İngilizce metin "http://www.parliament.am/library/Qreakan/ispania.pdf (Erişim Tarihi:02.09.2016) Kanunun İspanyolca 2016 yılına kadar ki değişikliklerini de içeren metni; http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t13.html#a245 (Erişim Tarihi:02.09.2016) İspanyolların eski 1973 tarihli Ceza Kanunu'nda ise güveni kötüye kullanma suçu 535.madde de düzenlenmişti. Bu madde bu kanunda da benzer şekilde düzenlenmiştir. Bkz. https://www.iberley.es/legislacion/decreto-3096-1973-14-sep-codigo-penal-1973-1319528?fecha_ vigencia 1974-01-01 (Erişim Tarihi:10.01.2018) 1973 tarihli İspanyol Ceza Kanunu m. 535 *"Her kim diğer bir kimsenin zararına olarak kendisine emanet olarak veya gözetmesi amacıyla veya yönetmesi için veya teslim yâda iade yükümünü doğuran herhangi bir sıfatla bırakılan para, özel eşya veya herhangi bir taşınabilir eşyayı kendisi veya başkası için mal edinirse veya kendisine verildiğini inkâr ederse 528.maddede* (dolandırıcılık suçunda) *belirtilen ceza ile cezalandırılır. Malın adi veya zorunlu emanet olarak teslimi halinde en yüksek hadden ceza verilir. Kaybolmuş veya hata sonucu elden çıkarılmış eşyanın sahiplenilmesinde de aynı ceza uygulanır."*
1995 yılındaki Ceza Kanunu'nda 2015 değişikliklerinden önce güveni kötüye kullanma şekline ilişkin düzenleme ise söyleydi. (1973'deki eski Ceza kanunu ve 2015 değişikliklerinden farklı olan düzenlemeler koyu harfle belirtilmiştir) "*m.252: Her kim diğer bir kimsenin zararına olarak kendisine emanet olarak veya gözetmesi amacıyla veya yönetmesi için veya teslim yâda iade yükümünü doğuran herhangi bir sıfatla bırakılan para, özel eşya veya değerli şeyleri veya herhangi bir taşınabilir eşyayı* ***veya malvarlığı aktiflerini*** *kendisi veya başkası için mal edinirse veya kendisine verildiğini inkâr ederse* ***mülk edilen değer 50.000 pesetayı geçmiyorsa*** (sonrasında İspanyanın euroya geçmesiyle bu değer 400 euro olarak değiştirilmiştir) *249. veya 250. maddede belirtilen cezalarla cezalandırılır*.

İsp. CK'da 249 ve 250. maddeler aynı zamanda dolandırıcılık suçunun cezasını düzenlemektedir. 249. madde dolandırıcılık suçu için 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası verilmesini düzenlemekle bu duruma göre 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası ile fail cezalandırılacaktır. Bu maddede ayrıca cezanın hesaplanmasında fail ile mağdur arasındaki ilişki dolandırıcılığa konu miktar vs. diğer suçu etkileyen hallerin dikkate alınarak hesaplamanın yapılması gerektiği belirtilmektedir. 268.madde de tehdit, şiddet veya yaşından engelli durumundan istifade ederek kötüye kulllanma haricinde hukuken veya fiilen ayrılmamış veya ayrılık sürecinde olan eşler, alt ve üst soy ile birinci dereceye kadar akrabalık bağı olan bir arada yaşayan biyolojik veya evlatlık kardeşler için malvarlığına karşı suçlar yönünde hukuki sorumluluk öngörmüş ancak cezai sorumluluk öngörmemiştir. Ancak bu suçlara bu kişilerle birlikte iştirak eden bu niteliklere haiz olmayan kişiler açısından bu hüküm uygulanmayacaktır.

269. madde ise dolandırıcılık, hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçları gibi bir kısım malvarlığına karşı suçlara katılan, azmettiren, yardım eden kişilerin bir veya iki derece daha hafif ceza verilmesini öngörmektedir.

250. madde ise dolandırıcılık suçunun nitelikli hali ile ağırlaştırıcı sebeplerini düzenlemektedir. Bu durumda bu ağırlaştırıcı sebepler aynı zamanda güveni kötüye kullanma suçu için uygulanacaktır. Bu maddeye göre:

> *"Madde 250. 1.kamu yararını birincil ihtiyaç olarak gerektiren ihtiyaç, kaynak ve hesaplar üzerinde işlenmesi,*
> *2.imza taklidi, özel veya resmi bir evrakın, belgenin, işlemin kısmen veya tamamen yok edilmesi, değiştirilmesi, çalınması suretiyle işlenmesi,*
> *3.Kültürel, artistik ve ekonomik, bilimsel, tarihsel malvarlığı değerleri üzerinde işlenmesi,*
> *4.Mağdurun ve ailesinin üzerinde ciddi büyük çapta zarara ve finansal zarara sebep olması,*
> *5. Suça konu meblağın 50.000-Euro'yu geçmesi,*

Malın adi veya zorunlu emanet olarak teslimi halinde en üst yarıya kadar ceza arttırılacaktır." Kaybolmuş ve hata sonucu elden çıkmış eşyanın sahiplenilmesindeki (mülk edinilmesindeki) düzenleme ise yasanın ilk halinde 253.maddede ayrı suç olarak düzenlenmiştir.

6.Fail ile mağdur arasındaki ilişkinin kötüye kullanılması suretiyle veya onun iş veya mesleki itibarını kullanılarak bu suçun işlenmesi,

7. hukuki belgelerin veya iddiaların temelinin oluşturan manipüle edilmesi suretiyle yargıç veya mahkemeyi hataya düşürüp, diğer bir tarafın veya üçüncü kişinin finansal çıkarlarının zararına olarak devrine ilişkin karar alınmasını sağlanması suretiyle" işlenmesi halinde, suçun cezası 6 aydan 12 aya kadar para ve 1 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası olacaktır."

Buna karşın bu maddenin 2.fıkrasına göre *"4.5.6.bentlerdeki hallerden biri ile 1. maddedeki halin bir arada gerçekleşmesi*" ve/veya *"suça konu değerin 200.000 Euro'yu aşması"* halinde faile verilecek hapis cezası 4 yıldan aşağı 8 yıldan az olamayacak ve ayrıca fail 12 aydan 24 aya kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır. [162]

Kanunun 254. maddesi ise 253.maddenin dışında kalan her türlü haksız hukuka aykırı taşınır mal edinimlerini yani tesadüfen, malikin hatası sonucu elde edilen veya kaybedilen eşyanın mülk edinilmesi fiillerini cezalandırmaktadır. Bu bağlamda İspanyol Ceza Kanunu 253.maddenin Alman ve bir sonraki konuda incelediğimiz Fransız Ceza Kanunlarındaki düzenlemelerin etkisini taşıdığını söylebiliriz. Öte yandan 254.madde açısından ise Alman CK'nın 246.maddesini andıran bir düzenleme yapılmıştır.

Bunun yanında İsp. CK m.290 – 297 arasında özel şirketlere ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu maddelerde, mali bilançolarda hile (m.290), şirket ortaklarının hissedarların bilgi alma hakkının engellenmesi (m.293) gibi çeşitli suçlar düzelenmiştir. İlerleyen bölümlerde ele alacağımız ülkemizdeki Ser.PK m. 110'daki suçu andıran bir düzenleme, iş bu kanunun 295.maddesinde bulunmaktaydı. İsp.CK'sının bu maddesinde kurulu veya kurulmakta olan bir şirketteki hukuki veya fiili yönetici memur ve görevlilerin *"yönettiği şirket ortaklarının, hissedarlarının, emanet verenlerin, hesap sahiplerinin zararına kendisi veya üçüncü kişilerin yararına hileli yollarla, görevlerini kötüye kullanmak suretiyle şirketin malvarlığının elden çıkarılması veya sözleşmelerden kaynaklanan harcama yükümlülüğünün*

[162] http://www.parliament.am/library/Qreakan/ispania.pdf (Erişim Tarihi:02.09.2016)
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t13.html#a245 (Erişim Tarihi:02.09.2016)

istismarı suç olarak düzenlemişti. [163] Ancak 2015 yılındaki reform sonrası iş bu 295.madde mülga edilmiştir.

İsp.CK'nın 295.maddesi yerine aynı kanunun 252.maddesinde güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçu arasında, buna uygun "güvene aykırı yönetim" (De la administración desleal)[164] adı altında düzenlenme yapılmıştır. Bu maddeye göre:

> "*Madde 252: 1- Kim, kanun gereği veya yetkililerce bırakılmış veya kanuni sözleşme gereği yönetimini üstlenmiş olduğu başkasına ait malvarlığını, yetkisini aşarak veya bu tarzda kötüye kullanır, yönettiği malvarlığında zarara neden olursa kanunun 249.maddesi veya 250.maddesinde belirtilen hallerdeki ceza ile cezalandırılır.*
> *2-Eğer malvarlığı zararı 400-Euro'yu geçmezse 1 ay ile 3 ay arası para cezası ile cezalandırılır.''*[165]

Bu düzenleme Alman Ceza Kanunu'nun 266.maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi düzenlenmesinden

---

[163] Değişen İspanyol Ceza Kanunu'na bu türden maddelerin konmasına diğer bir etken de Mario Conde Argentia Trust skandalıdır. Çok genç yaşta çeşitli sektörlerdeki başarıları ve şirket satın almaları ile hızla yükselen Conde, 1987'de Spanish Banco Español de Crédito (Banesto) bankasında bir anda en büyük hissedarlardan biri olur; sonrasında ise bankanın yönetim kurulu başkanlığına kadar yükselir. Bu kariyeri İspanyol Merkez Bankası'nca 1993'te bankanın içindeki mudilere ait 600 milyon peseta'nın yokluğunun fark edilmesi ile sarsılır. Conte, bu konuda uyarılara aldırış etmez herhangi bir beyanda da bulunmaz. En sonunda 600 milyon peseta'nın hukuka aykırı şekilde İsviçre'deki bir offshore firmasına (Argentia Trust) transfer edildiği bankanın içinin boşaltıldığı anlaşılır. Conde tutuklanır sonra serbest bırakılıp, tekrar tutuklanır. En sonunda Conte, Banesto'daki fiilleri açısından güveni kötüye kullanma ve evrakta sahtecilik suçlarından mahkûm olur. Ancak esas tartışma yaratan nokta Conde'nin yaptığı eylemlerin ve para transferlerinin o zamanki İspanyol Ceza Kanunu'ndaki güveni kötüye kullanma suç tipine tam olarak girmediği yolundaki eleştirilerdir. Bu sebeple bu türden olayları önlemek babında 1995 tarihli yeni İspanyol Ceza Kanunu'na bu türden eylemleri de içine alan bir 295.madde ve çeşitli özel hükümler sevk edilmiştir. Ancak yine sorunlar giderilemiştir. Neticede ele aldığımız 2015 değişikliği ile bu 295.madde kaldırılıp 252.maddedeki güveni kötüye kullanma suçu 253.maddeye alınmış, dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma suçunun tam ortasına da kanunun 252.maddesinde "administracion desleal" (güvene aykırı yönetim) suçu konulmuştur. Bkz. **Nuria CASTELLÓ NICÁS**, Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Sayı:19, Haziran (2017), s. 5 http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-06.pdf (Erişim Tarihi:01.01.2018)
https://elpais.com/elpais/2016/04/12/inenglish/1460456396_364112.html;
https://elpais.com/elpais/2016/04/11/inenglish/1460366428_239380.html;
https://elpais.com/elpais/2012/10/12/inenglish/1350065631_786311.html?rel=mas?rel=mas;
https://elpais.com/elpais/2016/04/12/inenglish/1460447183_187048.html;
https://elpais.com/elpais/2016/04/14/inenglish/1460618369_ 967633.html (Bu 5 haber için erişim Tarihleri: 03.01.2018)

[164] Desleal: "aldatıcı", "sadakatsiz" şeklinde de çevrilebilir. (Bkz. **Mariano VELAZQUEZ- Edward GRAY-Juan L IRIBAS,** The New Velazquez Spanish and English Dictionary, Velazquez Press, (2003), s. 340)

[165] http://www.parliament.am/library/Qreakan/ispania.pdf (Erişim Tarihi:02.09.2016)
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t13.html#a245 (Erişim Tarihi:02.09.2016)

esinlenerek hazırlanmıştır diyebiliriz. Böylece güveni kötüye kullanma suçunun bir türü olarak kabul edebiliriz. Öte yandan bu suç güveni kötüye kullanma ile dolandırıcılık suçunun bir karışımı melez bir suç olarak da düşünülebilir.[166] Bununla birlikte sadece şirketlerde güveni kötüye kullanma suçunu işleyenler bu 252.madde kapsamında cezalandırılmamaktadır. Ayrıca vasi, kayyım gibi sıfatlarla diğer kimselerin malvarlıklarının yönetimini üstlenip, yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle yönettikleri kimselerin malvarlığını zarara uğratanlarda bu maddeden cezalandırılacaktır.

Bunun yanında ticari şirketler açısından İsp.CK'nın 291. maddesinde *"kurulmuş veya oluşturulan bir şirkette ortaklar genel kurulundaki veya yönetim kurulundaki çoğunluğundan istifade etmek suretiyle kendisi veya üçüncü bir kimse yararına şirket ortakları ve hissedarlar zararına, bu konuda başkaca bir (şirket adına) menfaat içermeyen istismar edici mahiyette kararlar alan kimse/kimseler için 6 aydan 3 yıla kadar hapis ve şirketin uğradığı zararın bir ila üç katı tutarında para cezası* " öngörülmektedir. 292.maddede ise *"eğer başkaca bir suç oluşmazsa bu konudaki kararların alınmasına görevini ihmal veya açığa atılan imzalı kararla veya bu konudaki diğer üyelerin oy hakkının kullanılmasını engellemek suretiyle sebep olan kimse"* cezalandırılmaktadır. Bu kişilerde 291.maddedeki suçun cezası ile cezalandırılacaktır.[167]

8) Fransa

Güveni kötüye kullanma suçunu, dünyada ilk olarak ayrı bir suç olarak ihdas eden bu ülkede eski 1810 tarihli Fr.CK.hükmü şu şekildeydi.

> *"Madde 408: Her kim, maliklerin, zilyetlerin, elde bulunduranların zararına muayyen bir kullanma veya iş yapmak yahut iade veya ibraz mükellefiyeti altında kira, vedia, vekâlet, rehin, ariyet, ücretli veya ücretsiz hizmet akdi ile*

[166] **NICÁS**, s.17 Ayrıca buradan bkz. İspanyol Yüksek Mahkemesi'nin (Tribunal Supremo. Sala de lo Penal) 700/2016 sayılı ve 09.09.2016 tarihli kararı: Bahse konu kararda yüksek mahkeme güveni kötüye kullanma ve güvene aykırı yönetim suçu arasında birinde idare yetkisinin kötüye kullanılması suretiyle suçun işlenmesi ötekinde ise teslim edilen taşınır eşya üzerinde kanunda belirtilen şekilde hukuka aykırı olarak para, özel eşya veya değerli şeyleri veya herhangi bir taşınabilir eşyanın mal edinilmesinin cezalandırıldığından bahsetmektedir. (**NICÁS**, s. 27)

[167] Bu maddeler için bkz. http://www.parliament.am/library/Qreakan/ispania.pdf (Erişim Tarihi:02.09.2016)
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t13.html#a245 (Erişim Tarihi:02.09.2016); https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444 (Erişim Tarihi:02.09.2016)

teslim edilmiş eşyayı, paraları, emtiayı, senetleri, borç yükletme veya borçtan kurtarmayı içeren bütün yazılı kağıtları edinir veya harcarsa, 406. maddede ki cezalarla cezalandırılır.

Eğer yukarıdaki paragrafta düzenlenen güveni kötüye kullanma, bir resmi memur veya hizmetçi, rehin ile ödünç vermeyi sanat edinen bir kimse, öğrenci, papaz, tüccar memur, işçi, çırak tarafından iş sahibi aleyhine işlenirse ceza ağır hapistir.

Bütün bu hallerin kamu ödünçlerinde işlenen paraların, evrakın, eşyanın alınması, kaldırılması suçlarına ait 254., 255.ve 256. maddelere girmemesi şarttır. 1935 tarihli bir décret-loi da halka ilan ederek vedia, vekâlet, rehin akdi ile para veya eşya teslim alan şahıs veya işletme müdürlerinin daha ağır cezalara çarptırılmasını gerektirmektedir.[168]*"*

Bu madde sözleşme tiplerini tahdidi olarak sayması, çağın gerisinde kalması nedeniyle eleştirilmekteydi. 1994 yılında bu kanun yürürlükten kaldırılıp, şimdiki Fransız Ceza Kanunu (Fr.CK) kabul edilip yürürlüğe girmiştir. Bu yeni kanunla da güveni kötüye kullanma suçu farklı şekilde tanımlanmıştır.

Şimdiki Fr. CK'da 3.Kitap olan "Malvarlığına Karşı Suçlar ve Kabahatler" başlığı altında "Hileli Mal Edinme" adını taşıyan birinci kısmının kötüye kullanma (Détournement) başlıklı dördüncü bölümünde bu suç düzenlenmiştir. Bu bölümdeki 314. madde bu suçu şu şekilde düzenlemiştir:

"314-1. Güveni kötüye kullanma; geri verme, vekalet veya kararlaştırılan şekilde kullanılması yönündeki koşulu kabul ederek kendisine kıymetli evrak veya değerli şey veya başka herhangi bir şey[169] *tevdi edilen kimsenin, sahibinin zararına olarak bunları mal edinmesidir.*

Güveni kötüye kullanma, üç yıla kadar hapis ve 375.000 Euro para cezası ile cezalandırılır."

Fransa'da teşebbüsün cezalandırılması için kanunda açık bir hüküm bulunması gerekir. 314. maddedeki güveni kötüye kullanma suçunda böyle bir düzenleme

[168] http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_3.htm (Erişim Tarihi:06.09.2016); **BULUTOĞLU**, s. 28

[169] Çeviride yararlanılan kaynaklar; **CANPOLAT**, s. 26 ayrıca http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30 (kanunun İngilizce çevirisi); yine kanunun Fransızca orijinali için bkz. http://www.cjoint.com/doc/16_01/FAhnIM1xInM_codepenal2016.pdf (Erişim Tarihi:05.09.2016)

bulunmadığından bu suça teşebbüs cezalandırılmayacaktır. Suça iştirak ise mümkündür. [170] Yine 314-12. madde bu suçun tüzel kişilerin hesabına da işlenebileceğini belirtmektedir.[171] Diğer taraftan her ne kadar açıkça taşınmazların bu suç kapsamında değerlendirilmeyeceği metinden anlaşılamasada Fransız Yargıtay'ı ve doktrindeki görüşler taşınmazların bu suçun konusu olarak değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır. [172] Ancak buna karşın ülkemizin aksine ekonomik değeri olan fikri ve sınai haklar ve internet bağlantısına bağlı bir banka kartı numarası, bir çalışanın öngörülen çalışma saatleri, kaydedilmiş bir görüntü ve ses[173], müşteri topluluğuna ilişkin bilgiler gibi gayri maddi mallarda bu suça konu olabilir.

314- 2. maddede ise bu suçun nitelikli halleri düzenlenmektedir.

"314- 2. *Güveni kötüye kullanma suçu aşağıdaki hallerden biri şeklinde işlenirse, ceza yedi yıl 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. Alışılagelmiş bir biçimde küçük bir sıfat ve işlev ile de olsa üçüncü kişiye ait bir malvarlığı ile ilgili bir hesap üzerinden işlemler üstlenen veya bunlara

---

[170] **Jean PRADEL- Michel Danti JUAN**, Droit Pénal Spécial Droit Commun-Droit Des Affaires, Editions Cujas, 5e édition, (2010) s. 530

[171] **PRADEL- JUAN**, s. 531

[172] Bkz. "00-87-605 Arrêt n° 6295 du 10 octobre 2001 Cour de Cassation- Chambre criminelle "İlgili karara ulaşmak için bkz. http://www.lexinter.net/JPTXT/bien_quelconque.htm (Erişim Tarihi:05.09.2016). Ayrıca **PRADEL- JUAN**, s. 538; **Romain OLLARD- François ROUSSEAU**, Droit Pénal Spécial, Éditions Bréal, (2011), s. 271; **Catherine ELIOTT**, French Criminal Law, Routledge Taylor & Francis Group, (2011), s.195; Aksi yönde görüş; **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 72 ; **Durmuş TEZCAN- Mehmet Ruhan ERDEM- Murat ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 12.Baskı, (2015) s. 697 Yazarlar 10 Ekim 2001 tarihli Fransız Yargıtay'ının yukarıda belirttiğimiz kararının taşınmazlarında güveni kötüye kullanma suçu içinde değerlendirilmesi gerektiği şeklinde yorumlanması gerektiği, bu hükmü esas veren Caen İstinaf Mahkemesinin kararının iş bu kararla Yargıtay tarafından bozulduğu, aksine görüş beyan edildiği iddiasındadırlar. Zira bu 314-1. maddedeki "herhangi bir şey" ibaresi taşınmazları da içine alır. Söz konusu olayda müdahilden bir hafta sonu odayı ariyet olarak alan kişi anahtarları vermeyerek kalmaya devam etmiştir. Caen İstinaf mahkemesi müdahile tazminat ödenmesi gerektiği zira anahtarları elinde bulundurmasının "bir şeyi bulundurma" anlamına gelmediği sonucuna varmıştır. Yargıtay ise burada değerlendirilmesi gereken hususun anahtar değil, taşınmaz olduğuna dair karar vermiş hükmü bu yönden bozmuştur. Ancak karar gerekçesinde Caen İstinaf Mahkemesinin taşınmazların güveni kötüye kullanma suçuna konu olmayacağına dair gerekçesini de belirtmiştir.

[173] **Philippe BONFILS- Eudoxie GALLARDO**, Droit Pénal des Affaires, LGDJ Lextenso Éditions, (2016), s. 91 Ayrıca bu kitapta bu sayfada belirtilen **Cass. Crim.,16 Aralık 2015 tarihli 14-83.140 nolu karar** için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT0000 31658648 (Erişim tarihi:10.12.2017)

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"[174]

Yine diğer bir nitelikli halde kanunun 314-3. maddesinde bulunmaktadır. Buna göre:

"314-3.Adli mekanizma içerisinde görevli vekil (avukat) *veya kamu görevlisi veya bakanlık görevlisi, görevinin sağladığı yetki veya konumu vesilesiyle güveni kötüye kullanma suçunu işlerse verilecek ceza 10 yıl hapis ve 1.500.000 Euro para cezasına arttırılır."*

Güveni kötüye kullanma suçu ile ilgili olarak 314-4. madde, Fr.CK'nın 311-12. maddesindeki failin ceza almasının engelleyen nedenlere ilişkin hususların da uygulama alanı bulabileceğini belirtmektedir.

Buna göre güveni kötüye kullanma suçunun "*üst soy veya alt soy zararına veya üst soy veya alt soya karşı işlenmesi; ayrılmış veya hukuken ayrı yaşayan eşler hariç, eş aleyhine işlenmesi halinde herhangi bir ceza takibi yapılmayacaktır."*[175]

Diğer taraftan bu kanunun 311-12. maddesinde sonrasında yapılan değişiklikler bu hale de iki istisna getirmiştir.

a) Güveni kötüye kullanma suçuna *"konu eşyaların yâda belgelerin, nüfus cüzdanı, bir yabancının oturmasına ya da ikametgahına ilişkin olması ya da ödeme yollarından olması gibi mağdurun günlük hayatı açısından vazgeçilmez olması,*

b) Failin, vasi, kayyum, adli koruma mercileri tarafından özel olarak atanan vekil, mağdurun gelecekte korunması açısından, atanmış görevli (veli) *ya da*

---

[174] http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30 (Kanunun İngilizce çevirisi); yine kanunun Fransızca orijinali için bkz. http://www.cjoint.com/doc/16_01/FAhnIM1xInM_codepenal2016.pdf (Erişim Tarihi:05.09.2016)

[175] http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30 (Erişim Tarihi: 05.09.2016); http://www.cjoint.com/doc/16_01/FAhnIM1xInM_codepenal2016.pdf (Erişim Tarihi: 05.09.2016)

ikamet etmesi için görevlendirilmiş koruyucu aile bireyi sıfatı taşıması halinde bu maddede yazılı haller uygulanmayacaktır.[176]

Öte yandan, 314-4 ve 5. maddeleri rehin ve mahcuz malların kötüye kullanılması fiillerini cezalandırmaktadır.

Bununla birlikte, aynen İtalya'da olduğu gibi güveni kötüye kullanma suçu Fransa'da da sadece Fr.CK'dan ibaret değildir. Bu suç açısından özellikle ticari şirketler yönünden Fr.CK ile bağlantılı en önemli düzenlenme Fransız Ticaret Kanunu'nun (Le code de commerce) L-241-3. maddesindedir.

Fransız doktrininde[177] "Abus de biens sociaux" (Şirket Mallarının Kötüye Kullanılması) olarak bu madde adlandırılmaktadır. Alman hukukçuları ise bu maddeyi Al.CK.m.266'nın şirketler hukuku açısından Fransa'daki karşılığı olarak görmektedir.[178]

Fransız Ticaret Kanunu m. L-241-3;*" Aşağıdaki hallerin gerçekleşmesi halinde fail 5 yıla kadar hapis ve 375.000- Euro para cezası ile cezalandırılır.*

1-Bir kimsenin bir kıymetin değerini biçme esnasında olması gereken normal değerinin üzerinde bir değeri göstermesi,

2-Yöneticilerin üyelerine mevcutlarında olmamasına rağmen veya sahte mevcutlardan yararlanmak suretiyle hileli temettü dağıtması,

3-Yöneticilerin süreler geçmesine karşın şirketin gerçek durumunu gizlemek amacıyla üyelerine temettü dağıtımında bulunmadan, her yıl için sağlaması gerekli mali raporları, yıllık malvarlığı ve finansal durumu gösteren, şirketin yıl içinde yaptığı faaliyetleri gösteren bildirimleri sağlamaması,

4-Yöneticilerin kendisi veya kendisinin doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili bulunduğu bir başka şirket menfaatine kötüye niyetli olarak, kendi şirketinin menfaatlerine aykırı olduğunu bildiği halde şirketin mallarını veya kredilerini kullanması,

---

[176] Bu hüküm sonradan konulmuş olup Fransız Ceza Kanununun 2015 öncesindeki İngilizce çevirilerinde bulunmamaktadır. Fransızca aslına bakılmalıdır. http://www.cjoint.com/doc/16_01/FAhnIM1xInM_codepenal2016.pdf (Erişim Tarihi: 05.09.2016)

[177] **Celine GAINET**, Controlling Shareholders' Fiduciary Duties Owed to Minority Shareholders – A Comparative Approach: The United States and France, Entrepreneurship Finance, Governance and Ethics (Editors: Robert Cressy-Douglas Cumming-Chris Mallin), Springer, (2013), s.168-169

[178] **ANDERS**, s.138

5- Yöneticilerin kendisi veya kendisinin doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili bulunduğu bir başka şirket menfaatine kötüye niyetli olarak, kendi şirketinin menfaatlerine aykırı olduğunu bildiği halde sahip olduğu yetkileri ve oy haklarını kötüye kullanması,[179]

Bunun yanında mahkeme ayrıca aynı kanunun *"L-.249-1.maddesindeki tamamlayıcı cezaya ve Fr.CK 131-26.maddesindeki medeni, sosyal, aile haklarına ilişkin yasaklara"* hükmedebilecektir. Ayrıca 2013 yılındaki değişikliklerle getirilen düzenlenmeye göre bu maddenin 4.fıkrasında ise cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal bulunmaktadır. Buna göre suç *"yurtdışında kurulu gerçek, tüzel kişiler, şirketlerin açık hesapları, sözleşmeleri kullanılarak veya sağladığı kolaylıktan yararlanarak veya yurtdışında kurulu gerçek tüzel kişiler, aracı kılınmak suretiyle işlenirse*" fail 7 yıla kadar hapis ve 500.000-euro para cezası ile cezalandırılacaktır.

Diğer taraftan bu maddedeki aynı hükümlere anonim şirket yöneticileri, müdür ve yönetim kurulu başkanı için aynı kanunun L-242-6.maddesinde yer verilmiştir. Buna göre bu suçun failleri sadece ticari bir şirkette (bir sermaye şirketinde) yer alan yöneticilerdir. Bahse konu ticari şirketin anonim (halka açık A.Ş= SA veya basit usulle kurulan A.Ş= SAS) veya limited şirket (SARL) veya komandit şirket (SCA) olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak kolektif (SNC), basit usulle kurulan komandit şirketler (SCS), tarım ve ekonomik çıkar grupları, gayrimenkul yatırım ortaklıklarında, sermaye şirketleri dışında bir şahıs şirketinde görev alan yöneticiler bu suçtan cezalandırılamaz. Yine yönetici sınıfında yer alan kişiler dışındaki kimseler bu suçtan cezalandırılamaz. Yönetici sınıfında yer almayan diğer kişilerin bu suçu işlemesi halinde Fr. CK'da yer alan güveni kötüye kullanma suçundan (Fr.CK m.314-1 ve devamı) cezalandırma yapılacaktır.[180]

---

[179] İlgili metni çevirirken yararlandığım orijinal metin için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr /affichCode.do;jsessionid=68B4A54725FFC21D164688AF0ADC6777.tpdila14v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006146061&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20170726 (Erişim Tarihi:26.06.2017) 2013 değişikliklerini içermeyen İngilizce çeviri için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/Media/...en/code_commerce_part_L_EN_20130701 (Erişim Tarihi: 26. 06.2017)

[180] **MASCALA**, Abus de Confiance, Kn: §33, http://www.dalloz.fr (Erişim Tarihi 25.12.2017) Yine burada zikredilen Sermaye Şirketleri dışındaki şirketlerde Fransız CK. m.314-1'deki güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma yapılacağını belirten **Fransız Yargıtay'ının (Cass.Crim), 10 Nisan 2002 tarihli 01-81282 sayılı kararı** (karar için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr /affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT 000007069817 (Erişim Tarihi 25.12.2017)

§ İKİNCİ BÖLÜM
GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN TCK'DAKİ VE ÖZEL KANUNLARDAKİ BENZER SUÇLARDAN AYRIMI

I- GENEL BİLGİ

Güveni kötüye kullanma suçunun kapsamı, sadece TCK'nın 155. maddesinden ibaret değildir. TCK'da bulunan zimmet, açığa atılan imzanın kötüye kullanılması, bedelsiz kalmış senedi kullanma ve muhafaza görevini kötüye kullanma suçları bir nevi güveni kötüye kullanma suçunun özel türü gibidir. Bunun dışında güveni kötüye kullanma suçu, Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf suçu ile de karıştırılabilmektedir. Diğer taraftan hırsızlık, mala zarar verme ve dolandırıcılık suçları, bu suçla sıkı ilişki içinde olmasının yanında uygulamada bu dört suç birbiri ile karıştırılabilmekte ve bu durum Yargıtay kararlarına konu olmaktadır.

Özel kanunlarda da yine TCK'daki güveni kötüye kullanma suçunun özel türü olarak kabul edebileceğimiz pek çok ayrı suç bulunmaktadır.

Bu kanunlardan ilki 2012 yılında 6362 sayılı kanunla ihdas edilen TCK'nın 155. maddesi ile onun nitelikli bir hali gibi ilişkilendirilen Sermaye Piyasası Kanunu'nun (Ser.PK) 110. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçudur. Diğeri ise 2004 tarihli 5253 sayılı kanunla ihdas edilen bağımsız bir suç iken 2008 yılında bu kanunda yapılan değişiklikle yaptırım yönünden TCK m. 155 ile ilişkilendirilen Dernekler Kanunu'nun 32-f maddesindeki güveni kötüye kullanma suçudur. Bu iki suç Ser.PK ve Der.K'da TCK m. 155'e doğrudan özellikle yaptırım yönünden

yapılan atıflara binaen aralarındaki sıkı ilişki hatta öğretide bu iki suçun ayrı suçlar olarak değil TCK m.155'in nitelikli hali olarak değerlendirilmesi yolundaki görüşler[181] nedeniyle bu bölümde diğer suçlardan farklı olarak çok daha detaylı şekilde ele alınmıştır.

Öte yandan güveni kötüye kullanma suçuna benzer suç türleri sadece Ser.PK ve Der.K ile de sınırlı değildir. Ticaret Kanunu'nun 358. ve 395/2. maddesindeki haller ve bunları cezalandıran TTK'nın 562. Maddesi de bir nevi özel nitelikli güveni kötüye kullanma suçunu düzenlemiştir. Diğer taraftan Sigortacılık Kanunu'nda 35/3 ve 35/4. maddelerinde ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde yer alan zimmet ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun 68/II-b maddesinde yer alan zimmet suçları, 4369 sayılı Bireysel Emeklilik ve Yatırım sistemi Kanunu'nun m.23/2'de yer alan zimmet suçu, TCK'daki zimmet suçunun özel bir türü olması yanında, ayrıca güveni kötüye kullanma suçunun özel bir türü olarak da kabul edilebilir. Son olarak 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 131. maddesinde de güveni kötüye kullanma suçunun bir türü niteliğinde zimmet ve ihtilaslı zimmet 130. maddesinde de askeri eşyanın geçici kullanımına dair suçlar düzenlenmiştir. Bu saydığımız beş kanundaki suçlarda TCK'daki güveni kötüye kullanma suçu ile ilişkili durumdadır.[182] [183]Bütün bu suçları ve kanunları da bu

---

[181] **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 684

[182] **MAHMUTOĞLU**, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, s. 228

[183] Elbetteki bunlar dışında da başkaca güveni kötüye kullanma suçuna benzer veya özel türü niteliğindeki suçlara başkaca özel kanunlarda rastlanmaktadır. Bunları konumuzu sınırlama zaruretinden ele alamıyoruz. Mesela; 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 98.maddesinde de bir hüküm bulunmaktadır. Bu maddeye göre Orman Kanunu'nun *"31 inci, 32 nci ve 33 üncü madde hükümlerine göre, köylülere zati ihtiyaçları ile köy müşterek ihtiyaçları için verilen yapacak orman emvalini; yerinde kullanmayıp her ne surette olursa olsun elden çıkaranlar, bunları veriliş gayesine uygun kullanmayanlar, yirmi günden az olmamak üzere adlî para cezasıyla cezalandırılır.* "Maddedeki orman emvali tanımlaması kanunda bulunmamaktadır. Emval kelimesi Arapça bir kelime olup mallar, para ile sahip olunan eşya anlamında kullanılmaktadır. (Bkz. http://www.tdk.gov.tr/ index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1= veritbn&kelimesec=112402 Erişim Tarihi: 15.08.2017) 24.09.1986 tarihli 19231 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Orman Emvalinin İstihsaline Dair Yönetmelik'te 3.madde'de *"Asli Orman emvali: Her çeşit ağaç, ağaççık ve çalılardan elde edilen oduna müteallik emvaldir. Tomruk, direk, sanayi odunu, kağıtlık odun lif-yonga odunu, sırık, çubuk, çıra, kök., yakacak odun ve benzerleri gibi.b) Tali Orman Emvali; Asli orman emvali dışında kalan orman emvalidir. Reçine sığla yağı gibi balzami yağ ve katran, palamut, ıhlamur çiçeği, mantar, mazı kozalağı, orman ağacı tohumları, kabukları, meyveleri, çiçekleri, yaprakları, diğer orman bitkilerine ait yaprak, çiçek, kök, soğan, ur ve her çeşit orman örtüsü, toprağı ve benzerleri*" olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bu konuda bir yönetmelik de vardır. (Bkz.14.08.1987 tarih ve 19544 sayılı 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun 31, 32 ve 33'ncü Maddelerinin Uygulanmasına Dair Yönetmelik) Yalnızca orman emvali ve yerine geçen ödenen para bu suçun konusu olup başkaca eşyalar bu suçun konusu olamaz. Orman Kanunu'nun bu maddesi güveni kötüye kullanma suçuna benzer gibi görünsede tam olarak bu suçla benzeşmemektedir. Zira burada ilgili kişilere orman idaresi ya ücretsiz hibe olarak vermekte veya düşük bir fiyata orman

bölümde TCK'daki güveni kötüye kullanma suçu ile karşılaştırmalı olarak ele alacağız.

II- TCK'DAKİ BENZER SUÇLARDAN AYRIMI

1) Hırsızlık Suçundan Ayrımı (TCK m. 141)

Hırsızlık suçu, TCK'nın 141. maddesinde *"Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden almak"* olarak tanımlanmaktadır. Aynı kanunun 142. ve 143. maddelerinde bu suçta cezayı arttıran nitelikli hallere; 144. ve 145. maddelerinde ise cezayı azaltan nitelikli hallere; 147. maddede cezayı azaltmada veya ortadan kaldırmada kusurluluğu etkileyen hal olarak öngörülen zaruret haline yer vermektedir. 146. maddede ise "malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek üzere işlenmesini" düzenleyen kullanım hırsızlığına yer vermektedir.

Hırsızlık suçu, güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi malvarlığına karşı suçlar arasındadır. Roma hukukunda da güveni kötüye kullanma, hırsızlık ve bir kısım dolandırıcılık suçları "furtum suçu" olarak değerlendirilmekteydi. Eski Roma Germen İmparatorluğu'nun Ceza Kanunu metinlerinden olan Karolina'da da güveni kötüye kullanma fiilleri, hırsızlıkla bir arada değerlendirilmiştir.[184] 17. yy. doktrini de o zaman yürürlükte olan mevzuatın şiddetini azaltabilmek için hırsızlık suçunu

---

emvallerini satmaktadır veya köylünün kendi ihtiyacında kullanması için karşılıksız olarak nakit para vermektedir. Ancak, burada bu emvallerin güveni kötüye kullanma suçunun aksine zilyetliği değil, mülkiyeti devredilmektedir. Mülkiyeti devredilen emvallerin devir amacı dışında kullanılması cezalandırılmaktadır. Bunun dışında güveni kötüye kullanma suçundan farklı olarak bu suçun ihdas amacı yalnızca orman idaresine ait olup da köylüye verilen malların amacı dışında kullanılmasının engellenmesi değil, aynı zamanda da orman köylüsüne teslim edilen eşyalara başka kişilerin musallat olmasının, köylünün elinden bu eşyaların alınmasının engellenmesidir. (bkz. **Sinan BAYINDIR**, Orman Suçları, Legal Yayınları, (2016), s. 120) Bunun yanında yakacak olarak verilmiş orman emvalinin amaç dışı kullanılması halinde bu suç oluşmaz. (Yargıtay 3.CD. E:2014/12662 K:2014/20361 T: 22.05.2014 bu ve benzer kararlar için **BAYINDIR**, Orman Suçları, s.123; **Halit POLAT**, Özel Ceza Yasalarındaki Suçlar, Adalet Yayınları, 4.bası Ankara, (2016), s. 592) Aynı şekilde burada orman emvalini elden çıkarma ve yerinde kullanmamak cezalandırılmakla Orman Kanunu 31.maddesine göre emvalin yalnızca başka bir yere taşınması yasak olmasına karşın bu hareket bu suçu oluşturmaz. (**POLAT**, s. 592) Yine mesela bir ormanda izin alınıp süresi dolmasına karşın orman idaresine madeni teslim etmeyip işletenler veya bu kanunun 17.maddesi gereği orman, yayla mera alanlarında tesis kiralayıpta bunları amaç dışı kullananlar hakkında güveni kötüye kullanma suçundan değil, Orman alanını işgal ve faydalanma suçundan (bkz. Orman Kanunu m. 93) işlem yapılacaktır. (Bkz.**BAYINDIR**, Orman Suçları, s. 55- 61) Bunun yanında mesela TCK'daki hileli iflas suçu (TCK m. 161) İİK'nın 333. maddesindeki suç, TTK'daki haksız rekabet suçu gibi pek çok suç güveni kötüye kullanma suçu ile karşı karşıya geldiğinde benzerlikleri nedeniyle uygulamada sorunlar çıkaracak suçlardandır. Bu bağlamda bu suçlar ile güveni kötüye kullanma suçunun karşı karşıya gelmesi halinde uygulanması gereken içtima kuralları dördüncü bölümde içtima kısmında gerek dipnotlarda ve gerekse asıl metinde yer verilmek suretiyle ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

[184] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 346

"tam olan" ve "tam olmayan hırsızlık" olarak ikiye ayırma yolunu seçmiştir. Güveni kötüye kullanma fiillerini de "tam olmayan hırsızlık" olarak değerlendirmiştir.[185] Suçun tarihi gelişimi kısmında detaylı şekilde anlattığımız gibi Kara Avrupası hukukunda güveni kötüye kullanma suçunun, hırsızlık suçundan ayrılması 18. yy. sonunda gerçekleşebilmiştir. Ancak İngiltere ve ABD gibi pek çok Anglosakson ülkesinde güveni kötüye kullanma suçu, halen hırsızlık suçunun bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Hırsızlık suçu ile bu kadar yakın ilişki içinde olmasına karşın, bu iki suçu ayıran pek çok önemli farklılıklar mevcuttur.

Hırsızlık suçunda korunan değer zilyetliktir bu suç eşya üzerindeki zilyetlik hakkını korumak için tesis edilmiştir. Suçtan zarar gören veya mağdurun aynı zamanda malik olabileceği düşünülerek veya hırsızlığın bir kimsenin ölmesinden yararlanılarak işlenmesinin ağırlaştırıcı sebep olarak düşünülmesinin mirasçıların mülkiyet hakkının korunmasını esas aldığı ileri sürülerek korunan bir diğer hukuki değerin mülkiyet hakkı olduğu iddia edilebilir. Ancak bir malın hukuki ilişkiye dayalı olarak bir başkasına rehin verilip teslim edilmesi ancak aradaki anlaşmaya aykırı olarak malın zilyedin rızası dışında geri alınması durumunda hırsızlık suçunun oluşabileceği hem Yargıtay kararları hem de doktrinde çoğunlukça kabul edilmektedir.[186]

Aynı şekilde satıcı tarafından mülkiyeti muhafaza kayıtlı satılsa dahi satılan malın rıza bulunmaksızın malik olan satıcı tarafından yararlanmak maksadıyla geri alınması da hırsızlık suçunu oluşturacaktır. Bu durumda bu suçun eşya üzerindeki zilyetliği esasen korumak için tesis edildiğini ortaya koymaktadır. Mülkiyet hakkı ise belli durumlarda korunmaktadır.[187] Korunan hukuki değer olarak mülkiyet hakkı ile zilyetlik hakkı arasında bir çatışma söz konusu olduğunda yasa koyucu tercihini zilyetlikten yana kullanmaktadır.[188]

---

[185] **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 431 Ayrıca bu kitaba atıfla; **CENTEL- ZAFER-ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 429

[186] *Yargıtay 6. C.D.'nin 1965/4005-4072 sayılı kararı: "... bir borç ilişkisi kapsamında malını başkasına rehin bırakmış malikin, zilyet konumuna gelmiş bu kimsenin rızası dışında ve faydalanmak maksadıyla bu malı alması durumunda bu eylemi hırsızlık fiilini oluşturmaktadır..." (Bkz.Ayhan Önder, "Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar" s. 290)*

[187] **Zeki HAFIZOĞULLARI – Muharrem ÖZEN**, Hırsızlık, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı: 1-2, (2008), s. 776

[188] Ancak bu ifademiz yasa koyucunun ve Yargıtay'ın mülkiyet hakkını tamamen gözardı ettiği yönünde de anlaşılmamalıdır. Mesela **Yargıtay CGK 5.12.1995 tarihli 1995/329-3652 sayılı kararında** *"...trafiğe kayıtlı araçların noterler tarafından yapılmayan satış ve devrinin geçersiz*

Güveni kötüye kullanma suçunda ise bu durum tam aksi yöndedir. Suçta korunan hukuki değerlerden biri "mülkiyet hakkıdır."[189] Zilyetlik, ancak istisnai olarak korumaktadır. Bunun ispatı olarak da yukarıda belirttiğimiz örneğin aksine olarak malike ait kanuna uygun olarak rehnedilen ancak muhafazası için mevzuatta öngörülen istisnai hallerden birine dayanılarak malike muhafazası bırakılan taşınır mal örneği verilebilir. Bu halde malikin hacizli olan muhafaza amaçlı yediemin sıfatıyla kendine bırakılan taşınır malını, satması, hukuka aykırı tasarrufta bulunması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Yasa koyucu tarafından aynı zamanda bu yöndeki boşluğu doldurma babında TCK'nın 289. maddesinde muhafaza görevini kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir. Bu suçtan ancak cezalandırma yapılabilecektir. Bu durumda güveni kötüye kullanma suçunda korunan esas hukuki değerlerden birinin mülkiyet hakkı olduğunu ortaya koymaktadır.

Suçun maddi unsuru kısmında da zikrettiğimiz üzere, yasa koyucu 155. maddenin gerekçesinde[190] bir mala ortak şekilde müştereken malik olan kimselerin aralarında anlaşarak malın zilyetliğini bir paydaşa devretmeleri ve bu paydaşın da anlaşmaya aykırı tasarrufta bulunması halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşmayacağı belirtilmektedir. Oysaki paylı veya elbirliği ile malik olunan bir malda, maliklerden birinin diğerlerine karşı hırsızlık suçunu işleyebileceği TCK'nın 144. maddesinde açıkça düzenlemiştir.

Diğer taraftan zilyet dahi olsa mülkiyeti muhafaza kayıtlı satımda[191] malı satın alan aynı zamanda zilyedi olan kimsenin sözleşmeye uygun olarak malın bedelinin tamamını ödese dahi, sözleşmeye aykırı olarak tasarrufta bulunması halinde malikin şikâyeti durumunda güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılabilecektir. Örneğin; sözleşmede satıcı için bir satıştan cayma hakkı öngörülmüş ve bu süre

---

olduğundan yola çıkılarak harici senetle satılan aracın mülkiyeti alıcıya geçmediğinden bu aracın alıcıdan izinsiz satıcı tarafından alınmasında hırsızlık suçunun unsurlarının oluşmadığı sonucuna varılmıştır." (Bkz. **Erdal NOYAN**, Hırsızlık Suçları, Adalet Yayınları, (2007), s. 41) Bu kararı zikreden aynı yazar buna rağmen şimdiki TCK'nın 141. maddesinin zilyetliğin varlığını yeterli gördüğünü ve buna göre aracın zilyedin rızası dışında şimdiki TCK kapsamında alınmasının hırsızlık suçu teşkil ederek cezalandırılacağını kabul etmektedir. Diğer deyimle bu yazar da tarafımızla aynı kanaattedir.

[189] **YAZICIOĞLU**, Hırsızlık Suçunun Malvarlığına karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, s. 773

[190] 5237 sayılı TCK 155. madde gerekçesi *"…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…"*

[191] Bkz.TCK 155. madde gerekçesi

içerisinde bedel ödense dahi mülkiyetin satıcıda kalacağı belirtilmişse, bu süre içinde sözleşmeye aykırı tasarrufta bulunan alıcı bu suçtan yine mahkûm edilebilecektir. Bu durum hırsızlık suçunun eşya üzerindeki zilyetliği; güveni kötüye kullanma suçunun ise eşya üzerindeki mülkiyet hakkını güven ilişkisi ile birlikte korumak için esasen suç olarak düzenlendiğini ortaya koymaktadır.

Son olarak güveni kötüye kullanma suçunda esas önemli korunan diğer bir hukuki değerde, aksine görüşlere karşın doktrindeki çoğunluğun [192], Yargıtay içtihatlarının da kanunun gerekçesinin de dolaylı yoldan ifade ettiği kaynağını sözleşmeden alan güven ilişkisidir.[193] Bu hukuki değer ise hiçbir şekilde hırsızlık suçunun korunan hukuki değerleri arasında yer almamaktadır.

Öte yandan hem taşınır hem taşınmaz mallar güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilirken; hırsızlık suçu ülkemizde ancak" taşınır mallar" için söz konusudur. TCK'nın 154. maddesinde taşınmazlar için hakkı olmayan yere tecavüz suçu, ihdas olunmuştur. Bu düzenleme karşısında tapulu taşınmazlar için işgal yoluyla hırsızlık suçunun işlenebilmesine imkân bulunmamaktadır. Ancak TCK'nın 154. maddesinde suçun maddi konusu olarak yer almayan tapusuz taşınmazlar için hırsızlık suçu söz konusu olabilir. Diğer yandan bir taşınmazdaki bağlı bir eklentinin örneğin kapı ve pencerelerin zorla sökülerek esas parçasından ayrılarak götürülmesi halinde doğal olarak bu eşyalar esas parçadan ayrılarak artık menkul mal niteliği kazanacağından hırsızlık suçu oluşacaktır. Burada da tartışmalı hususlar vardır. Yargıtay bir kararında kiraya verilen bir taşınmazdaki sabit dolapların birini söküp, teslim sırasında teslim etmeyen kiracının eylemini, kira sözleşmesinde teslim edilen eşyalar arasında taşınmazdaki dolapların belirtilmediğinden özel olarak tevdi ve teslime konu edilmediğinden bahisle güveni kötüye kullanma suçunun değil, hırsızlık suçunun oluştuğuna hükmetmiştir.[194] Kira akdine konu taşınmazda ayrılmaz şekilde sabit

---

[192] Doktrindeki bu görüşler için bkz. Üçüncü Bölüm "Güveni Kötüye Kullanma Suçunun Hukuki Konusuna İlişkin Görüşler" kısmı

[193] Örnek, güncel **Yargıtay 23.CD. E: 2015/6800 K: 2016/3876 T: 4.4.2016 karar** *"... 21.05.2011 tarihli tutanak içeriğinden kolluk görevlilerinin bahse konu belgeleri asli kusurlu olduğu için araçları tamir ettireceğini ifade eden sanığa katılanın bilgisi ve rızası dahilinde teslim ettiğinin anlaşılması karşısında; katılana ait araç ruhsatı ve sürücü belgesini* ***güven ilişkisi çerçevesinde*** *katılana iade etmek üzere alan sanığın bu belgeleri iade etmemesi biçiminde gerçekleştirdiği anlaşılan eyleminin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir..."*(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 06.02.2016)

[194] **Yargıtay 11.CD., E: 2005/11731, K: 2007/9547 T:31.12.2007** *"Dairemizin 18/09/1996 gün ve 1399/1474 sayılı kararı ile benzer kararlarında belirtildiği üzere, katılana ait evin sanığa kiralanması sırasında "özel olarak teslim ve tevdie" konu edilmeyen mutfak dolaplarının, rıza dışında ve*

olarak bulunan ancak dış müdahale ile zorla sökülebilecek bir dolap, pencere vs. parçanın söküp götürülmesi[195] veya adet gereği taşınır, taşınmaz bir malda bulunması teslimi gereken bir parçanın (eklentinin) alınması halinde TCK'nın 155. maddesindeki suçun oluşması gerekir. Zira tarafımızın kanaatine göre bu hallerde özel olarak ayrıca tevdii ve teslime gerek yoktur. Buna karşın kiralananın taşınmaz olması beklenmeyen ancak kira sözleşmesinde belirtilmeyip teslim edilen başkaca bir taşınır eşyanın taşınmazdan alınması fiili güveni kötüye kullanma suçuna değil, hırsızlık suçuna konu olabilir. Zira bu halde özel tevdii ve teslim söz konusu değildir.

Fail yönünden hırsızlık suçunda failin herhangi bir niteliğe haiz olmasının bir önemi yoktur. Suç teşkil eden hareketi herhangi bir kimsenin yapması yeterlidir. Bu anlamda hırsızlık suçu herkes tarafından işlenebilen suçlardandır. Buna karşın güveni kötüye kullanma suçunda failin niteliği önemlidir. Zira suçun oluşması için öncelikle faile, malikin rızasıyla bir malın zilyetliğinin devredilmesi şarttır. Bu sebeple de failin öncelikle malik veya asli zilyet tarafından zilyetliğin devri yoluyla fer'i zilyet kılınması gerekir. Bu bakımdan ancak zilyet sıfatını taşıyan fail tarafından belirttiğimiz şekilde bu suç işlenebileceği için özgü suç niteliğindedir.

Bu niteliğinden ötürü, güveni kötüye kullanma suçunun hukuken zilyetlik devrinin söz konusu olmadığı veyahut birkaç dakikalığına mağdurun gözetiminde bir malın tesliminin yapıldığı hallerde bu suçun işlenebilme olanağı bulunmamaktadır. Örneğin; bir cep telefonunu birkaç dakikalığına konuşmak için isteyen birine yapılan teslimi ve akabinde bu kimsenin telefonu alıp gitmesini Yargıtay, güveni kötüye

---

faydalanmak amacıyla alınıp götürülmesi halinde eylemin "hırsızlık" suçunu oluşturacağı da gözetilerek; tanıklar M____ ve Y____'nin yeminli anlatımlarına göre, kira kontratında demirbaş eşyalar arasında gösterilmemiş olsa da, katılana ait dairenin Sanık R____'ye kiralanması ve dairenin teslimi sırasında mutfak dolaplarının mevcut olduğunun kabulü gerektiğinden, sanığın savunmasında "daireyi boşaltırken apartmanın kapıcısına kontrol ettirerek tam ve sağlam olarak teslim ettiğini", tanık S____'nin ise, suça konu dairenin anahtarının akşam saatlerinde 5-6 yaşlarında bir çocuk ile kendisine gönderildiğini ve daireyi kontrol etmeden anahtarı teslim aldığını belirttiğinden, suç tarihi itibariyle dairenin bulunduğu apartmanın kapıcısının kim olduğu araştırılarak, evin kendisine teslim edilip edilmediği, teslim edilmişse, evi kontrol edip etmediği, mutfak dolaplarının yerinde olup olmadığı hususlarının sorulması, dinlenecek tanığın beyanı ile daha önce dinlenen tanık S____'nin beyanları arasında çelişki olursa giderilmesinden sonra sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde beraat kararı verilmesi…"…"(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 06.02.2016)

Katılmadığımız bir başka karar: **Yargıtay 11.CD E: 2002/614 K: 2002/1024 T: 7.2.2002** " *…Emniyeti suistimal suçunun, ev ile birlikte teslim edilen menkul eşyalara karşı işlenebileceği, gayrimenkulu oluşturan parçalara karşı işlenen eylemlerin hırsızlık suçunu oluşturacağı, sanığa atılı eylemin TCK: nun 491/3. maddesinde yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek, eylemin emniyeti suistimal suçunu oluşturduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması…*"(http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=51656 Erişim Tarihi:17.03.2017)

kullanma suçu olarak değil, hırsızlık suçu olarak kabul etmiştir. Aynı şekilde malikin bir malı bir kimseye tam hâkimiyet vermeyip, nezaretinde işini gördürmesi halinde örneğin bir hamalın malikin eşyalarını, malikin yanında taşıması halinde geçerli bir zilyetlik devri olmadığından hırsızlık suçu oluşacaktır. Yine Yargıtay, bir kereliğine kullanıp hemen teslim etme, mala şöyle bir bakma, motoru kontrol için deneme sürüşü yapma gibi çok kısa süreli teslimleri zilyetlik devri olarak görmemektedir. Bu sebeple Yargıtay bu suçları güveni kötüye kullanma suçu olarak değil; hırsızlık suçu veya güven kazanmaya yönelik hileli hareketlerin varlığını tespit halinde dolandırıcılık suçu olarak değerlendirmektedir. [196] Zilyet yardımcılarının işlediği malı alma fiilleri de "güveni kötüye kullanma" değil; hırsızlık suçunun konusunu oluşturacaktır. Diğer bir deyişle hırsızlık suçunda, bu suçun aksine bir malın zilyedi olamayan fail, hukuka aykırı şekilde malı, malın malikinden veya zilyedinden izinsiz olarak mala zilyet olmaya çalışmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunda ise zilyet olan fail, yetkilerini aşıp bir malik gibi hareket etmeye çalışmaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçunda esas mağdur malın malikidir, bunun dışında malın asli zilyedi de mağdur olarak kabul edilebilir. Oysaki fer'î zilyet, başkası için zilyet, hırsızlık suçunda mağdur da olabilir.

Bir diğer farklılık da fail- mağdur ilişkisindeki tanışıklık açısındandır. Güveni kötüye kullanma suçunda fail ile mağdur az veya çok birbirini tanımaktadır. Zira bir güven ilişkisinin tesisi, doğal olarak bir tanışıklığı gerektirir. Hırsızlık suçunda ise böyle bir tanışıklık olmak zorunda değildir. Bu sebeple güveni kötüye kullanma suçunda mağdur, suçtan zarar gören tüzel kişi, sözleşmeye dayalı bir malın bırakılması neticesi, suçun gerçekleştiğini anladığında suça konu hareketi yapan faili

---

[196] **Yargıtay 11. CD E: 2010/17678 K: 2011/642 T: 9.2.2011** *"Satmak üzere bulduğu müşteriye göstermek bahanesiyle katılandan kısa süreliğine aldığı otomobili iade etmeyen sanığın eyleminin, suça konu araç üzerindeki zilyetliğin devredilmemiş olması nedeniyle hırsızlık suçuna uygun bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyetine hükmolunması..."*
Yargıtay 11. CD E: 2008/16542 K: 2008/13402 T: 16.12.2008 *"...Sanığın, ruhsatlı olan tabancayı satın almadan önce deneme atışı yapmak amacıyla alıp geri vermemekten ibaret eyleminin, silahın zilyetliğinin devredilmemesi nedeniyle hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..."* (Bu kararlar için bkz. **YAZICIOĞLU**, Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, s. 775; www.kazanci.com Erişim Tarihi: 07.11.2016) Öte yandan **İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin E:2016/396 K:2017/63 sayılı T: 06.01.2017** tarihli kararında zikredildiği üzere bir kimse diğer bir kişinin yanında 6 sene boyunca temizlik işçisi olarak çalışıp, mağdurun çocuklarına baksa, kimi zaman mağdurun evinde yatıp kalksa dahi, gizlice mağdura ait yüzük küpe gibi ziynet eşyalarını alıp kendine mal etse bile ortada bu eşyalar üzerinde devir teslim ilişkisi mevcut olmadığından güveni kötüye kullanma suçu değil, hırsızlık suçu oluşur. (Bu karar için bkz. **PARLAR- ÇOBANOĞLU**, s.126- 132)

bilmekte veya tahmin edebilmektedir. Oysaki hırsızlık suçunda böyle bir durum hiç söz konusu olmayabilir.

Suça konu fiil açısından ise hırsızlık suçunun oluşması için malın asıl sahibinden rızasız olarak alınması öngörülmüştür. Burada, "almak", failin, malı ele geçirmesi, malı elde etmesi, malı sahiplenmesi, malın zilyedinin zilyetliğini gidermesi, sona erdirmesi anlamındadır. Malın elde edilmesi, ele geçirilmesi, cebir, tehdit, hile haricinde suça elverişli her türlü davranışla ve çeşitli vasıtalar da kullanılarak gerçekleştirilebilir. Bu bakımdan hırsızlık da güveni kötüye kullanma gibi "serbest hareketli bir suçtur."[197] Ancak güveni kötüye kullanma suçu "seçimlik hareketli bir suçtur". Oysaki hırsızlık suçu "tek hareketli bir suçtur". Bunun yanında hırsızlık suçu ancak icrai hareketlerle işlenebilecek suçlardandır. Ancak ihmali hareketlerle bir kimsenin suça iştiraki mümkündür. Güveni kötüye kullanma suçuysa hem ihmali hem de icrai hareketlerle işlenebilecek bir suçtur.[198]

Güveni kötüye kullanma suçunda asli zilyet veya malikin rızası dışında eşya üzerinde tasarrufta bulunan zilyedin bu hareketi ve devir olgusunun inkârı cezalandırılmaktadır. Oysaki hırsızlık suçunda hukuken mal üzerinde zilyet olamayan fail, zilyet olmaya çalışmaktadır. Bu sebeple bu suçta fail zilyetliği ele geçirdiği anda suç tamamlanmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçundaysa zaten zilyet olan failin teslim amacının dışında davrandığı, malın devir olgusunu inkâr ettiği anda suç tamamlanmaktadır. Diğer bir deyimle bir kimsenin hukuka aykırı şekilde mala zilyet olmasıyla hırsızlık suçu tamamlanmaktadır oysaki failin mağdurca zilyet kılınmasıyla güveni kullanma suçunun icra hareketleri daha başlamamıştır. Suçun hazırlık hareketleri daha yeni başlamakta veya hala sürmektedir.

Hırsızlık suçunda malın zilyedin rızasının dışında onun kontrolünün bulunduğu yerden alınması, failin kontrolüne girmesi gerekir. Bunun içinde doğal olarak bir yer değişimi lazımdır. Oysaki güveni kötüye kullanma suçunda böyle bir yer değişimi şart değildir.[199] Eşyanın olduğu yerde durmasına karşın, eşyanın teslim edildiği failin

[197] **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN**, Hırsızlık, s. 777
[198] **YAZICIOĞLU**, Hırsızlık Suçunun Malvarlığına karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, s. 776
[199] **YENİDÜNYA- CANPOLAT**, s. 120

malike, asli zilyede geri vermeyip malın kendine ait olduğunu iddia etmesi yani devir olgusunun inkârı ile de suç gerçekleşebilir.

Manevi unsur yönünden hem güveni kötüye kullanma suçu hem hırsızlık suçu sadece kast ile işlenebilen suçlardandır. Hırsızlık suçunda "yarar sağlama maksadının" saikinin bulunması gerekmektedir. Bu bakımdan öğretide "özel kast" denen durum hırsızlık suçu içinde söz konusudur. Aynı şekilde her ne kadar doktrinde aksi görüşlerde olsa, güveni kötüye kullanma suçu yönünden de Hırsızlıktaki suça benzer, kanunun açıkça belirttiği şekilde "kendisinin veya başkasının yararına" hareket maksadının fiilde aranması gerektiğini yani bu suç içinde "özel kast" ın söz konusu olduğu düşüncesini de taşıdığımızı belirtmekteyiz.[200] Nitekim 765 sayılı TCK'da bu yönde benzer bir düzenleme olduğunu da aynen zikretmekteyiz. Yargıtay'da aynı görüştedir.[201]

Ancak hırsızlık suçunda kast malın zilyetliğinin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi sırasında mevcuttur. Başından beri bu kastın olduğu varsayılır. Bu suçta eklenen kastın olabileceği durumlar elbette ki var olabilir. Mesela bir aracı deneme amaçlı alan bir kimse, deneme sürüşü esnasında bu aracı alma, kaçırma kararına varabilir. Fakat bu haller istisnaidir. Güveni kötüye kullanma suçunda, kastın haklı şekilde zilyetliğin devri esnasında bulunulabileceği düşünülebilirse de ispatı zordur. Bu sebeple genelde haklı şekilde zilyetliğin faile devrinden sonra bu yöndeki kastın sonradan ortaya çıktığı (yani eklenen kastın olduğu) varsayılmaktadır.[202] Hırsızlık suçu, şikâyete tabii bir suç değildir. Re'sen kovuşturulur. Ancak bunun istisnaları bulunmaktadır. Örneğin malın geçici süre kullanılıp iade edilmesi halinde (TCK m. 146) suç şikâyete tabidir. Buna karşın güveni kötüye kullanma suçu ise şikâyete tabi

---

[200] Bkz. 2.Bölüm "Suçta Tipikliğin Manevi Unsurları" başlığı altındaki kısım

[201] Yargıtay CGK E:1992-213/239 K.T:28.09.1992 (www.kazanci.com Erişim Tarihi:18.01.2015)

[202] **Yargıtay CGK E: 2012/15-1358 K: 2013/389 T: 24.9.2013**

"...3-) Hırsızlık-Güveni Kötüye Kullanma: Hırsızlık ile güveni kötüye kullanma suçlarının bazı ortak noktaları bulunmakla birlikte, bu iki suçun birbirinden ayrıldığı noktaları aşağıdaki şekilde belirlemek mümkündür: a-) Hırsızlık suçunun konusu sadece taşınır bir mal iken, güveni kötüye kullanma suçunun konusunu hem taşınır hem de taşınmaz mallar oluşturabilir. b-) 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. c-) 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 bulunulduğu veya bu devir olgusunun inkâr edildiği andır. Bunun sonucu olarak bu aşamaya kadar gerçekleşen eylemler suç oluşturmayacaktır. d-) Hırsızlık suçunda failde başlangıçtan itibaren suç işleme kastı 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..."

bir suçtur. Ancak 155. maddenin 2. fıkrasında ele aldığımız nitelikli haller ise re'sen kovuşturulur. Hırsızlık suçunda şikâyete yetkili olan kimse malın zilyedidir. Bu kimse malik olmayıp sadece zilyette olabilir. [203] Oysaki güveni kötüye kullanma suçunda şikâyete yetkili olan kimse mağdur malın malikidir. [204] Onun ardından malikin o sırada ülkede bulunmaması, asli zilyedin kendisinin de bir menfaatinin olması vs. haller düşünüldüğünde asli zilyedin şikâyete yetkili olduğu düşünülebilir.

2) Mala Zarar Verme Suçundan Ayrımı (TCK m. 151)

Mala zarar verme suçu TCK'nın 151 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TCK'nın 151. maddesinin 1. fıkrası *"başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkma, tahrip etme, yok etme, bozma, kullanılamaz hâle getirme veya kirletme"* olarak mala zarar verme suçunu tarif etmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrası sahipli hayvanın öldürülmesini, işe yaramayacak hale getirilmesini veya değerinin azalmasına neden olmasını cezalandırmaktadır.

Mala zarar verme suçuda, güveni kötüye kullanma suçuda, mala karşı işlenen suçlar arasındadır. Buna karşın TCK m. 152'de bu suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir.

Korunan hukuki değer açısından bu suç başta mülkiyet hakkı olmak üzere bütün ayni hakları[205], zilyetliği korumaktadır. Bu yönden de güveni kötüye kullanma suçu ile benzeşmektedir. Ancak mala zarar verme suçunda korunan değerler sadece malvarlığına ilişkinken, güveni kötüye kullanma suçunda mülkiyet, zilyetlik dışında ayrıca sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisi de korunmaktadır. Bu yönden güveni kötüye kullanma suçun hukuki konusu açısından daha dar kapsamlı mala zarar verme suçundan ayrılmaktadır.

---

[203] Öyle ki şu makaledeki sözlere aynen katılmaktayız. **HAFIZOĞULLARI– ÖZEN**, Hırsızlık, s. 776 *"..Madem hırsızlıkta suçun hukuki konusu zilyetliğin korunmasıdır, zilyet suçun mağdurudur. Şikâyet hakkı da ona aittir. Ancak, 5237 sayılı Kanun söz konusu olduğunda, ceza hukukunda zilyetlik özel hukuktan farklı anlaşılmakla birlikte, zilyetlik mülkiyete karine de olsa, Kanun suçu "başkasına ait bir taşınırı zilyedinin rızası olmadan alınması" esas olmak üzere kurguladığından, hükmün zorunlu sonucu olarak, suçun mağduru zilyet olmayan malik değil, malik olmayan zilyet olmaktadır… ör., A sahibi olduğu bisikleti B' ye emanet olarak bıraksa, C' de bisikleti zilyet B' in rızası olmadan bulunduğu yerden kullanma maksadıyla almış olsa, 146. maddede öngörülen şikayet hakkını kullanacak kimse, malik A değil, zilyet B olacaktır…"*

[204] **HAFIZOĞULLARI**, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, s. 2765

[205] **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 155

Suçun maddi konusu yönünden her iki suçta hem taşınır hem taşınmaz mallara karşı işlenebilir. Enerjide mala zarar verme suçunun maddi konusu olabilir.[206] Suçun faili yönünden ise güveni kötüye kullanma suçunda faile suça konu mala ilişkin zilyetliğin devredilmiş olması şarttır. Güveni kötüye kullanma suçunda mal belirli bir şekilde kullanılmak veya muhafaza edilmek üzere faile teslim edilmektedir. Bu sebeple bu suç "gerçek özgü suç"tur. Oysaki mala zarar verme suçunda malın fail tarafından ne şekilde ele geçirildiğinin önemi yoktur. Mağdurdan faile malvarlığına ilişkin bir değerin geçmesine, devrine de gerek yoktur.[207] Mal ele geçirilmeden bulunduğu yerde de mala zarar verici hareketler failce yapılabilir.[208] Bu sebeple mala zarar verme herkes tarafından işlenebilen suçlardandır. Bu yönden iki suç birbirinden ayrılmaktadır.

Maddi unsur açısından mala zarar verme suçuda, güveni kötüye kullanma suçuda seçimlik hareketli suçlardandır.[209] Ancak mala zarar vermede, maddi unsuru oluşturan hareketler, başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen "yıkma", "tahrip etme", "yok etme", "bozma", "kullanılamaz hale getirme" veya "kirletme"dir. Güveni kötüye kullanma suçunda ise kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkârdır.

Mala zarar verme suçu da güveni kötüye kullanma suçu da kasten işlenen suçlardandır. Ancak mala zarar verme suçu için genel kast yeterlidir. Ayrıca zarar verme amacı aranmaz. Güveni kötüye kullanma suçu açısından ise her ne kadar doktrinde genel kastla işleneceğini savunan önemli bir kesim olsada bu suçun kendisi veya başkası yararına hareket etme saiki gerektirdiğini; bu sebeple özel kastın gerektiği konusunda Yargıtay'la aynı düşünce içerisindeyiz. Ancak ister genel kast ile ister özel kast hareket edilsin kanun metninden anlaşılan bu suçta kendisinin veya başkasının yararına bu suçun gerçekleşmesi gerekliliğidir. Oysaki mala zarar verme suçunda böyle bir yarar aranmamaktadır. [210]

---

[206] **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 156 Yazar örnek olarak enerji nakil hattının kablolarının kesilip toprağa salınarak elektrik enerjisinin kullanılmaz hale getirilmesini göstermektedir.
[207] **ALŞAHİN**, s. 25
[208] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 394
[209] Bu suçun seçimlik hareketli suç değil; seçimlik neticeli ve serbest hareketli suç olduğuna ilişkin karşı görüşlerde vardır. Bkz. **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 399; **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar, s. 342
[210] **ALŞAHİN**, s. 25

Bununla birlikte her iki suçun kesiştiği tartışmalı hususlar bulunmaktadır. Zira güveni kötüye kullanma suçundaki sözleşmeye aykırı tasarruflardan değiştirme, dönüştürme işlemleri aynı zamanda mala zarar verme suçuna da sebebiyet vermektedir. Bu durumda tek hareketle bir kanundaki iki norm ihlal edilmektedir. Bu durumda görünüşte içtima söz konusudur. Bu durumda iki filin manevi unsur yönünden ayrıldığı düşünülerek yalnızca birinin fiile uygulanması gerekmektedir. Örneğin bir kimse kendisine emanet edilen altını kişinin rızası dışında kendisine veya başkasına yarar sağlama amaçlı bir kolyeye dönüştürmüş olabilir. Bu halde dönüştürme hareketiyle güveni kötüye kullanma suçunun gerçekleştirilmesi için mala zarar verme suçunun işlenmesi zaruri olduğundan sadece güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma yapılacaktır. Yine bir önceki fiilin işlenmesiyle oluşan hukuka aykırılık bundan sonra gerçekleşen eylemleri de kapsıyorsa, cezalandırılmayan sonraki eylemler söz konusu olabilmektedir. Örneğin hırsızlık suçu ile birlikte mala zarar verme suçu işlenirse, örneğin bir eve fail hırsızlık için kapıyı kırarak girerse iki suçtan da cezalandırılacaktır. Ancak fail hırsızlık fiili neticesi çaldığı malı alıp sonrasında tahrip ederse, fiili ile hırsızlık sonucu elde ettiği malda bir tasarrufta bulunduğundan ayrıca mala zarar verme suçundan cezalandırılmaz.[211] Aynı şekilde bir kimse emanet aldığı malın varlığını inkâr eder, sonra bu malı dönüştürüp kullanır ve sonrasında yok ederse ayrıca mala zarar verme suçundan cezalandırılmayacaktır. Sadece güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır. Fakat bu görüşün aksine görüşlerde vardır.[212] Öte yandan bir işyerinde çalışan muhasebe müdürü kendisine bir kasada emanet edilen altının bir kısmını alıp, harcarsa; bunu da gizlemek için tutulan kasa defterini yok ederse hem

---

[211] **İÇEL**, s.43 " *…Bir suçun işlenmesinden sonra fail aynı suç konusu ile ilgili olarak başka bir suçu daha işlemiş bulunabilir. Bu gibi durumlarda, işlenen suçların özellikleri nedeniyle, bazen sadece ilk suçu düzenleyen normun uygulanması yeterlidir. Ayrıca sonraki eylemden dolayı faile ceza verilmez. Özellikle mal aleyhine işlenen suçlarda rastlanan bu tür durumlarda fail ilk eylemin sonuçlarını, bu eylemle hukuka aykırı bir şekilde elde ettiği çıkarları sonraki eylemleri ile adeta değerlendirmekte veya güven altına almaktadır…"*

[212] Aksi düşünce için bkz. **KÖSE**, s. 38 Yazara göre "*…Yargıtay 765 sayılı ETCK döneminde verdiği bir kararında bu tür durumlarda yani tevdi ve teslimden sonra malın bozulması veya değiştirilmesi halinde mala zarar verme suçunun değil güveni kötüye kullanmanın oluşacağına hükmetmiştir. Ancak şunu da hemen belirtelim ki ETCK döneminde suç bakımından netice önemli iken 5237 sayılı TCK'nında fiil yani hareket önemlidir. 765 sayılı ETCK bakımından tek suçun oluştuğu kabul edilebilirse de YTCK döneminde bu tür olaylarda birden fazla suçun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir…"* Yazar burada mülga 765 sayılı TCK dönemine ait aynı zamanda **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 414. sayfada yer alan **Yargıtay 6. CD. 10.12.1975 E: 565, K: 575** sayılı içtihata atıf yapmıştır. Bu içtihatta yüksek mahkeme bir mahkûma teslim edilen battaniyenin mahkumca kesilip kuşak yapılmasını güveni kötüye kullanma suçu olarak değerlendirmiştir.

güveni kötüye kullanma suçu hem mala zarar verme suçundan cezalandırılacaktır.[213] Zira bahse konu olayda güveni kötüye kullanma suçunun haricindeki ayrı bir mal daha zarara uğratılmıştır.

Bununla birlikte, daha önce ele aldığımız üzere kendisine bir sözleşme ile emanet edilmiş bile olsa kendisi veya başkası yararına yapılmayan rıza dışı tasarruflar güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Ancak malda bir zarar söz konusuysa mala zarar verme suçundan cezalandırma yapılacaktır. Yargıtay'ın da bu yönde içtihatları bulunmaktadır.[214]

3) Dolandırıcılık Suçundan Ayrımı (TCK m. 157)

Dolandırıcılık suçu, TCK'nın 157. maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre "*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlama"* dolandırıcılık suçu olarak düzenlenmiştir. Dolandırıcılık suçu da aynen güveni kötüye kullanma suçu gibi tarihi gelişimi kısmında incelediğimiz üzere eski Roma'da Furtum suçunun bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Bu suç da hırsızlık veya sahtecilik fiilleri içinde yüzyıllar boyunca değerlendirilmiş ve güveni kötüye kullanma suçu gibi bağımsız bir suç halini ancak 19. yy. başlarında (1810 Fr. CK ile) alabilmiştir. Her iki suç da malvarlığına karşı suçlar arasındadır. Anglosakson hukuku açısından İngiltere'de dolandırıcılık, ancak 2006 tarihinde çıkan Fraud Act ile bağımsız bir suç haline gelebilmiştir. Anglosakson hukuku açısından güveni kötüye kullanma suçu ise

---

[213] *"İlk eylemden sonraki eylemlerin cezalandırılmaması için bazı koşulların bulunması gerekir. Bunlardan ilki sonraki eylemle başka bir hukuksal değerin ihlal edilmemesi; ikincisi ise, mevcut zararın büyütülmemesidir. Mağdurun başka bir hukuksal değerinin veya üçüncü kişilerin hukuksal değerlerinin zarara uğratılması halinde, sonraki eylemler cezadan bağışık sayılmazlar… güveni kötüye kullanma suçunu gizlemek için kasa defterinde tahrifat yapılmasında, sonraki eylemlerin cezalandırılması gerekir…"* (**İÇEL**, Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 43)

[214] **Yargıtay 23.CD E: 2015/9467 K: 2016/9228 T: 01.11.2016** *"...Katılan sanık ...' ın 18/04/2008 tarihinde fırınını 5 yıl süre ile katılan sanık ...'ya kiraladığı, aralarında kira bedelinin ödenmemesinden kaynaklanan uyuşmazlık bulunduğu, katılan sanık ...'nın kiralanan fırının davlumbaz kısmına iki adet 20 cm büyüklüğünde delik açmak suretiyle zarar verdiği, akabinde demirbaş olarak teslim edilen eşyaları alarak başka yere taşındığı, bunun üzerine katılan sanık ...'ın da katılan sanık ...'nın fırında bulunan şahsi eşyalarını almasını engellemek amacıyla fırının kilidini değiştirdiği, bu suretle katılan sanık ...'nın hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma ve mala zarar verme suçlarını, katılan sanık ...'ın ise işyeri dokunulmazlığını ihlal etme suçlarını işlediği iddia olunan somut olayda;… Bilirkişi raporu, olay yeri tespit tutanağı, beyanlar ve tüm dosya kapsamından sanığın fırında bulunan eşyaları alıp götürmük suretiyle hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğine dair cezalandırılabilmesi için her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı deliller elde edilemediğinden verilen beraat kararında; bununla birlikte fırında bulunan davlumbaza delikler açmak suretiyle mala zarar verme suçunu işlediği anlaşıldığından verilen mahkumiyet kararında bir isabetsizlik görülmemiştir…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:23.01.2017)

hırsızlık suçundan hala bağımsız bir suç değildir. ABD'de ise Texas gibi eyaletlerde, hala dolandırıcılık suçu, güveni kötüye kullanma yanında hırsızlığın bir türü olarak cezalandırılmaktadır.[215]

Bununla birlikte, her iki suç arasında da çok önemli farklılıklarda bulunmaktadır. Korunan hukuki değer yönünden dolandırıcılık suçunda da güveni kötüye kullanma suçunda da malvarlığı değerleri korunmaktadır. Bu yönden benzeşmektedirler. Fakat güveni kötüye kullanmada malvarlığı değerlerinden mülkiyet hakkı ve zilyetlik korunmaktadır. Oysaki dolandırıcılık suçu bütün malvarlığı değerlerini korumaktadır. Bu yönden çok daha geniş kapsamlıdır.

Bunun dışında her iki suçta da başkaca korunan hukuki değerler bulunmaktadır. Bu yönden her iki suçta "birden çok hukuki konulu suç"lar arasındadır.[216] Ancak korunan diğer değerlerde birbirinden farklıdır. Zira güveni kötüye kullanma suçunda "sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisi" korunmaktadır. Buna karşın dolandırıcılık suçunda ise diğer korunan esaslı hukuki değer irade özgürlüğüdür.[217] Zira fail yaptığı aldatıcı nitelikteki hareketlerle kişinin iradesine etki ederek bu suçu işlemektedir.

Maddi konu yönünden,[218] dolandırıcılık suçu da güveni kötüye kullanma suçu da hem taşınır hem de taşınmaz mallarda işlenebilecek olan suçlardandır. Ancak maddi konu yönünden iki suç açısından bütün bu benzerlikler bununla sınırlıdır.

---

[215] Bkz. "Suçun Bazı Ülkelerde Düzenleniş Biçimi" kısmı "İngiltere" başlığı s. 36

[216] **Selman DURSUN**, Emniyeti Suistimal Suçu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:57, Sayı:1-2, (1999), s. 1; **Sami SELÇUK**, Dolandırıcılık, Yasa Yayınları, (1982), s. 76

[217] **Yargıtay CGK E:2002/6-306 K:2002/441K T:24.12.2002**
*"(...) dolandırıcılık suçu, hile ve desise/er yaparak bir kişiyi hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya bir başkasına haksız çıkar sağlamaktır. Bu suç iki konulu bir cürüm olup, malvarlığı yanında kişinin irade serbestisi ve rıza özgürlüğü de korunmaktadır. Çünkü, dolandırıcılık suçunda malın teslimini mağdurun rızası ile gerçekleşmekte, fakat bu teslim hile ve desise kullanılarak sakatlanmış, özgür olmayan bir iradeye dayanmaktadır" (***Ahmet GÖKCEN- Murat BALCI**, Dolandırıcılık Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:14, Sayı:1-2,(2008) s. 4,5*)*

[218] Dolandırıcılık suçunda, aldatma fiilinin yöneldiği insanın suçun gerçekleştirilmesinde önemli bir yer tuttuğundan hareketle netice açısından değerlendirildiğinde malvarlığı değerleri yanında insanın da maddi konuyu teşkil ettiği/edebileceği bazı hukukçularca savunulmaktadır.(**SELÇUK**, Dolandırıcılık, s. 76 ve **Sami SELÇUK**, Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Kadıoğlu Matbaası, Ankara, (1986) s. 6) Özellikle **Selçuk**'un savunduğu görüşe göre sonuç öğesine bakılarak maddi konular vasıflandırılabilir ve bazı suçlar bu duruma göre temel ve ikincil olarak iki maddi maddi konuya sahiptir. Yazara göre dolandırıcılık suç iki maddi konuludur. Zaman, sonuç itibariyle haksız çıkar ve zararın üzerinde somutlaştığı cisimani nesne ve varlık (yani malvarlığı değerleri) birincil maddi konu; buna karşın hileyle aldatılan insan ikincil maddi konudur. Yağma da aynı şekilde iki maddi konuludur. Ancak hırsızlık yazara göre tek maddi

Zira güveni kötüye kullanma suçunun tapulu taşınırların satımında zilyetlikle birlikte mülkiyette nakledildiğinden suçun işlenmesi imkânı bulunmamaktadır. Suçun işlenme şekli taşınmaz satımında zilyetlik ile birlikte mülkiyette alıcıya geçtiğinden buna müsait değildir. Ancak dolandırıcılık suçu açısından ise böyle bir şart aranmamaktadır. Satıcının hileli hareketleri ile alıcıya değersiz bir taşınmazın çok değerli gösterilip satılması hali bile dolandırıcılık suçuna konu olabilir. Yine dolandırıcılık suçundaki "yarar "kavramı, güveni kötüye kullanma suçundaki "mal", "eşya" kavramından son derece geniş bir kavramdır. Dolandırıcılık tüm malvarlığı değerlerine, varlık veya menfaatlerine karşı işlenebilecek bir suçtur. [219] Bu sebeple güveni kötüye kullanma suçunun konusu olamayan alacak hakkı, fikri mülkiyet hakları, dolandırıcılık suçunun maddi konusu olabilir. Örneğin, bir kimse sahte kayıt

konuludur. Bu görüş doktrinde kabul görmemektedir. (**Somay TÜMERKAN**, Dolandırıcılık Suçu ve Haksız Çek Keşidesi Fiileri, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, (1987) s. 19; **GÖKCEN- BALCI**, Dolandırıcılık Suçu, s. 25…) Bizim kanaatimiz de doktrindeki görüşle aynı yöndedir. Bir suçta hukuki konu ile maddi konu birbirinden farklıdır. Dolandırıcılık suçunda da irade özgürlüğünün hukuki değer (hukuki konu) olarak korunması, insanın suçun maddi konusu olduğu anlamına gelmemektedir. Diğer taraftan suçun maddi konusu ile netice (tehlike suçlarında da ortaya çıkan, çıkması muhtemel tehlike) arasında inkâr edilmez bir bağ vardır. Ancak bu suçta insanın aldatılması suçun neticesi değildir. İnsanın aldatılması bir çıkar elde edilmesinin, neticeye ulaşmanın bir aracıdır. Dolayısıyla insan bu suçta maddi konu olamaz. Kaldı ki bir an için malvarlığı ile insanı, dolandırıcılık suçunun iki maddi konusu olarak düşünürsek; o zaman güveni kötüye kullanma suçunda da eşya yanında, güveni istismar edilen insanda önemli bir yer tutmaktadır. Bu durumda güveni kötüye kullanma suçuda iki maddi konulu olarak kabul edilmelidir. Hatta yazarın iddiasının aksine hırsızlık suçununda iki maddi konulu olarak kabul edilmesinin gerektiği iddia edilebilir. Zira hırsızlık suçunda mağdurun rızası alınmayarak bir taşınır malda haksız çıkar elde edilmekle bu durumda ihmali hareketle (veya icrai hareketle -rıza alınmaya çalışılıp bu rıza mağdurca reddedilmiş de olabilir-) rızası alınmamış insan da suçta bir neticedir, önemli bir yer tutmaktadır. Fail, pek çok olayda mağdurun rızasını almayarak durumdan haberdar etmeyerek, malı alma durumunu, hazırlık hareketleri esnasında bu konudaki niyetini gizleyerek, mağdurun olası çıkabilecek bir direnişini veya alabileceği tedbirleri engellemeye çalışmaktadır. Çünkü bu durumda eşyayı elde etmesi iyice güçleşebileceği gibi iş daha ağır cezayı gerektiren yağma suçu boyutlarına dahi varabilecektir. Bu yönden hırsızlık suçunda zilyedin rızasının alınmaması öyle sanıldığı kadar basit bir durum değildir. Dolayısıyla hırsızlık, dolandırıcılık suçu arasında dahi **Selçuk'un** öne sürdüğü bu tez bir farklılık olarak kabul edilemez, kanaatindeyiz. Bu nedenle bu varsayımı dolandırıcılık ile güveni kötüye kullanma suçunda maddi konu açısından da bir farklılık olarak görebilme olanağı bulunmamaktadır.

[219] **ANTOLISEI**, Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar, s. 71 *"İtalyan doktrini, mamelekin, ceza hukuku alanında hiçbir zaman bağımsız bir bütün, bir kişiye ait olan hakların bütünü olarak korunmadığını ileri sürmekte oybirliği halindedir. Genel olarak kabul edildiğine göre, cezaî himaye bakımından mamelek, ona tecavüz eden suçlunun faaliyeti karşısında, kendisini meydana getiren münferid münasebetlere ve esas itibarile onu terkip eden şey ve haklara müncer olarak parçalarına ayrılır. Oybirliği ile kabul edilmekte olmasına rağmen, bu, sağlam bir görüş sayılamaz. Çünkü hareket noktasını teşkil eden esas, yani, ceza kanununun, bütün mamelekin himayesi için öngörülmüş bulunan bir suç tipine yer vermediği iddiası gerçeğe uymamaktadır. Bu iddia, yabancı doktrinin ve özellikle, olayların çoğunda mameleki suçların önceden belli münferid haklara yönelmiş olmalarına rağmen (hırsızlık, emniyeti suiistimal, yağma, gayrimenkullerin sınırlarını değiştirme naşı ızrar v. s.) mamelekin bütününe tecavüz teşkil eden suçların da varlığını ortaya koyan alman doktrinin vardığı sonuçlarla çatışma halindedir. Dolandırıcılık, gasp, akde hileli riayetsizlik, ehil olmayan kişilerin kandırılması, tefecilik v. s. bu arada sayılabilirler..."* Karşı görüş: **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 461 Güveni kötüye kullanma suçununda dolandırıcılık suçu ile aynı konularda her türlü malvarlığına ilişkin varlık ve menfaate karşı işlenebileceğini yazarlar iddia etmekle bu görüşe katılmamaktayız.

ve belgelerle marka hakkını malikçe kendisine devredilmiş gibi gösterip, marka siciline kendi adına kayıt yaptırırsa bu dolandırıcılık suçunu oluşturur. İşgücü, bile bu suça konu olabilir. Kendisini çok varlıklı biri olarak gösteren ve ödeme gücünü hileli hareketlerle gizleyen kimse, aldattığı iki veya üç sanat erbabına bir eşyasını onattırıp, bir hizmeti gördürüp ardından ortadan kaybolursa bize göre dolandırıcılık suçunu işlemiş olur. Zira onları mali yönden zarara uğratmıştır. Bu kimseler çalıştıkları süre boyunca başka bir kimseye hizmette bulunsalar kazançlarının daha yüksek olacağı muhakkaktır.

Ancak bir arzunun tatmin edilememesi dolandırıcılık suçunu oluşturamaz.[220] Örneğin bir erkeğin evlenme vaadiyle kandırdığı bir kızla cinsel münasebete girmesi ancak kızla evlenilmemesi dolandırıcılık suçunun konusunu oluşturmayacaktır. Zira malvarlığında bir zarar oluşması, bunun üstünde bir çıkar sağlanması esastır.[221] İnsanın incinen manevi duyguları, dolandırıcılık suçunun konusu olamaz. Buna karşın bir kimsenin sözde kendisiyle evlenme vaadiyle veya oğluna kız bulacağından bahisle zengin bir kimseyi kandırması, düğün düzenlettirip sonra bu kimsenin ve akrabalarının verdiği takıları, paraları alıp nikâh memuru gelmeden, nikâh töreni yapılmadan kayıplara karışması halinde yine dolandırıcılık suçu oluşacaktır.[222]

---

[220] **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 182; **TÜMERKAN**, Dolandırıcılık Suçu ve Haksız Çek Keşidesi Fiilleri, s. 19,20

[221] **GÖKCEN- BALCI**, Dolandırıcılık Suçu, s. 25; **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 182

[222] **Yargıtay 23. CD E: 2015/8309 K: 2016/9003 T: 24.10.2016** *"Katılan ...'ın dünürü olan tanık ...i'nin... isimli birinde evlenecek kız olduğunu söylemesi üzerine, oğlunu evlendirmek isteyen katılanın, oğlu katılan ... ile... olarak bildikleri sanık ...'ın yanına gittikleri, sanık ...'nin kendilerini sanık ... Yar ile tanıştırdığı,...e'nin yanında sanıklar .....ve ...'ın da bulunduğu, sanık ...'ın katılan ...'a "bana 13.000 TL para vereceksin bu parayı ben,... ve... ile paylaşacağız" dediği, bunun üzerine katılan ...'in istenen parayı sanık ...'a verdiği, bu para ile 4 adet 22 ayar altın bilezik, 2 adet altın yüzük, 1 çift altın küpe, 1.000 TL tutarında giysi alındığı, kalan paranın da... isimli şahsa verildiği, ...'ın kalan parayı sanıklar... ve ...'a vereceğini söylediği, alınan altınların ...'da yapılan düğünde sanık ...'ye takıldığı, 17/01/2011 günü akşam saatlerinde Yenicepınar köyünde katılan ... ile ...'nin dolaşmaya çıktıkları,sanık ...'nin katılan ...'E:..markete gidelim demesi üzerine ... gittikleri, geri dönerken yanlarına bir aracın geldiği, araç içerisinde sanıklar ...,..ve ...'ın olduğu, sanık ...'nin katılan ...'e araçtaki şahısları tanıdığını söylediği, araç içindeki sanıkların sanık ... ..'a "istasyonda teyzen bekliyor" demeleri üzerine sanık ...'nin araca binip "ben 5 dakika sonra döneceğim" diyerek uzaklaştığı, olayın jandarmaya haber verilmesi üzerine araçla giden sanıkların yakalandıkları, sanıkların bu şekilde iştirak halinde dolandırıcılık suçunu işledikleri iddia olunan olayda; Katılanların yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak ;Katılanların aşamalarda değişmeyen istikrarlı beyanları, tanık anlatımları ve dosya kapsamından sanık ...'ın suça yardım eden sıfatıyla diğer sanıkların asli fail olarak iştirak halinde suçu işlediklerin anlaşılmış olması karşısında; sanıkların dolandırıcılık suçundan mahkumiyetleri yerine oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi…"(*www.kazanci.com Erişim Tarihi:11.01.2017)

Güveni kötüye kullanma suçu fail yönünden gerçek özgü suçtur. [223]Buna karşın dolandırıcılık ise herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Ancak 158. maddenin h) bendinde "Tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında,"; i) bendinde ise "serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenilmesi "cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak belirtilmiştir. Bu iki halde failin sıfatı cezayı ağırlaştırıcı neden olarak görüldüğünden dolandırıcılık suçu ancak "görünüşte özgü suç"tur.

Güveni kötüye kullanma suçunda mağdur ya bir malın maliki veya asli zilyedidir. Bir malı suçun işlenmesinden hemen önce elinde tutan fer'î zilyedi bu suçta ancak fail olabilir. Oysaki dolandırıcılık suçunda böyle bir durum söz konusu değildir. Dolandırıcılık suçunda, suçun mağduru failin kullandığı hareketler sonucunda aldatılarak doğrudan veya dolaylı olarak zarara uğratılan gerçek kişidir.[224] Bu bağlamda bir malı elinde tutan zilyetliği devralan kimse ve hatta zilyet yardımcıları dahi bu suçun mağduru olabilir. Hatta dolandırıcılıkta, aldatılan kişi ile zarara uğratılan kişinin aynı kişi olması da zorunlu değildir. Hatta hareket belirli bir mağdura değil bütün topluma yönelmişte olabilir.[225] Bu durumda hareketten zarar gören herkes mağdur olabilir.

Maddi unsur yönünden de dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma suçu arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Ön koşul olarak güveni kötüye kullanma suçunda hukuka uygun şekilde malik ve/veya asli zilyet tarafından faile teslim söz konusudur. Bu teslim bir hazırlık hareketi olarak da görülebilir. Bu teslim suça konu fiilden önceki bir ön koşul, hazırlık hareketi değildir. Tam aksine bir eşyanın tesliminin sağlanması, icra hareketleri içindedir. Yine vasıta yönünden farklılıklar büyüktür. Güveni kötüye kullanma suçunda aldatılmamış özgür bir irade ile teslim failce mağdura ve/veya suçtan zarar görene yaptırılmaktadır.[226] Burada önce bir

---

[223] **Sami SELÇUK**, Adalet ve Yaşayan Hukuk, İmge Kitabevi, 1.Baskı, (2009), s. 385

[224] **GÖKCEN- BALCI**, Dolandırıcılık Suçu, s. 14,15

[225] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 467 Yazarlar hileli oyunlar, hileli otomatik satış makineleri, yalan haberleri medya, basın yoluyla yayınlamayı buna örnek vermektedir.

[226] **Yargıtay CGK E: 2012/15-1358 K: 2013/389 T: 24.9.2013** "*…2-) Dolandırıcılık-Güveni Kötüye Kullanma: Dolandırıcılık ile güveni kötüye kullanmak suçlarının "teslim" gibi ortak noktaları varsa da bu iki suçun farkları vardır.a-) Güveni kötüye kullanma suçunda malın teslimi belirli biçimde kullanılmak için hukuka, yöntemlere uygun, aldatılmamış özgür bir iradeye dayanılarak tesis edildiği halde, dolandırıcılık suçunda hileli davranışlar kullanılarak sakatlanmış, özgür olmayan bir iradeye*

insanın ve güveninin aldatma olmadan sağlanması, malın kendine teslimi sonrasında ise bu güvenin istismarı söz konusudur.

Dolandırıcılık suçunda ise bu suçun aksine aldatıcı davranışların sonucu sakatlanmış, mağdurun aldatılmış diğer deyimle hile ile hataya düşürülmüş iradesi vasıta kılınarak, haksız bir teslim sağlanmakta bir çıkar elde edilmektedir. 765 sayılı TCK'da basit bir kandırmanın, hile olarak kabul edilemeyeceği ancak aldatıcı bir mahiyet arz eden hile veya sania şeklini alması gerektiği madde metninden anlaşılmaktadır.[227] Şimdiki TCK'da ise kandırma eyleminin, aldatıcı bir mahiyet arz etmesine ilişkin bir şart aranmamaktadır. TCK'nın etkisi altında kaldığı Almanya'da da dolandırıcılık suçu açısından böyle bir şart aranmamaktadır.[228] Ancak Yargıtay eski kararlarında olduğu gibi, yeni kararlarında da aynen İtalyan ve Fransız hukukunda olduğu gibi hilenin aldatıcı bir mahiyet arz etmesi gerektiğini düşünmektedir. [229] Bunun yanında bu hile neticesinde mağdurun denetleme

---

*dayanmaktadır.b-) 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 "zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkâr" gibi seçimlik hareketlerin gerçekleştiği an olup, bu ana kadar gerçekleşen eylemler suç oluşturmaz…"c-) 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. Kast öğesi olaysal olarak değerlendirilmeli, fail veya faillerin durumu, mağdurla olan ilişki ve olayın özellikleri ayrı ayrı nazara alınıp sonuca varılmalıdır…" (*www.kazanci.com Erişim Tarihi:11.01.2017)

[227] 765 sayılı TCK 503. madde "…bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlama" olarak tanımlanmıştır.

[228] **JESCHENK**, s. 111 "…*dolandırıcılık suçunun (§ 263) kanunî unsurunda dört özellik yer alır. Öncelikle, bir kandırma hareketi mevcut bulunmalıdır. Alman hukuku bu kandırma hareketinin, hile, sania şeklinde, özel bir şekil almasını (Raffinement) şart koşmamaktadır; çok beceriksizce yapılan basit bir kandırma bile yeterlidir. Kandırma neticesinde, aldatılan kişi bir hataya düşürülmeli veya mağdurda mevcut bulunan hatalı görüş, kuvvetlendirilerek sürdürülmelidir…"*

[229] **Yargıtay 15.CD E: 2013/14846 K: 2013/12178 T: 01.07.2013***"... Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır…*" (www.kazanci.com (Erişim Tarihi:15.11.2016))

Yargıtay 23. CD E: 2015/1220 K: 2015/171 T: 31.3.2015 *"…Somut olayda; sanık ...'in hamile olması sebebiyle rahatsızlandığı, akrabası olan suça sürüklenen çocuk ... ile birlikte Mersin ... Özel Doğuş Hastanesine gittikleri, ...'in kendi adına sıra numarası aldıktan sonra nüfus cüzdanını ve sağlık karnesini sanık ...'a vererek hastaneden ayrıldığı, sanık ...'ın da ...'e ait nüfus cüzdanı ve sağlık karnesini göstererek muayene olduğu, sanığa ve suça sürüklenen çocuğa atılı eylem bakımından, herhangi bir denetleme imkanını ortadan kaldıracak mahiyette bir hilenin gerçekleşmemesi, hilenin basit düzeyde olması ve aldatıcı nitelik taşımaması, ayrıca suçta kullanılan sağlık karnesinin iğfal kabiliyetinin bulunmaması karşısında; atılı suçun yasal unsurları itibariyle oluşmadığı gerekçesiyle*

yapabilme olanağının ortadan kaldırılması gerektiği de açıkça belirtilmektedir. Ayrıca hile ile kişinin aldatılması, teslimi, menfaat elde edilmesi arasında da bir nedensellik bağının bulunması gerekir. Basit ve aldatıcı mahiyette olamayan bir yalan neticesi, mağdurun anlamasına rağmen bu teslimi, hizmeti yapması faille anlaşması halinde dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Uyuşmazlık ya hukuki mahiyet arz edecektir. Eğer zilyetlik devredilmiş ve fail başkaca TCK'nın 155. maddesi doğrultusunda hareketlerde bulunmuşsa güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

Dolandırıcılık suçunda suça konu bir eşyanın teslimiyle, çıkar sağlanmaktadır, netice meydana gelmektedir. Oysaki güveni kötüye kullanma suçu, malın alınması ile değil, malın tasarruf amacı dışında kullanılması, malikle olan hukuki ilişkinin inkâr edilmesiyle oluşmaktadır.[230] Yapılan hareket neticesinde aldattığı kişi veya menfaat sağladığı kişi üzerinde bir malvarlığı zararının oluşması kendisinin veya bir başkasının menfaat temin etmesi gerekir. Bu bağlamda dolandırıcılık suçu neticeli bir suçtur. Bir zarar suçudur. Oysaki güveni kötüye kullanma suçu, bir neticesi harekete bitişik suçtur.

Bir menfaatin teminine dayalı zarar suçu olması nedeniyle, teslimle menfaatin elde edilmesinden sonra veyahut teslimden çok önce yapılan, teslime etkili olmayan hileli hareketler dolandırıcılık suçunun oluşuma neden olamaz. Ancak fiil, geneli itibariyle göre güveni kötüye kullanma[231], resmi veya özel evrakta sahtecilik gibi başkaca suçlardan cezalandırılabilir.

---

verilen beraat kararında bir isabetsizlik görülmemiştir,.." (www.kazanci.com Erişim Tarihi:15.11.2016) Öte yandan bkz. **Ahmet GÖKCEN- Murat BALCI**, Dolandırıcılık Suçu (m. 157-159), Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141- 169), Adalet Yayınevi, Ankara, (2018), s. 217 Yazarlara göre 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'nın aksine hile kavramına yer vermemiştir. Bunun sebebi hilenin anlamında gizlidir. Çünkü hilenin söz konusu olabilmesi için aldatıcı kandırıcı hareketin olması zorunludur. Hile kavramı bu zorunluluğu içerir. Kısaca buna ayrıca kanunda yer verilmesinin gereği yoktur.

[230] **PARLAR- HATİPOĞLU**, s. 2536

[231] **Yargıtay 15. CD E: 2014/2085 K: 2016/6572 T: 22.6.2016** *"…Yozgat Barosuna kayıtlı olarak avukatlık yapan sanığın, katılanlardan ... A.Ş. aleyhine alacak davası açmak amacıyla vekâletname ve dava masrafı adı altında 18/05/2010 tarihinde 9.242 TL para aldığı, dava açmamasına rağmen, katılanlara davayı kazandıklarını ancak ... A.Ş.'nin davayı temyiz edeceğini, bu harcı kendilerinin yatırması halinde dosyanın daha hızlı sonuçlanacağını söyleyerek 07/10/2011 tarihinde 19.200 TL para aldığı, sanığın alacak davalarını 10/10/2011 tarihinde açtığı ancak katılanlara tamamen sahte tanzim edilmiş gerekçeli karar örneklerini 12/10/2011 tarihinde fakslamak suretiyle katılanlara yönelik olarak sekiz ayrı nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; 1-)Sanığın, katılanlardan dava masrafı ve temyiz harcı adı altında çeşitli zamanlarda para aldığı son tarihten beş gün sonra, tamamen sahte tanzim edilmiş gerekçeli karar örneklerini katılanlara faksla gönderdiği ve bu şekilde menfaatin temini sırasında mahkeme ilamını kullanmadığı anlaşılmakla, sanığın harç ve temyiz parası almasına rağmen dava açmamak şeklinde gerçekleşen eyleminin TCK'nın 155/2*

Yine suça konu hareketler açısından değerlendirildiğinde dolandırıcılık, serbest hareketli suçtur. Ancak hareketler yönünden güveni kötüye kullanmada çeşitli suç oluşturan seçimlik hareketler sayıldığından bu suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Dolandırıcılık suçunun gerçekleşmesi için hileli davranış ve haksız menfaatin temin edilmesi düzenlendiği için "çok hareketli suç[232]"tur.

Dolandırıcılıkta, kendisine ya da başkasına çıkar sağlama yolundaki suç öncesi amacı gözetmekle malvarlığı ilişkilerinin kurulup oluşturulmasındaki dürüstlük; güveni kötüye kullanma suçunda ise malın tesliminden sonraki amacı gözetilerek aynı ilişkinin gelişim sürecindeki dürüstlük ön planda tutulmuştur.[233] Dolandırıcılık suçunda mağduru aldatma ve onu esaslı bir hataya düşürme niyeti baştan gerçekleşmeli, aldatma amacı, hileyi oluşturan hareketten önce veya onunla aynı anda mevcut olmalıdır. Kısaca başlangıçta bir suç işleme; kastı bulunmaktadır. Oysaki güveni kötüye kullanma suçunda ise kast sonradan oluşmaktadır.[234]

---

maddesinde belirtilen hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı şekilde suç vasfında hataya düşülerek nitelikli dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması…"(www.kazanci.com Erişim Tarihi:06.02.2017)

[232] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 30

[233] **SELÇUK**, Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, s. 22

[234] **PARLAR- HATİPOĞLU**, s. 2536; **SELÇUK**, Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, s. 23 *"…Bununla birlikte, güveni kötüye kullanma suçunda kastın teslimden sonra oluşacağı yönündeki bu kriterin her zaman bir doğruluk ifade etmediği doktrinde belirtilmektedir. Mesela İtalyan Yargıtay'ı bir kararında bilerek kasıtlı olarak kendisine teslim edilen çamaşırları saymayıp ardından eksik şekilde teslimde bulunan bir kişiyi güveni kötüye kullanma suçundan dolayı mahkûm etmiştir. Ancak yanılgılı teslim ve hileli davranışların kullanılması halindeyse dolandırıcılık eyleminin söz konusu olacağı kabul edimektedir…"* Yargıtay'da "baştan beri dolandırma kastı (maksadı)" adı altında bu şartı iş bu suçta aramaktadır (Örneğin bkz. Yargıtay 6.CD 22.12.1978 tarihli E. 7619, K. 8071 ve Yargıtay 15. CD E. 2013/23209 K. 2016/1476 T. 10.2.2016 sayılı ilamları). Bu düşünceyi biz de benimsemekteyiz. Zilyetliğin devri sırasındaki hileli hareketlerin yapıldığının tespiti halinde bu failin başlangıçtan beri dolandırma kastıyla hareket ettiğinin bir göstergesi olup güveni kötüye kullanma suçundan değil, dolandırıcılık suçundan cezalandırma yapılmalıdır. **İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 22. CD. E: 2017/546 K: 2017/553 T: 07.03.2017** *"Sanığın olay tarihinde, **Tolga K. adına düzenlenmiş ancak kendisine ait fotoğrafın yer aldığı sahte sürücü belgesini kullanarak müşteki Buğra K.'dan iki günlüğüne kiraladığı**, trafikte müşteki Ö... Araçlar Taşımacılık İnşaat Petrolturizm Unlu Mamül Gıda şirketi adına kayıtlı bulunan 34 KY ... plaka sayılı aracı, süresi dolduğunda iade etmeyerek, ticari taksi olarak çalıştırmak amacı ile üzerini sarı renge kaplattığı, kullanım hakkı müşteki Cahit E.'e ait bulunan 34 TFL ... sayılı plakaların ikizini bastırıp üzerine takarak ve çıkmacıdan aldığı bir taksimetre ile bir taksi tabelasını da monte ederek ticari taksiye dönüştürdüğü iddia edilen olayda; İddianamedeki nitelendirmeye göre **aracı kiralarken Emniyet Müdürlüğünün maddi varlığı olan sahte sürücü belgesini kullanmış olması nedeniyle eylemin subutu halinde TCK 158/1-d maddesi kapsamında kamu kurum ve kuruluşlarının araç olarak kullanılması suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçu kapsamında kalma ihtimali bulunduğu görülmekle**, delillerin takdirinin üst dereceli Ağır Ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi yerine, yargılamaya devamla hüküm kurulması..."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 20.07.2017) Hile esaslı değilse çok kısa süreli bir eşya verilmişse bu durumda hırsızlık suçu oluşacaktır.**Yargıtay 11.CD 2003/4474E ve 2004/3682K T:28.04.2004** *"…TCK'nın 503/1. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçu sanığın mağduru kandırabilecek nitelikte hile ve desise yaparak hataya düşürmesi, onu kendi malvarlığı aleyhine bir işlemde bulunmaya yöneltmesi ve bu*

Buna şöyle bir örnekte İtalya'dan verilebilir. Bahse konu olayda bir bankanın şube müdürü kendisine merkez tarafından verilmiş yetkileri kötüye kullanmak yoluyla iç denetim yükümlülüklerini ihlal ile hileli işlemlerle hiçbir güvence teminat almadan müşterilerden bazılarına para transferleri yapmış bazılarına kredi açmıştır. Zarar ise 575 bin Euro civarındadır. Ülkemizde bu suçun karşılığı ileriki bölümde ele alacağımız Bank K.'nın 160.maddesi kapsamındaki zimmet suçudur. İtalya'da ise bu suç İt.CK m.646'daki güveni kötüye kullanma suçu kapsamındadır. Ancak bu olay dolandırıcılık suçu yönünden tartışma konusu olmuş ve İtalyan Yargıtay'ının önüne gelmiştir. İtalyan Yargıtay'ı burada olayda güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna hükmetmiştir. Gerekçelerinden biri bu işlemlerde bulunan fail şube müdürünün bir malik gibi (uti dominus), konumu gereği geniş yetkilerle donatılmasıdır. Diğeri ise suça konu eşyanın öncesinde failin kendi sorumluluğunda hilesiz şekilde olmasıdır. Olayda hileli işlemler yapılmışsa sonrasında yapılmıştır. Eğer bahse konu fail, hiçbir yetkisi olmadan sahip olmadığı bir eşya ile ilgili hileli işlemlerde bulunmuş olsaydı ve bu sayede üçüncü kişilere mal edindirme yapsaydı, o zaman dolandırıcılık suçundan cezalandırma tartışılabilirdi.[235]

---

işlem sonucunda sanığın kendisine veya başkalarına haksız çıkar sağlaması ile oluşur. Somut olayda ise; şikayetçinin hastane polisine verdiği 11.06.2001 günlü ifadesinde olay günü sanık ile sabah saatlerinde hastanede karşılaştığını bir süre sohbet ettikleri sanığın daha sonra oğlunun yattığı odaya girerek acele telefon etmesi gerektiğini söyleyerek cep telefonunu istediğini beyan etmesi karşısında; şikayetçinin cep telefonunun sanığın hileli davranışları sonucu vermeyip önceden kurulan samimiyete ve karşılıklı güvene dayanarak vermesi ve acele telefon edileceğinin söylenmesi basit bir yalan olup hile ve desise boyutuna ulaşmadığından dolandırıcılık suçunu oluşturduğuna ilişkin tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir. 1-... sair temyiz itirazlarının reddine ancak; mülkiyetin korunmasını esas alan emniyeti suiistimal suçunda taşınır bir mal yapılan bir sözleşme gereği başkasına tevdii edilmekte ve bu suretle zilyet olan fail TCK'nın 508. maddesinde gösterilen seçenekli hareketlerden birini gerçekleştirmektedir. Hırsızlık suçunda ise taşınır mal sahibinin rızası dışında alınmaktadır. Hırsızlık ve emniyeti suiistimal suçları arasındaki fark taşınır malın zilyetliğinin faile rıza ile teslim edilip edilmeme noktasında toplanmaktadır. Somut olayda sanık olay günü sabahı oğlunun yattığı hastane odasına gelip acil telefon etmesi gerektiğini telefonun burada iyi çekmediğini dışarıda konuşacağını söyleyip şikayetçinin rızası ile cep telefonunu aldığına göre; telefonun konuşma yapılması amacıyla çok kısa bir süre için verildiği zilyetliğin tam olarak aktarılmasından söz edilemeyeceği bu nedenle telefonu alıp kaçmaya çalışan sanığın eyleminin TCK'nın 491/3. madde ve bendinde yazılı hırsızlık suçunu oluşturduğu ve 11.06.2001 günü yakalama ve zaptetme tutanağı gözetilerek devamlı takip olup olmadığı, çalınan cep telefonunun hakimiyet altına alınıp alınmadığı da araştırılıp suçun tamamlanıp tamamlanmadığı da değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle emniyeti suiistimal suçundan mahkumiyet kararı verilmesi…" (www.kazanci.com Erişim Tarihi:25.02.2017))

[235] **İtalyan Yargıtay'ı 2.Ceza Dairesi (Corte di Cassazione sezione seconda penale) 21 Ocak 2015 tarihli 4983 nolu karar**. Karar için bkz. **TRIOLO**, s. 243 Ülkemizden de bir başka örnek verebiliriz: **Yargıtay 15. CD E: 2014/22085 K: 2017/9709 T: 24.4.2017** *"Dava; hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçuna ilişkindir. Katılanlar tarafından, aynı şirketin ortakları olan sanıklara herhangi bir şekilde zilyetlik devrinin yapılmadığı, bütün ortakların şirketi birlikte idare ettikleri, sanıklar tarafından kaçırılan malların tam bir şekilde sanıkların uhdesine bırakılan mallar olmadığı, sanıklar ile katılan arasında bir iş ilişkisi değil ortaklık ilişkisinin bulunduğu, bu sebeple hizmet sebebiyle*

Ancak bu ayrıma karşın yine tartışmalı hususlar karşımıza çıkabilmektedir. Mesela saadet zinciri piramitsel sözleşme veya Ponzi sistemi olarak tabir edilen Titan, Çiftlikbank gibi A.Ş., Ltd.Şti şeklinde oluşturulan organizasyonlarda da yüksek kar vaadi adı altında kişiler bir para yatırmakta ve bu türden organizasyonlardaki bir yöneticiye de paralarını değerlendirme ve geri alma bağlamında bir yetki vermektedir. Fakat burada güveni kötüye kullanma suçundan farklı olarak kurulan organizasyonlar hileli şekilde ilgili mevzuatı dolanarak veya hukuka aykırı şekilde kurulmuştur. Bu organizasyonların kuruluş amacı insanlardan haksız çıkar elde etmektir. Ancak bu amacı gizlemek için çeşitli hileler kullanılmakla organizasyona bir yasal görüntü verilmeye çalışılmaktadır. Böylece buralara belki de hiç para yatırmayacak kişiler yasal olmayan organizasyonun yasal gösterilmesi veya çok yüksek kazanç vaadi ile bu konuda belli hileli işlemlerle yanıltılıp iradeleri etkilenip bu şekilde malvarlıklarının teslimi sağlanmaktadır. Diğer deyimle bu kuruluşlarda da dolandırıcılık suçunun tipik unsuru olarak hile eşyanın tesliminden sonra değil, eşyanın teslimi sırasında yapılmaktadır. Bu sebeple de bu organizasyonlarda işlenen bu tarz suçlarda dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmektedir. Öte yandan bu organizasyonlarda güveni kötüye kullanma suçunun aksine failin belirlenmesi de zorlaşmaktadır. Zira Yargıtay hukuk daireleri bu sistemlerde yönetici olarak görev yapan ve yer alan, organizasyonun işleyişinde rol üstlenen, yeni üye kazanmalarına büyük ve esaslı ölçüde yardım eden kişilerin verdiği paralarını ahlaka aykırı ödeme nedeniyle geri alamayacaklarını belirtmektedir.[236] Öte yandan aynı Yargıtay yönetici kadrosunda yer almayan zincirin alt kadrolarında bulunanlar için alacaklarını geri alabilecekleri zira bu olayda mağdur olduklarını belirtmektedir.[237] Ceza dairesi kararları da bu yöndedir, sistemde yükselerek önemli görevler üstlenen sistemin açıklarını bilmesine karşın bunu yüksek kar elde etmek üye kazanmak için hala kullanan kişilerin gerektiğinde fail

---

güveni kötüye kullanma suçunun yasal unsurlarının somut olayda oluşmadığı, sanıkların sahte belge tanzim ederek hileli hareketlerle şirketin diğer ortaklarının zararına haksız menfaat temin etmeleri eyleminin, 5237 TCK'nın 157/1. maddesi kapsamında basit dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılgıya düşmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurularak fazla ceza tayini bozma nedenidir." (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 05.02.2018)

[236] Yargıtay HGK E: 1999/13-978 K: 1999/955 T: 17.11.1999 (http://www.hukukturk.com Erişim tarihi:16.01.2016)

[237] Yargıtay HGK E: 2000/13-794 K:2000/833 T: 26.04.2000 (http://www.hukukturk.com Erişim tarihi:16.01.2016)

olarak cezalandırılabileceği kabul edilmektedir.[238] Ancak bu organizasyonların kurulmaları devletçe yasal olan ve sistemin çökmemesi için gerekli her tedbirin öngörülüp dağıtılacak kar paylarının sınırlandığı Avon veya Amway tarzı "ağ pazarlama" veya "çok katlı pazarlama ağları" olarak tabir edilen organizasyonlarla karıştırılmaması gerekir.[239] Bu türden çok katlı pazarlama şirketlerinde yöneticinin üyelerin sermayedarların paralarının amaç dışı kullanımı güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabilecektir.

Dolandırıcılık suçunun, genel kastla mı yoksa özel kastla mı işlenip işlenemeyeceği hususuna gelirsek doktrinde çoğunluk bu suçun genel kastla işlenebileceğini belirtmektedir. Kanundaki 157. maddenin gerekçesi de bu yöndedir. Suçun olası kastla işlenebileceği de açıkça belirtilmiştir.[240]

Ancak failin kendisine veya başkasına menfaat sağlama amacıyla hareket etmesine yönelik özel kastın gerekli olduğunu savunan doktrinde önemli bir kesimde bulunmaktadır.[241] Hatta 765 sayılı TCK zamanından gelen bu yöndeki Yargıtay içtihatları da bulunmaktadır. Ancak bizim kanaatimiz bu suçun genel kast ile

---

[238] Yargıtay 11.CD E:2002/9927 K:2003/8074 T: 12.11.2003 (http://www.hukukturk.com Erişim tarihi:16.01.2016)

[239] Çok katlı pazarlama ağları ile piramitsel sistemler arasındaki farklar için bkz. **Nihal PAŞALI TAŞOĞLU**, Çok Katlı Pazarlama Şirketleri İle Piramit Şema Organizasyonlarının Yapısal Farklılıkları Üzerine Bir İnceleme, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:2008 Sayı:1 s. 25-39 http://www.nihalpasali.com/cok-katli-pazarlama-sirketleri-ile-piramit-sema-organizasyonlarinin-yapisal-farkliliklari-uzerine-bir-inceleme.html (Erişim Tarihi:06.01.2018)

[240] TCK m. 157 gerekçesi *"...dolandırıcılık suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Burada sözkonusu olan kast, dolandırıcılık suçunun maddi unsurlarının hepsinin fail tarafından bilinmesini ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle, fail gerçekleştirdiği davranışların hile teşkil ettiğini, başka birini aldatıcı nitelikte olduğunu bilmelidir. Ayrıca fail; bu hileli davranışlar sonucunda bunların etkisiyle, hileye maruz kalan kişinin veya başkasının malvarlığında bir eksilme meydana geldiğini, zarar gördüğünü ve buna karşılık, kendisinin veya sair bir kişinin malvarlığında bir artma meydana geldiğini bilmelidir. Bu itibarla, fail, mağdurun malvarlığındaki eksilmenin, mağdurun gördüğü zararın kendi hileli davranışları sonucunda meydana geldiğini bilmelidir; hile ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığının bilincinde olmalıdır. Belirtilen hususlara ilişkin kast; doğrudan kast olabileceği gibi, olası kast da olabilir..."*

[241] **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 307, **YAZICIOĞLU**, Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Benzer Suçlardan Ayrımı, s. 782; bu eser dışında ayrıca **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler" s. 473; **HAFIZOĞULLARI**, Türk Ceza Hukuku'nda Dolandırıcılık Suçları, isimli makalesi s. 8 (bkz. http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/umakale.htm Erişim Tarihi: 06.12.2015); **SELÇUK**, Adalet ve Yaşayan Hukuk, s. 286: İtalyan Yargıtay'ının çelişik kararlarına karşın Alman, Fransa, Belçika ve İsviçre Yargıtayları ve ayrıca Türk Yargıtay'ının bir kısım kararları çıkar sağlama öğesinin özel kast olarak değerlendirilmesini savunmaktadırlar. Genel kastın yerli olduğunu savunan görüşe göreyse *"genel kasıt cürmi hareketin sonucunun bilinmesi (bilinç) ve istenilmesi (irade) olduğuna ve dolandırıcılık suçunda çıkar ve zarar öğesi somutlaştığına göre ayrıca bir özel kasıt aramak zorunlu değildir... "*

işlenebileceği yönündedir. Bu yönden dolandırıcılık suçu genel kast ile işlenebilirken, güveni kötüye kullanma suçu için özel kast gerekmektedir.

Soruşturma ve kovuşturma açısından da belirttiğimiz üzere güveni kötüye kullanma suçu şikâyete tabii bir suçtur. Ancak TCK'nın 155/2. maddesindeki nitelikli halin gerçeklememesi durumunda suç resen kovuşturulabilir. Buna karşın dolandırıcılık suçu ise resen kovuşturulan bir suçtur. Ancak istisnai olarak TCK'nın 159. maddesindeki bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlenmesi gibi cezayı hafifleten nitelikli hallerde suçun şikâyete tabii olarak kovuşturulabileceği belirtilmektedir.

4) Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması Suçundan Ayrımı (TCK m. 209)

Açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçu TCK'nın 209/1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre *"Belirli bir tarzda doldurulup kullanılmak üzere kendisine teslim olunan imzalı ve kısmen veya tamamen boş bir kâğıdı, verilme nedeninden farklı bir şekilde dolduran kişi,"* bu suçu işlemiş olacaktır. Bu maddenin 2.fıkrasında ise *"imzalı ve kısmen veya tamamen boş bir kâğıdı hukuka aykırı olarak ele geçirip veya elde bulundurup da hukuki sonuç doğuracak şekilde doldurma"* fiiline yer verilerek bu fiili işleyen kişinin belgede sahtecilik suçundan cezalandırılacağını belirtmiştir. Mülga 765 sayılı TCK'da, buna benzer bir düzenleme TCK'nın 509. maddesinde bulunmaktaydı. Bu düzenleme de bu suç güveni kötüye kullanma suçunun bir türü olarak[242] düzenlenmişti. Yine 765 sayılı

[242] Bunun sebebi o dönemde 1810 Fransız Ceza Kanunu'nda bu suçun güveni kötüye kullanma suçunun hemen öncesinde 407.madde de düzenlenmesiydi. Ülkemizde Osmanlı döneminden kaynaklanan bir etkiyle 765 sayılı TCK'da da bu suçu güveni kötüye kullanma suçunun hemen ardından o suçun bir türü gibi düzenlemiştir. Buna karşın Alman doktrini bu fiili kamu güvenine karşı suçlar içinde sahtecilik suçunun bir türü olarak değerlendirmekteydi. Yine Almanya'da 29.05.1943 tarihine kadar bu fiil sahtecilik suçunun bir türü olarak Alman CK m.269'da düzenlenen ayrı bir suç iken, 1943 yılında bu madde ilga edilmiştir. Neticede bu fiil şu an Alman CK m.267'de evrakta sahtecilik suçunun bir türü olarak görülüp bu suçtan ceza verilmektedir. (Bkz. **Erdal YERDELEN**, Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 23, Aralık, (2013), s: 71, 72) Buna karşın 1994 yılında yürürlüğe giren şimdiki Fransız Ceza Kanunu da açığa atılan imzanın kötüye kullanılması (abus de blanc-seing) fiiline ayrı bir suç olarak yer vermemiştir. Ancak **Fransız Yargıtay'ı (Cass.crim.) 21 Eylül 1994 tarihli ve 93-85297 nolu kararında** bu konuda özel bir düzenleme bulunmamasının bu fiilin cezalandırılmayacağı anlamına gelmediği ve 1 Mart 1994 tarihinde yürürlüğe giren yeni Ceza Kanunu'nda 314-1 de yer alan güveni kötüye kullanma suçunun bu fiili de içine aldığını bu sebeple açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçunda güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma yapılacağını belirtmiştir. Diğer deyimle Fransa'da bu fiil hala ülkemiz ve Almanya'nın aksine sahtecilik değil, güveni kötüye kullanma suçunun bir türü olarak görülmeye devam etmektedir. Karar için bkz.

TCK'nın 509. maddesinde bu suçun üç farklı şekilde işlenebileceği öngörülmekteydi. Bunlardan ilki açığa imzanın kötüye kullanılması, ikincisi bedelsiz senedin kötüye kullanılması üçüncüsü ise hukuka aykırı olarak ele geçirilen açığa imzanın kötüye kullanılmasıdır.[243] Bedelsiz senedin kötüye kullanılması suçu 5237 sayılı TCK'da 155. maddenin hemen sonrasında TCK'nın 156. maddesinde güveni kötüye kullanma suçunun özel bir türü olarak düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucu, bir zamanlar "malvarlığına karşı suçlar" arasında bulunan "açığa atılan imzanın kötüye kullanılması" ile ilgili düzenlemeyi, bunun yanında "hukuka aykırı şekilde açığa aykırı imzanın ele geçirilip kullanılması" suçunu, bu sefer "topluma karşı suçlar" kısmının "kamu güvenine karşı suçlar" başlıklı bölümünde diğer belgede sahtecilik suçları ile birlikte düzenlemeyi tercih etmiştir. Bu tercihi ile de şikâyete bağlı "sui generis" bir suç tipi yaratmıştır. [244]

Kanun koyucu bu tercihi ile bu suçla korunan hukuki değerin artık kamu güveni [245] olduğunu göstermiştir. En başta "kamusal menfaatin" üstün tutulmasıyla bu suç; bireysel menfaatin, sözleşmeye dayalı güven ilişkisinin, mülkiyet hakkının üstün tutulduğu güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır.[246]

Suçun maddi konusuna güveni kötüye kullanma suçunda zilyetliğe konu olabilecek bütün taşınır ve taşınmaz mallar girebilmektedir. Buna karşın açığa atılan imzanın kötüye kullanılması Suçunda maddi konu belirli bir tarzda doldurulup kullanılmak üzere kendisine teslim olunan imzalı ve kısmen veya tamamen boş bir kağıttır. 765 sayılı TCK'daki yazısız kâğıt ibaresinin kısmen veya tamamen boş bir kâğıda şeklinde dönüştürülmesi bir bakıma eskiden olan kâğıdın kısmen doldurulup imzalanıp teslimi halinde suçun oluşup oluşmayacağı yönündeki tartışmaları sona

---

http://www.lexinter.net/JPTXT/abus_de_blanc_seing.htm#21_septembre_1994_ (Erişim Tarihi: 20.01. 2018)

[243] 765 sayılı TCK Madde 509 (Değişik madde: 11/06/1936 - 3038/1 md.) : "*Bir kimse iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi olunan imzalı ve yazısız bir kâğıda sahibinin zararına olarak hukukça hükmü haiz bir muamele yazar veya yazdırır yahut elinde bedelsiz olarak kalmış olan bir senedi istimal ederse mutazarrır olan kimsenin şikayeti üzerine üç aydan üç seneye kadar hapis ve yüz elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasına mahkum 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."

[244] **Nur CENTEL**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, II. Cilt, Turhan Yayınevi, Ankara, (2010), s. 2576

[245] **CENTEL**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu, s. 2576; **ÖZBEK- BACAKSIZ- TEPE**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 765, **YERDELEN**, s. 73

[246] **CANPOLAT**, s. 172

erdirmek içindir.[247] Ancak bu kâğıdın hukuki bir belge haline getirilmek üzere mağdurca belge vasfını taşımayacak şekilde teslim edilmesi şarttır.[248] Fail tarafından bu kâğıdı, rızaya aykırı doldurulmak suretiyle hukuki belge haline getirmektedir. Eğer hukuki bir belge, faile bırakılmış failce rıza dışı tahrifat, değişiklikler yapılmışsa artık bu suç değil; belgede sahtekarlık suçu söz konusu olacaktır. Yine 1. fıkradaki suç için boş veya kısmen doldurulmuş kâğıda mağdurca iradi şekilde imza atılıp faile teslim yapılması şarttır. Eğer bu imza zorla alınmışsa veya bir kâğıt doldurulup failden imza zorla tehditle alınmışsa yağma suçu oluşacaktır. Buna karşın imza hile ile alınmışsa evrakta sahtecilik ve dolandırıcılık suçları oluşabilecektir. Bir belgeyi fail tanzim edip imzayı sonrasında mağdurdan hile ile almışsa yine dolandırıcılık suçu söz konusu olacaktır.[249] İmza dışında bir kağıttaki failin düzeltme için attığı paraflardan da yararlanılabilir. Failce atılan parafa hukuken geçerli ek yapılırsa bu suç veya evrakta sahtecilik suçu oluşabilecektir. [250]

Diğer taraftan fail açısından ise açığa imzanın kötüye kullanılması suçunu herkes işleyebilir. Bu suçun kamu görevlisi veya sıradan bir kimse tarafından işlenmesi arasında bir fark gözetilmemiştir. Ancak güveni kullanma suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde zimmet suçunun oluşması mümkündür. Bu yönden de iki suç birbirinden ayrılmaktadır.[251] Buna ilaveten birinci fıkradaki suçun oluşması için belli bir amaçla doldurulup, kullanılmak üzere faile teslimi gerekir. Buradaki teslimin kanımızca güvene dayalı bir teslim olması gerekmektedir.[252] İmza sahibinin illa teslimine gerek bulunmamaktadır. İmza sahibinin yetkilendirdiği bir kimsede teslimde bulunabilir. Yapılan teslimin belgeyi tamamen veya kısmen doldurma ve kullanma amaçlı teslim olması gerekmektedir. İmzalı kâğıdın bir sanatçı tarafından bir hayranına hatıra olarak verilmesi gibi hallerde failce belge olarak bu kâğıt düzenlenip kullanılırsa bu suç değil belgede sahtecilik suçu oluşacaktır.

---

[247] Bununla birlikte o dönem doktrindeki hâkim görüş de kâğıdın tamamen boş teslim edileceği anlamına gelmediğinden, kısmen dolu olarak da teslim yapılması halinde suçun oluşacağından, bu ibarenin belge vasfı taşımama olarak yorumlanması gerektiğinden bahsetmektedir. Bkz. **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 520; **Sahir ERMAN**, Sahtekârlık Cürümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3.Bası, İstanbul, (1970), s. 468-469

[248] **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler s. 429; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 428; **BULUTOĞLU**, s. 172

[249] **ERMAN**, Sahtekarlık Cürümleri, s. 472

[250] **CENTEL**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu s. 2583

[251] **CENTEL**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu s. 2584

[252] Aynı görüşte **CENTEL**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu s. 2584

765 sayılı TCK'nın aksine suçun gerçekleşmesi için imza sahibinin zararının olması şart değildir. Doktrindeki hâkim görüş belgenin doldurulması ile suçun tamamlanacağı yönündedir.[253] Ama kanımızca doldurulan kağıdın bir hukuki belge niteliği alıp bu amaçla kullanılması en azından kullanılmaya çalışılması, kullanılacak bir halde olması şarttır.[254] Bu bakımdan da en azından bir zarar tehlikesinin varlığının aranması gerekir.[255] Failin sadece evinde bir resim veya tablo veya sanat eseri olarak kullanmak üzere belgeyi doldurması veyahut belge halini alan kağıdı kullanmadan yırtması halinde kanımızca yine bu suç oluşmayacaktır. Ancak doktrinde ***Erem ve Erman*** failce mağdurun rızası dışında, sadece mağduru küçük düşürmek ve hakaret etmek için belgenin hakarete konu ifadelerle doldurulmasının dahi bu suçun oluşumu için yeterli olduğunu savunmaktadır.[256] Biz bu görüşe katılmamaktayız. Kanaatimizce bu halde bu suçtan değil, hakaret suçundan işlem yapılmalıdır. Bunun yanında boş kağıda yazılan işlem hukuk tarafından geçersiz addedilen bir işlemse yine bu suç oluşmayacaktır.[257]

Diğer taraftan bu suç açısından güveni kötüye kullanma suçunun aksine olarak kullanmanın iadeyi kapsamadığı yönünde görüş de bulunmaktadır. Doktrinde ***Centel,*** mağdurun faile doldurarak iade etmek üzere teslim ettiği kâğıdı failin mağdurun rızası dışında doldurup, tekrar mağdura failce teslim etmesi halinde açığa atılan

---

[253] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler," s. 727; **EREM**, Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması, Ankara Barosu Dergisi Yıl:38 Sayı:331, (1981) s. 27 yazar makalesinde kullanım (istismal) bu suçun unsuru olamaz, olsa olsa ancak suçun gerçekleştiğinin delili olur görüşündedir. Yine Yazar bu maddenin alındığı İtalya'daki İtalyan Yargıtay'ının da kendisi ile aynı görüşte olduğunu belirtmektedir. **Sahir ERMAN**, Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 23,Sayı:4 (Nisan 1949) s. 224; **ERMAN**, Sahtekarlık Cürümleri, s. 477; **TEZCAN-ERDEM- ÖNOK**, s. 872 ;**YERDELEN**, s. 76

[254] Aynı görüşte: **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 270; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 429; **CENTEL**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu s. 2584; Yargıtay'ında bu yönde kararlarına rastlanmaktadır. Bkz. Yargıtay 6.CD 26.03.1969 974/1589 (aynı karar: **ERMAN**, Sahtekarlık Cürümleri, s. 477 de belirtilmektedir.)

[255] Aynı görüşte **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 506; **CANPOLAT**, s. 173; **EREM**' de aynı görüşte olmakla birlikte yazar maddi değil manevi bir menfaatinde suçun oluşması için yeterli olduğu görüşündedir. (**EREM**, Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması, Ankara Barosu Dergisi s. 27)

[256] **EREM**, Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması, Ankara Barosu Dergisi s. 27 Yazar bu suçta, menfaat sağlanma amacının aranması gerektiğini belirtmekle birlikte manevi menfaatinde (senedin üstüne hakaret vari yazı yazıp mağduru küçük duruma düşürme) suçun oluşması için yeterli olduğu görüşündedir. Bu konuda örnek olarak Fransa'daki uygulamayı göstermektedir. Aynı görüşünü Faruk **EREM**, Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması, Yargıtay Dergisi, s. 505 adlı diğer makalesinde de tekrarlamaktadır. Bu iki makalede de suçun ayrıca ızrar kastıyla işlenebileceğini belirtilmektedir. (**EREM**, Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması, Ankara Barosu Dergisi s. 29) Buna karşın **ERMAN,** Sahtekârlık Cürümleri, s. 476, Erem'in aksine böyle bir menfaat aramamaktadır. Ancak Erem'in suçun manevi menfaat ile işlenebileceği yani senedin üstüne hakaret vari kelimeler yazılması halinde bu suçun oluşacağını İtalya'da da buna uygun gelişmeler olduğunu belirtmektedir.

[257] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 435; **YERDELEN**, s. 76

imzanın kötüye kullanılması suçu değil; güveni kötüye kullanma ve evrakta sahtecilik suçu oluşacağını iddia etmektedir. [258] Bununla birlikte imzalı bir belge veya senet tarafın rızası doğrultusunda doldurulmuş ancak tarafın rızasının anlaşmasının aksine olacak şekilde kullanılmışsa bu durumda kanımızca bu suç değil, güveni kötüye kötüye kullanma suçu oluşacaktır. [259]

İkinci fıkradaki suç açısından ise imzalı bir kâğıdın rıza dışı elde edilip, doldurulup kullanılması evrakta sahtecilik suçundan cezalandırma için yeterlidir. Belgenin özel ya da resmî belge olmasına göre de suç resmi ya da özel belgede sahtecilik suçundan cezalandırma yapılacaktır. Bu halde rıza dışı elde edilip doldurulup kullanılan belge, üçüncü bir kişiye alacak karşılığı verilir veya icraya konulursa ayrıca dolandırıcılık suçundan cezalandırma yapılacaktır.

Diğer yandan güveni kötüye kullanma suçu da açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçu da "neticesi harekete bitişik suçtur." [260] Mağdurun zarar görmesi şart değildir. Böyle bir zarar tehlikesinin imkân ve ihtimali suçun oluşumu için yeterlidir.[261]Ancak icra hareketleri kısımlara bölünebilirse teşebbüs mümkündür.

---

[258] **CENTEL**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu s. 2585

[259] Buna karşılaştırmalı hukuk açısından İsviçre'den örnek verebiliriz. **İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi** (**BGE) 119 IV 127 (Karar tarihi: 29 Ocak 1993)** Olayda C, işlerini yöneten H'ye açık çekler (beyaz çekler) verir. Bu çekler belli ödemelerin yapılması amaçlı verilmiştir ve doldurulan meblağ kadar bedel C'nin kontrolündeki banka hesabından çekilecektir. H bu açık çekleri doldurur ancak bunları C'nin istediği şekilde bu çekleri kullanmak yerine kendi borçlarını öder. C'nin şikâyeti üzerine açılan dava neticesi H güveni kötüye kullanma suçundan ceza alır sorasında iş Federal Yüksek Mahkeme (BGE) önüne gelir. H'nin savunması bu çekleri C'nin kendisine kullanması için verdiği ve çeklerin ödeme ile ilgili banka hesabının bile C'nin kontrolünde olduğu bu bakımdan bu suçun oluşmayacağı yönündedir. Federal Yüksek Mahkeme H'nin bütün argümanlarını ve temyiz başvurusunu reddeder. Gerekçesinde malikin ilgili hesapları kısmen kontrolü ve bu çekleri H'ye vermesinin o hesaptaki zarara konu açığın kimin tarafından oluşturulduğunun ve hatta zararın bir öneminin olmadığını belirtir. Burada ona H, C'nin zımni rızasına aykırı olarak verilen beyaz çekleri kullanmıştır. Bu kullanım neticesi ise C'nin borçlarının artmasına ve hesap dengesinin bozulmasına neden olmuştur, bunuda kendi menfaati için yapmıştır. Bu sebeple buradaki rızaya aykırı kullanım güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırmayı gerektirir. (Kararın Fransızcası için bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=118+IV+27&rank=0&azaclir=aza&highlight_docid=atf%3A%2F%2F119-IV-127%3Ade&number_of_ranks=0#page127 Erişim Tarihi:23.01.2018)

[260] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler," s. 729

[261] *"...Burada kastedilen zarar, dar anlamda malvarlığı zararı değil, geniş anlamda zarar olup, kamusal veya özel bir zararın doğma olasılığı, suçun oluşması bakımından yeterlidir. Alman, Fransız, İsviçre, İspanyol, Belçika ve İtalya doktrin ve uygulamasında da bu konuda görüş birliği mevcuttur..."* **Sami SELÇUK**, Karşıoylarım (Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar), Turhan Kitabevi (2001), s. 281; Ayrıca bkz. bu kitabın yine bu yerinin zikredildiği **YERDELEN**, s. 80

Bu suçun ilk fıkrasında düzenlenen şeklinin soruşturulması ve kovuşturulması aynen güveni kötüye kullanma suçu gibi şikâyete bağlıdır. Ancak ikinci fıkrasında düzenlenen şekli şikâyete bağlı olmayıp resen soruşturulup kovuşturulur.

Manevi unsur yönünden bu suç genel kast ile işlenir.[262] Bu yönden kendisi veya başkası yararına tasarrufta bulunmayı saik (özel kast) olarak arayan güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır.

Muhakeme açısından güveni kötüye kullanma suçunu, bu suçtan ayıran diğer bir husus ispat sorunudur. Açığa imzanın kötüye kullanılması suçu, kanunun cevaz verdiği ayrık durumlar dışında tanıkla ispat olunamaz, yazılı delille ispatı gerekir.[263] Bu durum doktrinde de eleştirilmektedir.[264]

5) Bedelsiz Kalmış Senedi Kullanma Suçundan Ayrımı (TCK m. 156)

Bedelsiz kalmış senedi kullanma suçu, TCK'nın 156. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, bedelsiz kalmış bir senedi kullanan kimseye şikâyet üzerine altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası hükmü verilir. Buna

---

[262] Aynı görüşte; **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler," s. 727; **EREM**, Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması, Ankara Barosu Dergisi, s. 29; **EREM,** Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması, Yargıtay Dergisi s. 506; Yazar hırsızlıklıktaki gibi sadece menfaat değil ayrıca ızrar kastıyla da bu suçun işleneceği düşüncesidedir.; **ERMAN**, Sahtecilik Cürümleri, s. 479; **YERDELEN**, s. 81 Ayrıca karşı görüş için bkz. **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 506 Yazara göre menfaat temini amacıyla hareket şarttır. Bu da özel kasttır. Yargıtay CGK 26.11.1973 215/737 ve 6.CD 31.01.1973 435/644 sayılı kararları da bu yöndedir görüşündedir.

[263] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.03.1989 Gün ve 1/2 Sayılı Kararı ayrıca **Yargıtay 11.CD E: 2016/8365 K: 2016/8711 T: 22.12.2016** *"...İncelenen dosya içeriğine göre; şikayete konu edilen açık borç ikrarını havi belge altındaki imzanın şikayetçi ...'ya, kefil imzasının ise diğer müşteki ...'ya ait olduğunun müştekilerce kabul edildiği, açığa imzanın kötüye kullanılması iddiasının Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 24.03.1989 gün ve 1/2 Sayılı kararında ve Dairemizin istikrarlı kararlarında öngörüldüğü üzere, yazılı delille ispatı zorunlu olup, bu hususta sunulmuş bir delil mevcut bulunmadığı gibi yazılı delil başlangıcı kabul edilebilecek bir delil de sunulmadığı anlaşılmakla, 1. Sulh Ceza Hakimliği'nin 24.11.2014 gün ve 2014/567 değişik iş sayılı kararında bir isabetsizlik bulunmadığı cihetle, kanun yararına bozma isteminin CMK'nın 309. maddesi uyarınca REDDİNE…".* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:05.01.2017)

Yargıtay 11. CD E: 2005/9545 K: 2007/3298 T: 14.5.2007 *"Açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçundan sanık Salahattin'in yapılan yargılanması sonunda: ...Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.03.1989 gün ve 1/2 sayılı kararı gereğince sanığa yüklenen eylemin 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun cevaz verdiği ayrık durumlar dışında tanıkla ispat olunamayacağı, elde edilen delillerin hükümlülüğe yeter nitelik ve derecede bulunmadığı ve uyuşmazlığın hukuki nitelikte olduğu dosya içeriğine uygun şekilde gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan…*(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 04.01.2017)

[264] **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 506 Bunun ceza hukuku ve delil serbestisi sistemi ile bağdaşır hiçbir yanının olmadığını belirtmektedir. Bu görüşe katılmaktayız. Ancak bununla birlikte bu durumun dünyadaki bir örneğine baktığımızda Fransız Yargıtay'ı da ispat açısından ülkemizdeki Yargıtay'la aynı görüştedir. Fransız Yargıtay'ı ve doktrinine göre özel hukukla ilgili sözleşmelerde ispat için kanunen öngörülen bir yazılı şekil şartı varsa bunun ceza mahkemelerinde de gözetilmesi gerekir. (Bkz. **PRADEL- DANTI JUAN**, s. 532, 533)

benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK'da 509/1. maddede 1936 yılında 3038 sayılı kanunla yapılan ek ile düzenlenmiştir. Burada bu suç açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçuyla birlikte ele alınmaktaydı. 765 sayılı TCK'nın iktibas yapıldığı İt. CK'da böyle bir düzenleme bulunmayıp gerekliliği tartışılmıştır. Ancak ülkemizdeki bazı uygulamalar ve ihtiyaçlar nedeniyle bu düzenlemenin kabul edilmesi doktrinin çoğunluğunca yerinde bulunmuştur.[265]

Suçun maddi konusu yönünden bu maddedeki senet tanımına kıymetli evrakın tamamı girmektedir. Bu kıymetli evrakın arasına bono, çek, poliçe dahildir. Kıymetli evrak haricindeki belgeler, mallar bu suçun konusunu oluşturamaz. Bu yönden bu suç güveni kötüye kullanma suçundan ayrılır. Bununla birlikte senedin bedelsiz kalması gerekir. Ancak bu senedin bedelinin kimin tarafından ödendiğinin bir hükmü bulunmamaktadır. Önemli olan husus senedin bedelinin tamamen ödenmesidir. Senedin bedelinin kısmen ödenmesi halinde de ödenmeyen kısım için senedin kullanılması durumunda bu suç oluşmayacaktır.[266] Yine, Yargıtay senedin bedeli kısmen ödense dahi, bedeli ödenmeyen kısmın değil; senetteki miktarın tamamının bilerek icraya konulması durumunda bu suçun oluşacağını belirtmektedir.[267]Bunun yanında senet değiştirilmeden üzerinde oynama yapılmadan kullanılması gerekir. Senet üzerinde oynama yapılıp kullanılması halinde bu suç değil evrakta sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçu oluşacaktır.[268]

Öte yandan bu suça konu senedin mağdur veya en azından kefiller açısından bir borç ihtiva etmesi şarttır. Aksi halde hükümsüz kalmış ibraname niteliğinde faili borçtan kurtaran bir senedin kullanılması halinde bu suç oluşmaz.[269] Bu durumda

---

[265] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 452

[266] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 454

[267] **Yargıtay 15. CD E: 2013/5805 K: 2014/18751 T: 12.11.2014** *"…Bedelsiz senedi kullanma suçunun oluşabilmesi için; sanığın elinde borçlusunca bedelinin tamamı yada kısmen ödenmiş bir senet olmalı ve bunu kısmen veya tamamen ödenmemiş gibi tahsile sokması veya bir başkasına devretmesi gerekmektedir. Borcun bir bölümü ödenmiş ve geri kalan miktar için elinde tuttuğu senedi, tümü veya kalandan fazla miktarı için kullanan sanığın fiili de bedelsiz senedi kullanma suçunu oluşturacaktır…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 04.01.2017)

[268] **Yargıtay 15. CD 2012/21300 Esas, 2014/13721 T:08.07.2014** *"Katılanın borcuna karşılık olarak sanığa verdiği 3.600 TL bedelli bononun bedelini sanığa ödediği halde, sanığın bono üzerinde tahrifat yaparak 3.600 TL'nin ön kısmına 1 rakamını eklemek suretiyle 13.600 TL olarak değiştirip yazı kısmına da yazı ile bu rakamı yazdığı ve bu haliyle … İcra Müdürlüğü'nün … esas sayılı takip dosyası ile katılan aleyhine icra takibine koyduğunun anlaşıldığı olayda, eyleminin resmi belgede sahtecilik ve kamu kurumunu aracı kılmak suretiyle dolandırıcılığa teşebbüs suçlarını oluşturduğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir…"*(www.kazanci.com Erişim Tarihi:02.01.2017)

[269] **Ertuğrul ÜNAL**, Kısmen veya Tamamen Bedelsiz Kalmış Senedi Kullanma Suçu (m. 156), Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141- 169), Adalet Yayınevi, Ankara, (2018), s.192; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 724

olsa olsa yerine göre dolandırıcılık veya güveni kötüye kullanma suçu gibi diğer malvarlığına karşı suçlar açısından cezalandırma hususu tartışılabilir.

Suçun faili yönünden güveni kötüye kullanma suçu "gerçek özgü suçtur." Ancak TCK m. 156'daki suç herkes tarafından işlenebilen suçlardandır. Zira bu suçun faili yönünden bir senedin alacaklısı dışında senedi herhangi bir şekilde ele geçiren üçüncü kişilerde suçun faili olabilir.

Suçun mağduru ise senedin borçlusudur. Bu mağdur senedi tanzim eden kişi olabileceği gibi bir senedi usulüne uygun şekilde cirolayan cirantalarda olabilir. Burada önemli olan senedin ikinci kere kullanılabileceği kimselerdir.

TCK'nın 156. maddesinin gerekçesinden anlaşılacağı üzere, bedelsiz kalmış senedin resmi merciilere sunulması, şart değildir. Önemli olan senedin kullanılmasıdır. Kullanma, senet karşılıksız kalmasa ne şekilde kullanılabilecek ise, hukuken o şekilde kullanmayı ifade etmektedir. Üçüncü bir kimseye devir, yargı mercii önünde hak iddia etme kullanmadır. Bu suç, sırf hareket suçudur. Kullanma tamamlanırsa suçta tamamlanacaktır. Ayrıca bir zararın oluşması şart değildir.[270]

Güveni kötüye kullanma suçunun aksine olarak bu suçun oluşması için genel kast yeterlidir. Taksirle bu suç işlenemez. Bu suçta güveni kötüye kullanma suçu gibi şikâyete tabidir.

Bununla birlikte güveni kötüye kullanma suçunun aksine, bu suçta kanunun cevaz verdiği ayrık durumlar dışında suça konu senedin bedelsiz kaldığı hususunun tanıkla ispatı mümkün değildir. Yazılı delille iddianın ispatı gerekir. Yargıtay'ın bu düşüncesinin yerinde olmadığı yönündeki görüşe bizde katılmaktayız.[271]

6) Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçirilmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçundan Ayrımı (TCK m. 160)

Kaybolmuş hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf suçu TCK'nın 160. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre *"Kaybedilmiş olması nedeniyle malikinin zilyetliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde,*

[270] **ÜNAL**, s. 192

[271] Yargıtay CGK E:2012/11-1086 K:2013/40 T: 05.02.2013 İş bu karar ve eleştirisi için bkz. **ÜNAL**, s. 199 öte yandan açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçunda belirttiğimiz üzere Fransız Yargıtay'ı da ülkemizdeki Yargıtay'la benzer görüştedir. (Bkz. **PRADEL- DANTI JUAN**, s. 532, 533)

iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunan kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır."

Esasında burada "kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf" ve "hata sonucu ele geçirilmiş mal üzerinde tasarruf" olarak iki ayrı suçun bulunduğu da iddia edilmektedir. Bu görüşe göre mülga 765 sayılı TCK'da ve 5237 sayılı TCK'da da bu iki ayrı suçun, tek suç gibi düzenlenmesi bir hatadır.[272]

Hukuki değer olarak her iki suçta malvarlığı değerlerini korumaktadır.

Bununla birlikte fail güveni kötüye kullanma suçunun aksine bu suçta herhangi bir kimse olabilir. Diğer taraftan güveni kötüye kullanma suçunun aksine bu suçta malikin rızası ile faile teslim söz konusu değildir. Burada malikin ancak kaybederek zilyetliğinden çıkardığı veya hata sonucu ele geçirilmiş veya kendisine teslim edilmiş eşya üstünde bu suç işlenebilir. Güveni kötüye kullanma suçundan, dolandırıcılık ve hırsızlık suçlarından bu suçu ayıran en önemli farklılıkta bu noktadadır. Öte yandan kaybolmuş eşyayı unutulmuş eşya kavramı ile karıştırmamak gerekir. Unutulmuş eşya belirli bir yerde eşyanın zilyedi veya maliki tarafından unutulmuş olmakla birlikte yerinin bu kişice bilindiği veya en azından tahmin edildiği ve istediği an malın geri alınabilme imkanının bulunduğu eşyadır. Örneğin öğrenci bir sınıfta kitabını unutmuşsa, ihtiyaç duyduğu en kısa zamanda bu durumu fark edip malını kontrol altına alacaktır. Unutulmuş eşya üzerinde tasarrufta bulunma bu suçu değil, hırsızlık suçunu oluşturur. [273]

---

[272] **YAZICIOĞLU**, Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, s. 783 Öte yandan 1.bölüm suçun bazı ülkelerde düzenleniş biçimi bahsinde ele aldığımız üzere Almanya, İspanya gibi pek çok ülkede bu konuda ülkemizle benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak 2016 yılında İtalya'da yapılan kanun değişikliği ile artık kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf fiili suç olmaktan çıkarılmıştır.

[273] **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku- Özel Hükümler, s. 719; **Gülfem PAMUK ŞİVİLOĞLU**- **Nurten ÖZTÜRK**, Kaybolmuş Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçu (m. 160), Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169), Adalet Kitabevi, Ankara, (2018), s. 256; **Gülşah BOSTANCI BOZBAYINDIR**, Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçirilmiş Eşya Üzerinde Tasarruf, Özel Ceza Hukuku Cilt IV Malvarlığına Karşı Suçlar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, (2018), s. 294, 296 Burada bir örnek hukuki sorunsalı da şöyle ele alabilir. a) Bir kurumda (K) çalışan hizmetli (A)'nın, (K)'nın kendisine muhafaza ve esas sahibine (S)'ye teslim yükümünü öngördüğü unutulmuş bir cüzdanı fark edip bu görevini yapmayıp cüzdanı ve içindeki parayı zimmetine geçirmesi (K)'ya karşı güveni kötüye kullanma suçu oluşur mu? Kanımızca burada (K)'ya karşı bir güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz. Zira zilyetlik devrine ilişkin konuda ele aldığımız üzere (K)'nın (A) için böyle bir mükellefiyet öngörmesi tek başına (A) zilyetlik devri anlamına gelmemekle sadece (S)'ye karşı bir hırsızlık suçu oluşacaktır. b) Öte yandan (A)'nın, (K)'nın öngördüğü mükellefiyete uyarak malı koruma altına alması ancak vardiyası dolup nöbeti devrederken

Bu suçta fail tarafından tesadüfen bu malın bulunup zilyetliğin ele geçirilmesi söz konusudur. Fail yetkili merciileri haberdar etmeden malik gibi tasarrufta bulunmakta veya iadeden kaçınmaktadır.[274] Bu suçta güveni kötüye kullanma suçu gibi serbest hareketli ama aynı zamanda seçimlik hareketli suçtur. Malik gibi tasarrufta bulunma, bir malın başkasına satılması, bağışlanması, kiralanması veya dönüştürme, değiştirme şeklinde de olabilir. Güveni kötüye kullanma suçu gibi bu suç da hem ihmali hem icrai hareketle işlenebilir.[275]

Ancak bu suç manevi unsur açısından genel kast ile işlenebilir. Ayrıca güveni kötüye kullanma suçu gibi kendisi veya başkası yararına hareket etme saiki yani özel kast bu suçta aranmaz. Ancak kaybolmuş eşya üzerinde tasarrufta failin mal edindiği eşyanın yitirilmiş mallardan olduğu inancını taşıması gerekir. Unutulan veya sahibi bilinen bir mal kaybolmuş mallardan sayılmayacağı gibi fail bu halde bu suçtan değil hırsızlık suçundan cezalandırılacaktır.[276]

---

diğer vardiyaya başlayan diğer hizmetli (B)'ye (S)'ye teslim için bırakması, bu görevlinin ise unutulan eşyayı gelen malik (S)'ye teslim etmeyip hukuka aykırı tasarrufta bulunması halinde TCK m. 155'deki suç oluşur mu? Kanımızca (B)'nin burada (K) ve (A) ile ilişkisi çerçevesinde güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılma imkânı söz konusu olabilecektir. Zira burada (A) eşyayı bulup haklı sebeple muhafaza altına alarak (K) ve kendisi, bu eşya açısından zilyet (başkası için zilyet) konumuna gelmiştir. Sonrasında (A) koruma yetkisini yani zilyetliğini işveren (K)'nın talimatlarına göre (B)'ye devretmiş ve (B) vardiyasında bu malı zimmetine geçirip güveni kötüye kullanma suçunu işlemiştir.

[274] **Yargıtay 11. CD E:2003/14714 K: 2004/8615 T:23.11.2004** *"…Banka görevlisince hata sonucu fazla ödeme yapıldığını bilen sanığın haksız olarak aldığı parayı iade etmediği dosya kapsamından anlaşılmakla eylemin TCK. nun 511. maddesine* (5237 sayılı TCK m. 160*) uygun bulunduğu ve sanığın soyadı ve baba adına uygun düşen sabıkasızlık kaydı celbedilerek karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde beraat hükmü tesisi,Yasaya aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş bozulmasına…"* (www.legalbank.net Erişim tarihi:21.06.2017)

[275] **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku- Özel Hükümler, s. 722; **PAMUK ŞİVİLOĞLU- ÖZTÜRK**, s. 254

[276] **Yargıtay 2. CD. E: 2014/11077 K: 2015/13776 T: 2.7.2015** *"Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf etme suçunun 5237 sayılı TCK'nın 160. maddesinde "Kaybedilmiş olması nedeniyle malikinin zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunan kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlendiği, Yargıtay Ceza Genel Kurulu' nun 10.06.1997 gün ve 132/151 sayılı kararında da açıklandığı üzere; "öngörülen suçun oluşabilmesi için mal sahibinin, malın nerede olduğunu bilmemesi, o şeyin mal sahibinin tasarruf alanı dışına çıkmış yani tasarruf imkanının kalmamış bulunması, en önemli unsur ise suç işleyenin mal edindiği şeyin yitirilmiş mallardan olduğu inancını taşıması gerektiği ve sahibi bilinen malın kaybolmuş mallardan sayılamayacağının..." belirtilmesi ve somut olayda; katılanın lokantada yemek yerken masanın üzerine koyduğu cep telefonunu almayı unutarak dışarı çıktığının, katılanın karşı masasında oturan sanığın katılanın almayı unuttuğu cep telefonunu alarak olay yerinden ayrıldığının, katılanın beş dakika içerisinde unuttuğu telefonu almak için geldiği gözetildiğinde sanığın katılanın masasında bulunan cep telefonunun katılana ait olduğunu bildiğinin veya çok kısa bir araştırma ile cep telefonunun sahibini bulabilecek durumda olduğunun anlaşılması karşısında sanığın eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğu yönündeki kabul ve uygulamada herhangi bir isabetsizlik görülmediğinden..."(www.kazanci.com erişim*

Aynen güveni kötüye kullanma suçu gibi bu suçta şikâyete tabiidir. Diğer taraftan malikin kaybettiği malı bulması için bir kişiyi tutması, tuttuğu kişinin malı bulmasına rağmen geri iade etmeyip, malik gibi tasarruf etmesi halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.[277] [278] Öte yandan kaybolmuş hata sonucu ele geçirilmiş eşyayı elde eden kişi kolluk güçlerine, köylerde muhtara bildirmesine veya ilan ile sahibini aramasına karşın eşyanın sahibi 5 yıl içinde ortaya çıkmazsa TMK m.771/1 gereği elde eden kişi eşyanın mülkiyetini kazanacağından artık TCK m. 160'daki suç oluşmayacaktır.

7) Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçundan Ayrımı (TCK m.289)

Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu TCK'nın 289. maddesinde Adliye'ye Karşı Suçlar kısmında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *"Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Kişinin bu malın sahibi olması halinde, verilecek ceza yarı oranında indirilir."* Bu maddenin 3.fıkrasında ise, 1.fıkrada belirtilen malın, *"dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı*

Tarihi:13.04.2017) Ayrıca Yargıtay 2.CD E. 2013/1617,K. 2014/4878, T:20.11.2016 İş bu karar ve yorumu için bkz. **BOSTANCI BOZBAYINDIR**, s. 294

[277] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 530

[278] Burada önemli bir husus belirtilmelidir. Doktrindeki bir görüşe göre hata suretiyle işlenen irtikap suçu (TCK m.250/3) TCK m. 155'deki güveni kötüye kullanma suçunun diğer bir görüşe göre kaybolmuş ve hata sonucu ele geçirilmiş eşya suçunun (TCK m. 160; 765 sayılı mülga TCK m.511) bir başka görüşe göre her iki suçunda özel türüdür. Bu sebeple genel norm- özel norm ilişkisine TCK m.250/3'de düzenlenen hata suretiyle irtikap suçu da örnek verilebilir. (bkz. **Mustafa ÖZEN**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınları, Ankara, (2010) s. 114, 131 ; **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 650; **Faruk EREM**, İrtikap, Adalet Dergisi, Yıl: 49, Cilt:24 Sayı:9- 10, (1958), s. 525-526; **Faruk EREM- Nevzat TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınları, (2000), s.169) Gerek güveni kötüye kullanma suçunda gerekse hata suretiyle irtikap suçunda faile zilyetliğin devri gerçekleşmekte ve fail kendisine duyulan güveni kötüye kullanmaktadır. İkna suretiyle irtikap (TCK m.250/2) suçunun aksine burada kamu görevlisi fail bir hileye, etkin davranışa başvurmamakta sadece ihmali hareketle mağdurun içinde düştüğü hatadan istifade etmekte, kendine veya bir başkasına bu şekilde bir menfaat elde etmektedir. (Bkz. **Mehmet Nihat KANBUR**, 6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu (TCK m.250), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt: 19, (2013), s.1194- 1195; **ÖZEN**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s. 114) Bu sebeple yapılan mağdurca yapılan devrin hataya dayanması, failin kamu görevlisi olması, esasen korunan hukuki değerin mülkiyet hakkı ve malvarlığı değerleri değil kamu idaresinin işleyişi kamuya ve kamu görevlisine duyulan güven olması, sözleşme ilişkisine dayalı güvenin değil; kamu görevlisine görevi nedeniyle duyulan güvenin kötüye kullanması suretiyle suçun işlenmesi ile bu suç TCK m. 155'deki güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır. TCK m. 160'daki suçtan ise failin kamu görevlisi olması ve teslimin görevi nedeniyle mağdurca kamu görevlisine yapılması sebebiyle ayrılmaktadır. (**ÖZEN**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.131, **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım s. 294) Bu suçun gerçekleşmesi halinde ayrıca güveni kötüye kullanma suçundan ve TCK m. 160'daki suçtan işlem yapılmayacaktır.

davranmak suretiyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olmak" cezalandırılmıştır.[279]

Korunan hukuki yarar olan bu suçun adliyeye karşı suçlar içinde düzenlendiği düşünüldüğünde, malın muhafazası görevlendirmesini yapan organların güvenirliliği ve işleyişinin korunduğu söylenebilir. Ancak bunun yanında malvarlığı değerlerinin de korunduğunun doktrinde iddia edenler bulunmaktadır.[280] Bu yönden bu suç güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır.

Daha önceki konularda ele aldığımız gibi fail yönünden güveni kötüye kullanma suçunda bir malın maliki olan kimseye, kendi malının rehin olarak bırakılması ve malikin bu malda tasarrufu güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz.[281] Zira güveni kötüye kullanma suçunda korunan en önemli hukuki değerlerden biri sözleşmeye güven iken öteki mülkiyet hakkıdır. Güveni kötüye kullanma suçu esas eşya malikini korumak için ihdas edilmiş bir suçtur. Zilyetliğin korunması ancak bundan sonra gelmektedir. Bu durumda bu suçta zilyet ve malik karşı karşıya geldiğinde yasa koyucunun tercihi malikten yanadır.

TCK'nın 289. maddesinde ise esas korunan hukuki değer adliyeye, adli kurumlara ve düzene güvendir; mülkiyet hakkı korunmamaktadır. Bu durumda suçun oluşumu için eşyanın sahibi olan malike veya bir başka kimseye teslimi arasında bir fark bulunmamaktadır. Fail kendi malının maliki bile olsa bu suçtan dolayı cezalandırılabilmektedir. Burada suça konu malın sahibi olmak sadece cezayı hafifletmektedir. Yine fail bu suçta malın maliki olabileceği gibi üçüncü bir kimsede olabilir. Ancak failin bu suçta, yediemin olarak yetkili kılınması, mal teslimi

---

[279] Mülga 765 sayılı TCK'da bu suça 276. maddede yer verilmiştir. *"Bir kimse muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan merhun veya mahcuz veya herhangi bir sebeple vaz'iyed edilmiş olan malları kendisinin veya başkasının menfaati için saklar, sahibine veya başkalarına verir veya tebdil veya lazımgelenlere teslimden imtina ederse üç aydan iki seneye kadar hapis ve otuz liradan üç yüz liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Eğer suçlu merhun veya mahcuz veya herhangi bir sebeple vaz'iyed edilmiş olan eşyanın sahibi ise verilecek ceza bir seneye kadar hapis ve on liradan yüz elli liraya kadar ağır para cezasıdır. Eğer cürüm muhafızın ihmalinden veya tedbirsizliğinden ileri gelmiş ise muhafız hakkında beş liradan yüz liraya kadar ağır para cezası hükmolunur."* Eski düzenlemede bu suça "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" başlıklı dördüncü babın, "Mühür Fekki ve Hükümetin Muhafazası Altındaki Eşyayı Çalmak" başlıklı kısımda yer verilmekteydi Aradaki farka bakarsak bu suçta korunan menfaatin adliyeye, yargıya güven olması gerektiği halde suçun devlet idaresi kısmında düzenlenmesi eleştirilebilir. Diğer taraftan 5237 sayılı TCK'da bu suçta her türlü teslim amacı dışında tasarruf eylemi suç olabilirken; aynen 765 sayılı TCK'da, 508. maddedeki emniyeti suiistimal suçu gibi, bu suç "seçimlik hareketli" ama aynı zamanda "bağlı hareketli suç" olarak düzenlenmiştir.

[280] **SELÇUK**, Karşıoylarım (Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar), s. 412

[281] Bkz.İkinci bölüm, "Suçta Tipikliğin Maddi Unsurları" başlığı altındaki "Fail" kısmı s. 139

yapıldığında fer'î zilyet veya başkası için zilyet konumunda olmasından, bu suçta güveni kötüye kullanma suçu gibi "gerçek özgü suçtur."

Mağdur açısından, bir icra takibinde bulunan alacaklı sonrasında haciz yapılıp mal diyelim ki aynı zamanda sahibi olan borçluya yedi emin sıfatıyla resmi olarak teslim edilirse mağdur olabilir. Ancak bu suçun adliyeye karşı suçlar arasında yer aldığı, yargının da devletin bir kolu olduğu düşünüldüğünde bu suçtan, bütün toplum zarar görmüştür.

Güveni kötüye kullanma suçunda eşyanın faile muhafaza veya belli bir şekilde kullanma amaçlı teslimi gerekmektedir. Buna karşın bu suçta rehinli, hacizli veya herhangi bir şekilde el konulmuş olan mal resmi şekilde faile teslim edilmektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda, mal faile kendi iradesi ve kabulü ve mağdurun arzusu, seçimi doğrultusunda teslim edilir. Oysaki bu suçta, malın bir mahkeme kararına veyahut bir idari karara dayanarak failin iradesi dışında teslimi söz konusu olabilecektir. Teslimi yapanda özel bir kişi, kurum değil[282]; resmi bir kamu kurumu veya yargı merciidir.[283] Diğer deyimle burada artık özel hukuka dayalı bir sözleşme değil; devleti oluşturan kamu veya yargı kurumu ile fail arasında muhafaza borcunun yüklendiği idari bir sözleşme olabileceği düşünülebilir. Yine yediemin olan failin aynı zamanda TCK'nın 6. maddesindeki geniş anlamda kamu görevlisi sıfatına haiz olabileceği maddenin gerekçesinden anlaşılmaktadır.[284]

---

[282] **Yargıtay 9.CD E: 2012/6181 K: 2012/10935 T: 10.10.2012** *"…Sanığın sahibi bulunduğu şirkete aldığı iki araç için bankadan temin ettiği ticari taşıt kredisi nedeniyle rehin sözleşmesi yapıldığı ve durumun alacaklı banka tarafından trafik siciline bildirilerek rehin sözleşmesinin araç siciline kaydının sağlandığı, bilahare kredi borcunun ödenmemesi üzerine katılan banka tarafından rehinin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibi başlatıldığı, muhafaza için işyerine gidildiğinde araçların bulunamaması üzerine yapılan suç duyurusu nedeniyle sanık hakkında muhafaza görevini kötüye kullanma suçundan dava açıldığı saptanmış olup, TCK'nın 289. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun konusunun "resmen teslim olunan" mal olması, bankalar ile kredi talebinde bulunanlar arasında düzenlenen rehin sözleşmesi nedeniyle yapılan teslimlerde "resmen teslim" keyfiyetinin gerçekleşmiş sayılmayacak olması karşısında,…Somut olayda muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun unsurları itibariyle oluşmayacağı, eylemin, araçların başka borçlardan dolayı başlatılan icra takipleri nedeniyle haczedildiği yönündeki sanık savunması araştırıldıktan sonra diğer koşulların da varlığı halinde güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği düşünülüp tartışılmadan, suç niteliğinde yanılgı ve eksik araştırmayla yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması,…"* (www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:14.12.2016*)*

[283] **SÜMER**, Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu, s. 114 ve makalede zikredilen Yargıtay 4. CD'nin 15.10.2002 tarih ve 12965-14941 sayılı kararı "…Emlak Bankası AŞ' nin resmî kurum olmadığı ve resmen teslim bulunmadığı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırı…"

[284] **CANPOLAT**, s. 194 *"TCK 289. madde gerekçesinde: …malın, kişiye özel bir görevin gereği olarak teslim edilmiş ve kişinin bunları olduğu gibi muhafaza ile ödevlendirilmiş olması nedeniyle, fiil aynı zamanda bir görevin kötüye kullanılmasını da ifade etmektedir" denilmektedir. Bu suretle,*

Bunun yanında güveni kötüye kullanma suçu ancak kasten işlenebilen suçlardandır. Bu suçun oluşması için kendisi veya bir başkası yararına rızaya aykırı tasarrufta bulunulması veya malın teslimine dair ilişkinin inkâr edilip teslimden kaçınma gerekir. Oysaki bu suçta böyle bir yarar saiki bulunmayıp genel kast ile bu suç işlenebilmektedir. Dahası TCK'nın 289/3. maddesinde suçun taksirli şekilde de işlenebileceğini belirtmekle bu yönden suç güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır.

Yine güveni kötüye kullanma suçu şikâyete tabii iken ve ancak TCK'nın 155/2. maddesindeki nitelikli hali resen kovuşturulabiliyorken; TCK'nın 289. maddesindeki suç şikâyete tabii bir suç değildir.

8) Zimmet Suçundan Ayrımı (TCK m. 247)

Zimmet suçu TCK m. 247'de *"Kamu görevlisinin görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçirme"* olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin 2.fıkrasında suçun zimmetin açığa çıkmasını sağlayacak hileli hareketlerle yapılması halinde cezanın yarı oranda arttırılacağını belirten nitelik hal; 3. fıkrasında ise malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde cezanın yarı oranında indirileceği belirtilmektedir. Yine TCK'nın 249. maddesine göre malın değerinin az olması halinde verilen cezanın üçte birinden yarısına kadar indirileceğine; TCK'nın 248. maddesinde ise zimmet suçundaki etkin pişmanlık şartlarına yer vermiştir.

Zimmet suçu TCK'da malvarlığına karşı suçlar arasında değil, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar arasında yer almaktadır. Bu düzenlemenin yeri de kanun koyucunun en çok hangi hukuki menfaati gözettiğinin göstergesidir. Zimmet suçu da güveni kötüye kullanma suçu gibi "birden çok hukuki konulu suçlar arasındadır. Ancak bu suçun düzenlenmesindeki temel amaç kamu idaresine ve kamu görevlisine toplumda hâkim olan güvenin korunmasıdır.[285] İlgili kamu görevlisine devlet malları dışında başkaca kişilerin malvarlığı değerleri

---

kendisine resmen özel bir muhafaza görevi verilmiş olan failin bu sıfatının, TCK md. 6"da yapılan geniş kamu görevlisi tanımına dâhil olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kanun koyucu, muhafaza ile ödevlendirilmiş olan failin bu fiilini ayrı bir suç olarak düzenlemiştir…"

[285] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 880; **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN-ÇAKIR**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 679, 680

korumak için emanet edilmiş olabilir. Zimmet suçu, bu mali değerleri de korumaktadır.[286] Bu mali değerlerin korunması da bu kamu idaresi ve kamu görevlisine duyulan güvenin devletin mali değerlerinden önce koruduğunun en büyük ispatıdır. Bu güven ilişkisi de güveni kötüye kullanma suçundaki sözleşmeyle kurulan güven ilişkisinden çok daha özel bir ilişkidir.

Yine zimmet suçunun ihdasındaki ikinci sebep kişilerin malvarlığı değerlerinin korunmasından önce, devletin mali varlıklarının korunmasının amaçlanmasıdır. Elbette ki, bir kamu görevlisi göreviyle ilgili usulüne uygun teslim edilen özel kişilerin malvarlığı değerleri de istisnai olarak zimmet suçuyla korunmaktadır. Ancak bu suçta esas devletin ihlal edilen mali menfaatlerinin korunması

[286] **Yargıtay CGK E: 1984/5-156 K: 1984/464 T: 24.12.1984** (Şimdiki TCK'da 247. maddede düzenlenen zimmet suçu 765 sayılı TCK'da 202. maddede düzenlemiştir.) *"Sanık Ünal, olay tarihinde ...Merkez Jandarma Karakol Komutanı olarak görev yapmakta iken 15.7.1980 tarihinde E - 5 Karayolunda meydana gelen trafik kazasına görevi gereği el koymuş, çarpışan araçlardaki yolcu ve sürücülerin ölmeleri üzerine araçları karakol önüne çektirerek içinde bulunan eşyayı tesbit ettirerek birer tutanak düzenlettirdikten sonra orada bulunan Jandarma Erleri Servet ve Ferhat'a emir vererek kazaya uğrayan otomobillerden birinin iki lastiğini söktürüp kendi özel Renault otomobiline taktırmıştır.Sanığın bu eylemi hırsızlık olarak tavsif olunup, hakkında kamu davası açılmış, yapılan son soruşturması sonunda görevi kötüye kullanma kabul edilerek incelemeye esas olan hüküm kurulmuştur.TCK'nın 202. maddesiyle : "Kendisine tevdi olunan veya vazife dolayısıyla muhafaza, murakabe veya mesuliyeti altında bulunan para veya para hükmündeki evrak ve senetleri ve sair malları zimmetine geçiren veya mal edinen" memurun tecziye edileceği hükme bağlanmış ve bu suçun unsurları gösterilmiştir.Bu unsurlar:1 - Failin memur olması, 2 - Zimmet konusunun para, para hükmündeki kağıtlar, senetler veya mallar olması, 3 - Zimmete geçirilen şeylerin; memurun vazifesi dolayısıyla verilmiş olması veya vazifesi dolayısıyla memurun murakabe ve muhafaza veya sorumluluğu altında bulunması,4 - Bu şeylerin memur tarafından aşırılması veya mal edinilmesi, 5 - Suç konusu şeyin faydalanmak kastıyla aşırılmasıdır.10.3.1983 gün ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7/b maddesi : "işlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek", 7/b maddesi : "Belirtilen görevler dışında kalan ve diğer kanun ve nizam hükümlerinin icrası ile bunlara dayalı emir ve kararlarla jandarmaya verilen görevleri yapmak" görevi jandarmaya verilmiştir. Kanunun bu hükmü doğrultusunda 17.12.1983 gün ve 83/7362 sayılı Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği de delillerin toplanması ve korunmasına dair olarak 99 ve takip eden maddelerinde gösterilen adli görevleri vermiştir. Yönetmeliğin 106. maddesinde; Jandarma'nın suç sayılan olayın meydana geldiği andan itibaren delilleri koruma görevi başlamakta ve gerekli koruyucu önlemleri alma yükümlülüğü doğmaktadır. Mülki görevleri arasında yangın, su baskını, zelzele, heyelan gibi hadiselerde vatandaşın eşyasını kurtarma, muhafaza altına alma, yağma edilmesini önleme ve kaybına mani olma gibi görevlerinin (madde 51), suça el koyma halinde de bulunacağını kabul etmek kanun ve yönetmelik hükümleri gereğidir. Benzer düzenlemelerin önceki Tüzük'te de bulunduğu (1 Aralık 1937 tarih, 2/7756 sayılı Tüzüğün 115/vd. maddeleri) gözlenmiştir. Yasa ve yönetmelik hükümleri uyarınca sanık, olaya el koyduğuna göre olaya ait her türlü delili de muhafaza etmek onun görevi gereğidir. Bu bakımdan kaza yapmış araçlar üzerinde herhangi bir görev ve sorumluluğu olmadığı iddiası söz konusu olamaz. TCK'nın 202. maddesine göre suçun oluşması için zimmete geçirilen para ve şeylerin Devlet'e veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından önemi yoktur. Zimmete geçirilen şeyler ister Devlet'e, isterse kişilere ait olsun 202. maddede yazılı suç oluşur. Bu suçta önemli olan para veya şeylerin memurun eli altında görevi gereği olmasıdır. Bu suçta korunan; mülkiyet değil kamu hizmeti ve görevidir (Manzini - Trattado di Diritto, Penale V. N. 1372, : - 68- 69 - nakleden A.P. GÖZÜBÜYÜK - Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt 3. Sahife 14). Bu açıklamalar ışığında sanığın eylemi TCK.nun 202. maddesi içinde düşünülmelidir...."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 07.01.2017)

amaçlanmıştır.[287] Bu yönden korunan hukuki değerler açısından zimmet güveni kötüye kullanma suçundan farklıdır.

Suçun maddi konusu açısından zimmet suçu da güveni kötüye kullanma suçu da hem taşınır hem de taşınmaz malvarlığı değerlerini korumaktadır. Her iki suçta da fail aynı zamanda fer'î zilyettir. Her iki suçta gerçek özgü suçtur. Ancak güveni kötüye kullanma suçunda malın devri açısından failin şahsına duyulan güven söz konusu iken zimmette failin şahsı önem arz etmektedir. Zira zimmet suçunda faillin aynı zamanda "kamu görevlisi" olması şarttır.[288] Bu yönden zimmet suçu, güveni kötüye kullanma suçundaki kişilerden daha sınırlı sayıda failce işlenebilir. TCK 6/1-c bendine göre kamu *görevlisi "kamusal faaliyetin yürütülmesinde atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi"* olarak belirtilmektedir. Bir kimsenin TCK uygulamasında "*"kamu görevlisi", yapılan faaliyetin de "kamusal faaliyet" sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir…*"[289] Bu faaliyetin

---

[287] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 679; **KOCA-ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 880

[288] Bkz. **Yargıtay 5. CD E: 2014/572 K: 2016/2733 T: 15.3.2016** (www.kazanci.com Erişim Tarihi.09.04.2017)

[289] **Yargıtay CGK E: 2010/9-258 K: 2011/46 T: 12.4.2011** "*765 sayılı TCY'nın uygulaması yönünden kimlerin memur sayılacağı, anılan Yasanın 279. maddesinde hüküm altına alınmış, belirtilen maddenin birinci fıkrasında iki bend halinde yapılan düzenlemeyle "kamu görevi" yapanlar, aynı maddenin ikinci fıkrasında iki bend halinde yapılan düzenlemeyle de "kamu hizmeti" yapanlar şeklinde bir ayırıma yer verilmiştir.Bu düzenlemeye göre; "kamu görevi" yapanların, Ceza Yasası uygulamasında memur sayılacakları, buna karşın "kamu hizmeti" yapanların ise "memur" sayılmayacakları ilke olarak benimsenmiştir.01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında ise, 765 sayılı TCY'nın uygulamasında duraksamalara neden olan "kamu görevi" ve "kamu hizmeti" gibi ikili ayırımı reddeden görüş benimsenerek, 765 sayılı Türk Ceza Yasasındaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları gidermek amacıyla, memur kavramını da kapsayacak biçimde "kamu görevlisi" kavramına yer verilmiş,5237 sayılı TCY'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" denilmek suretiyle de "kamu görevlisi"nin tanımı yapılmıştır.Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.Kamusal faaliyet de, anılan madde gerekçesinde; "Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir" şeklinde tanımlanmıştır.Ayrıca; kamuya ait yetki ve gücü kullanacak organların, bu kamusal faaliyetlerine "genel idare esaslarına" göre katılan ve yardım edenlerin de "kamu görevi" yaptıklarının kabulünde zorunluluk vardır.Bu nedenle; 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki "kamu görevlisi" tanımında yer alan "katılan kişi" ibaresi ile, madde gerekçesinde yer alan "kamusal faaliyet" açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Yasası uygulamasında "kamu görevlisi", yapılan faaliyetin de "kamusal faaliyet" sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve*

yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret ve sair maddi karşılık alıp almamalarının işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır.[290] Kapsam itibariyle oldukça geniş olan bu tanım karşısında "devlet memuru" olmayan kişiler dahi kamusal faaliyetin yürütülmesi için devlet, kamu idaresi tarafından görevlendirilmişse kamu görevlisi olarak değerlendirilerek zimmet suçunun faili olarak kabul edilebilir. Dahası çeşitli özel kanunlarda kamu görevlisi olarak değerlendirilemeyecek bir kısım kimselerin kamu görevlisi sayılacakları veya kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları öngörülmüştür. Örneğin 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi ve Grev ve Lokavt Kanunu'nun 69. maddesi resmi arabulucuların kamu görevlisi sayılacaklarını belirtmektedir. Kooperatifler Kanunu'nun 62. maddesi ise kooperatif yönetim kurulu üyelerinin, memurlarının, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 151. maddesi noterler, geçici yetkili noter yardımcıları, noter vekilleri ve görevlilerinin kamu görevlisi gibi cezalandırılacağını belirtmektedir.[291] Bu durumda bu kimselerin de TCK'nın 155/2. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçunun hizmet nedeniyle işlenmesini düzenleyen nitelikli halinden değil, zimmet suçundan dolayı cezalandırılmaları mümkündür.[292]

---

*yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir…"(*www.kazanci.com Erişim Tarihi: 07.01.2017)

[290] **Hamide ZAFER**, Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Duygun Yarsuvat'a Armağan, Cilt:9, Sayı:2, (2012), s. 217

[291] İlaveten 4634 sayılı Şeker Kanunu 9.madde, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu 22.madde,4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun 60.madde, Dernekler Kanunu'ndaki güveni kötüye kullanma suçunu işlerken ele aldığımız 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun 28.maddesi, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 23.maddesi, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9/son maddesi, 6964 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu 42.madde, 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkındaki Kanun'un 23.maddesi, 351 sayılı Yüksek Öğretim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu'nun 42.maddesi; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53-e/4.fıkrası; 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 6.maddesi, 278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkındaki Kanun'un 20.maddesi, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 59.maddesi ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 28.maddesi, 2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanunu'nun 12/2.maddesinde de bu türden hükümler bulunmaktadır. (Bkz. **EKİNCİ**, Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay Uygulamalarına Göre Zimmet Suçu s. 62- 64) Bu türden hükümler varsa fail hakkında göreviyle ilgili teslim edilen eşya üstünde işlenen hukuka aykırı tasarruf eylemlerinde doğal olarak güveni kötüye kullanma suçundan değil zimmet suçundan işlem yapılacaktır.

[292] **Yargıtay 5. CD E: 2013/5406 K: 2015/1716 T: 27.1.2015** *"Sanıkların yöneticisi oldukları S.S. Mim-Sin Konut Yapı Kooperatifi adına iş yaptırılan firmalara usulsüz avans vermek ve fazla ödemeler yapmak şeklindeki isnat ile Kayseri 2. Asliye Ticaret Mahkemesine sunulan 12.1.2011 tarihli bilirkişi raporu ve mahkemece aldırılan bilirkişi raporlarının içerikleri karşısında yüklenen eylemlerin sübutu halinde zimmet suçunu oluşturabileceği nazara alınarak delillerin takdir ve tartışması ile davaya bakma görevinin 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 12. maddesi uyarınca Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu ve görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı biçimde hükümler kurulması,…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 07.01.2017)

Diğer taraftan 5411 sayılı Bank.K.'nın 160. maddesinde belirtilen personel, kamu görevlisi de olsa TCK'daki zimmet suçundan değil, Bank.K'nın 160. maddesinde belirtilen özel nitelikli zimmet suçundan yargılanacaktır. Bunun yanında yerel yönetimlerin örneğin Belediyelerin kurduğu özel hukuk hükümlerine göre kurulan işletmelerde çalışanların işlediği suçlardan ötürü memur gibi cezalandırılacakları hususu bir görüş tarafından ileri sürülürken diğer bir görüş ise bunun açıkça tanımlanmadığından olamayacağını belirtmiştir. Yargıtay 5. CD ise 20.11.2012 tarihli ve 2010/5841E, 2012/11674 K sayılı ilamı ile[293] bu işletmelerde de görevi kötüye kullanma ve zimmet suçunun oluşabileceğini kabul etmektedir. Bu yönden bu işletmelerde görevi nedeniyle işlenen fail zimmette geçirme fiilerinden güveni kötüye kullanma suçundan değil zimmet suçundan cezalandırma yapılacaktır. Buna karşın diğer bir tartışma da kamu hizmetinin yap-işlet- devret, imtiyaz, müşterek emanet gibi usullerle yapılması noktasında tartışılabilir. Örneğin devlet tarafından iletişim alanın imtiyaz sözleşmesi gereği faaliyet gösteren özel hukuk tüzel kişiliği niteliğindeki GSM şirketleri, elektrik dağıtımı yapan imtiyaz hakkı devredilen özel kişilere ait doğalgaz şirketleri veyahut yap işlet devret modeli gereği yapılan bir köprüyü 50 yıllığına işleten tüzel şirketlerin bünyesinde işlenen zimmete geçirme suçlarında güveni kötüye kullanma mı yoksa zimmet suçundan mı cezalandırma yapılacağı hususu tartışılabilir. Hâkim görüş bu şirketlerce yürütülen faaliyetlerin genel idare esasları çerçevesinde değerlendirilemeyeceği ve kamusal faaliyet olarak değerlendirilmeyip TCK m. 155/2'deki güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma yapılacağı yönündedir.[294]

---

[293] Karar için bkz. **Cengiz KÜTÜK**, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara (2016), s. 58-59

[294] **KÜTÜK,** s. 60; **Selami TURABİ**, İrtikap Suçu, 2.Baskı, Adalet Yayınları, (2017), s. 116 Bu durum sadece zimmet suçu için değil, irtikap suçu içinde geçerlidir. Örneğin devlet tarafından imtiyaz sözleşmesi ile özel sektöre devredilen bir işte, mesela İstanbul'da elektrik dağıtım faaliyetinde bulunan Cengiz Enerji Holding bünyesindeki BEDAŞ'ta tahsildar ve yetkili olarak çalışan bir kimsenin görevlendirilmişse görevine ilişkin olarak müşterilerden ikna suretiyle veya müşterilerin hatası neticesi veya icbar yoluyla fazla para toplaması halinde irtikap suçundan değil, güveni kötüye kullanma suçundan işlem yapılacaktır. (Aynı görüşte bkz. **TURABİ**, İrtikap Suçu, s. 116) Bizim kanaatimiz bu halde hem müşteri hemde şirkete karşı eylem gerçekleştirildiği için aynı neviden fikri içtima dairesinde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmadaki cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halden (TCK m. 155/2) ağırlaştırılarak ceza verilmelidir. Zira irtikapda özü itibariyle iki mağdur (devlet, kamu kurumu yanında para vermek zorunda bırakılan, aldatılan veya hataya düşürülen kişi) bulunması asılken, güveni kötüye kullanma suçunda normalde mağdur tektir. İki veya üç mağdur üstünde fiil istisnai olarak işlenmektedir. Bu yönden kişinin çalıştığı kuruma, derneğe, şirkete vs. tüzel kişiliğe karşı sorumluluğu açısından değerlendirme yaparsak kanımızca sadece zimmet suçu veya hata suretiyle irtikap suçu değil (**ÖZEN**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s. 114, 131; **HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 650) ikna ve icbar suretiyle irtikap suçlarıda (hatta rüşvet suçu da) güveni kötüye kullanma suçunun özel türü olarak kabul edilebilir. Ancak esas tartışmalı nokta burada şirket

Bununla birlikte zimmet suçunda, güveni kötüye kullanma suçundaki sözleşme ilişkisine dayalı teslim şartından farklı olarak suça konu eşyaların ilgili mevzuat çerçevesinde görev nedeniyle zilyetliğinin devredilmesi ve/veya kamu görevlisinin bu eşyalar konusunda koruma ve gözetimle yükümlü olmasını şart koşmaktadır. Bu durumda bir kimse veya bir kamu kurumu tarafından, kamu görevlisine koruma ve gözetimle yükümlü olmadığı, görev alanına girmeyen bir eşya teslim edilmişse, bu eşyanın kamu görevlisi tarafından zimmetine geçirilmesi halinde zimmet suçu değil, güveni kötüye kullanma suçundan veya bu suçun TCK'nın 155/2. maddesindeki nitelikli halinden cezalandırma yapılacaktır.[295]

---

açısından güveni kötüye kullanma suçu oluşurken diğer mağdur açısından başkaca suçun mesela ikna suretiyle fiilin yapılmasında dolandırıcılık suçunun oluşması noktasındadır. Bu durumda faile iki fiilden mi yoksa tek fiilden mi ceza verilecektir. İrtikap suçunda ayrıca bu suç yanında dolandırıcılık suçundan cezalandırma yapılmayacağı doktrinde kabul edilmektedir. (**TURABİ**, İrtikap Suçu, s. 166) Bu ceza adaleti açısından da uygundur. Buradan hareketle tek fiille iki suçtan birden ceza vermemek babında kanaatimiz burada da hem dolandırıcılık hem güveni kötüye kullanma suçundan değil, sadece güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden (TCK m. 155/2) ama aynı neviden fikri içtima kuralları gereği cezanın arttırılması yoluyla işlem yapılması yönündedir. Zira göreviyle ilgili bir alanda bu göreve dair bir eşya üstünde bu fiil işlenmiştir. Ancak görevine ilişkin olmayan bir alanda failin işlediği fiilde -örneğin imtiyaz sahibi kuruluşun çaycısının veya sayaç okumakla görevli ama para tahsil yetkisi olmayan görevlisinin kendisini gişe memuru göstererek ikna yoluyla kişiyi kandırıp topladığı paranın asıl kısmını ilgili kuruluşa yatırırken fazla aldığı parayı cebine atması- dolandırıcılık suçundan işlem yapılmalıdır. Kaldı ki TCK'nın 44.maddesindeki farklı neviden fikri içtima hükmü doğrultusunda, hareket edersek yine aynı sonuca ulaşırız. Zira TCK m. 155/2'deki güveni kötüye kullanmanın nitelikli hali bir ile yedi yıl arası hapis gerektirirken, TCK m. 157'deki dolandırıcılığın basit şekli, bir ile beş yıl arası hapis cezası gerektirir. Burada kişi şirket yöneticisi, şirketi idare ile görevli veya şirketi temsil ile yetkili kimse olmayıp basit bir veznedar veya sadece alacak hesaplama ve tahsil ile görevli olduğundan TCK m. 157/1-h maddesindeki nitelikli hal uygulanamaz. (Bu nitelikli halin uygulanamayacağına dair bkz. Yargıtay 11. CD E: 2009/17340 K: 2010/4311 T: 09.04.2010; Yargıtay 15. CD E:2014/10509 K:2017/5612 T:07.2.2017 Kararlar için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi:27.08.2017) Ancak farklı neviden fikri içtima kuralından hareketle eğer fail hem şirketin en üst düzey yetkililerinden biri hem de tahsile yetkili kişi olsaydı bu durumda dolandırıcılık suçuna göre cezalandırma yapılması gerekirdi.

[295] **Yargıtay 5. CD E: 2014/6150 K: 2016/6143 T: 9.6.2016** *"Mübaşirlerin parasal konulara dair hukuki statülerini düzenleyen ve suç tarihinde yürürlükte bulunan Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliğinin 16/1. maddesindeki "Tutanak yazıcıları, mübaşirler bir muamelenin yapılması için ödenmesi gerekli harç ve masrafları iş sahiplerinden alamazlar..", 17. maddesindeki "Harç ve yargılama masraflarının tahsili işi kendisine verilmiş olan kalem şefi (yazı işleri müdürü) veya muavini vazife sebebiyle yerlerinden ayrıldıkları zaman iş sahiplerinin beklememesi için tedbir alırlar, bu tedbirleri reis veya hakimin tasvibine arz ederler." ve 33. maddesindeki "Keşif ve tatbikat mahallinde şahit dinleme gibi mahkeme dışında yapılacak muameleler için iş sahibi tarafından evvelce yatırılmış olan ücret, zabıt katibi tarafından vaktinde vezneden veya Kalem Şefi veya Muavininden avans olarak alınır ve muamelenin yapılması sonunda hakimin izni ile müstehliklerine verilir. Parayı alanları imzaları, taalluk ettiği evrak altına alınır. Avans olarak alınan paranın mahsubu yapıldıktan sonra geriye bir miktar para kalırsa o parayı zabıt kâtibi vezneye yatırır; vezne bulunmayan yerlerde Kalem Şefi veya Muavinine verir. Bu memurlar artan veya kendilerine verilen parayı sahiplerine reddiyat makbuzu mukabilinde geri verirler. Bu işlerin yapılmamasından veya geciktirilmesinden zabıt katibi ve Kalem Şefi ve Muavini mesuldür." biçimindeki düzenlemelerle, daha sonra yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği ile Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte yer alan hükümler dikkate alındığında ... 2. İcra Mahkemesinde mübaşir olarak görev yapan sanığın posta masrafları olarak yazı işleri müdürü tarafından kendisine verilen parayı*

Bunun dışında zimmet suçunda mağdur açısından da farklılıklar vardır. Güveni kötüye kullanma suçunda suçun mağduru eşyanın maliki ve/veya asli zilyedidir. Ancak zimmet suçunda bir görüş kamu idaresinin[296] diğer bir görüş kamu idaresinin gözetiminde özel kişilere ait malların faile teslim edildiği düşünüldüğünde toplumun tamamının mağdur olduğu savunulmaktadır.[297] Bunun neticesi olarak bu suç güveni kötüye kullanma suçunun aksine re'sen kovuşturulan suçlardandır. Memurların yargılanması idare hukuku bağlamında özel soruşturma ve kovuşturma usullerinde bağlıdır. Ancak 1990 yılında çıkarılan 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 17.maddesi müsteşarlar, vali ve kaymakamlar haricindeki bütün memurlar için *"Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2. 12. 1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında kanun hükümleri uygulanmaz"* hükmüne yer vermektedir. Bunun anlamı bu suçun soruşturma ve kovuşturmasının üst makamlardan izin almaksızın adli makamlarca yapılabilmesidir. Diğer yandan bu suçun cezası güveni kötüye kullanma suçundan daha ağırdır. Yine güveni kötüye kullanma suçunda Asliye Ceza Mahkemesi görevliyken zimmet suçunda Ağır Ceza Mahkemesi yetkilidir.

Maddi unsur yönünden "zimmete geçirme" ile ilgili pek çok tanım bulunmaktadır. Doktrindeki tanımlardan biri *"...zimmete konu eşyanın fail tarafından idareye verilmeyerek kendi malvarlığına ithâl edilmesi, satılarak veya*

---

posta idaresine teslimiyle görevlendirilmesinin yasal olarak mümkün olmaması karşısında, suça konu paraların kendisine görevi sebebiyle tevdi edilmiş sayılamayacağı ve bu sebeple sabit görülen eyleminde zimmet suçunun yasal unsurlarının oluşmayıp, hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçu niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi…"(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 07.01.2017) (ayrıca bkz. Yargıtay 5. CD E: 2014/465 K: 2016/2165 T: 29.2.2016)

Yargıtay 5. CD. E: 2008/12868 K: 2009/47 T:19.01.2009 "…*Futbol karşılaşmalarında müşterek bahisler düzenlemek devletin yerine getirmek zorunda olduğu bir iş niteliğinde sayılamayacağı cihetle Spor Toto Teşkilat Müdürlüğünün kamu görevi yapan bir kuruluş olarak kabulünün mümkün olmadığı ve toplanan oyun bedellerinin Devlet malı sayılacağı veya mensuplarının memur gibi cezalandırılacakları konusunda açıklayıcı ve düzenleyici bir hüküm de bulunmadığından, bu paraların mal edinilmesi eyleminin hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin sanığın basit zimmet suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi hatalı olmuştur*..." (www.legalbank.net Erişim Tarihi:23.06.2017)

[296] **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 652, 653; **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2.cilt s. 129 vd.

[297] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 691; **KOCA-ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 883

*trampa edilerek karşılığında bedel alınması, üçüncü kişiye temlik edilmek suretiyle menfaat sağlanması, şahsi borca mahsup edilmesi"*ni zimmete geçirme olarak tanımlamaktadır.[298] Bu tanım ve öğretide kabul edilen görüşler ele alınırsa zimmete geçirmeyi "zimmete konu eşyanın maliki gibi tasarrufta bulunmak" olarak tanımlayabiliriz.[299]Burada fail zimmete konu eşya üzerinde tahsis gayesi dışında zilyetliği haklı kılan sıfatla bağdaşmayacak tarzda tasarrufta bulunmakta yani zilyetliği fiilen mülkiyete dönüştürmektedir.[300] Malın rehin bırakılması yada borç olarak verilmesi de zimmete geçirmedir. Bu yönden de "zimmete geçirme" kavramı güveni kötüye kullanma suçundaki "rızaya aykırı tasarrufta bulunma ve devir olgusunu inkâr" kavramı ile de benzeşmektedir. Ancak benzeşmeyen husus zimmete geçirme kavramının içine esasında geçici kullanmanın dahil olmamasıdır. [301]765 sayılı TCK'da 202 ve devamı maddelerde kullanmaya dair bir düzenleme olmadığından sorunlarla karşılaşılıyordu. Örneğin 765 sayılı TCK'dan hareketle, kullanmaya dair bir düzenleme yoksa bir memurun, tarlasını düzenlemek için kendisine emanet edilen devlete ait traktörü alıp, benzin harcayıp, kullanıp bir gün sonra iade etmesi veya hemen idarece istenildiğinde iade edilmesi durumu zimmete geçirme olarak değerlendirilemez. Zira; burada memurun mal edinme malik olma amacı yoktur, sonradan iade etme amacı da vardır. Olsa, olsa bu ancak görevi kötüye kullanma suçunu" oluşturur. Aynı şekilde malı hiç yerinden almadan sadece yararlanması halinde de mülga 765 sayılı TCK'daki zimmet suçu oluşmaz. Ancak görevi kötüye kullanma suçunun varlığı tartışılabilir. Diğer taraftan bir kimseye bir traktör emanet edilmiş ve zilyetliği devralan fail bu traktörle kendi tarlasını sürmüş

---

[298] **Sahir ERMAN- Çetin ÖZEK**, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202 – 281), İstanbul, (1992), s. 25; Bir başka tanımda "kişinin kendisine bırakılmış parayı (eşyayı) sahiplenmesi" olarak açıklamaktadır. Zimmet kelime anlamı olarak himaye, etme, koruma, sahip çıkma, birinin uhdesinde bulunan şey, borç ve borçların tümü olarak tanımlanmaktadır. Hukuki anlamda ise kamu görevlisinin görevi sebebiyle zilyetliği kendisine bırakılmış olan veya koruma ve gözetimiyle sorumlu olduğu malı kendisi veya başkası için mal edinmesi, aşırması olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlar için bkz. **EKİNCİ**, Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay Uygulamalarına Göre Zimmet Suçu, s. 55; **Mehmet Reis KOCA**, Zimmet- İrtikap- Rüşvet- Nüfuz Ticareti ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, (2014), s. 24- 25; **Mehmet Emin ARTUK- Ahmet GÖKCEN- Caner YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınları, 15.bası, (2016), s. 931 (Bu tanım bu kitabın 16.basısında bulunmamaktadır.)

[299] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 139 Ayrıca bkz. TCK m. 247 gerekçesi *"…Zimmete geçirme, suç konusu mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunmayı ifade eder. Bu tasarruflar, suç konusu şeyin mal edinilmesi, amacı dışında kullanılması, tüketilmesi şeklinde olabileceği gibi, bir başkasına satılması, verilmesi şeklinde de gerçekleşebilir..."*

[300] **ERMAN- ÖZEK**, s. 24

[301] **ARTUK- GÖKCEN- YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (15.bası), s. 935 Bu kitabın 15.basısına kadar bu görüşe açıkça yer verilirken, 2017 yılındaki 16.bası da bu görüşten bahsedilmemiştir.

olabilir. Bu durumda benzinini kendi koysa bütün bakımlarını traktörün yaptırsa, bu hareketi traktörde yıpranmaya da neden olduğundan 765 sayılı TCK'da da güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur. 765 sayılı TCK zamanında ancak alınan bir malın çok uzun süre elde tutulup yararlanılması örneğin bir yıl dokuz ay sonra alınan bir paranın geri konulması gibi hallerde bu suç zimmet (zimmete geçirme) olarak değerlendirilip adına "faydalanma zimmeti" deniyordu.[302] Yargıtay'da zimmete "mal edinme" (temellük) veya faydalanma niyetine göre hareket ediyordu. Herhalde bundan olsa gerek 5237 sayılı TCK'nın 247/3.fıkrasına, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iadesi halinde indirime dair bir hüküm konulmuştur. 247. maddenin gerekçesine bakılırsa kanımızca bu hüküm sadece cezayı azaltan nitelikli hal olarak konmamıştır. Aynı zamanda geçici olarak da olsa yararlanma halinde süreye bakılmadan kamu görevlisinin zimmetten cezalandırılması, bu hali kapsam dışı tutmamak için konulmuştur.[303]Yine de unutulmamalıdır ki ancak "müsamaha edilen zimmet" boyutunu aşacak haller kullanımda da cezalandırılacaktır.[304] Bir memurun devlete ait değeri düşük bir tükenmez kalemi yerinden alıp iki gün boyunca kullanıp geri koyması veya mal edinmesi zimmet suçunu oluşturmaz. Ama kendisine emanet edilen kalemin iki gün boyunca failce şahsi işlerinde kullanılması güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur. Zimmet suçu ile güveni kötüye kullanma suçu arasından maddi unsur bakımından, işte böyle bir temel farklılık da bulunmaktadır.

5237 sayılı TCK açısından zimmet suçunun oluşumunda manevi unsur olarak genel kast yeterlidir. 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay birçok kararında

---

[302] Mülga 765 sayılı TCK'nın 202. maddesi ile ilgili bir Yargıtay içtihadı **Yargıtay 5.CD E: 1994/1244 K: 1994/1542 T: 4.5.1994** *"Sanığın, belediye mezbaha müdürlüğünde tahsildarlık görevi yaptığı sırada, tahsil ettiği bir kısım paraları 1 yıl 9 ay gibi gecikmeyle vezneye kendiliğinden yatırdığı, bu suretle paranın nemasından faydalandığı anlaşılmakla, faydalandığı nema miktarı bilirkişiye tesbit ettirildikten sonra kullanma zimmeti suçundan mahkûmiyetine karar verilmelidir."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 09.05.2015)

[303] *TCK m. 247 gerekçesi "...Maddenin son fıkrasında, kullanma zimmetine ilişkin hükme yer verilmiştir. Bu hükümde, zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi hâlinde, verilecek cezada indirim yapılması öngörülmüştür. Suç konusu mal üzerinde malikin bulunabileceği tasarruflarla zimmet olgusu ortaya çıktığına göre; kullanmanın malikin bulunabileceği tasarruf niteliğinde olup olmadığına bakmak gerekir. Bu nedenle, her bir kullanmanın, ilgili somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirmeyle, zimmeti oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi gerekir. Bu bakımdan, kullanmanın salt belli bir süreyle sınırlı olması, zimmetin oluşumuna engel değildir..."*

[304] **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 279; **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 682 vd.

temellük[305] veya faydalanma kastını aramaktaydı. Şimdiki mevzuatla ise "genel kast" suçun oluşumu için yeterlidir.

Sonuç olarak iki suç tipi arasındaki temel farklar kişinin kamu görevlisi olup olmadığı manasında failin niteliği ve zilyetliğin devrine neden olan ilişkinin görev veya güven ilişkisi nedeniyle olması dairesinde toplanmaktadır. [306] Yine maddi unsurda suça konu fiilin içinde bulunan "zimmete geçirme" hareketinin tam olarak

[305] Temellük "kendine mal etme" anlamındadır. 765 sayılı TCK'da malın faydalanma amaçlı alınması "faydalanma zimmeti"; temellük kastı ile alınması "zimmet" olarak adlandırılmaktaydı.

[306] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 135; **Yargıtay CGK E. 2012/5-1275 K: 2013/419 T: 22.10.2013** *"...Uyuşmazlık konusunda sağlıklı bir hukuki sonuca ulaşılabilmesi bakımından zimmet ve güveni kötüye kullanma suçları üzerinde de durulması gerekmektedir. Suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 765 Sayılı Kanun'un 508 ve 510, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı T.C.K.nun ise 155. maddelerinde düzenlenmiş olan güveni kötüye kullanma suçuyla korunan hukuki yarar mülkiyet hakkı olup, suçun ön şartı, suça konu mal ya da eşyanın; faile, geri verilmek veya ancak belirli bir biçimde kullanılmak üzere tevdi veya teslim edilmiş bulunmasıdır. Suçun konusunu ancak taşınabilir mal ya da eşyalar oluşturur. Suçun oluşabilmesi için suça konu malın zilyetliğinin mağdurun açık rızası ile ve tevdi veya teslim yoluyla intikal etmiş olması ve tevdi yahut teslimin, muhafaza ya da belirli bir şekilde kullanma amacıyla yapılmış olması gerekir. Mağdurun bu yönde açık bir rızasının bulunmaması halinde hırsızlık, hileli hareketlerle teslimin sağlanması halinde ise dolandırıcılık suçu söz konusu olabilecektir. Tevdi ya da teslimin bizzat mağdur tarafından yapılmış olmasına gerek yoktur. Mağdurun rızasıyla, ancak onun yetkilendirdiği başka birisi tarafından gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu suçun, meslek, sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi sebepten doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, suçun nitelikli hali gündeme gelecektir. Güveni kötüye kullanma suçunu oluşturan fiili gerçekleştiren kişinin kamu görevlisi olması ve görevi sebebiyle zilyetliği kendisine devredilmiş veya koruma ve gözetimi altına bırakılmış olan mal ya da eşyayı kendisi veya başkasının yararına olarak kullanması halinde, güveni kötüye kullanma değil, zimmet suçu gündeme gelebilecektir. Zimmet suçu ise, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 Sayılı Kanun'un 202, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı T.C.K.nun 247. maddelerinde düzenlenmiş bulunan özgü suçlardan olup, bu suçun faili ancak kamu görevlisidir. Kamu görevlisi, görevi gereği zilyedliği kendisine devir ya da teslim edilen veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal ya da eşyalar üzerinde görevinin gerekleriyle bağdaşmayan bir tasarrufta bulunması, örneğin bu malları kendisi veya başkasının zimmetine geçirmesi suç olarak tanımlanmıştır. Zimmet suçunun oluşması için, söz konusu para, mal ya da değerlerin mutlaka devlete ait olmasına gerek yoktur. Kişilere ait mallar da bu suçun maddi konusunu oluşturabilir. Nitekim madde gerekçesinde de "bu malın mülkiyetinin devlete, herhangi bir kamu kurumuna ya da herhangi bir kişiye ait olması arasında fark bulunmamaktadır" denmektedir. Öğretide; "zimmetin kamu görevlisine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunun özel şekli ya da failin işi dolayısıyla ağırlaşmış güveni kötüye kullanma suçu" olduğu ileri sürülmüştür. (F. Erem, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara 1993, C.2, s. 1298; İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, Ankara 2009, s. 13; F. Selami Mahmutoğlu, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara 2003, s. 228) Zimmet bir görev suçu olup, kamu görevlisi vasfı bulunan fail, yetkisini kötüye kullanmak suretiyle bu suçu işlemektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda ise fail muhafaza veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş mal üzerinde kendisi veya başkası yararına olarak zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmakta veya devir olgusunu inkâr etmektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda malın devri açısından failin şahsına duyulan güven söz konusu iken zimmette failin şahsı önem arz etmektedir. Zimmet suçunda mal ya da eşyanın zilyetliği kamu görevlisine ya görevi sebebiyle devredilmekte ya da görevi gereği koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Ön şartın gerçekleşmemesi durumunda zimmet suçundan sözedilmesine imkân bulunmamaktadır. Suça konu mal ya da eşya görevi dolayısıyla değil de kamu görevlisinin şahsına duyulan güven sebebiyle teslim edilmişse zimmet değil, güveni kötüye kullanma suçu gerçekleşebilecektir..."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 21.05.2017)

geçici kullanımları kapsamaması bu sebeple bununla ilgili kanunda ek düzenlemelere başvurulması da diğer bir farklılıktır. Öte yandan her zimmet suçu aynı zamanda güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur. Ama her güveni kötüye kullanma suçu, zimmet suçunu oluşturamaz. Bu sebeple zimmet suçuna, güveni kötüye kullanma suçunun özel bir hali ya da kamu görevlisinin işlediği güveni kötüye kullanma suçu demek de mümkündür.[307] Bu iki suç arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmaktadır. Bir hareketle, kanunun iki hükmü ihlal ediliyorsa bu hükümlerden biri genel nitelikli, biri özelse, özel hüküm uygulama alanı bulacaktır.

III- ÖZEL KANUNLARDAKİ BENZER SUÇLARDAN AYRIMI

1) Yaptırım Yönünden TCK'nın 155.Maddesine Bağlanan Özel Kanunlardaki Suçlardan Ayrımı

A) Sermaye Piyasası Kanunu'nda Öngörülen Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Bu Suçtan Ayrımı (Ser.PK m. 110/1)

a. Genel Bilgi

2012 yılında yürürlüğe giren 6362 sayılı Ser.PK'nın 110. Maddesi bir görüşe göre güveni kötüye kullanma suçunun özel bir nitelikli hali[308];bir görüşe göre özel bir kanunda düzenlenen tek başına ayrı bir güveni kötüye kullanma suçu olarak değerlendirilebilecek bir maddedir. Nitelikli bir hal olarak değerlendirilebilir; zira bu madde yaptırım yönünden TCK'nın 155/2. maddesine atıf bile yapmıştır. Ser.PK'da burada sayılan fiillerin TCK'daki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali

[307] Şunu da ayrıca ilave etmek gerekir. Zimmet suçu bizim kanaatimize göre tıpkı güveni kötüye kullanma suçu gibi sırf hareket suçudur. Zarar oluşmasa dahi zimmete geçirme olgusu gerçekleşirse suça ilişkin icra hareketleri tamamlanması ile suç gerçekleşeceğinden fail tamamlanmış suçtan ceza almalıdır. (Aynı görüşte **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**; Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 686; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 894) Ancak Yargıtay tarafımızla aynı kanaatte değildir. Yargıtay'a göre zimmet suçunun oluşumu için yapılan zimmete geçirme hareketinin bir zarar tehlikesi doğurması veya zarar meydana gelmesi bir şarttır. (Bkz.Yargıtay 5.CD E: 2003/8076 K: 2004/7153 T: 8.11.2004; Yargıtay 5. CD E: 2002/1574 K: 2002/8181 T: 9.12.2002 Kararlar için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi: 05.10.2017); Bu suçun zarar suçu olduğuna dair görüş için bkz. **İzzet ÖZGENÇ**, Zimmet Suçu, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara, (2012), s. 29 ayrıca bkz. **Taner GÜLŞEN**, Zimmet Suçu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2011), s. 56, 57) Bu yönde uygulama açısından iki suç açısından bir farklılık olarak görülebilir.

[308] **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 684

olduğu da belirtilmiştir.[309] Nitelikli hal içinde nitelikli hali gibidir. Ama ayrı özel bir güveni kötüye kullanma suçu olarak da görülebilir. Zira örtülü kazanç aktarımı gibi klasik güveni kötüye kullanma suçunda rastlanmayacak fiilleri de bu madde içermektedir.[310] Ayrıca eğer kanun koyucu bu suçu TCK m. 155'in bir nitelikli hali

[309] 6362 sayılı Ser.PK "Güveni kötüye kullanma ve sahtecilik *Madde 110 – (1) Aşağıdaki fiiller güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturur; ancak bu durumda 5237 sayılı Kanunun 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 bulundukları 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
(2) Yatırım kuruluşu, 58 inci madde kapsamındaki fon kurulu ve 59 uncu madde kapsamındaki teminat sorumluları bünyesinde tutulan kayıtları bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan kişiler, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak 5237 sayılı Kanunun belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerinden mahkûmiyete bağlanan kanuni sonuçlar, bu suçtan mahkûm olanlar hakkında da uygulanır.
(3) Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri kapsamına giren güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişi, etkin pişmanlık göstererek 21 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan ödemenin yanı sıra bunun iki katı parayı Hazineye; a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz, b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir,
c) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.

[310] Ancak şunu da belirtelim bu türden Ser.PK m. 110/1-b ve c'deki fiiller Amerika'da vergi suçu olarak (Internal Revenue Code m.482 ve devamı) değerlendirilmesinin yanı sıra ayrıca 18 USC m. 1348 ve 3301'in yaptığı atıfla securities and commodities fraud (menkul kıymetler ve emtia dolandırıcılığı) suçunu oluşturmaktadır. Bu kanunlardaki maddeler için bkz. https://law.justia.com (erişim tarihi.20.01.2018); İngiltere'de ise durum son derece karışıktır. Zira borsaları da içine alan 2000 tarihli Financial Services and Markets Act'de bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Şirketlerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler Company Act, Fraud Act m. 12 ve Theft Act'de bulunmaktadır. Company Act'in 993.maddesi şirketler açısından hileli ticarette bulunma suçunu düzenlemiştir. Company Act m. 993 "hileli ticaret suçu" düzenlemesinde bir ticari şirketin iş faaliyetinin kapsamının şirket alacaklılarını veya diğer alacaklıları dolandırmak veya herhangi bir dolandırıcılık taşıması halinde bu durumu bilerek iştirak eden her kimsenin bu suçtan sorumlu tutulup jürili yargılamada 10 yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılacağını belirtmektedir. (Bkz. **ÇINAR**, Birleşik Krallık Ceza Hukukuna göre Dolandırıcılık Suçu, s. 168) Bu durumda bu maddeden cezalandırma yapılacaktır. Bunun yanında belge vs. kayıtlarda tahrifat halinde Theft Act (1968) 17. ve 19.maddelerine dayanarak false accounting (hileli muhasebe) ve şirket yöneticileri için yalan beyanda bulunmadan cezalandırma yapılacaktır. Company Act m. 993'ten cezalandırma olmazsa ayrıca Fraud Act (2006) m. 1'den (bulunduğu mevkiiyi kötüye kullanmak suretiyle dolandırıcılık) cezalandırma yapılabilecektir. **LADIGES**, s. 90- 95 Yani Anglosakson ülkelerinde bu iki ülkede bu türden fiiller güveni kötüye kullanma suçu içinde değil dolandırıcılık suçu içinde değerlendirilmektedir.; Kara Avrupasında Fransa ve Almanya'da bu suç güveni kötüye kullanma suçu içinde değerlendirilmektedir. Fransız hukukunda, Fransa kısmını incelerken ele aldığımız Ticaret Kanunu'ndaki sermaye şirketlerine yönelik Abus de Biens Sociaux (Şirket mallarının kötüye kullanılması suçu) ve Alman Ceza Hukuku'nda ise güveni kötüye kullanma (Stgb m. 266) suçundan cezalandırılmaktadır. İtalya'da ise İtalyan Medeni Kanunu'nun 2497. maddesi şirket yöneticileri ve memurlarını şirketin hisse

olarak görmekteyse, o halde neden bu maddeye ilave bir hüküm eklemek yerine bunu Ser.PK'da ayrıca düzenleme gereğini duymuş olduğunun da sorulması gerekir.

Esasında bu maddenin bir benzeri bu kanun öncesindeki mülga 2499 sayılı Ser.PK'da da (m. 47/1 A-5, 6) bulunmaktaydı[311]. Ancak mülga Ser.PK'da bu suç TCK'da ki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli bir hali gibi değil, bağımsız bir suç olarak düzenlenmişti. Kanaatimize göre bu madde de öngörülen fiiller özel kanunda düzenlenen ayrı bir güveni kötüye kullanma suçunu teşkil etmektedir.[312] Sadece bu suçun yaptırımı ve ceza verilmesini engelleyen haller ve çeşitli hususlar yönünden TCK'ya atıf yapılmış ve çeşitli hükümler bağlanmıştır. Ancak yine de TCK'nın 155/2. maddesine bu maddenin yaptığı atıf ve kanundaki sistematiğe ve bu suçun güveni kötüye kullanma suçunun özel bir türü olduğunu savunan görüşe göre

---

değerini karını azaltıcı şirket zararına olarak kasten yaptığı işlemlerden sorumlu tutmaktadır.(**Samira KOUSEDGHI**, Protection of Minority Shareholders and Creditors in Italian Corporate Group Law, European Company Law, Volume: 4, Issue: 5, (2007), s. 220) Bunun yanında İtalyan Medeni Kanunu'nun 2621-2641.maddeleri arasında ticari şirketler ve borsada işlem gören şirketler yönünden çeşitli düzenlemeler bulunmakla,1.bölümde İtalya bahsinde ele aldığımız 2634.maddedeki güveni kötüye kullanma suçunun özel bir türü olan şirket malvarlığının kötüye kullanılması suçu bu düzenlemeler arasındadır. Bu yönden bu suçtan burada da cezalandırma yapılabilecektir. (Ayrıca bkz. **Alberto PIERGROSSI**, Criminal Liability of Directors and Officers in Insolvency Proceedings under Italian Law, International Insolvency Institute (III), conference Berlin, 9-10 June (2008) https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/025_Criminal_Liability_of_Directors_Alberto_Piergrossi_1003398_1.PDF Erişim Tarihi:20.01.2018) İspanya'da ise bu türden fiiller 2015 yılından beri İsp. CK. m. 252'deki "güvene aykırı yönetim" (La administración desleal) suçundan cezalandırılmaktadır.

[311] 2499 sayılı Ser.PK madde 47/1 A) 5**.** *"...Sermaye piyasası kurumlarına, bu Kanunun 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 tağyir eden ilgili gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri 6.Bu Kanunun 15 inci maddesinin son fıkrasında belirtilen işlemlerde bulunarak kârı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikibin günden beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar"* 2499 sayılı Ser.PK madde 15/son: *"...Halka açık anonim ortaklıklar; 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 gibi örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığını azaltmasz...."*

[312] İtalyan hukukunda bu maddenin belli ölçüde muadili olarak kabul edilecek İtalyan MK. m.2634 açısından ise bu suçun güveni kötüye kullanma suçunun özel bir türü olarak ayrı bir suç olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Zaza CARLO**, I reati societari Infedeltà e ipotesi residuali, Keyeditore, (2015), s. 17,18 İtalyan Yargıtay'ı da bu görüşü paylaşmakla birlikte ayrıca İtalyan CK'nın 646.maddesinin yetersizliği ve belli fiilleri kapsamaması nedeniyle bu maddenin oluşturulduğu görüşündedir. *"Medeni kanunun 2634. Maddesindeki (şirket) malvarlığı tasarrufunda güveni kötüye kullanma suçu, ceza kanununun 646. Maddesinde öngörülen zimmet suçuna kıyasla daha özel bir karaktere sahiptir, tam da bu genel nitelikli yapısı nedeniyle, şirket malvarlığının yöneticiler, müdürler ve tasfiye memurları tarafından güvenin kötüye kullanılması suretiyle yönetilmesinden korunması için elverişli değildir"* (Bkz. **İtalyan Yargıtay'ı 5. Ceza Dairesinin, (Corte Suprema di Cassazione sezione quinta penale) 23 Haziran 2003 tarihli kararı,** Aktaran: **CARLO,** s. 18**)**

bu suçu TCK'daki güveni kötüye kullanma suçunun diğer bir nitelikli haliymiş gibi bu başlıkta değerlendirmeyi uygun görmekteyiz.

b. Suçla Korunan Hukuki Değer

Genel olarak 6362 sayılı Ser.PK'nın 110. Maddesindeki güveni kötüye kullanma suçu olarak tanımlanan fiillerde korunan hukuki değer *"sermaye piyasasına duyulan güvenin ve ekonomik düzenin korunmasıdır."*[313] .Bunun yanında mülkiyet hakkı[314] ve zilyetlik de korunmaktadır. TCK m. 155/1'deki güveni kötüye kullanma suçunda ise bu suçtan farklı olarak sözleşmeye dayalı güven ilişkisi; m. 155/2'deki nitelikli halinde ise bir meslek veya sanatla, ticari hayatla ilgili güven ilişkisi korunmaktadır. [315] Bu sebeple burada korunan hukuki değerin çok daha yoğun ve özel bir mahiyet arz ettiği iddia edilebilir. Zira sermaye piyasalarında yaşanabilecek bu türden fiiller, bu piyasalarda işlem yapan yatırımcıları korkutarak piyasadan çekilmelerine, paniğe düşmelerine; ulusal veya uluslararası alanda ülkenin yatırım yapılamaz duruma düşmesine neden olabilir.[316]

Ayrıca bu suçların oluştuğunun tespiti belli bir uzmanlık da gerektirmektedir. Bu nedenle bu suçların takibi zarar gören şirkete veya müşterilere değil, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na tanınmıştır. [317] Bunun yanında kanun koyucu, güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden bile alt sınır yönünden daha ağır ceza öngörülerek bu fiilleri işlemeye niyetli olan faillere karşı da bir caydırıcılığı, ekonomik düzendeki istikrarı hedeflemiştir.[318]

---

[313] **Caner YENİDÜNYA- Can CANPOLAT**; Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu (SPK.m. 110/1, 3), Bankacılık ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:9, (2014) s. 114

[314] İtalya'da ise bu suçun muadili olarak kabul edilen İtalyan Medeni Kanunu'nun 2634.maddesindeki suç açısından ise sadece şirketlerin malvarlığı değerlerinin korunduğu kabul edilmektedir. Burada güven ilişkisinin dürüstlük yükümlülüğünün korunup korunmadığı İtalya'da tartışma konusu olmuş ancak doktrindeki görüş bu suçta malvarlığı değerlerinin merkezi konumda olması nedeniyle bu görüşe itibar etmemiştir. Bkz. **CARLO**, s. 9

[315] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 445; **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 172; **SARSIKOĞLU**, s. 121

[316] **Çağlar MANAVGAT**, Örtülü Kazanç Aktarımının Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:31 Sayı:1, (2015), s. 92

[317] **Sinan BAYINDIR**, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. Maddesinde Yer Alan "Yazılı Başvuru Şartı'nın Hukuki Mahiyetine ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme, TBB Dergisi, Sayı:93, (2011) s. 222; Bu konudaki eleştirilerimiz içinde bkz. "g. Suçun Yaptırımı, Suçta Etkin Pişmanlık ve Uygulanacak Usul Hükümleri" kısmı s. 153- 157

[318] **YENİDÜNYA- CANPOLAT**, s. 114 "…*Şu hâlde, söz konusu düzenleme ile birden çok hukuksal değerin korunduğu, özellikle toplumun sermaye piyasalarına duyduğu güvenin muhafaza altına alınmaya çalışıldığı, bu yolla ekonomik istikrar ve sağlıklı ekonomik düzene ulaşılmak istendiği*

c. Suçun Maddi Unsuru

ca. Suçun Maddi Konusu

Güveni kötüye kullanma suçunda suçun maddi konusunu taşınır ve taşınmaz her türlü eşya oluşturmaktadır. Ancak Ser.PK'da ki, güveni kötüye kullanma suçu

---

açıktır. Ülkemizin özellikle Bankacılık alanında yaşadığı tecrübeler, bu türden fiillerin ulusal ekonomik düzen yönünden ne kadar ciddi etkiler yaratacağı konusunda bir fikir verebilir…"
Yargıtay 19. CD E: 2016/11171 K: 2016/21824 T: 25.10.2016 *"…Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede; 2499 Sayılı (mülga) Sermaye Piyasası Kanunu'nun 1. maddesinde. Kanunun konusu ve amacının, tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek olduğuna yer verilmiştir. Yürürlükte bulunan 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 1. maddesinde de benzer şekilde olmak üzere Kanunun amacının; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi olduğu hususu açıkça belirtilmiştir. Söz edilen yasal düzenlemelerde de açıkça ifade edildiği üzere, tasarrufların etkin ve verimli biçimde milli ekonomiye aktarımının sağlanarak bu yolla iktisadi kalkınmanın sağlanması hedefine ancak sağlıklı işleyen bir sermaye piyasası sistemine sahip olmakla ulaşılabileceği kuşkusuzdur. Bu itibarla ülkelerin kalkınmasında etkin, verimli, şeffaf ve güvenilir biçimde işleyen bir sermaye piyasası sisteminin önemi tartışmasızdır. Bu bağlamda tüm Dünya'da olduğu gibi Ülkemizde de sermaye piyasalarının sağlıklı işlemesine ayrı bir önem verilmiş; piyasaların idari denetim ve gözetimini (regülasyon) gerçekleştirme konusunda öncelikle bağımsız düzenleyici kuruluş sıfatıyla Sermaye Piyasası Kurumu yetkili kılınmıştır. Öte yandan kanun koyucu anılan piyasaların sağlıklı işlemesine verdiği hayati önem sebebiyle belirtilen amacı ihlale yönelik bazı önemli fiilleri ortadan kaldırma gayesine yönelik olmak üzere son çare (ultima ratio) olmak üzere ceza hukuku araçlarına başvurarak bazı fiilleri de suç olarak tanımlamıştır. Bu anlamda, halka açık ortaklıklarda yatırımcıların haklarının yönetimsel fiillerle zarara uğratılması riskini önlemeye özel bir önem atfedilmiştir. Nitekim, Türk Ceza Kanunu'ndaki güveni kötüye kullanma suçu ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilen yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna dair kurallar dışında "'örtülü kazanç aktarımı yasağı" adı altında özel normlar getirilerek anılan fiillere karşı yatırımcıların korunması ve dolayısıyla sermaye piyasası sisteminin sağlıklı şekilde işlemesi, özel bir suç tipiyle sağlanan cezai korumayla gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Sermaye Piyasası Kanunu'nun örtülü kazanç aktarımını yasaklayan hükümleri, söz edilen amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Halka açık anonim ortaklıklarda kontrolü elinde bulunduran kişi veya grubun dışında kalan pay sahiplerinin haklarını ve menfaatlerini zedeleyen, anonim ortaklığın karlarını veya malvarlıklarını azaltan veya artmasını engelleyen özel yönetimsel uygulamalara işlemlere karşı, şirket-yatırımcı pay sahipleri söz edilen normlarla korunmaktadır. (Arslan Kaya, Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK M. 21). İÜHFM C. LXXI, S. 2, 2013, s. 194). Türk hukuk sisteminde sermaye piyasalarının etkin, verimli, şeffaf ve güvenilir biçimde işlemesini sağlamaya yönelik somut düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim 2499 Sayılı (mülga) Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15/son maddesinde "Halka açık anonim ortaklıklar; 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 kârını ve/veya mal varlığını azaltamaz" hükmü bulunmaktadır. "Örtülü kazanç aktarımı yasağı" olarak adlandırılan bu fiil, aynı Kanunun 47/A-6 maddesiyle de suç olarak tanımlanmıştır. Anılan normla 'Bu Kanunun 15. maddesinin son fıkrasında belirtilen işlemlerde bulunarak kârı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler...'in cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Yürürlükte bulunan 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 21. maddesinde de 2499 Sayılı (mülga) Kanundaki söz edilen düzenlemeye benzer biçimde "örtülü kazanç aktarımı yasağı" yer almaktadır. Gerçekten Kanun anılan maddesinde örtülü kazanç aktarımı yasağına yer vererek bu konuda temel ilkeleri belirlemiş; 110/l-b ve c maddelerinde bu fiili tanımlayarak seçimlik hareketlerine yer vermiştir. Anılan fiillerin Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanan güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini oluşturacağı belirtilerek örtülü kazanç aktarım yasağını ihlal eden fiillerin yaptırımı belirlenmiştir..."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 06.06.2017)

yönünden suça konu eşyalar daha sınırlıdır. 110. maddenin 1-(a) bendindeki sayılan suça konu eşyalar: sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymettir.

Ser.PK'nın 3. maddesine göre sermaye piyasası araçları, menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçları olarak ikiye ayrılmaktadır. "*Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere; 1) Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları, 2) Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikaları* "bu maddeye göre "menkul kıymet" olarak kabul edilmektedir. Hisse senetleri, tahvillerde menkul kıymettir. Diğer taraftan aynı maddeye göre nakit, bono, poliçe, çek ve mevduat sertifikaları hariç, menkul kıymetler dışında kalan ve şartları Sermaye Piyasası Kurulu'nca (SPK) belirlenen evrakta diğer sermaye araçlarıdır. Para gayrimenkul sertifikaları, finansman bonoları, altın-gümüş-platin bonoları da suça konu olabilirler. Neticede Ser.PK'nın 3. maddesinde sermaye piyasası araçları dar kapsamda değil, geniş kapsamda değerlendirilmiştir.

Ser.PK'nın 110. maddesindeki "diğer her türlü kıymet*"* ibaresinden ise *"maddi bir varlığı olup üzerinde hakimiyet kurulması mümkün olan sınırlandırılabilen insan dışı ekonomik değer taşıyan her türlü nesnenin yanında maddi varlığı olmamasına karşın kaydi bir değer taşıyan her türlü iktisadi kıymetin anlaşılması gerekir."*[319] Bu durumda eğer güveni kötüye kullanma suçu bu maddede belirtilen failler açısından sermaye piyasası araçları olmak üzere sermaye piyasası ile ilgili olarak yatırımcıların sahip olduğu nakit ve diğer her türlü malvarlığı değerlerine yönelik olarak işlenirse, TCK m. 155/1 ve 2. maddelerindeki güveni kötüye kullanma suçunu değil; Ser.PK'da ki güveni kötüye kullanma suçunu oluşacaktır.[320]

Ser.PK'nın 110-1. maddenin (b) bendi bakımından ise halka açık ortaklıkların, (c) bendi bakımından ise, halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının "karları ve malvarlıkları" suça konu olabileceklerdir.[321] Ayrıca kanaatimizce 110-1 (c) bendi yönünden şirketin bütün

---

[319] **Sinan BAYINDIR**, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, Beta Yayınları, İstanbul, (2011), s. 172

[320] **BAYINDIR**, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, s. 17 Ayrıca kitapta zikredilen **Yargıtay 11.CD 1996/1241E 1996/1315K sayılı ilamı** "…Menkul Değerler A.Ş Yönetim Kurulu Başkanı olan sanığın banka ve aracı kurumlardan aldığı krediye karşılık 10.220.500.000-TL nominal değerdeki müşteri emanet hisse senetlerini teminat olarak rehnetmek eylemi güveni kötüye kullanmak suçunu…oluşturur"

[321] **YENİDÜNYA- CANPOLAT**, s. 142

aktifleri (varlıkları ve alacakları) dolaylı da olsa karı azaltıcı veya engelleyici işlemlerde suça konu olabilir.[322]

Halka açık ortaklıklar *"payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıklar"* olarak kanunun 16. maddesinde tanımlanmıştır. Kolektif yatırım kuruluşları yasada yatırım ortaklıkları (m. 48), yatırım fonları, (m. 52) olarak ikiye ayrılmaktadır. Temel amaçları tasarruf sahiplerinden topladıkları paralarla çeşitli varlık ve yatırım araçlarından oluşan portföyü yönetmek ve işletmektir. Bunlardan getiri elden tasarruf sahiplerine ise talep halinde getirilerinin verilmesini sağlamaktadır.[323]

Suça konu sermaye piyasası araçları ve iktisadi kıymet niteliğindeki eşyanın kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilmesi [324] şarttır. Sermaye piyasası araçlarında kaydileştirme; sermaye piyasası araçları ve bu araçlara ilişkin hakların Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) tarafından, bilgisayar ortamında, ihracatçılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibariyle tutulduğu sistemdir. Burada da tevdii ve teslimin diğer güveni kötüye kullanma suçu gibi zilyetliğin devri amacıyla yapılması şarttır. Diğer taraftan bu teslimin yatırım kuruluşuna, konut veya varlık finansmanı fonlarına veya ipotek ve varlık teminatlı menkul kıymetler için teminat borçlularına yapılması gerekir. TCK m. 155'de suçun oluşumu için teslimin sadece muhafaza veya belirli bir şekilde kullanma amaçlı yapılması gerekir. Ancak Ser.PK m. 110/1 (a) daki suçta ise teslimin sermaye piyasası faaliyeti sebebiyle veya emanetçi olarak

---

[322] **Sait Y. KAYGUSUZ- Ümmühan ASLAN- Nazlı KEPÇE**, Genel Muhasebe-I, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Yayınları, (2012), s. 49,50

[323] Sermaye Piyasası Kurulu Tanıtım Rehberi http://www.spk.gov.tr/indexpage.aspx?pageid=253 (Erişim Tarihi:04.03.2017) *"...Tasarruf sahipleri ihraççı şirketlerden, aracı kuruluşlardan ya da menkul kıymet borsalarından menkul kıymet almak suretiyle tasarruflarını değerlendirebilirler. Ancak menkul kıymetlere yatırım yapmak bilgi ve uzmanlık gerektirmektedir. Ayrıca bireysel birikimler genelde yeterli büyüklüğe ulaşamadıklarından bunlarla oluşturulan portföyler de riskli portföylerdir. Bu risk anapara bakımından söz konusu olabileceği gibi portföyün getirisi açısından da söz konusu olabilir. Bu nedenle sermaye piyasasında kolektif yatırım kuruluşları olarak adlandırılan yatırım fonları ve yatırım ortaklıkları oluşturulmuştur. Kolektif yatırım kuruluşları, hukuki yapılarına göre ayrı ve bağımsız bir tüzel kişilik olarak kurulduklarında yatırım ortaklığı, başka bir tüzel kişilik tarafından bir sözleşme çerçevesinde kurulduklarında ise yatırım fonu olarak adlandırılır. Amaç ve ekonomik fonksiyon olarak birbirine benzemekle beraber, çalışma biçimleri ve yatırımcılara sundukları hizmet bakımından yatırım fonları ve yatırım ortaklıkları birbirlerinden ayrılmaktadırlar..."*

[324] Yasanın tevdi etmek yanında teslim etmek ibaresini kullanması hatadır. Zira tevdi etmek zaten *"sermaye piyasası araçlarının faile yatırımcı tarafından sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek maksadıyla ya da teminat olarak veyahut başka herhangi bir sebeple fiziken ve kayden teslim edilmesi"* anlamına gelir.(**Ali Hakan EVİK**, Sermaye Piyasası Kanununda Yer Alan Suç Tipleri, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr.Ayferi Göze'ye Armağan, Yayın No: 19/5, Sayı:1-2, (2004) s. 152)

veya idare etmek maksatlı veya teminat olarak veya her ne nam altında olursa olsun yapılabileceği belirtilmiştir. Bu yönden bu (a) bendindeki suçun kapsamına giren zilyetlik devirleri TCK m. 155'e göre daha kapsamlıdır. Zira, belirli bir amaçla kullanma veya teminat maksatlı olmayan zilyetlik devriyle eşya teslim edilmiş olsa dahi Ser.PK m. 110/1 (a)'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu oluşabilir. Yine normalde alacak hakkı TCK m. 155'deki güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusu olamaz.[325] Fakat kanaatimiz TCK m. 110-1 (b) ve (c) maddesinde belirtilen suça konu hareket açısından alacak hakkının da dolaylı da olsa karı azaltıcı veya engelleyici işlemlerde suçun maddi konusu olabileceği yönündedir. Zira kendi iştiraki olan bir firmaya borç veren bir halka açık şirketin aniden hiçbir sebep olmadan bu alacağından vazgeçmesi veyahut hiçbir sebep olmadan kendi bünyesindeki bir başka şirkete bila bedel bu alacak hakkını devri bu halka açık ortaklığın geleceğe dönük karlarının veya malvarlığının artmasını engelleyici işlemdir. Aynı şekilde bu şirket halka açık bir Ar-Ge veyahut plak şirketiyse şirketin sahip olduğu patent, telif ve buluş haklarını sebepsiz şekilde karşılıksız olarak kendi bünyesinde bir iştirake devri de geleceğe dönük karlarının veya malvarlığının artmasını engelleyici işlemdir. Bu yönden Ser.PK'daki özellikle 110-1 (b) ve (c) bentlerindeki fiiller TCK'daki güveni kötüye kullanma suçundan önemli farklılıklar içermektedir.

cb. Suçun Faili ve Mağduru

Ser.PK'nın 110. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi bakımından fail, sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymetin tevdi veya teslim edildiği kişidir.

(b) ve (c) bentleri bakımından ise halka açık ortaklıkların ve kolektif yatırım kuruluşlarının yetkilileri, malvarlığının, karın, kazancın değerlendirilmesi hususunda karar alma yetkisine sahip kişiler diğer deyimle bu konuda bu malvarlığı üstünde şirket adına zilyet kılınan kimseler faildir. Buradaki failler başkası için zilyet, konumundadır. Bu kimseler aynı zamanda yönetici konumundadır. Yönetici terimi de halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları adına karar alıp onu icra eden veya imza yetkisi bulunan bu suretle ortaklık, yatırım kuruluşu adına ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesi için kendilerine bırakılan görevler çerçevesinde

[325] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler," s. 627 vd.

gerekli işlemleri yapan genel müdürü, genel müdür yardımcılarını, müdürleri, CEO, genel koordinatör sıfatlarını taşıyan kişileri, ticari mümessilleri, genel ve özel ticari vekilleri ve benzeri yetkilileri ifade eder.[326] Ayrıca tasfiye memurları ve eğer yönetime ilişkin yetkileri bulunuyorsa kuruculardada yönetici kavramı içine dahil edilmelidir.[327] Özellikle (b) ve (c) bentlerinde yer alan örtülü kazanç aktarımının da aynı başlık altında düzenlenmesi, bu suça konu işlemleri, şirkete ve ortaklarına karşı güvenin kötüye kullanılması olarak gören yeni yaklaşımın ürünüdür.[328] Bununla birlikte örtülü kazanç aktarımı suçu teşkil eden (b) ve (c) bentleri suçlar esasında çok failli suçlardandır. Birden fazla kişinin müşterek fail veya şerik olarak katılımı olmadan bu bentlerdeki suçların gerçekleştirilmesi son derece zordur.[329] Zira bu maddelerin tanımından da anlaşılacağı üzere birden çok ticari şirket, teşebbüs veya kişi bu suçlarda vasıta olarak kullanılmaktadır.

Örtülü kazanç aktarımının diğer tarafı olan vasıta kılınan kişiler (b) bendinde *"yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahıs*; (c) bendinde *"yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler"* olarak tanımlanmıştır. Bu ibarelerden öncelikle örtülü kazanç aktarımında suça konu bir şirketin bağlı olduğu şirketler topluluğuna ait diğer şirketlerin suça vasıta kılınabileceği anlaşılabilir. TTK'nın 195.maddesinin 4.fıkrasında şirketler topluluğu "Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler" olarak tanımlanmıştır. Bu maddeye göre hâkim şirket ana, bağlı şirketler ise yavru şirketi oluşturur. Bu tanım babında TTK 'ya göre şirketler topluluğu alelade şirketlerden değil bir bağlılık ilişkisiyle bir araya gelen şirketlerden meydana gelmektedir. Aynı maddenin 1.fıkrasında bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketinin "*1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya 2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya 3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy*

[326] **Ünal TEKİNALP**; Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Vedat Yayıncılık, 2.bası, (2011), s. 271
[327] **Hasan KARSLIOĞLU**, Anonim Şirketlerde Örtülü Kar Dağıtımı, Adalet Yayınevi, Ankara, (2015), s. 373
[328] **Tekin MEMİŞ – Gökçen TURAN**, Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 4.Bası, Ankara, (2019), s. 216
[329] Bu (b) ve (c) bentlerindeki suçların çok failli suç olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki kısmen katıldığımız görüş için bkz. **YENİDÜNYA- CANPOLAT**, s. 147; **KARACAN**, s. 638

haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, (hakimiyet kurulmasının ilk yolu pay sahipliğine bağlı hakimiyet) *b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince* (ikinci yol hakimiyet sözleşmesi [330] aracılığıyla kurulan hakimiyet) *veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa* (üçüncü yol herhangi bir şekilde hakimiyet kurulması)*, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir"* denilerek bağlı ve hakim şirket tanımlaması ve şirketler üzerinde hakimiyetin sağlanmasının üç yolu belirtilmiştir. [331] Üçüncü yol olarak belirtilen "başka bir yolla" ibaresi ile yasa koyucu hakimiyet hallerini sınırlandırmamış ve başkaca yollarla hakimiyet kurulabileceğini (örneğin gizli ortaklık yolunu[332]) kabul etmekle kalmayıp bunun gerçekleşmesi halinde ilgililer açısından bu madde hükümlerinin uygulanmasından ilgililerin kaçınmasının önünü kapamıştır.

Yine aynı maddenin 2.fıkrasında bu haller dışında *bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunmasının bu duruma karine teşkil edeceği belirtilmiştir.* Ayrıca aynı maddenin 3.fıkrasında "*bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir"* ibaresi yer almaktadır. Buna göre örtülü kazanç aktarımı suçu doğrudan veya dolaylı yoldan

---

[330] Ticaret Sicili Yönetmeliği madde 106: *"Hâkimiyet sözleşmesi, aralarında doğrudan veya dolaylı iştirak ilişkisi bulunmayan, bulunsa bile bu ilişkiden bağımsız ve soyutlanmış bir şekilde taraflardan birinin, sermaye şirketi olan diğerinin yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmadan talimat verme yetkisini içeren sözleşmedir."* Aleniyet açısından bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için sözleşmenin bağlı şirket genel kurulunda onaylanması (Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 106/2) ve ticaret sicilliline tescili (TTK m. 198) şarttır.

[331] **Gül OKUTAN NİLSSON**, Türk Ticaret Kanunu'nda Şirketler Topluluğu Hukukunun Ana Hatları, Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları Sunum Tebliği, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını (2014), s. 243- 244 Ayrıca bkz. **Ece Deniz GÜNAY**, Sermaye Piyasası Hukuku'nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, 12 Levha Yayınları, (2018), s. 37,38,39 Günay SPK'nın çıkardığı Kurumsal Yönetim Tebliği'nin Türk Muhasebe Standartlarının 9.maddesine yaptığı atıftan hareketle örtülü kazanç aktarımına konu ilişkili kişinin diğer deyimle bu işlemleri yapan kişinin bağlı şirket, işletmeler üzerinde a) kontrol yada müşterek kontrol gücünün olması veya b) önemli bir etkiye haiz olması c) ana ortaklığında kilit yönetici olması durumuna işaret etmektedir.

[332] **OKUTAN NİLSSON**, s. 244; Almanya'dan da bir örnek vermek gerekirse bu ülkede açık şirket devralmalarında devralınan ve devralan şirket yönetimleri işletme birleşmesi anlaşması (Business Combination Agreement) adı verilen bir anlaşma yapmaktadırlar. Bu anlaşmaların genel kurul onayına sunulması ve ticaret siciline tescili şart değildir. Bu anlaşma esasında devralınacak şirketin devralan kimseye gruba entegresine dair bir yol haritası içermekte ve hakimiyet anlaşmasının tipik elemanlarını içermemektedir. Nitelik olarak örtülü hakimiyet anlaşması yapısı içinde değerlendirilemez. Ancak bu anlaşmalardaki münferit önlemler niteliği itibariyle bir örtülü hakimiyet olarak değerlendirilebilir. (Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. **Ingo THEUSINGER**, Alman Şirketler Topluluğu Hukuku – İlkeler ve Güncel Pratik Sorunlar, Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları Sunum Tebliği, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını (2014), s. 285)

fiili bir durumla veya sözleşme ile birbirine bağlı şirketler topluluğu içindeki şirketler arasında yöneticiler vasıtasıyla yapılabilir.[333]

Bunun yanında 110/1-b bendinde yönetim, denetim veya sermaye bakımından ilişkili bulunduğu teşebbüs ve şahıs ibareleri c bendinde şahıs ibaresi yer almaktadır.[334] Buradaki teşebbüs kavramının ne olduğu hususu TTK.'nın 195. maddesinde açıklanmamıştır. 5.fıkrada hâkim teşebbüs tacir sayılır ibaresi yer almaktadır. Sadece maddenin gerekçesinde özel hükümlerin uygulanmasından kaçınmanın yollarını kapatmak amacıyla geniş kavram ve ifadelere yer verildiğinden işletme sözcüğünün bilinçli olarak tercih edilip bu sözcüğün teşebbüs ve benzeri diğer kavramları kapsadığından söz edilmiştir.[335] Bu bağlamda teşebbüs kavramı

[333] **Kürşad GÖKTÜRK**; Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Adalet Yayınları, Ankara, (2015) s. 8-10, 13-26,32-33 Özetle yazarın belirttiği şekilde TTK' da dolaylı hakimiyet, hâkim şirket, bağlı şirket gibi kavramlara yer verilsede bağlılık kelimesinin tanımı yapılmamıştır. Ancak bu düzenlemenin esinlendiği Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AKTG 18.maddesinde) birlikte yönetim kriterine yer verilmiştir. Ülkemizde ise kanunun aradığı hakimiyet ve kontrol esasına dayalı karma bir sistemdir. Bu bağlamda bir şirketi bağlı şirket konumuna sokan araçlar aynı zamanda bağlılık kavramının unsurlarının gereklerinin karşılandığı sonucuna varılabilir. Şirketler topluluğunun olabilmesi için yapısal unsur olarak en az iki ticaret şirketi var olmalı ve bunlar arasında bir topluluk ilişkisi olması gerekir. Kanun koyucu burada örnekleme yoluyla hakimiyet ve bağlılığı sağlayan vasıtaları zikretmiş ancak bunların sınırlı sayıda olmadığını vurgulamıştır. Bağımlılık ilişkisi açısından Türk hukuku bağımlı bir veya birden fazla işletmenin topluluk hakiminin yönetimi altında toplanmasına ilişkin dikey şirketler topluluğunu öngörmüştür. AKTG'nin aksine birden fazla bağımsız şirketin tek yönetim altında toplanması şeklindeki yatay şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelere yer vermeyip bunları şirketler topluluğu olarak nitelendirmemektedir. Yine bütünleşme yoluyla ortaya çıkan şirketler topluluğu Türk hukukunda düzenlenmemiştir.

[334] Burada ilişkili kişi açısından Kurumlar Vergisi Kanunu'nun "Transfer Fiyatlandırması ile Örtülü Kazanç Dağıtımı"na İlişkin 13.maddesinden de kısmen örneklendirici (tadadi) olarak yararlanılabilir. Bu maddenin (2016 tarihli 6728 sayılı kanunla değişik) 2.fıkrası *"İlişkili kişi; kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Cumhurbaşkanınca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır. İlişkinin doğrudan veya dolaylı olarak ortaklık kanalıyla oluştuğu durumların örtülü kazanç dağıtımı kapsamında sayılması için en az %10 oranında ortaklık, oy veya kâr payı hakkının olması şartı aranır. Ortaklık ilişkisi olmadan doğrudan veya dolaylı olarak en az %10 oranında oy veya kâr payı hakkının olduğu durumlarda da taraflar ilişkili kişi sayılır. İlişkili kişiler açısından bu oranlar topluca dikkate alınır."* demektedir. Bununla birlikte vergi hukukunun aksine bu maddedeki en az %10 oranında oy veya kâr payı hakkını Ser.PK'daki suçta belirleyici unsur olarak değerlendirmek pek mümkün değildir. Ser.PK m. 110 tanımında belirtilen ilgili kişi bundan çok daha geniş bir kavramdır. 13.maddedeki tanımın aksine %1 oranında oy veya kâr payı hakkının olduğu veya 4.dereceden yan soyunun olduğu bir şirkete, fail yöneticisi olduğu şirketin kazancını aktarmışsa bile eğer başkaca diğer şartlar gerçekleşmişse Ser.PK'nın 110/1-b veya c bendindeki suç söz konusu olabilir.

[335] **GÖKTÜRK**, s.14-15 Bu bakımdan buradaki teşebbüs kavramı AKTG'nin 16.maddesindeki "unternehmen" kavramının muadilidir. Ayrıca bkz. TTK m. 195 gerekçesi (www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/.../madde%20gerekce.doc Erişim Tarihi: 02.06.2017)

ticaret şirketleri dışındaki kişileri ifade eder. Vakıf, dernek gibi özel hukuk tüzel kişileri, belediye gibi kamu hukuku tüzel kişileri hatta gerçek kişilerde teşebbüs konumuna girebilirler. Bu durumdan hareket edilirse burada sermaye şirketi niteliğine haiz olmayan kişi ve kuruluşların ortakların giriştikleri ticari işler, kurdukları kuruluşlar teşebbüs olarak değerlendirilebilecektir. [336]

Öte yandan bu şirketlerin, kuruluşların doğrudan veya dolaylı ilişkili oldukları kişi ve kuruluşlar üstünden de örtülü kazanç aktarımı suçu gerçekleştirilebilecektir. [337]Aynı şekilde TTK'nın 196 ve 197. maddelerine göre birbirlerinin paylarının en az

---

[336] **OKUTAN NİLSSON**, s. 245- 246

[337] **Yargıtay 19. CD E: 2016/11171 K: 2016/21824 T: 25.10.2016** *"...Söz edilen normlar çerçevesinde somut uyuşmazlıkta halka açık ortaklık olan ...'nin yönetim kurulu başkanı ve üyeleri olan sanıkların yargılama konusu fiillerinin örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesine gelince;1-) Halka açık ortaklık statüsünde olan ... (... A.Ş. olarak anılacaktır) 2003 yılında sahibi olduğu fabrika binasını 5 yıl süreyle grup şirketlerinden doğrudan ilişkili şirket olan ..'ye (... A.Ş. olarak anılacaktır) kiralamıştır. ... bu sözleşmeye dair olarak İstanbul Menkul Kıymetler Borsası aracılığıyla kamuoyuna sunduğu 6.11.2003 tarihli Özel Durum Açıklamasında "fason üretimden ve kiradan elde edilecek gelirlerle şirket borçlarının ödenmesinin planlandığını" bildirmiştir. Ancak bu sözleşme henüz beş yıllık süre sona ermeden 29.03.2006 tarihinde "...'nin kira borçlarını zamanında ödemediği gerekçesiyle" ... tarafından tek taraflı olarak feshedilmiştir. Aynı tarihte akdedilen sözleşme ile aynı fabrika binası bu defa grup şirketi olan ...'ye kiralanmıştır. 2-) ...'nin hâkim ortağı sanık ... olup, yönetim kurulu üyeleri de sanıklar ... ve ...dır. ... ve grup şirketlerine hâkim ortak olan sanık ..., ...ve ...'nin de kurucu ortaklarındandır. ...'ın söz konusu şirketler nezdindeki paylarını devrettikten sonra, grup şirketleri bünyesinde görev almış kişileri bu şirketlere ortak veya yönetici yaparak belirtilen şirketlerdeki kontrolünü sürdürdüğü belirlenmiştir. Bu anlamda ...'nin tüm genel kurul toplantılarının ... adresindeki merkezinde gerçekleştirildiği hususu sabittir. Öte yandan 10.03.2006 tarihli ... genel kurul toplantısına ... ve Muhasebe Müdürü ...'in vekâleten katıldığı tespit edilmiştir... Denetleme Dairesi Başkanlığının 11.01.2008 tarih ve XXI-18/9-1 Sayılı Denetleme Raporu ve Kurul Karar Organının 02.05.2008 tarihli kararı ile ...'nin 2003 yılı içinde emsallerine göre düşük faiz oranı ile grup şirketlerine ve hakim ortak konumunda olan ...'a Şirket kaynaklarından fon kullandırıldığı belirlenmiş olup, eksik tahakkuk ettirildiği saptanan 447.240 YTL faiz tutarını ödemeleri ...'den istenmiştir. Bunun üzerine Şirket tarafından ...'dan istenilen faiz tutarı tahsil edilerek ... hesabına geçirilmiştir. Açıklanan yönetim ve ortaklık bağları ile ... tarafından sanık ...'a ve diğer grup şirketlerine emsallerine göre düşük faizle borç vermek suretiyle şirket kaynaklarının bu kişi veya kuruluşlara kullandırılması şeklinde gerçekleşen olgular birlikte değerlendirildiğinde ... ve ..., 'nin ... ile "ilişkili ortaklık" olduğu ortaya çıkmaktadır. 3-) ... kira borçlarını ödememesine rağmen, bu firmaya ... tarafından 31.03.2007 tarihinde 1.562.000 YTL tutarında mal satışı gerçekleştirilmiştir. Bu satış sonrasında ...'nin ...'den alacağı 5.702.387,51 YTL.' ye yani şirket aktifinin yaklaşık dörtte birine yükselmiştir. ...'den mevcut birikmiş alacaklar dahi tahsil edilmezken bu firmaya mal satışı yapılarak halka açık ortaklığın risklerinin (alacaklarının) arttırılması ticari hayatın teamüllerine uygun olmadığı gibi şirket çıkarlarına da açıkça aykırıdır. 4-) ..., kira borçlarını ödemeyen ...'ye karşı SPK tarafından 11.01.2008 tarihli Denetleme Raporu düzenlenene yani ilişkili şirket ile mevcut durum denetim sonucu ortaya çıkana kadar bu şirket hakkında yasal takibatta bulunulmamıştır. ... ancak denetim tarihinden sonra 11.06.2008 tarihinde ... aleyhine mevcut borcu olan 2.298.459, 16 YTL'nin tahsili amacıyla icra takibi başlatmıştır. Böylelikle halka açık ortaklık lehine olarak 2003 yılında doğan ve sonrasında artarak devam eden bir para alacağının yasal takibine ancak durumun resmi mercilerce denetim sonucunda ortaya çıkarılması üzerine ve beş yıl sonra girişilmiştir. Bu olgunun da ticari hayatın teamüllerine uygun olmadığı ve şirket çıkarlarına aykırı olduğu apaçık ortadadır. Bu itibarla, halka açık ortaklık olan ...'de yönetim kurulu başkanı ve üyeleri olarak görev yapan sanıklar..., ... ve ...'ın Türk Ceza Kanunu'na göre ve Sermaye Piyasası Kanunu'na göre suç oluşturan hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanmak suretiyle şirket tüzel kişiliği ve pay sahiplerinin müşterek menfaatlerini gözeterek şirketi yönetmek ve şirketin ticari çıkarları doğrultusunda hareket etmek yerine yöneticisi oldukları şirkete olan mevcut kira*

dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak halinde sayılır. Aralarında hâkim ve bağlı şirket durumu olmasa bile karşılıklı iştirak halinden yararlanmak bu şekilde anlaşmalı olarak bir şirketin diğerine emsallerinde göre oldukça pahalı fiyatla iş vermek bu şekilde örtülü kazanç aktarımında bulunmak suretiyle de bu suç gerçekleştirilebilir. Diğer taraftan halka açık bir şirketin, yönetim kurulu ortağının veya bir pay sahibinin sahip olduğu bir ticari işletme veya giriştiği ticari faaliyetler üstünden de örtülü kazanç aktarımını gerçekleşebilir,[338] Bu durumda cezai sorumluluk gerektirecektir. Bu yönden Ser.PK suçun işlenmesinde araç olarak kullanılacak kişi ve kuruluşları son derece geniş tanımlamıştır. Bunun yanında bu bentlerde düzenlenen hallerdeki failde belli şartları taşıması gerektiğinden, özgü suç niteliği burada da söz konusudur. Buna göre eğer halka açık şirketteki ortaklardan bazıları, çeşitli kademelerdeki yetkili yöneticileri aynı zamanda örtülü kazanç aktarılan şirketin, işletmenin, teşebbüsün yetkili yöneticisiyse veya örtülü kazanç aktarımına konu vasıta kılınan kişiyse suçun oluşmasına esaslı şekilde katkıları varsa o zaman müşterek fail olarak sorumlu tutulabilir. Diğer türlü bu kişiler özgü suça iştirak gereği ancak yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu tutulabileceklerdir.

---

borcunu ödemeyen doğrudan ilişkili şirket ... hakkında yaklaşık beş yıl süreyle yasal takibe dahi başlamadıkları gibi bu şirkete ayrıca mal satışı yapmak şeklinde örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklığın malvarlığını azaltmak fiillerinin; 2499 Sayılı Kanun'un 15/son maddesi delaletiyle aynı Kanun'un 47/6. maddesi ve 6362 Sayılı Kanun'un 21. maddesi delaletiyle aynı Kanun'un 110/1-b-c maddelerindeki suçu oluşturduğu hususunun dosya kapsamındaki tüm delillerle sübuta erdiği gözetilerek sanıkların TCK'nın 7/2. maddesi gereğince lehe olan 2499 Sayılı Kanun'un 47/6. maddesi gereğince cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği halde yerinde görülmeyen gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması…" (www.kazanci.com Erişim Tarihi:06.06.2017)

[338] **Yargıtay 19. CD E: 2015/4724 K: 2016/16728 T: 27.4.2016** *"…2499 Sayılı Kanun ile 6362 Sayılı Kanun'un ilgili hükümleri incelendiğinde örtülü kazanç aktarımı suçunun oluşabilmesi için; a-) Kazanç aktarımının halka açık anonim ortaklık veya kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları tarafından yapılması, b-) Kazanç aktarımı yapılan kişi veya teşebbüsün halka açık anonim ortaklık veya kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarıyla ilişkili bulunması, c-) Halka açık anonim ortaklık veya kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarıyla ilişkili bulunan kişi veya teşebbüs arasındaki kazanç aktarımının örtülü işlemler aracılığıyla gerçekleştirilmesi, d-) Örtülü işlem sonucunda halka açık anonim ortaklık veya kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının karının veya malvarlığının azaltılması veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasının engellenmesi gerekmektedir. 2499 Sayılı Kanun'da örtülü işlemin ne olduğu tanımlanmamış, Kanun'un 15/son maddesinde " ... emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak " ifadesi kullanılarak örtülü işlemlere örnek verilmiştir. Maddedeki örnekleme yöntemi örtülü işlemlerde yalnızca emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat bulunması durumunda eylemin suç oluşturacağı düşüncesini ortadan kaldırdığı gibi; normal şartlarda yapılmayacak olan bir işlemin sırf aradaki ilişkinin varlığından dolayı yapılması durumunda veya aradaki ilişkinin gerçek olmadığı durumlarda gerçekleşen muvazaalı işlemlerin de madde kapsamında kalması sonucunu doğuracaktır. 6362 Sayılı Kanun'un 110/1-b maddesinde de " ... emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak " ibaresi aynen muhafaza edilmiş, aynı maddenin c fıkrasında ise " ... 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 " denilmek suretiyle örtülü işlemlerin kapsamı genişletilmiştir…"* (bkz.www.kazanci.com Erişim Tarihi:06.06.2017)

Yine TCK'daki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini incelerken belirttiğimiz tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi burada da failin tespiti açısından kısmen uygulama alanı bulabilecektir.

Mağdur ise bu suçta suçun konusu oluşturan sermaye piyasası araçlarının hak sahibi olan kişilerdir. Genelde de bu kişiler küçük yatırımcılar ve şirketin azınlık payına sahip hissedarlarıdır.[339] Ancak üçüncü kişi konumundaki şirket alacaklılarının da mağdur olabilmesi de pekâlâ mümkündür. Bununla birlikte finansal sistemin zarar görmesi ve borsa işleyişinin bozulmuş olması nedeniyle Ser.PK'nın 115/1.maddesi gereği soruşturma ve kovuşturma için başvurusu şart koşulan SPK'da mağdur konumunda değerlendirilecektir.

cc. Suça Konu Fiil

cca. Hareket

ccaa. Sermaye Piyasası Araçlarını, Nakit ve Diğer Her Türlü Kıymeti Satmak, Kullanmak, Rehnetmek, Gizlemek, İnkâr etmek (Ser.PK m. 110/1-a)

Suça konu fiil 110/1-(a) bendinde sermaye piyasası araçlarını, nakit ve diğer her türlü kıymeti satmak, kullanmak, rehnetmek, gizlemek, inkâr etmek olarak suça konu hareket tanımlanmıştır. Burada anılan tasarruflar, aynen TCK. m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi müşteri izni olmaksın gerçekleştirilen tasarruflar gibi düşünülmelidir.[340] Ancak TCK m. 155'in aksine rızaya aykırı başkaca tasarruf şekillerinin suç olacağı belirtilmediğinden, bu suç seçimlik hareketli ancak aynı zamanda "bağlı hareketli suç"tur. Bu sayılan hallerin dışında başka tasarruflarla bu suçun işlenmesi mümkün değildir.

ccab. Halka Açık Ortaklıklarda, Kolektif Yatırım Kuruluşları ile Bunların İştirak ve Bağlı Ortaklıklarında Örtülü Kazanç Aktarımında Bulunma (Ser.PK m. 110/1-b ve c)

Ser.PK.'nın m. 110/1-(b) bendinde *"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*

[339] **Arslan KAYA**, Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt:71, Sayı:2, (2013) s.194
[340] **MEMİŞ – TURAN**, s. 216

(…)[341]*örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak"* suç olarak tanımlanmıştır. Buna benzer bir düzenleme 2499 sayılı Ser.PK'da da m. 15/son ve 47/1 A-6. madde de yer almaktaydı. Ser.PK 110/1-(b) bendi bu maddelerin ceza hukuku açısından adeta bir tekrarından ibarettir. 6362 sayılı Ser.PK'da esas yenilik eklenen (c) bendinde yapılmıştır. Zira (c) bendinde *"yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları 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"* şeklinde 2499 sayılı Ser.PK'da 47. maddede olmayan düzenlemelere de yer vererek ceza hukuku bağlamında örtülü kazanç artırımı suçunun sınırlarını genişletmiştir. Diğer taraftan Ser.PK 110/1-(b) ve (c) bentleri iki ayrı örtülü kazanç aktarımı suç fiilini düzenlemiştir. Esasında birbirine benzer bu iki durum tek bir bent altında toplanıp, daha iyi şekilde düzenlenebilirdi. Ama yasa koyucu örtülü kazanç aktarım suçu olarak da belirtilen bu fiilleri iki ayrı bent halinde düzenlenmeyi tercih etmiştir.

[341] Bu bentte yer alan "…gibi..." ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) 14/11/2013 tarihli ve E: 2013/24, K: 2013/133 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Özetle AYM, suç ve cezalarının belirliliği ilkesine aykırılıktan bu iptal kararını vermiştir. Ancak burada hatalı olan durum bu ifadenin (b) bendinden çıkarılmasına karşın (c) bendi itiraz konusu olmadığından çıkarılmamıştır. (c) bendinin de hatta (b) bendinin de tekrar düzenlenmesi şarttır. Zira burası içinde AYM'ye yapılacak bir iptal başvurusu halinde bu kısımda iptal edilebilecektir. Bu "gibi" ifadesinin çıkarılmasıyla (b) bendi açısından "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 örneği dışındaki örtülü kazanç işlemlerin cezalandırılması imkânı kalmamıştır. (**YENİDÜNYA-CANPOLAT**, s. 140; **Murat SADAK**, Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, Legal Yayınları, İstanbul, (2016), s. 140) Yazarların bu özetlediğimiz düşüncesine aynen katılmaktayız. (b) bendindeki suç gibi kelimesinin çıkarılması akabinde serbest hareketli bir suç iken; şimdi bağlı hareketli bir suç haline gelmiştir. Ancak (c) bendindeki suç ise "gibi" ibaresi halen durduğundan "serbest hareketli suç" olma özelliğini sürdürmektedir. Yine Anayasa Mahkemesinin b bendinin iptal kararına ilişkin olarak **Kocasakal** bu kararın son derece yerinde olduğu düşüncesindir. Zira, özellikle mahkemenin ilk olarak Anayasa'nın 38.maddesi yerine Anayasa'nın 2.maddesindeki hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesine aykırılığı gözününde tutması son derece isabetlidir. Bu suç daha başında "gibi" ibaresi şeklinde muğlak ifadelere yer verilmeden de serbest hareketli suç olarak kanun koyucu tarafından düzenlenebilirdi. Bu yönden Ser.PK m. 110/1-b ve c maddeleri hatalı ve yanlış şekilde düzenlenmiştir. (Bu görüş için bkz. **Ümit KOCASAKAL**, Anayasa Mahkemesi'nin Suçta Kanunilik İlkesi ile İlgili Bir Kararının İncelenmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:108, Ağustos, (2015), s. 34- 39) Bu görüşe biz de katılmaktayız zira bu maddeye benzer düzenleme vergi hukuku açısından KVK m. 13/1'de bulunmakta olup burada örtülü kazanç aktarımının ne olduğu açıkça gibi vesaire şeklinde ifadeler olmadan tanımlanmıştır. Dahası Ser.PK m.21'de kanun koyucu "gibi, vesaire" şeklinde muğlak ifadelere yer vermeden örtülü kazanç aktarımına ilişkin hareketlerin ne olduğunun sınırını çizmiş, örtülü kazanç aktarımını tanımlamıştır. Bu hükümden yararlanıp Ser.PK m. 110'da Ser.PK m.21'deki fiillere yer vermek veyahut Ser.PK m.21'in 1. ve 2.maddesindeki düzenlemenin kasten ihlalinin bu suçu teşkil edeceğini belirtmek suretiyle de bu madde düzenlenebilirdi. Bu yönden de kanunun kendi içinde tutarsızlıklar olduğu ortadadır.

Yine bu maddelerde bahsedilen hususlar örtülü işlem olarak belirtilen, Ser.PK 21. maddesinde tanımlanan yasaklanan işlemlerdir. [342] Örtülü işlemler arada yönetim, denetim, sermaye ilişkisi olmadan gerçekleştirilen benzer nitelikteki işlemlerden makul olmayan farklılıklar içeren veya böyle bir ilişki olmasaydı hiç yapılmayacak ya da farklı bir şekilde yapılacak olan ve kârı veya malvarlığını azaltmaya elverişli işlemler olarak tanımlanabilir. [343] Bu yasaklar doğrudan veya dolaylı sadece Ser.PK ve TTK'da (TTK m.202/1-a, 358, 359 vs.) bulunmamaktadır.

---

[342] Ser.PK *m. 21 "1) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır.*
(2) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır.
(3) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları, ilişkili taraf işlemlerinin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olduğunu belgelemek ve bu durumu tevsik edici bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süre ile saklamak zorundadırlar. Birinci fıkrada belirtilen ilkelere aykırılığın tespitinde izlenmesi gereken usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir.
(4) Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanuni faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep eder. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır. Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali ile ilgili 94'üncü ve 110'uncu maddeler ile ilgili mevzuatta öngörülen hukuki, cezai ve idari yaptırımlar saklıdır." Burada da dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır. 21/2' de ki örtülü kazanç artırımı denen faaliyetler idari para cezası yaptırımına tabii tutulmuştur. Yani kabahat olarak düzenlenmiştir. (Ser.PK. m. 103/6) Bir tesisi yenilememek, yatırımları kısıtlamak, şirketin gelişmesini sağlayacak önlemleri almamak elbette basiretli tacir ve şirket yetkililerinden beklenemez. (TTK 202/1-a) Bunları örtülü kazanç aktarımı ile ilişkilendirmek son derece zordur. Taksir veya ihmalle de yetkililer bunu yapmayabilir. Bu sebeple 21/2'de ki haller Ser.PK. 103/6. maddede kabahat olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle de m. 21/2'de ki haller 110. maddenin 1- b ve c bentlerindeki örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilemez. Bu sebeple m. 21/2'deki hal değil, sadece 21/1'deki hale göre örtülü kazanç değerlendirmesi m. 110/1-b ve c bendinde yapılmalıdır. (Aynı görüşte: **KARACAN,** s. 617) Ancak elbetteki kişinin bu konudaki kastı kasten karı azaltma niyetinin tespit edecek kesin deliller varsa o zaman Ser.PK m. 110/1-b ve c bendindeki suçtan cezalandırma yapılabilir. Yine belirtmeliyiz ki KVK m. 13'te vergi hukukundaki örtülü kazanç aktarımı fiilinin tanımında Ser.PK m.21/2'ye benzer bir hal yoktur. Bu yönden de bu suç KVK'daki örtülü kazanç aktarımından ayrılmaktadır. **KARSLIOĞLU**, s. 390 Suçun İsviçre'de ele alınış biçimine bakarsak örtülü kazanç İsviçre Borçlar Kanunu'nun 678/II. fıkrasında ele alınmıştır. Bu maddeye göre yavru şirket,"*hakim şirket veya ona bağlı şirketlerle yaptığı işlemler karşılığı hiç ya da uygun bir bedel alamadıysa ya da bu işlemleri grup dışı üçüncü kişilerle yapması halinde daha uygun bedeller elde edecek idiyse, bu takdirde örtülü kazanç dağıtımından söz edilir."* (Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. **Arslan KAYA,** Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağının TK'ya Tabi Şirketler/Şirketler Topluluğu ve SerPK ile İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi -Cevdet Yavuz'a Armağan (Cilt: II), Dergi Cilt: 22, Sayı:3, (2016), s. 1541)

[343] **Selman DURSUN**, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, (2010) s. 351

Örtülü kazanç aktarımı ve bu kazanç aktarımlarının yapıldığı örtülü işlemler çeşitli sebeplerden dolayı pek çok kanunda yasaklanmıştır. Vergi hukuku bakımından da (Kurumlar Vergisi Kanunu m. 15/3,17) bu konuda çeşitli yasaklar vardır. Zira bu aktarımlar aynı zamanda devletin şirketlerden vergi tahsilatını da olumsuz yönde etkilemektedir. Diğer taraftan Sigortacılık Kanunu'nda da (m. 19) bu yönde yasaklamalar bulunmaktadır. Zira sigorta şirketinin gerekli görevlerini ifade edememesi ve neticede bütün sistemde sorunların doğmasını, güvenin sarsılmasını kanun koyucu istememiştir.

Sermaye piyasaları açısından yasaklanma sebebi ise bu aktarımlar en çok halka açık ortaklıklardaki yatırımcıları, azınlık pay sahiplerini olumsuz olarak etkilemesidir. Diğer bir yasaklanma nedeni de TTK.'nın 357.maddesindeki pay sahibinin eşit şartlarda, eşit işleme tabii tutulmasını içeren eşit işlem ilkesine aykırılıktan dolayıdır.

Zira bir yatırımcı bu türden kazanç aktarımlarıyla, şirket kaynaklarının tam olarak kullanılmaması nedeniyle kâr payını hiç alamama veya eksik alma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Diğer yandan yatırımcı, azınlık pay sahibi hissedar, şirketin kâr durumu ile ilgili sağlıklı bilgi sahibi olamamaktadır. Neticede örtülü kazanç aktarımı söz konusu olduğunda, malvarlığına etkisi bir yana kar düşük olacağından yatırımcının kararı olumsuz olacak, ayrıca menkul kıymetlerin değeri de düşeceği için paylar sıklıkla ve çoğu zaman da büyük ..pay sahiplerinin eline geçecek şekilde el değiştirecektir. [344] Bu nedenle küçük yatırımcı, pay sahipleri ve azınlık hissedarları korumak, vergi kaybını önlemek, yatırımcının doğru bilgi sahibi olmasını sağlamak, şirketin kaynaklarının verimli dağılımı ile bütün hissedarların bundan tam yararlanmasını sağlamak gibi sebeplerle Ser.PK'nın 110. maddesinin (b) ve (c) bendindeki suçlar ihdas edilmiştir.

Ser.PK'nın 110. maddesindeki emsal kavramı ve bunun tespiti de son derece önemlidir. *Halka açık anonim ortaklıkların ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkların", herhangi bir ilişkileri olmayan kişilerle yaptıkları aynı veya benzer özellikteki işlemler (iç emsal) veya aynı konuda faaliyet gösteren ve yapı itibariyle eşdeğer özellikler taşıyan ortaklıkların benzer işlemleri (dış emsal) ya da ilgili mevzuatta belirtilen ölçü ve örnekler (kanuni emsal) teşkil*

[344] **KAYA**, Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21), s. 194

edebilir.[345] Bunlar arasındaki bariz farklılıkla da bu suçun işlenip işlenmediği anlaşılabilecektir.[346] Bu konuda vergi hukukundaki örneklerden de istifade edilebilir.

---

[345] **DURSUN**, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s. 351

[346] **Yargıtay 7. CD E: 2011/12736 K: 2012/8459 T: 17.4.2012** *"2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 15 /son madde fıkrasında "Halka açık anonim ortaklıklar; 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 gibi örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığını azaltamaz." hükmü bulunmakta olup, anılan yasanın 47/A-6 madde fıkrası* (şimdiki Ser.PK. 110. madde) *uyarınca da "Bu kanunun 15 inci maddesinin son fıkrasında belirtilen işlemlerde bulunarak karı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler ..." in cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Kanun metninden anlaşılacağı üzere, "örtülü işlem" kanunda açıkça tanımlanmamış, ancak, "... emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemler..." ifadesi kullanılarak örtülü işlemlere örnek verilmiştir. Bu şekilde örnekleme yoluyla sayma yöntemi, örtülü işlemlerin yalnızca emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat tespit edilmesi halinde suç olarak kabul edilebileceği algısını ortadan kaldırdığı gibi, böyle bir ilişki olmasaydı hiç yapılmayacak veya farklı bir şekilde yapılacak olan muvazaalı işlemlerin de bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilmesini mümkün hale getirmiştir. Başka bir anlatımla, ilişkili şirketlerle yapılan işlemlerde sadece emsalinden bariz şekilde farklı fiyat uygulanması değil, normal şartlarda yapılmayacak olan bir işlemin, sırf aradaki ilişkinin/bağlantının varlığından ötürü yapılması halinde de bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilmesini gerektirecektir. Anılan madde hükmü dikkate alındığında, ilişkili şirketlerle yapılan ve halka açık anonim ortaklığın karını ve/veya mal varlığını azaltan her türlü örtülü/muvazaalı işlemin bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, "emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak tabirinin yasada yazılı sınırlayıcı olmayan örtülü işlem örneklerinden biri olduğu, bu sebeple örtülü işlemin fiyat farklılığından başka bir şekilde gerçekleşmesi durumunda "emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat ..." ın suçun unsuru olarak kabul edilmesine imkan bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Dosyadaki tüm bilgi ve belgeler incelendiğinde; Doğan grubu bünyesinde bulunan ve halka açık anonim ortaklık statüsünde olan H... Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ve M... Gazetecilik A.Ş. (yeni unvanı D... Gazetecilik A.Ş.) nin gazete kâğıdı ve baskı malzemesi ihtiyacı için ithalatı gerçekleştiren yine D.... grubu bünyesinde bulunan D... Dış Ticaret ve Mümessillik A.Ş. (1997-2007 dönemi) ile I... İthalat İhracat Mümessillik A.Ş. (2006-2007 dönemi)nin bu alımları bir çok kez doğrudan üretici/satıcı firmalar yerine, D... grubunun/ailesinin sahibi olduğu/kontrolü altında bulundurduğu, off-shore ülkelerde kurulu olan ve yine D... grubunda fiili olarak görev yapan kişilerin yönetici olarak göründüğü, personeli ve müştemilatı olmaması sebebiyle herhangi bir operasyonel yetkisi bulunmayan, ithalat sürecine fiili olarak herhangi bir katkısı olmayan ve bir katma değer yaratmayan off-shore şirketler (S... Trading Ltd. ve Shawclif Trading Ltd.) gereksiz yere aracı kılınarak üretici/satıcı birim fiyatlarından daha yüksek bedellerle ithal edilmesi neticesinde halka açık anonim ortaklıklar olan H.... ve M....`in karının/mal varlığının azaltıldığı anlaşılmaktadır. Somut olayda, gazete kâğıdı ve baskı malzemesi alımı/ithalatı işlemlerinde, D.... grubunun kontrolünde olan, dolayısıyla halka açık anonim ortaklıklar H.... ve M.... ile ilişkili olan yurt dışında kurulu S... Trading Ltd. Ve S... Trading Ltd. Şirketlerinin, ikinci bir aracı olarak dolanlı işlemler için kullanıldıkları ve örtülü/muvazaalı işlemler ile halka açık şirketler olan H.... ve M....'in karının/mal varlığının azaltılarak, örtülü kazanç aktarımı yapıldığı anlaşılmaktadır. Burada, emsallerinden bariz şekilde farklı fiyat uygulanması hususu aranmayacaktır. Çünkü, normal şartlarda bu off-shore şirketler, (S... Trading Ltd. ve S... Trading Ltd.) D.... grubunun/ailesinin kontrolü altında/ilişkili olmasaydı hiçbir şekilde ithalata dahil edilmeyeceklerdi. Dolayısıyla, halka açık anonim şirketler olan H.... ve M....'ten D.... grubuna/ailesine kaynak aktarımını gizlemek amacıyla ithalat sürecine hiçbir katkısı bulunmayan off-shore şirketlerin dahil edilmesi Sermaye Piyasası Kanunu 15 /son madde fıkrası kapsamında başlı başına yeterli örtülü/muvazaalı bir işlemdir. Kaldı ki, bu örtülü işlemler sonucunda D.... grubu/ailesi lehine fakat, halka açık anonim ortaklıklar olan H.... ve M....`in aleyhine olarak aktarılan miktarların büyüklüğü dikkate alındığında, normal şartlarda hiçbir şekilde yapılmayacak olan bu işlemlerin, aradaki ilişki/bağlantı nedeni ile yapılması emsallere göre bariz farklılığı da ortaya koymaktadır. Tüm bu anlatılanlar ve dosya kapsamına göre; sanıkların üzerlerine atılı bulunan suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleştiği ve atılı suçun sanıklar tarafından işlendiği sabit olduğu halde, mahkemeye sunulan 17.05.2011 tarihli bilirkişi heyet raporunun çoğunluk görüşüne göre; "halka açık anonim şirketin faaliyetine yönelik ihtiyaç duyulan malzemelerin ilk elden üretici firmalardan temini yerine,*

Maliye Bakanlığı'nın 1 Seri nolu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ[347] ve KVK'nın 13. maddesindeki tanımlar ile Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımına Dair Rehber'de detaylı örnekler bulunmaktadır. [348] Vergi hukuku alanındaki Danıştay içtihatlarından da[349]

---

bahsi geçen şirket hissedarları ile irtibatlı off-shore firmalarına kazanç aktarmak suretiyle temin edildiği, eylemin halka açık anonim ortaklığın mal varlığını normale göre azaltıcı bir mahiyet taşıdığı, suçun maddi unsurunun işlemin yapıldığı anda tamamlandığı ve emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat unsurunun da gerçekleştiği…" belirtilmiş olmasına rağmen, yasal ve yeterli olmayan azınlık görüşüne itibar edilerek, emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat veya bedel uygulandığı yönünde delil bulunmadığı ve atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçe gösterilerek, atılı suçun unsurlarında yanılgıya düşülmek suretiyle sanıkların mahkumiyetleri yerine yazılı gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi…"

[347] Transfer fiyatlandırması, bir işletmenin gelir-gider veya kar paylaşımı açısından ilişkili bulunduğu, kar paylaşımı açısından aynı gruba dahil olan ana şirket ve bağlı şirketlerde ya da yönetimi ve denetimi açısından hâkim durumda olduğu şirket, iştirak ve şubeleriyle, karşılıklı olarak mal ve hizmet sunumunda uygulanan fiyatlamadır.

[348] Bu 1 seri nolu tebliğe ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımına Dair Rehbere http://www.gib.gov.tr adresinden ulaşılabilir. (Erişim tarihi:01.01.2017)

[349] **SADAK**, s. 128- 132; Mesela Danıştay'a göre aşağıdaki hallerde de örtülü kazanç aktarımı söz konusu olabilecektir.

Danıştay 3. Dairesi E: 1996/6964 K: 1998/1348 T: 22.4.1998 "*Aynı holding bünyesindeki şirketten yüksek bedelle alınan hisse senetlerinin, aynı holdinge bağlı şirkete düşük bedelle satılması, bu şekilde kar eden kuruluşların karının düşürülüp, zarar eden kuruluşların ise zararlarının kapatılması örtülü kazanç aktarımıdır…***"** (www.kazanci.com Erişim Tarihi:10.06.2017)

Danıştay 4. Dairesi E: 1997/4844 K: 1999/1374 T: 14.4.1999 *"Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 17. Maddesinde, şirketin kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişilerin idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı, vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım-satım, imalat, inşaat muamelelerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunması halinde kazancının tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı belirtilmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda davacı şirket (M) Aş, R…marka vasıtaların yetkili bayii durumundadır. Şirket (M) AŞ'den aldığı yedek parça faturalarından bayi satış fiyatı üzerinden %20 indirim yapılmakta ve bu maliyet üzerinden %25 kar tekabül etmektedir. Şirketin %60 hisse ile kendisinin de ortağı olduğu (K) Ltd. Şti'yle yaptığı anlaşma gereği %1 karla yedek parça satışlarının tamamı bu şirkete yapılmıştır. İnceleme elemanınca (K) Ltd. Şti'nin sözleşmeli bayi olması halinde davacı şirket gibi 100.000 liralık bir malı 80.000 liraya değil 85.000 liraya alacağı, oysa bu malları davacı şirketten 80.800 liraya aldığı, böylece maliyet dikkate alındığında %5,25 oranında bir örtülü kazanç dağıtımı yapıldığı belirtilerek buna göre hesaplama yapılmıştır. Davacı şirket açısından bakıldığında ise %25 karla satılabilecek bir malın %1 karla satılması suretiyle kazancın diğer şirkete aktarımı söz konusu olmaktadır..."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:10.06.2017)

Danıştay 4. Dairesi E: 1998/4711 K: 1999/1371 T: 14.4.1999 *"Davacı şirketin finansman güçlükleri içinde bulunduğu ve bu amaçla kredi almak zorunda olduğunu iddia ettiği ve yüksek oranda finansman giderine katlanmak zorunda olduğu bir dönemde bankalara teminat göstermek amacıyla ortağına para aktarması ve karşılığında ortağa belli bir oranla faiz tahakkuk ettirilmemekle birlikte, verilen paralarla orantı kurulmaksızın ortağın bir kısım finansman giderlerine katlandığı görülmektedir. Anılan kanun hükmü uyarınca ödünç para verme işlemi nedeniyle faiz tahakkuk ettirilmesi gerekmektedir. Şirketin mali güçlükler içinde olduğu bir dönemde sadece kredi almak için teminat sıkıntısını aşmak amacıyla ortağına para aktarmış olması bu işlemin ortağa ödünç para verme niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Ortak her ne kadar aldığı gayrimenkulleri şirketin kredi alması için bankalara teminat göstermiş ise de alınan gayrimenkullerin ortağın şahsi mal varlığına dahil olması karşısında ve tüzel kişiliği haiz şirketin ortakları ile olan ilişkilerinde üçüncü şahıslarla yaptığı işlemler gibi hareket etmesi gerektiği dikkate alındığında, ortağın kendisine verilen borçlar için orantısız bir şekilde bir kısım finansmanın giderlerine katlanması örtülü kazanç dağıtımında bulunulmadığını göstermeye yeterli görülmemiştir. Kaldı ki inceleme elemanınca yapılan*

ceza hukuku ile uyumlu olduğu ölçüde[350] yararlanılabilir. Bunlardan hareketle şu örnekleri verebiliriz. Halka açık B. İnşaat Holding A.Ş bünyesinde B. Güvenlik A.Ş. diye bir firma kurmuştur. Bu firma hem B. Holding A.Ş.'ye hem de fiilen ve hukuken bir ilişkisinin olmadığı C. İnşaat Ltd. Şti' ye kamera satışı yapıyorsa bu durumda bu şirketin C. İnşaat Ltd. Şti' ye yaptığı satış, iç emsal olarak değerlendirilecektir. C.İnşaat Ltd. Şti' ye tanesi 20-TL'ye kamera satmasına karşın, B. İnşaat Holding A.Ş.'ye bunu tanesi 100-TL olarak satılmış gibi gösteriliyorsa bu durumda B. İnşaat Holding' ten bu firmaya örtülü kazanç aktarımı yapıldığı düşünülebilecektir.[351]

---

aidatlandırma sonucu ortağa yüklenen finansman giderleri matrah farkı hesaplanırken dikkate alınmıştır." (www.kazanci.com Erişim Tarihi:10.06.2017)

[350] Vergi hukuku ile Sermaye Piyasası ve ceza hukuku her zaman aynı paralelde değildir. Bazı hallerde hiç vergi kaybı gerçekleşmese dahi Ser.PK'daki suç gerçekleşmiş olabilir. **Danıştay 4.Daire E: 1987/4539 K: 1989/4393 T: 25.12.1989** "*Yükümlü şirketçe örtülü kazanç dağıtımı yönünden dönem kazancına resen eklenen matrah farkı ile ilgili olarak ileri sürülen iddialara gelince; şirketin ... holding A.Ş. bünyesinde yer alan bir şirket olduğu ve örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu kabul edilen Prekansa A.Ş., Alpres A.Ş. ve Dünya Basın Yayın A.Ş.'nin de yine aynı holding bünyesinde faaliyet gösteren ve kurumlar vergisi mükellefi olan şirketler olduğu taraflar arasında çekişmesizdir. Sermaye şirketlerinin holding bünyesinde toplanmalarının amacı, yönetim, sermaye ve denetim açısından birleşmek suretiyle hem finans ve yönetim yapılarını güçlendirmek ve hem de bu suretle ticari hayata ve ticari organizasyonlara daha güçlü katılımı sağlamaktır. Durum böyle olunca aynı holding bünyesinde yer alan şirketler arasında, finans kaynaklarını holding amacı doğrultusunda iş birliği içinde kullanmak, finans ihtiyacı karşılanan şirketlerin de Kurumlar Vergisi mükellefi olmamaları ve vergi kaybına neden olmamaları (örneğin finans aktarımı yapan ve yapılan şirketlerin dönem bilançolarının zararla kapanması hali gibi) halinde, örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul edilemez."* Oysaki 2499 sayılı mülga Ser.PK m. 15. fıkrasının son fıkrasına ve 47.maddeye göre bu fiil örtülü sermaye aktarımı olarak kabul edilmektedir. Bu yönde yönetim kurulu şirket menfaatlerine uygun karar alsa dahi bu suç gerçekleşecektir. (www.kazanci.com Erişim Tarihi:11.06.2017, ayrıca bu karar için bkz. **SADAK**, s.136) Ayrıca 342 nolu dipnotta ifade ettiğimiz üzere KVK'nın 13/2.maddesinde aranan ilişkili kişinin kazanç aktarımı yapılan şirkette en az %10 hisse veya oy hakkına sahip olması veya kazanç aktarılan kimsenin failin illaki "üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları"ndan olması kriterleri Ser.PK m. 110/1'deki suç için geçerli değildir. Failin yönetici olduğu şirkette dördüncü dereceden akraba bir kimsenin kurduğu teşebbüse piyasadaki emsallerinin çok üzerinde bir fiyata bir iş vermesi de şartları geldiğinde bu suçu oluşturabilir. Öte yandan Avrupa Birliği 2014 yılında, borsaya kote şirketlerin gerçekleştirdikleri ilişkili taraf işlemlerini uyumlaştırma çerçeve düzenlemesi taslağını (Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement and Directive 2013/34/EU as regards certain elements of the corporate governance statement) yayınlamıştır. İş bu taslak da 9c 1-1 maddesinde şirket varlıklarının %1'inden az kısmını ilgilendiren ilişkili taraf işlemlerinin; aynı ilişkili kişiyle ve 12 aylık süreç içinde toplamda şirket varlıklarının %5'inden fazlasını ilgilendiren bir hal almadığı sürece, düzenleme dışında bırakıldığı görülmektedir. Diğer deyimle AB'de belli bir sınıra kadar olan kazanç aktarımlarını örtülü kazanç değerlendirmesinin dışında tutmaktadır. (**GÜNAY**, Sermaye Piyasası Hukuku'nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, s. 11)

[351] Bkz. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımına Dair Rehber: www.gib.gov.tr

"(A) Kurumu, ürettiği (X) malını hem ilişkili (B) Kurumuna hem de ilişkili olmayan (C) Kurumuna satmaktadır. Bu durumda, (A) Kurumunun ilişkisiz (C) Kurumuna yaptığı satışlarda (X) malı için kullandığı fiyat, ilişkili olan (B) Kurumuna yaptığı satışlarda, diğer koşulların da varlığı halinde, iç emsal olarak dikkate alınabilecektir."

Diğer taraftan B Güvenlik A.Ş. bahse konu kameraları sadece B. İnşaat Holding A.Ş.'ye satıyorsa bu durumda iç emsal olarak kullanılacak bir bilgi olmadığından benzer firmalar arasındaki satımlara bakılacaktır. Örneğin; bu şirketlerle hiçbir irtibatı olmayan D Güvenlik A.Ş.'nin, I. İnşaat Holding A.Ş.'ye yaptığı kamera satımı bir dış emsal olarak değerlendirilecektir.[352] Kanuni emsalde ise kanunların veya ilgili mevzuatın belirlemiş olduğu bir fiyatlandırma söz konusu olup, kimi durumda emredici hüküm niteliğine de haiz olabilen bu fiyatlandırma emsal olarak kabul edilip buna göre hareket edilecektir.

Örtülü kazanç aktarımı sadece satım ile olmaz. Bir kimseye emsallerinden fazlaya imalat, bakım işlerinin bir hizmetin yaptırılması, emsallerinden çok daha az masraflı, faizsiz veya komisyonsuz bağlı ortaklıklara ödünç para, kredi kullandırma veya bir yeri emsallerinden ucuza kiraya verme; emsalinden bariz şekilde farklı olarak bir yeri kiralama, bağışlama, bariz olarak ana şirket zararına trampa (mal veya yer değiş tokuşu) gibi işlemler; vergi hukukunda peçeleme (perdeleme) denen yöntemlerle yani özel hukuk düzenlemelerinin menfaat sağlama amaçlı dürüstlüğe aykırı olarak kötüye kullanılması suretiyle[353] şirket kârının veya sermayesinin eksiltilmesine ve bir veya birden fazla üyeye ek kâr sağlanmasına yönelik işlemlerde örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilebilecektir. Aynı şekilde (c) bendinde piyasa teamülü olarak zikredilen ticari örf adete aykırı olarak, ticari hayatta özenli basiretli bir tacirden beklenilmeyecek şekilde dürüstlük kuralına aykırı davranışlar içine kasten girerek de bu suç gerçekleştirilebilir. Örneğin bir şirketin sermayesinin tam 369 katı belli büyük ortaklarına borçlanması, borçlu gösterilmesi açıkça örtülü kazanç aktarımı olup şirket kaynaklarının belirli ortakların karşılıksız kullanımına açılmasına, küçük ortakların kâr payı alamamasına yine şirketin vergiden kaçınarak, devlet maliyesini zarara uğratmaya zemin hazırlamadır. [354]

---

[352] Bkz. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımına Dair Rehber: www.gib.gov.tr *"…(A) Kurumu, ürettiği (X) malını sadece ilişkili (B) Kurumuna satmaktadır. (A) Kurumu (X) malını ilişkisiz bir gerçek kişi veya kuruma satmadığı için benzer malı üreten (C) Kurumunun ilişkili olmayan (D) Kurumuna yaptığı satışlarda kullandığı fiyat, (A) Kurumunun ilişkili (B) Kurumuna yaptığı (X) malı satışlarında, diğer koşulların da varlığı halinde, dış emsal olarak dikkate alınabilecektir…"*

[353] **KARSLIOĞLU**, s. 375; **S. Ateş OKTAR**, Vergi Hukuku, Türkmen Yayınevi,12.baskı, (2017), s. 60

[354] **Danıştay 4. Daire E. 2002/2882 K. 2004/313 T.29.2.2004***"5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 16 ncı maddesinde, örtülü sermaye "Kurumların aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yaptıkları istikrazlar, teşebbüste devamlı olarak kullanılır ve bu istikrazlarla kurumun öz sermayesi arasındaki*

Bunun yanında Ser.PK m. 110/1-c bendindeki hareketlerin ihmali olarak gerçekleştirilebilmesi de mümkündür. Mesela sermaye artırımına gidilen bir şirkette pay sahibi olan halka açık diğer şirketin yetkililerinin sebepsiz olarak kasten rüçhan hakkını kullanmamaları, anlaştıkları kişi veya tüzel kişilere bu yolla örtülü hisse devri yapıp kendi şirketinin karını düşürmeleri de örtülü kazanç aktarımıdır. [355]Aynı

---

*nispet, emsali kurumlarınkine nazaran bariz bir fazlalık gösterirse mezkur istikrazlar örtülü sermaye sayılır" şeklinde tanımlanmış, aynı Kanunun 17 nci maddesinin 1 ve 3 üncü bentlerinde, şirketin kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişilerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük faiz ve komisyonlarla ödünç para alması veya vermesi halinde kazancı tamamen ve kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı belirtilmiştir. Buna göre, örtülü yollardan oluşturulan sermayenin, holdinge bağlı veya iştirak eden şirketlere veya üçüncü kişilere karşılıksız kullandırılmasının örtülü kazanç dağıtımı olduğu dikkate alındığında, ... davacı şirkete 6.7.1997 tarihinde gerçekleştirdiği ve inceleme raporunda isimleri belirtilen şirketlere ait hisse devirlerinin gerçek bir satış olmayıp, kaydi olarak şirketi adı geçen kişilere karşı borçlandırmayı amaçlayan fiktif bir işlem olduğu, dolayısıyla bu satış nedeniyle şirketin borçlandığı 36.913.469.500.000 liranın gerçekte, aynı zamanda davacı şirketin en büyük hissedarı olan bu kişilerin şirkete aktarmış oldukları örtülü sermaye sayılması gerekmektedir. Dolayısıyla sermayesinin 369 katı oranında şirketin borçlanabilmesi iktisadi, ticari ve teknik icaplara uygun düşmediğinden, buradaki amacın şirket kaynaklarının adı geçen şahıslara aktarılmasına zemin hazırlamaktır. Bu itibarla borç ödemesi adı altında şirketin ... ve ... ödediği paraların aidatlandırılması suretiyle ilgili yılda elde edilmesi gereken faiz gelirleri hesaplanarak bulunan matrah farkı üzerinden yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığından tarhiyatın bu kısmının kaldırılması yolunda verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir…" (*www.kazanci.com Erişim tarihi:28.05.2017)

[355] Örneğin Uzan grubunun Çukurova Holding (ÇEAŞ)bünyesindeki hareketleri buna örnek verilebilir. Uzan grubu ÇEAŞ'daki kamu hisselerini (yaklaşık %11,5) satın aldıktan sonra holdingde küçük yatırımcıların hisselerini ele geçirip şirketin bütün yönetimini ve hisselerini elde etmeye çalışmışlardır. Bu amaçla önce bir kısım küçük yatırımcıların hisselerini para karşılığı satın almışlar ve sonrasında ise yönetimde hâkim ortak konumuna yükselmişlerdir. Hemen akabinde bu şirketin paralarını kendi bünyelerindeki İmar Bankasına yatırmışlardır. Burada bankaya yatırılan paranın faizinin çok düşük olduğu buna karşın yine yönetimdeki Uzan grubunun yönlendirmesiyle ÇEAŞ aynı bankadan çok yüksek faizle kredi aldığı; diğer taraftan eldeki önemli miktardaki nakdî de aynı bankanın TMSF güvencesinden, kontrolünden yoksun off-shore hesaplarına nakledildiği ve neticede pek çok hissedar şirketin zarar göstermesi nedeniyle kar paylarını alamadığı iddia edilmiştir. (Bkz. **Fatih ALTAYLI**, Uzan Ailesinin Offshore Vurgunu başlıklı Hürriyet Gazetesi'nin 2.11.2001 tarihli haberi http://www.hurriyet.com.tr/uzan-ailesinin-off-shore-vurgunu-19089 Erişim Tarihi:17.05.2017) Bu iddialar ile ilgili açılan hukuk davasında ilk başta davacılar lehine karar verilse de bu karar delil yetersizliği nedeniyle Yargıtay 11. HD'sinin E. 2010/2541 K. 2010/4736 T. 30.4.2010 tarihli kararı ile bozulmuştur. (Karar için bkz.www.kazanci.com Erişim Tarihi:04.06.2017) Aynı şekilde ÇEAŞ, Berke barajı inşaatı sırasında barajın yapımını üstlenen İtalyan firmasına el çektirtip, işi kendi firmalarına verdirtip masrafları şişirtip bu şekilde karı gizledikleri, grup şirketlere faizsiz krediler verip karı düşürdükleri iddia edilmiştir. Bu konuda yerel mahkeme açılan hukuk davasında kredi aktarımı vs. yönlerden zararın ispatlanmadığından bahisle ancak kısmi tazminata hükmetmiş ancak hüküm temyiz edilmiştir. Temyiz akabinde **Yargıtay 11. HD E. 2015/111 K. 2015/6273 T. 4.5.2015** kararı ile (Karar için bkz.www.kazanci.com Erişim Tarihi:04.06.2017) şu gerekçe ile hüküm davacı lehine bozmuştur: *"Dava; davalı şirket yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerinin sorumluluğundan kaynaklı alacak istemine ilişkindir. Davacı vekili; 2001 yılında Uzan Grubuna bağlı İmar O. Ltd. Şirketi'nden şirket adına kullanılan kredilerin dava dışı grup şirketlere aktarıldığı, 2003 yılı mart ayı sonrasında bu kredilere faiz tahakkuk ettirilmediği, grup şirketlerden olan alacakların donuklaştırılarak tahsil olunmaması nedeniyle davalıların şirketin zararına sebebiyet verdiği iddiasında bulunmuş, mahkemece yukarıda açıklanan gerekçelerle davacının bu alacağa ilişkin talebinin reddine karar verilmiştir. Bağlı grup şirketler olsalar bile farklı tüzel kişilikleri bulunan şirketlerin mali yapıları, muhasebe ve kayıtları birbirinden bağımsızdır. Davacı şirket ile birlikte U. Grubu bünyesinde bulunan şirketlere T... T…. tarafında el konulduğu hususu da dairemiz önüne gelen uyuşmazlıklar*

şekilde sebepsiz olarak karşılıksız olarakveya çok düşük bir bedel karşılığı vazgeçilen[356] veya devredilen alacak hakkı veya halka açık bir Ar-Ge şirketinin bir müzik, plak veya yayıncılık şirketinin fikri sınai hakları da m. 110/1 b ve c bentleri kapsamında örtülü kazanç aktarımı olarak belli şartlar altında değerlendirilebilir.[357] Bununla birlikte bu eylemlerin şirket yöneticilerinin veya yönetim kurulunun iradesinin ifadesi olarak ortaya çıkmalı ve şirketlerin malvarlığına zarar vermeye uygun olması şarttır.[358]

---

dolayısıyla bilinmektedir. Davacı şirket adına kullanılan kredilerin şirket adına kullanılmayıp herhangi bir ticari amaç belirtilmeden ve faiz işletilmeksizin grup şirketlere aktarımı usulsüz olup kredilerin geri dönüşümünün sağlanılmaması halinde bu durumun davacı şirketin aktifini azaltıp şirketin zararına yol açacağı da kuşkusuzdur. Bu işlemlerden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun bulunmadığı, işlemlerin şirketin menfaatine olduğu, ya da şirketin bir zararının bulunmadığını ispat külfeti ise davalılara ait olup davalılarca bu yönde bir savunma yapılmadığı gibi, herhangi bir delil de ibraz edilmemiştir. Mahkemece; grup şirketlere usulsüz kredi aktarımın ve bu kredilere faiz tahakkuk ettirilmemesinin başlı başına şirketi zarara uğratan eylemlerden olduğu gözetilmeden ve şirketin zararının boyutuna ve sorumluluğa ilişkin inceleme ve araştırma yapılmadan eksik incelemeyle ve yazılı gerekçeyle bu yöne ilişkin talebin reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir". Bunun yanında Uzan'ın yönetimi elinde bulundurduğu ÇEAŞ, doğrudan Uzan grubuna ait Rumeli Çimento ile ortağı olduğu çeşitli şirketlerin sermaye artırımlarına hem de rüçhan hakkı olduğu halde iştirak etmemiş, neticede bu şirketlerdeki çoğunluk paylarını kaybetmiş hisselerini Rumeli Çimento'ya örtülü şekilde devredip bünyesindeki Uzan grubunun dışındaki ortakları zarara uğratmış ve şirket karını da düşürmüştür. Bu durumda ihmali hareketle örtülü kazanç aktarımıdır. SPK'nın İstanbul 1.Asliye Ticaret Mahkemesi'nde 2001/608E 2004/831K sayılı dosyasında açtığı davanın bilirkişi raporlarında da bu durum tespit edilmiştir. (Bkz. **Hamdi YASAMAN**; Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, Vedat Yayınları, İstanbul, (2006) s. 245-254) Gelişen dava sürecinde ise Yargıtay 11. HD E. 2005/3321 K. 2006/3772 T. 10.4.2006 kararı ile (Karar için bkz.www.kazanci.com Erişim Tarihi:09.05.2017) yerel mahkemenin bu kararı onanmıştır. Bu ele aldığımız Uzanlar'ın son hareketi ÇEAŞ yönetimine etkisiyle ÇEAŞ'ın rüçhan hakkını kullanmaması, ihmali hareketle örtülü kazanç aktarımıdır.

[356] İtalya'da bu türden ihmali hareketlerin İtalyan MK. m.2634'teki güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı doktrinde kabul edilmektedir. Bkz.**CARLO**, s. 12

[357] Bir halka açık şirketten diğer halka açık veya kapalı şirkete örtülü kazanç aktarımları da bu maddenin kapsamı içindedir. Bununla birlikte özellikle şirketler topluluğu açısından güveni kötüye kullanma suçlarında aynı zamanda bir dış ticaret kurumu olan "en çok kayırılan ülke modelinin" (most favored nation model / Meistbegünstigungsmodells) uygulanabileceği buna göre değerlendirme yapılması gerektiği çeşitli Alman hukukçuları tarafından savunulmaktadır. Örneğin AKTG'nin hakimiyet sözleşmesi ile ilgili 308.maddesindeki eksikliklerini eleştiren ve güveni kötüye kullanmanın şirketler topluluğunda önünü açtığını iddia eden **Rainer HAMM**, Untreueschaden bei Konzernen, Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, Nomos, (2015) (bkz. AKTG 308.madde değerlendirmesi için s. 148, 149, 153 bu tür modellerin temel alınması yolundaki öneri için s.154) adlı eserinde bu görüştedir. Yine bu görüşü temel alan modellere göre bir şirketler topluluğunda hâkim şirket veya bağlı şirketler herhangi bir şirkete uygulamakta olduğu en avantajlı fiyat vs. tarifelerini kendi gruplarındaki diğer şirketlere ve bunlarla işlerine de herhangi bir anlaşma olmadan uygularsa şirketler topluluğu içinde bu türden güveni kötüye kullanma tarzı fiiller en aza inebilir.

[358] **CARLO**, s.12 *"...İlk koşul, tasarruf eyleminin, suçun failleri olarak gösterilen kişilere özgü görevlerin tezahürü olması gerekliliğinden, ikinci koşulda da yine suçun malvarlığıyla ilgili olmasından kaynaklanmaktadır. Şirket yöneticisinin tasarruf eylemini bir kurul kararını müteakiben üstlenmiş olması ise gerekli değildir…*"

Son olarak, maddi unsur açısından ele alınması gereken bir başka halde ABD'den Avrupa'ya ve Almanya'ya sirayet eden "good corporate citizen" (kurumsal vatandaşlık) olgusudur. Bu olgu,

- *şirketlerin faaliyet gösterdikleri yer kanunlarına uyması ve insan hakları ile ahlak standartlarına uyumlu davranmaları,*
- *şirketlerin çalışmalarının yalnızca şirket iç dinamiklerini değil o bölgeyi ve sivil toplum örgütleri ile kamu sektörünü etkilediği bilinciyle çalışması ve bu kurumlarla işbirliğine gitmesi,*
- *şirket yönetim kurulları,yönetim kurulu başkan ve üyelerinin personeline örnek olacak şekilde bu bilinçle hareket etmesi* [359]şeklinde üç özellikten oluşmaktadır.

Bu olgu aynı zamanda kişilerin kendi çıkarlarını toplumun çıkarlarının gerisinde tutma, şeffaflık, hesap verebilirlik, açıklık ve dürüstlük, ekonomik olarak başkalarına bağımlı konuma sürükleyecek ilişkilere yanaşmamak şeklinde ilkelere sahip olan kurumsal sosyal sorumluluğu beraberinde getirmektedir.[360] Bu ilkelerin ve buna uymanın uzun vade de şirketlere karlılık ve verimlilik getirip risk yönetimini kolaylaştırdığı ayrıca tanınırlığını arttırdığı araştırmalarla kanıtlanmıştır. [361] Bu ilkelerde maddi unsur olarak failin hareketi ve zarar olgusu açısından değerlendirilebileceği gibi [362] manevi unsur çerçevesinde failin kastını değerlendirmede de kriter olabilir. Neticede bu kurala bağlı kalarak ölçülülük ilkesi gözetilmek şartıyla aşırıya kaçmamak ve şirketi mali yönden zora düşürmemek koşuluyla bağlı olduğu şirkette düzenlemeler yapan böyle bir kurum içi dinamiğin yerleşmesi için çalışan şirket yönetiminin yaptığı fazladan harcama ve sosyal sorumluluk projelerinden dolayı güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulmaması gerekir. Örneğin halka açık bir petrol kuruluşunun yol kenarlarını hiçbir ücret almadan ağaçlandırmayı hedefleyen yeşil yol projesine katılması, trafik

[359] **Fuat USTAKARA**, Bir Halkla İlişkiler Anlayışı Olarak Kurumsal Vatandaşlık, İnönü Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi, Cilt:1 Sayı:1, (2016), s. 9, 10 (http://dergipark.ulakbim.gov.tr/inifedergi/article/view/5000172465 Erişim Tarihi:28.01.2018)
[360] **USTAKARA**, s. 11 (http://dergipark.ulakbim.gov.tr/inifedergi/article/view/5000172465 Erişim Tarihi:28.01.2018)
[361] **USTAKARA**, s. 10 (http://dergipark.ulakbim.gov.tr/inifedergi/article/view/5000172465 Erişim Tarihi:28.01.2018)
[362] Bu ilke ile ilgili suçun maddi unsuru ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. **SCHÜNEMANN**, Leipziger Praxiskommentar Untreue- § 266 StGB, Überarbeitete und ergänzte Sonderausgabe, (Kn: §131), s. 94

kazalarını azaltmak, trafik bilincini geliştirmek için trafik dedektifleri adlı trafik sürücüleri eğitim projesine sponsor olmasının şirketin malvarlığı ve parasal değerlerinin şirket zararına kasten kullanıldığından bahisle güveni kötüye kullanma suçuna konu olabileceği iddia edilemez.

Buna karşın bir yönetim kurulu başkanının örtülü kazanç aktarımında bulunmak amaçlı olarak bir akrabası ile anlaşıp onun yöneticisi olduğu bir yardım derneğine sosyal sorumluluk projesi adı altında emsal firmalarla kıyaslanamayacak derecede şirketin kazancının büyük bir bölümünü aktarması; sonrada burada kullanılmış gibi gösterip arka planda bu parayı kendisine veya diğer bazı şirket ortaklarının hesabına aktarması açısından ise Ser.PK m. 110/1'deki suçun yoksa TCK m. 155/2'deki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinin oluşabileceği aşikardır. Aynı durum şirketin diğer reklam ve halka ilişkiler harcamaları açısından da geçerlidir.

ccb. Netice

Ser.PK 110-1 (a) bendindeki suç neticesi harekete bitişik suçtur. Hareketin tamamlanması ile de suç tamamlanacağından, netice gerçekleşmiş kabul edileceğinden, ayrıca bir zararın meydana gelmesine gerek bulunmamaktadır. Bu yönden bu bentteki fiiller TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçu ile benzeşmektedir. Ancak Ser.PK. m. 110-1 (b) ve (c) bentlerindeki güveni kötüye kullanma suçu olarak anılan fiiller, TCK'nın 155. maddesindeki fiillere tam olarak benzememektedir. TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçunun aksine işbu (b) bendindeki suç "zarar suçu"dur. Neticeli suçtur. Netice ortaya çıkmazsa suç tamamlanmaz. (c) bendinde ise "kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleme" fiilinin, neticesi hrekete bitişik suç teşkil edebileceği belki düşünülebilir, ancak burada kârın artmamasını sağlama da bir neticedir. Bu sebeple burada da neticeli suç (zarar suçu) söz konusudur. Seçimlik hareketlerden diğeri olan kârlarını veya malvarlıklarını azaltmaktaysa ancak azaltma işlemi yapıldığında yani azalma neticesi yani zarar doğduğunda suç tamamlanacaktır.[363]

[363] Karşılaştırmalı hukuk açısından ise İtalya'da bu maddenin muadili alan İtalyan Medeni Kanunu'nun 2634.maddesinde haksız bir kazanç veya menfaat sağlamak amacıyla şirket malları üstünde tasarruf cezalandırılmakla burada menfaat konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Burada *"her ne kadar malvarlığı ile ilgili çağrışımlar aslında zarar gören şirketin menfaatinin sadece ekonomik olmasını gerekli kılarken, öte yandan davranışın kazançtan farklı bir fayda elde etmek için yapılmış*

Sonuç olarak netice gerçekleşmez ise bu suçlar teşebbüs aşamasında kalacaktır. [364] Buna ilaveten (c) fıkrasındaki eylemler her zaman tek fiil ile gerçekleşmeyebilir. Bu halde bir suç işleme iradesiyle birden çok fiil yapılmışsa, TCK m. 43/1 gereği tek suçtan ceza verilmeli ancak ceza arttırılmalıdır. [365]

d. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçla ilgili özel bir hukuka uygunluk nedeni Ser.PK'da öngörülmemiştir. Ancak TCK'daki genel nitelikte hukuka uygunluk nedenlerinden ve TTK.'daki özel hukuka uygunluk nedenlerinden fail yararlanabilecektir. Buraya kadar Ser.PK'daki hâkim şirketten (A.Ş.) bağlı şirkete örtülü kazanç aktarımını inceledik. Ancak her zaman hâkim şirketten bağlı şirkete değil, bağlı şirketten hâkim şirkete de (-Ser.PK'ya tabi olan bir bağlı A.Ş.'den hâkim şirkete olabileceği gibi; Ser.PK'ya tabii olmayan AŞ, Ltd. Şti vs. şirketten, hâkim şirkete de olabilir-) bir kazanç aktarımı olabilir veya güveni kötüye kullanma suçu niteliğinde eylemler gerçekleştirilebilir. Bu durum "şirket topluluklarında güveni kötüye kullanma suçu" (Untreue im konzern) olarak adlandırılmaktadır. Ancak ülkemizde Ser.PK'ya tabii şirketler üzerinden kazanç aktarımı yönünden Ser.PK m. 110'dan cezalandırma yapılabilecekken diğer şirketlerden Ser.PK'ya tabii olan veya olmayan bir şirkete aktarımlarda ise TCK m. 155/2'den cezalandırma yapılacaktır. Diğer taraftan Ser.PK'ya tabii olsun veya olmasın bu konuda da TTK'da şirket toplulukları yönünden yasaklamalar yanında çeşitli hukuka uygunluk nedenleri bulunmaktadır. Öyle ki, TTK'daki hukuka uygunluk nedenlerinden bazıları aynı zamanda TCK'daki hukuka uygunluk nedenlerini de sınırlandırabilmektedir.

Zira bir yandan, TTK'nın 202. maddesi hâkim şirketin bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler

---

olma olasılığı (şirket) menfaatiyle ilgisi olmayan menfaatin ekonomik karaktere sahip olmasının gerekli olmadığı çıkarımının da yapılabileceği" doktrinde savunulmaktadır. (**CARLO**, s. 11) Öte yandan zarar açısından ise "İtalyan Yargıtay'ının *(Corte Suprema di Cassazione),* V. Ceza Dairesinin *(sezione quinta penale), 20 Şubat 2007 tarihli kararında belirttiği üzere yapılan hareketle zarar arasında doğrudan veya dolaylı nedensellik bağının olması gerekir… Suç kavramına kaybolmuş ya da tahrip olmuş bir şey nedeniyle uğranılan zarar ve mahrum bırakılan kazanç da dahildir (Antolisei 2013, 314; Rossi 2012, 287). Sadece itibar kaybedilmesi veya bir beklentiyle ilgili kayıp ise bu kavramın dışında kalır (Zannotti 2008, 285) …"* (Aktaran: **CARLO**, s. 13*)*

[364] Aynı görüşte **YENİDÜNYA- CANPOLAT** s. 142; **KARACAN**, s. 638

[365] Aynı görüşte **KARACAN**, Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar, Cilt I, s. 638; Örnek vermek gerekirse *"A firması yasadaki tanıma uygun olarak ilişkide bulunduğu B firması ile bir sözleşme imzalayarak bu firmaya piyasa fiyatından düşük bir bedelle hammadde sağlayabilir veya hizmet verebilir. Bu sözleşme devam ettikçe yasaya aykırı ve suç oluşturan fiil sürekli tekrarlanır…"*

yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya, malvarlığını ayni veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya, yöneltemeyeceğini belirtmektedir.

Ancak diğer yandan da o faaliyet yılı içinde oluşan kaybın fiilen denkleştirilmesi veya nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınması şartı ile bu yollara hâkim şirketin başvurabileceği de aynı madde de belirtilmektedir.[366] Buna göre halka açık bağlı şirket, hâkim şirkete borç verirse, hâkim şirket faaliyet yılı bitmeden bu borcu faiziyle kapatırsa Ser.PK 110/1.maddesi kapsamındaki suç oluşmayacaktır. Zira kanaatimizce eğer özel hukuk bağlamında bir sorumsuzluk hali öngörülmüşse ceza hukukunda geçerli olan en son çare olması (ultima ratio) ilkesi çerçevesinde ceza hukuku manasında da bir cezalandırma düşünülemez. Ancak bu görüşümüzün aksine olarak bu halin TCK ve Ser.PK bağlamındaki suçların oluşumunu etkilemediğini savunanlar da bulunmaktadır.[367]

---

[366] Yine Almanya'dan bu konuda BASF/Glasurit olayı örnek verilebilir. *"K şirketi bünyesinde A ve G gruba bağlı yavru şirketlerdir. K şirketi İsviçreli Reuters firmasından poliüretan maddesine ilişkin olarak know/how bilgisi alır ve elde edinilen bu bilgiyi A yavru şirketine verir. G şirketine de know/how uzman bilgi ücretini Reuter şirketine ödemesi talimatını verir. G bu talimatı yerine getirir ancak ödenen meblağ çok büyüktür ve G şirketi iflas eder. Olayda Alman hukukunun 266.maddesindeki güveni kötüye kullanma suçu oluşmamıştır. Zira G ile K arasında kâr zarar nakli ve zararın denkleştirilmesine dair özel bir sözleşme bulunmakla bu sözleşmeye göre K, bünyesindeki G şirketine tazminat ödeyecektir. Bu tazminat hakkı Almanya Ceza Kanunu açısından 266.maddedeki zarar unsurunu ortadan kaldırmıştır."* (Bu örnek olay için bkz. **TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 220) Ancak ülkemizde bilindiği üzere TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçu ve Ser.PK 110/1-a maddesindeki hareketler bir zarar suçu değildir. Kanuna aykırı hareketin yapılması ile suç gerçekleşebilir. Ancak Ser.PK'nın 110/1-b ve c maddesinde öngörülen hareketler bir zarar suçu olarak değerlendirilebilir. Bu durum gözetilerek ülkemiz açısından değerlendirme yapılmalıdır.

[367] **MEMİŞ- TURAN**, Sermaye Piyasası Hukuku, s. 220- 221'de tam aksi yönde TTK m.202'nin sadece özel hukuk bağlamında ortakların haklarından bahsettiği, ceza hukukunu etkilemediği bu bağlamda Ser.PK m.110/1'deki suç veya güveni kötüye kullanma suçunun oluşumunu engelleyemeyeceğini belirtmektedir.Buna karşın **Arslan KAYA**, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağının TK'ya Tabi Şirketler/Şirketler Topluluğu ve SerPK İle İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi, adlı makalesinde (s. 1547) bizim savunduğumuz görüşe benzer bir görüş savunmaktadır. Öte yandan TTK .202 ile aynı niteliğe haiz olmayan veya aralarında özel – genel hüküm ilişkisinin olmadığı daha çok birbirini tamamlayan düzenleme diyeceğimiz bir diğer düzenlemede Ser.PK m. 21/4'tedir. Ser.PK m.21/4'e göre: "*Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanuni faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep eder.Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır…"* demektedir. Ancak aynı madde devamında Ser.PK. m. 94 ve 110. maddelerdeki cezai ve idari yaptırım hükümlerinin saklı olduğundan bahsetmektedir. Diğer deyimle SPK'da kayba uğrayan şirket ortaklarının lehine olarak örtülü kazanç aktarımda tazmin hakkını onlar adına kullanıp bu parayı isteyebilir. Ancak SPK 21/4. maddeye göre bu paranın SPK'nın iade talebi doğrultusunda geri ödenmesi, zararın giderilmesi hali dahi bu suçun oluşumunu kişilerin ceza almasını engellemez. (**MEMİŞ- TURAN**, s. 221) Öte yandan TTK m.202 ve devamı maddeler e aykırılık gereği bir bağlı

Öte yandan bir anonim şirketin bünyesindeki bir başka şirkete (bağlı şirkete) kendisini zarara uğratacak tedbirler alması konusunda talimat vermesi, bağlı şirketin -TCK'nın 26/2. maddesi manasında- rıza gösterdiği anlamında değerlendirilemez, böyle bir yorum yapılamaz.[368] Bunun yanında TTK m.202'deki bu hakkın sürekli olarak hâkim ortak ve seçtikleri yöneticilerce kullanılıp istismar edileceği anlamında değerlendirilemez. Ortaklara her defasında ortaklık karının dağıtımına yakın, şirketteki ortakların karını engellemek için veya şirketi zarara uğratmasada bağlı şirketin gelişmesini büyümesini engelleyici, hâkim şirkete hep kazandırıcı mahiyette özen borcuna aykırı olarak şirketin maksat ve mevzuu dışında, sadece hâkim ortağa yarar sağlayıcı bu tür yıllara yayılan kullanımların yapılması halinde bu duruma özel hukuk nasıl müsaade etmezse ceza hukukuda öyle müsaade etmeyecektir. Bu manada Ser.PK m.110/1.maddedeki suçun oluşacağı aşikardır. TTK m. 202'nin çerçevesi somut hukuk kuralları ile çizilmiştir. Bu çerçevenin aşılmaması gerekir. Kanaatmizce, bu konu ile ilgili hâkimin her somut olaya göre detaylı bir inceleme değerlendirme yaptırtıp ona göre hüküm vermesi gerekir.

Aynı şekilde kanun hükmünü icra da bir hukuka uygunluk nedenidir. Yine TTK'nın 203. maddesine göre bir hâkim ticaret şirketi, bir bağlı sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse bağlı şirket üstünde önemli bir yetkiyi kullanma hakkına sahip olur.

Buna göre hâkim şirketin yönetim kurulu, bağlı şirket açısından kayba sebebiyet verebilecek sonuçlar doğuracak nitelik taşısa bile, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, bu şirketin yönlendirilmesine yönelik olarak bağlı şirkete bu konuda talimat verebilir. Aynı şekilde bir şirketler grubunda hâkim veya bağlı şirkette zararlarına karşılık telafi edici bir menfaat sunulması karşılığında birbirlerine kazanç aktarımlarında bulunabilir.[369] Hâkim şirketin bu

---

şirket ve ortağı da hukuk davası açmak suretiyle ilgili paranın iadesini geri verilmesini isteyebilir. Ancak hukuk davası açılması Ser.PK m.110'daki suçun oluşumunu etkilemeyecektir.

[368] **TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 220

[369] TTK'nın 202. ve devamı maddelerinin benzer örnekleri dünyada bulunmaktadır. Zira bu maddeler TTK'nın gerekçesinde belirtildiği gibi Fransız doktrinindeki Fransız Yargıtay'ının belirlediği 4 Şubat 1985 tarihli Rozenblum içtihadındaki grup savunması kuralından esinlenerek TTK 'ya konmuştur. Bu içtihatta göre hâkim şirketin kendisine bağlı olan şirkete aşağıdaki durumlarda müdahalesi ve onun desteğini ekonomik yardımını istemesi mümkündür. *– Bağlı şirketin hakim şirketin olduğu şirketler topluluğu organizasyonu içinde yer alması ve hakim şirket ile aralarında güçlü bir ekonomik ve yönetimsel bağ olması – hakim şirket tarafından bağlı şirkete dair alınan kararın verilmesi istenen para ve yardımın doğrudan veya dolaylı olarak şirketler topluluğunun ekonomik, finansal veya sosyal çıkarlarına ilişkin olması – bu yardımın alınan kararın bağlı şirket ile hakim şirket arasındaki ikili*

yöndeki bir talimatına bağlı şirketin organları uymak zorundadır. [370] Ancak bu talimatların TTK'nın 204.maddesinde belirtilen bağlı şirketin ödeme gücünü aşmama varlığını tehlikeye düşürmeme, önemli varlıklarını kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya bırakmaması şarttır.[371] Ayrıca şirket somut politikalarına dayalı bu istisna bağlı şirketler ile hâkim şirket arasında bir sinerji veya ilişki varsa söz konusudur. Bu menfaat tamamıyla bir şirketler grubuna atfedilir olarak sunulmakla birlikte şirket için gelecekte lehte faydalar sunmalıdır.[372] Örneğin bir ürünün üretimi için ana

---

anlaşmalara aykırı olmaması -İş bu yardımın ve bu yöndeki kararın bağlı şirketin finansal dengesini bozucu, onu mali yönden zora düşürücü veya iflasa sürükleyici bir mahiyet arz etmemesi gerekir. Bu karar için bkz. **Ersin ÇAMOĞLU**; Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 2013/2, (Yayın Tarihi: 2015), s. 19- 20; **CONAC- ENRIQUES- GELTER**, s. 30; **ANDERS**, s.149-151; Rozenblum kararının (Cour de cassation ,chambre criminelle 4 février 1985 No de Pourvoi: 84-91581) tam metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr /affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007064646 Erişim Tarihi: 01.08.2017; Rozenblum kararının etkisiyle İtalyan Yargıtay'ı da 24 Ağustos 2004 tarihli No:16707 sayılı kararında açıkça grup şirketin bir şirketinde oluşacak zararı telafi edecek ve gruba yarar sağlayabilecek işlemler yapabileceğini belirtmektedir. Burada bir yarar daha büyük bir üst yararla telafi edilmektedir. (İtalyan Yargıtay'ının bu kararı ve İtalya'daki grup şirket düzenlemesine yönelik eleştiriler için bkz. **KOUSEDGHI**, s. 221- 222; Kararın İtalyanca tam metni için bkz. http://www.dircomm.it/2004/n.12/06.html Erişim Tarihi:01.09.2017) Ayrıca **CARLO**, s. 15,16

[370] Ülkemizdeki pek çok yabancı şirket bağlı şirket olarak çalışmakla, bu konu aynı zamanda uluslararası bir boyut arz etmektedir. Bu sebeple bu konunun üzerine hem ceza hukuku özel hukukta da çalışma yapılması şarttır. Nitekim TTK'da bağlı şirket yöneticilerinin sorumluluğu hususunda A.Ş hükümlerinin kıyasen uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak özel hukuktaki bu kıyasen uygulama AŞ hükümlerin doğrudan bu yöneticilere uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Ancak bağlı şirketin varlık bünyesine uyacak şekilde uygulama yapılması gerekir.

[371] TTK m. 203– *"(1) Bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısalar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları talimata uymak zorundadır."* m. 204– "Bağlı *şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez."* Bu konuya ilişkin olarak Rozenblum kararının kaynağı **Fransa'dan, Fransız Yargıtay'ının (Cass. Crim.) 1 Şubat 2017 tarihli No:15-85199 sayılı kararı** örnek verilebilir. Bahse konu karara konu olayda fail Siminvest ve P08.1 şirketlerinin yöneticisi durumundadır. P08.1 şirketinden Siminvest'e para transferleri gerçekleşmekle birlikte bu transferler P.08.1 hakkında ticaret mahkemesince gerçekleştirilmesi istenen soruşturma sonucunda durdurulmuştur. P.08.1 şirketinin Siminvest'e yaptığı ödeme ve para transferlerinin bir kısmı aralarındaki ticari ilişki ve bu ilişkiye dayalı faturalardan dolayı haklı sebebe dayalıdır. Ancak 700.000-Euroluk bu şirketen Siminvest'e para aktarımının sadece bu şirkete yardım amaçlı yapıldığı ve P08.1'e karşılığında herhangi bir menfaatin sağlanmadığı istinaf mahkemesince de tespit edilmiştir. Neticede P08.1 şirketi bu transfer akabinde alacaklılara karşı yükümlülüklerini yerine getiremez hale gelmiştir. Yüksek mahkemenin de açıkça belirttiği şekilde Rozenblum kararı gereği bir grubun çıkarları gereği bir bağlı şirket yardımda bulunabilsede bu durum grubun çıkarları gereği şirketin feda edilmesi veya zora düşürülmesi anlamına gelemez. Rozenblum doktrini Ticaret Kanunu'nda belirtilen "Abus de biens sociaux" (Şirket Mallarının Kötüye Kullanılması) suçunun sıkı koşullarının bertarafı anlamında düşünülemez. Bu sebeple yüksek mahkeme sanığın 5 yıl hapis ve para cezasına yönelik temyiz talebini reddetmiştir. (Bu karar ve değerlendirilmesi için bkz. **Eva MOUIAL-BASSILANA**, Quand l'intérêt de groupe ne permet pas de justifier un abus de biens sociaux, Bulletin Joly Sociétés, n°4, avril (2017), s. 239, https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn%3ABJS116f1; ayrıca karar için bkz. https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn%3AJURITEXT000033996233 Erişim Tarihleri:25.12.2017)

[372] **CARLO**, s.15

şirketten bağlı şirkete veya bağlı şirketten ana şirkete şirket politikası gereği transfer edilen büyük miktardaki paraya karşın, 3 yıl boyunca söz konusu para transferine konu üretilecek ürünün satımından elde edilen kazancın yüzde 50'sinin ilgili şirkete kalacağına dair bir anlaşma telafi edici karşı menfaat olarak kabul edilebilir.

Öte yandan **İtalyan Yargıtay'ının** da ifade ettiği üzere[373] *"...bağlantılı şirket ya da grubunun kazancı, grubun parçası olmaktan ya da onunla bağlantılı olmaktan kaynaklanarak elde edilen ya da mantıken öngörülebilir faydalarla telafi edilmişse haksız kazanç değildir...yararlanma ve onun tekil şirketlere verdiği zararın belli öğeleri temel alınarak ve bu öğelerin sadece riskli olmamasına dayanarak uygulamada yer bulabilir. Sadece gelecekte gerçekleşecek fayda beklentisi veya umudu yeterli değildir."* Başka sözcüklerle söyleyecek olursak, şirketler grubu içindeki bağlı/bağlantılı şirkete yapacağı kazanç aktarıma karşılık sunulan telafi edici menfaat, bu şirketin makul şekilde fayda sağlayabilecek bir menfaat beklentisini, davranış gerçekleşir gerçekleşmez, piyasanın standartlaşmış ekonomik değerlendirilmeleri temelinde, nesnel olarak karşılayabilmelidir.[374] Ancak Fransız hukukçu **Dreyer**'in belirttiği üzere[375] hissedarları aynı veya benzer kişiler olsa dahi aralarında faaliyetleri açısından hiç bir ilişki olmayan şirketler için iş bu hukuka uygunluk hali düşünülmemelidir.

Buna karşın bir hukuka uygunluk unsuru değil de cezai sorumluluğu ortadan kaldırma olarak ele alınabilecek bir tartışmalı durumda TTK'nın 205. maddesinde bulunmaktadır. Bu maddede bağlı ortaklığa pay ve oy hakkı yönünden doğrudan veya dolaylı yüzde yüzüne tam hâkim olan hâkim şirketin hukuka uygun olsun veya

---

[373] **İtalyan Yargıtay'ının 5.Ceza Dairesi'nin** (Corte Suprema di Cassazione sezione quinta penale), **23 Haziran 2003 tarihli kararı** (Bu karar için bkz. **CARLO** s.16) Yine aynı yazarın bir başka naklediği **İtalyan Yargıtay'ı 5.Ceza Dairesi'nin 5 Haziran 2013 tarihli kararı** da şöyledir: *"...şirket yöneticisi, tasarruf eyleminin şirketin menfaatine karşılık gelmediği ve şirket malvarlığına bir zararı olduğunun kesinleştiği yerlerde, şirketin bağlı olduğu gruba ait bir gerçekliğin mevcut olduğunu kanıtlamakla yükümlüdür, bunun ışığında söz konusu tasarruf eylemi farklı bir anlam alır, söz konusu yönetici böyle bir durumda tasarruf eyleminin dolaylı faydalarının somut anlamda grubun tamamının menfaatiyle bağlantılı olmakla kalmadığını, ama ayrıca gerçekleştirilen işlemin dolaysız olumsuz sonuçlarını somut olarak telafi etmeye de uygun olduklarını kanıtlamakla yükümlüdür..."* (Bkz. **CARLO**, s.16)

[374] **CARLO**, s.16

[375] **Emmanuel DREYER**; L'exception de groupe pourrait justifier, tant l'abus de confiance, que l'abus de biens sociaux, Issu de Gazette du Palais- 11/05/2013- n° 131, s. 32 Yazar burada **Fransız Yargıtay'ının (Cass. Crim.)16 Ocak 2013 tarihli ve no 11-88852 sayılı kararını** yorumlamıştır. Bu makaleye ulaşmak için bkz. https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn:GPL130b0 (Erişim Tarihi:25.12.2017)

olmasın (TTK m. 204) [376] talimatlarını uygulayan bağlı şirket organlarının şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamayacaklarını hükme bağlanmıştır. [377] [378]

Bu duruma göre hâkim şirkete borç veya malvarlıklarını vermek zorunda kalan bağlı şirket yöneticileri Ser.PK'nın 110.maddesinden veya TCK'nın 155/2. maddesinden sorumlu tutulabilecek midir? Esas sorun buradadır.

Kanaatimizce TTK'nın 205.maddesindeki sorumlu tutulamaz ibaresini yalnızca hukuki manada değil, cezai manada da düşünmek gerekmektedir. Eğer kanun koyucu sadece hukuken sorumluluğu öngörseydi "sorumlu tutulamazlar" ibaresi yerine "hukuki yönden sorumlu tutulamazlar" veya "özel hukuk yönünden sorumlu tutulamazlar", "tazminat talep edemezler" ibaresini maddede kullanırdı. Ticaret Kanunu'nun özel hukuk kapsamında değerlendirilmesi onun her hükmünün ceza hukukunu kapsamadığı anlamına gelmeyecektir. Unutulmalıdır ki özel hukuk kuralları içinde de pek çok ceza hukukunu ilgilendiren düzenleme bulunmakla TTK'da da bu yönde düzenlemeler yer almaktadır.[379]Burada sadece şu düşünülebilir ilgili düzenleme yönetim kurulu üyelerin, yöneticilerin ve sorumlu tutulabilecek ilgililerin, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu olmayacaklarını belirtmektedir.

---

[376]Bkz. **ÇAMOĞLU**, s.19- 20 Yazar da hukuka aykırı dahi olsa bu talimatlara uyan bağlı şirket yöneticisinin sorumsuzluğunun bulunduğu görüşündedir.

[377] TTK m. 205– *(1) Bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililer, 203 ve 204 üncü madde kapsamındaki talimatlara uymaları nedeniyle, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamazlar."*TTK'da 205. maddenin gerekçesi şöyledir. *"205 inci madde, 203 ve 204 üncü maddeleri tamamlamaktadır. Hüküm, sorumsuzluğu sadece 203 üncü madde şartlarına uyan talimatlara özgülemiştir. "Sorumlu tutulabilecek diğer kişiler" ibaresinin yorumu öğreti ve içtihatlarla yapılacaktır. Ancak ibarenin 553 üncü ve devamı maddeler ile birlikte değerlendirilip sonuca varılması gerekir."* (bkz. http://www.ticaretkanunu.net/ttk-madde-205/ Erişim Tarihi :30.07.2017)

TTK m. 553*" (1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla [1] ihlâl ettikleri takdirde, [2] hem şirkete hem paysahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.*

(2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.

(3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz."

[378] Ayrıca bkz. **Murat GÜREL**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2009), s. 63 *"... Bu her iki madde düzenlemesinin, esas olarak, bağlı sirketin yönetim kurulu üyelerinin inançlı yönetim kurulu üyesi niteliğinde olduğu varsayımından hareket ettiği kanımızca söylenebilir. Zira 202/5. ve 205. maddeler, yönetim kurulu üyelerinin aldıkları kararlarda bağımsız hareket edemeyeceklerini öngörmüş ve dolayısıyla sorumluluklarının ortadan kaldırılabileceğini kabul etmiştir…"*

[379] Örneğin ilerleyen konularda ele alacağımız Anonim Şirkette Borçlanma Yasağının İhlalini de cezalandıran TTK'nın 562. maddesi bkz. s. 173 ve devamı

Oysaki Ser.PK. m. 110/1-a, b, c'deki suç ve Ser.PK'da öngörülen diğer suçlar için kanun koyucu SPK'ya yazılı başvuru şartı (Ser.PK m. 115/1) getirmiştir. Bunun anlamı bu suç için SPK'nın da mağdur olarak [380] değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Yine bu Ser.PK 110/1. maddesindeki hareketlerin sadece paydaşlara şirkete karşı değil şirketten alacaklı konumundaki üçüncü kişilere karşı da yapılması mümkündür. Kanımızca, bu bakımdan ilgili maddede, bu kişilerin SPK'ya karşı sorumlu tutulamayacağı yönünde bir düzenleme olmadığından bu halde de SPK'nın yazılı başvurusuyla bu kişilere karşı da Ser.PK m. 110 kapsamında cezalandırma yapılabilecektir.

Kaldı ki Ser.PK'nın TTK karşısında özel norm niteliği taşıyan bir düzenleme olduğu düşünüldüğünde genel norm özel norm ilişki bakımından da kanaatimiz TTK'nın 205.maddesindeki sorumsuzluk öngören düzenlemenin, Ser.PK m. 110/1-a, b, c bentlerindeki suç yönünden uygulamaya engel bir durum oluşturmadığı yönündedir.

Ancak esas sorun bununla da bitmemektedir, zira ülkemizde bilindiği üzere her şirket, halka açık şirket değildir. Ülkemizde halka açık olmayıp da bünyesinde pek çok bağlı şirketi barındıran holdingler ve çeşitli şirket toplulukları mevcuttur. Bu şirketler yönünden -örneğin Ser.PK gereği halka açık şirket olamayan limited şirketler açısından- Ser.PK'nın uygulanma imkânı bulunmadığı gibi [381] TCK'nın genel norm teşkil eden düzenlemeleri karşısında TTK düzenlemelerinin özel norm niteliğine haiz olduğu açıktır. Yine TTK'nın 155.maddesinde mağdur sıfatının sadece asli zilyet niteliğindeki gerçek ve tüzel kişi olduğu ortadadır. Bu durumda hâkim şirket yöneticilerinin verdiği talimat doğrultusunda hareket eden halka açık olmayan bağlı şirket yöneticileri TCK'nın 155/2.maddesinden TTK m.205 gereği kanımızca sorumlu tutulamayacaktır. Ancak burada da talimat gereği yerine getirilerek ilgili şirkete, paydaşlarına değil, bağlı şirket adına hareket eden bu

[380] Tüzel kişileri mağdur olarak kabul etmeyen görüşten hareket edilirse de suçtan zarar gören olarak SPK değerlendirilebilir.

[381] **MANAVGAT**, s.102 Bir limited şirketin veyahut halka açık olmayan şirketin, gerçek kişilerin malvarlığının kazancının halka açık şirkete aktarılması bu Ser.PK'daki suçu değil ancak TCK m. 155'deki güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabilir.

kişilerce, şirketten alacaklı üçüncü kişilere yönelik olarak bir güveni kötüye kullanma suçu işlenirse bağlı şirket yöneticileri yine sorumlu tutulacaklardır.[382]

Bunun dışında bir diğer tartışılması gereken sorunda bir şirketin yönetim organlarından birinin örneğin yönetim kurulu üyelerinin ve/veya denetim kurulu üyelerinin elbirliğiyle güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi halidir. Bu durumda Alman hukukundaki adıyla kurulun yetkisini kötüye kullanması (kurul halinde güveni kötüye kullanma suçu/ organuntreue)[383] durumu söz konusu olur ki bu halde de müşterek faillik sözkonusu olabilir.

Ancak bu kötüye kullanma yönetim kurulu veya denetim kurulu organı yanında, ortakları temsil eden genel kurulda veya limited şirketlerle ortaklar

[382] Ser.PK m. 110 muadili İtalyan MK m.2634, ülkemizdeki 110. maddenin aksine genel anlamda halka açık şirketleride içine alan bütün sermaye şirketleri açısından düzenleme getirmiştir. İtalyan Yargıtay'ının (Corte Suprema di Cassazione), V. Ceza Dairesinin (sezione quinta penale) 30 Kasım 2012 tarihli kararında olduğu gibi bu suç açısından *"içtihat hukukunda kooperatif yapıya* (birden fazla yan şirket ve ortaklıklara sahip) *sahip şirketlerin idaresinde suçun tanımlanabilirliği meselesi söz konusu şirketlerin yöneticilerinin suçun failleri arasına dahil edilmesiyle çözümlenerek olumlu bir sonuca varılmıştır.*" (İş bu içtihat için bkz. **CARLO**, s. 10)

[383] Suçun bu türü için kullanılan organ untreue terimini organın işlediği güveni kötüye kullanma suçu veya kurul halinde güveni kötüye kullanma suçu olarak adlandırmak mümkündür. Buradaki suç aynı zamanda ticari bir suç olup **Sahir ERMAN**, Ticari Ceza Hukuku- Genel Kısım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3.baskı, İstanbul, (1992) s. 72- 74'te ifade ettiği üzere bu türden ticari suçlar çok kere bir kurul tarafından işlenebilmektedir. İşte bu sebeple bazı hukukçular ticari suçların çoğunu "kurul suçu" olarak değerlendirmektedir. Kurul suçu çok failli suçlardan şu yönden farklıdır. *"…Çok failli suçlarda birden fazla kişi bir veya daha fazla suçu işlemek için bir araya gelirler." Oysa ki "…kurul suçları esasen kanun veya ana sözleşme gereğince hukuka uygun kararlar almak ve tasarrufta bulunmak maksadıyla teşkil etmiş kurullara katılmış kişilerin kanun ya da sözleşmenin kendilerine yüklediği görevlerin ifasında suç işlemeleri halinde söz konusu olur…"* Azınlık üyelerin muhalefet oyuna karşın bir kurulda suç işleme kararı çoğunlukça alınmışsa bu durum bahse konu kararın kurul kararı olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Elbette bu suçlarda da suç teşkil eden fiille açıkça muhalefet eden, muhalefetini tutanağa geçiren ve bir kanun yükümlü kılmışsa bu yükümlülük doğrultusunda denetçilere ve/ veya kanuni merciilere durumu bildirmiş olan bir üyenin, ceza hukuku açısından kusuru da söz konusu olamayacağından bu üyenin cezai sorumluluğuna gidilemez. Almanya'dan Ledersprey davası **Al.Yrgt.(BGH) 2 StR 549/89 6 Temmuz 1990 tarihli kararı** her ne kadar suç güveni kötüye kullanma suçu olarak değerlendirilmese de bu konuda kurul halindeki üyelerin sorumluluğu yönünden örnek verilebilir. Burada bir firmanın ürettiği deri spreyinin zararlı toksik etkileri yönünde yönetim bilgiler gelmiştir. Ancak bu firma yöneticileri zararlı etkilerine karşın üretime bilerek devam etmiştir. Ancak insanlar zarar görüp olay açığa çıkınca üretim sondırılmıştır. Alman mahkemesi üst yönetimi olaydan sorumlu tutmuştur. Sorumluluk yönünden iki kademeli bir inceleme yapmıştır. İlkin yöneticiler bu konuda gerekli tedbirleri almaktan sorumlu mudurlar? sorusunu yöneltmiş sonrasında ise sorumluysalar ne tür tedbir ve önlemler almışlardır? noktasında değerlendirme yapmıştır. Alman Yargıtay'ına göre bu türden kurulu kararını alınmasını sağlayan karara katılan üst yönetimden her kişi cezai yönden sorumlu olup; ancak bir yönetici gelecekte doğabilecek zararları engelleyici sakınılmasını sağlayıcı tedbir ve önlemleri aktif şekilde alırsa sorumluluktan kurtulabilir. (Bu değerlendirmeler için bkz. **ENGELHART**, Development and Status of Economic Criminal Law in Germany, s. 703- 704 makalede belirtilen Ledersprey kararı için bkz. https://openjur.de/u/59498.html; https://www.zip-online.de/heft-21-1990/zip-1990-1413-strafbarkeit-des-geschaeftsfuehrers-wegen-unterlassenen-rueckrufs-eines-gesundheitsschaedlichen-produkts/ Erişim Tarihleri. 20.12.2017) Bununla birlikte iş bu davada Yargıtay kimyager olan alt müdüre sorumluluk alanının dar olması ve ürünün toplatılması hususunda bir yetkisinin bulunmaması sebebiyle beraat kararı vermiştir. (**TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 236)

kurulunda da olabilir. Bu durumda genel kurul veya ortaklar kurulunun hepsinin oy birliği veya oy çokluğu ile hukuka aykırı veya açıkça TCK m. 155/2 veya Ser.PK m. 110/1' e göre suç teşkil eden bir karara imza atması halinde ne olacaktır? Bu rıza olarak değerlendirilebilecek midir? Bu kararı uygulayacak yönetim kurulunun durumu ne olacaktır? İşte bu durumunda tartışılması gerekir.

Bir limited şirkette, halka açık olmayan bir anonim şirkette vs. bir şirkette ortakların tamamının genel kurulda (ortaklar kurulunda) rıza göstermiş olması durumunda ortakların tamamının hukuka aykırılığı göze alması halinde şirket açısından bir güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Cezai sorumluluk açısından böyle bir karara uygun hareket eden yönetim kurulu (müdürler kurulu) açısından da durum böyle olacaktır. Bu durum genel kurulun talimat verme yetkisinden değil, esas şirketteki iradeyi oluşturan kurul olmalarından kaynaklanmaktadır. [384] Ancak bu türden bir karar, bir şirketin üçüncü kişileri

[384] **TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 219; ayrıca geniş bilgi bu konudaki teoriler için bkz. **SCHÜNEMANN**, Leipziger Praxiskommentar Untreue- § 266 StGB, Überarbeitete und ergänzte Sonderausgabe, s. 192- 193 (Kn: §313-314) Bununla birlikte **Schünemann, Tiedemann**'ın zikrettiği bu husus Almanya için geçerlidir. Almanya'da Mannesmann kararında da etkisini gördüğümüz ekonomik yaklaşım (economic perspective) doktrini egemendir. Bu doktrine göre bir limited şirkette tek hissedar varsa bu hissedarın aldığı kararla işlem yapılmışsa bu hissedarın iradesi şirketin iradesi ile aynı iradedir. Yapılan işlemle fail olan ve mağdur olan kendidir, neticede güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz. Mannesmann kararında Alman BGHsi bu durumu ve ortakların hepsinin genel kurulda alacakları karar neticesi güveni kötüye kullanma suçunun kimi hallerde oluşmayabileceğini de vurgulamıştır. Ancak genelde Almanya ile birlikte hareket eden **Avusturya Yargıtay'ı (BGH) 30.01.2014 tarihli 12Os117/12s (12Os118/12p) sayılı Libro AG kararında** sürpriz bir şekilde ekonomik yaklaşım doktrinini sorgulayan bir karara imza atmıştır. (Kararın Almancası için bkz.https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20140130_OGH0002_0120OS00117_12S0000_000: Erişim Tarihi: 01.09.2017) (İngilizce bu kararın değerlendirildiği bir uzman görüşü için bkz. **Klara JAROŠ**; Austria: Breach of trust - A recent Supreme Court ruling has broad implications for Stock Corporations https://www.schoenherr.eu/uploads/tx_news/schoenherr_AT_Breach_of_trust_-_A_recent_Supreme_Court_ruling_had_ broad_ implications_for_Stock_Corporations.pdf Erişim Tarihi: 01.09.2017) Bu karara konu olaydaki Libro firması gıda dışı kitap,elektronik eşya sektöründe faaliyet gösteren ve pek çok mağazaya (en bilineni Amadeus kitap mağazaları) sahip bir kuruluştur. Bu firmanın eski yöneticisi olan sanık Andre Rettberg ve diğerleri 1998-1999 arasındaki yıllarda Unternehmens Invest AG (UIAG), Deutsche Beteiligungs AG (DBAG) konsorsiyum çatısı altındaki çeşitli yan kuruluşları, en son kurulan Libro AG çatısı altında toplanacak şekilde devralmış 1999 baharında, 440 milyon Avusturya Şilini özel temettüyü Libro AG de dağıtmışlardır. Sonuçta Libro AG'de dahil kuruluş tamamen nakit sıkıntısı içine düşmüş ve 2002'de ise iflas prosedürüne tabii olmuştur. Avusturya tarihinin en büyük üçüncü şirket iflası gerçekleşmiştir. Avusturya savcılığı neticede soruşturma başlatmış cezai prosedürler yavaşta sürse Avusturya CK m. 153'te yer alan güveni kötüye kullanma suçundan mahkûm olan sanıklar kararı Federal Mahkeme'de temyiz etmiştir. Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi alt mahkemenin kararını onamıştır. Ancak uzun 86 sayfalık kararın gerekçesinde esas sürpizler bulunmaktadır. Zira Avusturya Yargıtay'ı bir limited şirkette tek bir ortak bile olsa, bu ortağın rızasıyla veya bizzat bu ortak tarafından yapılan işlemler de Avusturya CK m. 153'teki güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Burada federal mahkemeye göre kişi esas olarak şirket yararına hareket etmekle mükelleftir. Limited şirkette dahi şirket tüzel kişiliği ile şirketteki tek ortağın iradesi aynı değildir. Bu halde de güveni kötüye kullanma suçu işlenmiştir. Bu şekilde sorumluluğun sınırının Avusturya'da bu kadar genişletilmesi de bazılarınca eleştirilmektedir. (bkz. **Heidemarie**

ilgilendiren anlaşmalarını tehlikeye düşürüyorsa, örneğin bir üçüncü kimsenin şirkete rehin olarak bıraktığı malları geri almasını engelliyorsa bu durumda alacaklılara üçüncü kişilere karşı yönetim kurulunun yöneticilerin cezai sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır. Zira alacaklı veya üçüncü kişilerin rızası alınmamıştır. Yine alınan karar devlette büyük vergi kaybına, vergi kaçakçılığına neden oluyorsa veya hukuka aykırılıktan öte, ayrıca suç teşkil ettiği kanunda düzenlenmişse [385] bu kararı uygulayan yönetim kurulu üyeleri yine cezai sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Halka açık bir anonim şirkette, yatırım kuruluşunda genel kurulun oy çokluğu ile aldığı güveni kötüye kullanma anlamına gelecek hukuka aykırı bir kararı yönetim kurulunun uygulaması halinde Ser.PK m. 110/1-a kapsamında bir güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Zira azınlık haklarının korunması bu suçta esastır. Hatta halka açık bir anonim şirkette bütün hisse sahiplerinin ortakların oybirliğiyle genel kurulda hukuka aykırı olan bir kararı onaylaması ve yönetim kurulunun örtülü kazanç aktarımı denen bu kararı yerine getirmesi halinde dahi Ser.PK m. 110/1'deki güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Zira halka açık bir anonim şirkette yönetim kurulu genel kuruldan bağımsızdır.[386] SPK'da bu suçta mağdur konumunda olup yine bu kazanç aktarımı neticesi bütün bir finansal sistem zarar görebileceğinden yine bu suçtan sorumluluk söz konusu olacaktır. Bunun yanında bu alınan karar şirketi zor duruma düşürürse şirkete ortak olmayan üçüncü kimselerin yatırımcıların zararı söz

---

PAULITSCH, Austria: Reform Proposals Seek to Clarify Breach of Trust https://www.schoenherr.eu/en/publications/publications-detail/oesterreich-reformversuch-2015-zur-praezisierung-der-untreue/ Erişim Tarihi: 01.09.2017) Ancak bu kararın lehine bir görüşte vardır. Bu görüşe göre burada tek ortaklı bir limited şirket, anonim şirket vs.de olsa bu olayda şirkette sadece kararı veren sanık/sanıkların değil, başkaca üçüncü kimselere ait hesaplarda bulunmaktadır. Karar neticesi sadece sanıklar değil bu kişilerde zarar görmüştür. Dolayısıyla sadece ortaklar zarar gördü denilemez. Burada mahkemece ortakların rızası bile olsa güveni kötüye kullanma suçunun belirli şartlar altında oluşabileceği vurgulanmıştır. Yoksa burada gerçekten bu hukuka aykırı işlemden yararlananlar, rıza gösterip bu işlemi yapanlarsa başkaca zarar gören yoksa güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz görüşündedir. Bu görüşten hareket edilirse mahkeme bu kararında ekonomik yaklaşım doktrinine tamamen ters bir anlayış da değildir. Kanaatimiz de bu görüşten yanadır. (Bu görüş için bkz. **Raimund BOLLENBERGER- Norbert WESS**; Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, Recht der Wirtschaft (RdW), Lexis Nexis Zeitschrift, No:5, Artikel Nr.273, (2014), s. 247)

[385] **SCHÜNEMANN**, Leipziger Praxiskommentar Untreue - § 266 StGB, Überarbeitete und ergänzte Sonderausgabe, s. 192-193; Ayrıca BGH 3 StR 372/08 -10 Şubat 2009 tarihli (LG Oldenburg) kararı için bkz. https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/08/3-372-08.php (Erişim Tarihi:06.12.2017) *"Limited şirketlerde bütün ortakların rızası olsa bile alınan karar ve yapılan işlem limited şirketin ticari varlığını tehlikeye düşürüyorsa ve kanunlara açıkça aykırı ise (örnek: Alman GMBHG 30.madde sermayenin korunması yükümlülüğü) güveni kötüye kullanma suçunun oluşmasını engellemeyecektir…"*

[386] **TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 219

konusu olabilecektir. Bu sebeple bu suçta rıza ancak sınırlı şekilde hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilir.

e. Suçun Manevi Unsuru

Manevi unsur açısından Ser.PK m. 110/1-a'daki suç, "kendisinin veya başkasının menfaatine" satmak, kullanmak, rehnetmek, gizlemek veya inkâr eylemek… ibaresi nedeniyle kanımızca ancak özel kastla işlenebilir. [387] Diğer bir deyimle tıpkı TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi bu fıkrada belirtilen hareket açısından da yapılan hareketin fail ile mağdurun yönünden bir menfaat çatışması doğurması şarttır.[388]

(b) ve (c) bentlerindeki örtülü kazanç aktarımına ilişkin suçlar açısından ise genel kast yeterlidir. Bu sebeple de bu bentlerdeki suçların olası kast ile de işlenmesi mümkündür.[389] Bu yönden de TCK'nın 155. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçuna göre farklılıklar bulunmaktadır. Öte yandan Ser.PK m.110/1 b-c bentlerindeki suça konu hareketler ancak kasten işlendiğinden taksirle bu fiillerin gerçekleşmesi halinde bu suçtan değil, Ser.PK m.103/6'daki "*halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları"* yönündeki kabahatten işlem yapılabilecek SPK'ca idari para cezasına hükmedilebilecektir. Bu yönden bu suç, bu kabahattende ayrılmaktadır.

---

[387] Ser.PK m. 110/1-a'da benzer bir düzenleme içeren madde muadili İtalyan MK m.2634'de de "kendisinin veya başkasının menfaatine" ibaresi yer almaktadır. Bu ibare dahilinde suçun özel kastla işleneceği İtalya'da kabul edilmektedir. Ancak "*…prestij, politik etki kazanmak (Antolisei 2013, 305), moral tatmin elde etmek (Sciumbata 2002, 91) ya da sözleşme yetkisi kazanmak (Rossi 2012, 288) gibi kişisel zenginleşmeden farklı amaçlar da…"* (Bu yazarlardan aktaran: **CARLO**, s. 14) İtalya'da menfaat kavramı içinde değerlendirilmektedir. Ancak ilerleyen konularda -TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçunun manevi unsurunu incelerken- ele alacağımız üzere Alman doktrini menfaatin İtalyan doktrininin aksine maddi olması gerektiği görüşündedir. Ülkemizdeki hukukçular da aynı görüştedir. Biz de menfaatin maddi olması yönündeki görüşü benimsiyoruz. Ancak eğer manevi menfaat açısından cezalandırma düşünülüyorsa, o zaman kanundaki bu açığa ve tartışmalara son vermek bağlamında- aynen TCK m. 155 açısından da düşündüğümüz gibi- bu fıkrada da bu ibarenin "kendisinin veya başkasının maddi ya da manevi menfaatine" veya" hesap sahiplerinin mağdurların zararına olarak" şeklinde değiştirilmesi veya bu suçta bu ibareye hiç yer verilmeyerek suçun genel kastla işlenecek şekilde düzenlenmesi gerektiği görüşündeyiz.

[388] *"…Şirketin üçüncü kişiler adına idare ettiği varlıklarla ilgili tasarruf eyleminin menfaat çatışmasının tezahürüne yol açması için aslında finans piyasasına ya da tasarruf sahiplerinden oluşan müşteri ağına yatırım yapılarak hareketin şirketin dışına aktarılması gerekir...* Failce, *bu menfaat çatışmasının etkisiyle, şirketin ya da malları şirketin zilyetiğindeki ya da yönetimindeki üçüncü kişilerin menfaatiyle ilgisiz bir menfaate uygun bir tercih yapılır…*" **CARLO**, s. 13,14

[389] **SADAK**, s.146

Diğer taraftan özellikle 110/1-b ve c bentlerindeki suçları genelde halka açık ortaklıklardaki şirket yöneticileri işlemektedir.[390] Bu açıdan şirket yöneticilerinin suça konu hareketleri kasten mi yoksa taksirle mi yaptıklarının tespiti gerekir. Bu bağlamda Ser.PK açısından kastın tespitinde bu kanunun ilişkili olduğu TTK'ya başvurulması zorunludur. TTK.'nın 369.maddesi yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken tedbirli bir yöneticinin göstermesi gereken özeni göstermelerini kendilerinden istemektedir. Esasında 6762 sayılı mülga TTK bu kimselere basiretli bir tacir gibi davranma mükellefiyeti yüklerken; yürürlükteki TTK bu ölçütü terk etmiştir. Bunun yanında mülga 6762 sayılı TTK'nın 336.maddesindeki yönetim kurulu üyelerinin birlikte sorumluluğunu öngören müteselsil sorumluluk ilkesi aynı şekilde 6102 sayılı TTK'da terk edilerek, farklılaştırılmış teselsül ilkesi[391] benimsenmiştir. (TTK m.557) Bu ilke gereği yönetim kurulu üyeleri kendilerine kusur ve zarar ancak şahsen yükletilebildiği ölçüde zarardan müteselsilen sorumludur. Şimdiki TTK'da yöneticilerin ve yönetim kurulunun sorumluluğu eskisine göre daha hafiftir. Kusur sorumluluğu TTK'da esastır. Buradaki kusur sorumluluğunun kaynağı tedbirli yöneticinin özeniyle yapılan işi yerine getirmektir. Bu yönden sorumluluk açısından sübjektif kıstas, objektif kıstas yanına esas alan yürürlükteki TTK özenin sözleşmeye göre tayin edilmesini öngören esas olarak objektif kriterleri esas alan mülga 6762 sayılı TTK'dan ayrılmaktadır.[392]

Hem Ser.PK, hem TCK'daki güveni kötüye kullanma suçu açısından ise işbu suçlarda taksirle sorumluluk değil, kasten sorumluluk cezalandırmaya esastır. Bununla birlikte şimdiki TTK'da yöneticinin sorumluluğu nesnel olarak kontrol altında tutabildiği alandır. Görevini kasten hiçbir şekilde yapmaması, eksik veya geç veya hatalı yapması sorumlulukta esas olup meydana gelen olayla yöneticinin

[390] Sadece Ser.PK için değil aynı zamanda TCK m. 155/2'de yer alan ticaret ilişkisi gereği olan teslim edilen eşyaya ilişkin ve halka açık olmasada bir ticari şirketin mallarının idaresi görevlendirilen kimse tarafından gerçekleştirilen güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halleri açısından da TTK' da yer alan kusur sorumluluğuna ilişkin esaslara ve bu konudaki ilkelere başvuru zorunludur. Bu sebeple burada anlattıklarımız yalnızca Ser.PK'daki güveni kötüye kullanma suçu açısından değil, aynı zamanda TCK m. 155/2 yer alan bu iki nitelikli hal içinde geçerlidir. Zira halka açık olmayan bir anonim şirkette de görevli yönetici veya yönetim kurulunun kendisi veya başkası yararına aldığı karar ve hukuka aykırı tasarruflarla şirkete ve/veya diğer ortaklara karşı güveni kötüye kullanma suçunu gerçekleştirebilir, bu kişilerin malvarlığı üstünde bir zarara da neden olabilirler. Bu durumda TTK ilkelerindeki özen ve sadakat yükümlülüğü, tedbirli yönetici ile iş adamı kararı ilkelerinin kastın olup olmadığının tespiti açısından gözetilmesi gerekir. Yine bir ticari ilişkiye dayanarak bir eşya tacir olan bir kimseye teslim edilmişse bu eşya sonrasında devir amacına aykırı bir tasarrufa konu olmuşsa failin kastının ve TTK bağlamında onu bu tasarrufta bulunmaya sevk eden bir olgunun varlığının araştırılması gerekir.

[391] Bkz. **ÜÇIŞIK- ÇELİK**, s. 518, 519; **KARSLIOĞLU**, s. 372

[392] **TEKİNALP**, Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 283

eylemindeki illiyet bağının ispatı tek başına bu suçtan cezalandırmanın kriteri değildir.[393]Bu bağlamda bu alanda yöneticinin göstereceği özen kast ve taksirinin belirlenmesinde esas alınacaktır. Bir şirkette sadece personelden sorumlu bir yöneticinin, kendi sorumluluk alanının dışında bir başka yöneticinin yaptığı örtülü kazanç aktarımlarından özel hukukta olduğu gibi ceza hukuku bağlamında sorumlu tutulması elbette ki beklenemez. TTK'nın 369.maddesi gerekçesinde görülebilecek bir başka hususta TTK.'yı ele alan kişilerin şirketler hukuku bağlamında sorumluluk hususunda Almanya yanında Amerikan ve İngiliz doktrininin de önemli ölçüde etkisi altında kalarak bu yasayı hazırladıklarıdır. Zira TTK'nın 369.maddesinin gerekçesi özen yönünden, doğrudan değil, dolaylı da olsa Amerikan hukukunda yer alan iş adamı kararı (business judgment role) ilkesine atıf yapmaktadır.[394] Bu ilkeye göre yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin bütün alternatifleri değerlendirerek, araştırma yaparak şirket menfaatlerini gözeterek iyi niyet ve dürüstlük esasları dâhilinde almış olduğu kararların, salt takdir hatası veya alındığı tarihte öngörülemeyen sebeplerle, olumsuz sonuçlar doğurmasından yönetim kurulu sorumlu tutulamaz.

---

[393] **KARSLIOĞLU**, s. 374

[394] **AYAN**, s. 62; **Charles HANSEN**, The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and The American Law Institute Corporate Governance Project, The Business Lawyer Volume: 48, No. 4 (August 1993) s.1355-1357; **AKDAĞ GÜNEY**, s.188, 189; **TEKİNALP**, Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 280 Yazarlarında belirttiği gibi ilk defa bu ilke Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından 1982 yılında kurumsal yönetim ilkeleri taslağında yer almıştır. Çeşitli kerelere değişiklikler yapılan bu ilke en son kurumsal yönetim ilkeleri 4.01-c maddesinde yerini almıştır. Bu ilke sadece Türk Hukukunu değil Avrupa Birliği ve Almanya'yı da etkilemiştir. 2005 yılında Almanya'da çıkarılan bir yasa ile bu ilke Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun (AKTG) 93.maddesinin ikinci fıkrasına eklenmiştir. Eklenen bu hükümle ticari kararların alınabilmesi için uygun bilgi temeline dayanılması ve yapılan işlemlerin ticari işletme yararına olmasının aranması mecburi hale gelmiştir, açık hukuki koşullar düzenlenmiştir. Bu ilkeler sadece A. Ş'ler için değil limited şirketler içinde önem taşımaktadır. (Ayrıca bkz. **Klaus TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku (Çeviren: Ayşe Nuhoğlu), Seçkin Yayınları, Ankara, (2017), s. 35 Aynı ilke İsviçre şirketler hukukunu da etkilemiştir. 1991 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun 717.maddesinde bu ilke doğrultusunda değişiklikler yapılmıştır. Yazarların bu beyanlarına Avusturya açısından şu ilaveyi yapabiliriz. Avusturya'da bu ilkeden etkilenerek 2015 yılında Av.CK m. 153.maddeye malikin malvarlığını koruyan kuralların haksız şekilde ihlal edilmesinin yetkiyi kötüye kullanma anlamına geleceğine dair bir ikinci bent ilave edilmiştir. Ayrıca yine bu ilke doğrultusunda Limited Şirketler Kanununa (Gmbhg m.25/1(a) ve Anonim Şirketler Kanununa (Aktg m.84/1(a)) çeşitli maddeler eklenmiş olup bu değişiklikler 2016 yılı itibariyle yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklikler öncesinde ise Alman ve Avusturya hukukunda iş adamı ilkesi Alman Federal Mahkemesinin 1997 yılında almış olduğu Arag/Garmenbeck kararına göre fiilen mahkemelerce gözetilmekteydi. (Avusturya'da Arag/Garmenbeck kararının etkileri ve 2015 yılındaki değişikliklerin değerlendirilmesi hakkında bkz. **Paul NIMMERFALL- Lukas Josef PEISSL**, The Business Judgment Rule and its Impact on Austrian Law, Časopis pro právní vědu a praxi (Journal of Legal Science and Practice), Year: 2015, No: 4, s. 352- 357)

Zira yönetim kurulu kararları özünde belirli bir risk ve sonuçların önceden kestirilememesini bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin büyük ve bol kazançlı olduğu düşünülen bir ihale için bir şirketin bir başka inşaat şirketiyle konsorsiyum kurup ihaleye katılması, bu konsorsiyum için büyük masraflar yapılması, işin alınmasına karşın inşaat yapılan arazide ortaya çıkan hesaplanamayan sorunlar nedeniyle iki şirketin büyük bir kazanç elde edememesi neticesi şirketin zarara uğraması, pay sahiplerinin o yıl şirketin hiç kâr edememesi nedeniyle kâr payı alamaması halinde artık örtülü kazanç aktarımından dolayı bir hukuki sorumluluğun veya Ser.PK m. 110/1 a, b ve c bentlerindeki suçun oluştuğundan söz edilemeyecektir. Bu yönden bu ilkeye riayet ceza hukukunda manevi unsurun oluşumunu engelleyebilecektir.

İş adamı kararı ilkesi, şirket yönetimine ilişkin karar verenlerin göstermeleri gereken özen ölçüsünü somutlaştırmakta, sonradan yanlış veya amaca uygun olmadığı anlaşılan hatalı kararların sonuçlarının, yükümlülük ihlali kavramından ayrılmasını sağlayıp bu şekilde özen yükümlülüğünü sınırlandırmaktadır.

İlke, dürüstlük ve iyi niyet kuralları gereği yönetim kurulu üyelerinin ve yönetimle görevli kişilerin, şirketin menfaatine olduğuna inandıkları ve makul ölçüde bilgilenmiş şekilde aldıkları kararların, mahkemeler tarafından şirket zarar görmüş olsa bile yerindelik denetimine tabii tutulmasını[395], bunların olumsuz sonuçlarının kendilerine rücu edilmesini engeller. İş adamı ilkesinin unsurlarının sayısı ile ilgili doktrinde tartışmalar vardır.[396]

---

[395] **TEKİNALP**, Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 280 Yazarında aynen belirttiği gibi mahkemeler yönetim kurulunun vasıflı çelik, dijital tv. vs. ürünlerin üretilmesi kararı ve bu kararın yerinde olmadığı hususunu inceleyemez. Hele ilgili şirket rekabetçi bir pazarda bulunmaktaysa örneğin dijital teknoloji sektöründe faaliyet gösteriyorsa pazar payını arttırmak veya korumak için bu türden riskli kararları almak zorundadır. Pazar araştırması eksik ve hatalı yapılmışsa, özensizlikler varsa yönetim kurulu kusuru ölçüsünde özel hukuk bağlamında sorumlu tutulabilecektir. Ancak ceza mahkemesi yönetim kurulunun bu türden ürünleri üretme, pazar payını koruma veya arttırmaya veya yeni pazarlara şirketi geliştirme babında girmeye yönelik yatırım kararının yerindeliğini bunu şirketin karının, kazancının düşmesi ile ilişkilendirip değerlendiremez, bu konuda bir yargılama yapamaz.

[396] Amerika'daki doktrin için bkz. **Melvin Aron EISENBERG**, An Overview of the Principles of Corporate Governance, The Business Lawyer, Volume: 48, (1993) s.1282 Yazara göre "– *bir karar alınmalı –bu karar iyi niyet çerçevesinde alınmalı –karar şirketin menfaatini ilgilendiren bir karar olmalı, yönetici ve memurların kendi menfaatleri için alınmamalı –kararda müdür ve memurlar var olan koşullar konusunda yeterince bilgi sahibi olmalı ve içerik itibariyle makul savunulabilir*" olmalıdır. Benzer görüş için bkz. **HANSEN**, s.1358 (Makalelere www.jstor.org adresinden ulaşılabilir. Erişim Tarihi:01.06.2017) Ancak iş adamı kararı ilkesinin unsurları hususunda Türk Hukuk doktrinde tam bir görüş birliği yoktur. Ancak temel ilkeler açıklığa kavuşmuştur. Türk Hukuku için bkz. **AKDAĞ GÜNEY**, s.190; ancak yazara göre mahkemenin yerindelik denetiminde

Genel görüş[397] iş adamı kararı ilkesinin;

- *"iyi niyet çerçevesinde hukuka uygun ve kanunun emredici hükümleri ile çatışmayan bir yönetim kurulu kararının varlığı,*
- *hiçbir etki altında kalmadan kararı alan üyelerin kendi şahsi menfaatleri yerine şirketin menfaatini gözetmeleri[398],*

---

bulunmaması için şu beş şartın karar açısından oluşması gerekir. *–Karar emredici düzenlemelere aykırı olmamalı –şirketin amaçlarına uygun çıkarları doğrultusunda olmalı –Kanuna uygun şekilde yapılan bir toplantıda bu karar alınmalı –Karara katılan üyeler bağımsız ve tarafsız olmalı –içerik itibariyle karar savunulabilir* olmalıdır. **Hasan PULAŞLI**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt: I, Adalet Yayınevi, Ankara, (2014) s.1063: *Yönetim kurulunun kanuna uygun toplanarak bir karar almış olması, şirket işlerinin özenli bir şekilde takip edilmiş olması, üyelerin toplantılara aktif olarak katılmış ve kararların da şekli kurallara uygun olarak alınmış olması, kararda şirketin amaç ve konusu çerçevesinde hareket edilmiş olması, karara katılan üyelerin tarafsız ve bağımsız olması, karar alınırken uzman kişilerden bilgilerin alınmış olması, kanundaki emredici kurallara ve esas sözleşme ile iç yönetmelikteki düzenlemelere uyulmuş olması, karara katılan üyelerin iyiniyetli olması ve özenli davranılmış olması* olarak sıralamıştır. Alman ve Avusturya doktrinine ve bu konuda Alman Federal Mahkemesinin Arag- Garmenbeck (1997) tarihli kararına bakarsak: *a) şirkete ilişkin bir karar b)kararın yönetciler tarafından kendi kişisel veya başkaca dış çıkarları olmadan alınması, c) şirketin yararının esas alınması d) yeterli derecede bilgiye dayalı kararın alınması e) kararın orantısız bir risk içermemesi* bu ilkenin öğeleridir. (Karar için bkz. **NIMMERFALL- PEISSL**, s. 354)

[397] **Sevgi BOZKURT YAŞAR**, Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, Beta Yayınları, İstanbul, (2015) s. 60 *"Hâkim görüşe göre, ilkenin uygulanması için; yönetim kurulunun bir kararının bulunması, kararın kanuna, esas sözleşmeye ve hukuka uygun genel kurul kararlarına aykırı olmaması gerekmektedir. Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin iyi niyetli olarak, şirketin menfaatine olduğuna ilişkin bir inanışla, şahsi çıkarlarından uzak, etki altında kalmaksızın takdir yetkilerini kullanmaları ve konu hakkında bilgilenmiş şekilde karar almış olmaları şarttır." (*Ayrıca bu ilkenin getirdikleri ve yararları hususunda bkz. **BOZKURT YAŞAR**, s. 259-275)

[398] Bununla birlikte yönetim kurulunun hem kendi menfaatleri ve hem de şirket menfaatleri için birlikte hareket etmeleri halinde güveni kötüye kullanma (untreue) suçundan dolayı her zaman sorumlu tutulamayabileceğine dair Alman Yüksek Mahkeme kararlarına rastlanabilmektedir. Bunlar içinde en bilineni ve en ünlüsü Mannesmann kararıdır. Vodafone, Alman endüstri devlerinden Mannesmann'ı almak istemektedir bu nedenle firmanın hisselerini borsadan toplamaya çalışır. Bunun üzerine Mannesmann AG yönetim kurulu başkanı Klaus Esser 1999'da gazetelere ilan verip hissedarlarının hisselerini satmamalarını ister, şirket bununla da yetinmez, Vodafone'un rakiplerinden Orange'ı satın alıp İngiltere'de Vodafone'u sıkıştırmaya çalışır. Vodafone bunun üzerine Mannesmann ortaklarına daha fazla para teklif edip hisseleri almaya çalışır, yine misilleme olarak Mannesmann'ın en büyük ortaklarından olan Amerikan Airtouch şirketini satın alıp bir anda Mannesmann'ın %35 hissesine sahip olur. Aylarca süren mücadele sonrasında Vodafone kalan hisseler için 100 milyar euroluk teklifini 180 milyar Euro gibi o zaman için rekor sayılabilecek bir miktara çıkarıp pek çok Mannesmann ortağını kendi tarafına çekince, Mannesmann yönetimi Vodafone ile anlaşıp şirketin çoğunluk hissesini bu firmaya satar, yönetimi devreder bir birleşme gerçekleşir. Ancak durum sadece bundan ibaret değildir; devralınan Mannesmann şirketinde denetim kurulu Vodafone'un olumlu görüşünü alarak yaptıkları hizmete karşılık 30 milyon Euro yönetim kurulu başkanı Esser'e ait olmak üzere bütün eski Mannesmann yönetimine takdir primi adı altında toplam 56 milyon Euro para verir Bunun üzerine savcılık tarafından Mannesmann hissedarlarını zarara uğrattığı, Alman CK 266/1.maddedeki güveni kötüye kullanma (untreue) suçunu işledikleri gerekçesiyle Esser de dâhil bütün eski Mannesmann yönetim kurulu ve denetim kurulu hakkında kamu davası açılır. Düsseldorf Eyalet Mahkemesi bütün sanıklar için beraat kararı verir. Eyalet mahkemesine göre davada mahkeme yönetim kurulunun özen ve sadakat yükümüne, iş adamı ilkesine yaptığı atıflarla şirketin devri amacıyla yapılan böyle bir prim ödemesinin eğer hissedarları ve şirketi zarara uğratmışsa güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği kabul edilmekle beraber ortada şirket açısından bir zararın olmaması ve hissedarlardan da bir şikayet gelmemesi ayrıca verilen primin ilerisi için geleceğe yönelik teşvik amacı taşıması nedeniyle bu suçun oluşmadığına devrinde

- *karar alınan konu ile ilgili gerekli ve yeterli araştırmaların yönetim kurulunca yaptırılması ve bu konuda yönetim kurulunun bilgilenmiş olarak o zamanki şartları gözeterek hareket etmesi"* koşullarını taşıması gerektiği yönündedir.

Özel hukuk babında kusur kabul edilemeyecek haller, ceza hukuku bağlamında da suç olarak değerlendirilemeyeceğinden iş adamı kararı ilkesini kanımızca hâkim göz önünde tutmak zorundadır.

Hakim, bu ilke çerçevesinde gerekli şartların varlığını kararın alınmasında gereken özenin gösterilip gösterilmediğini araştırmak zorundadır. Zira TTK 369.madde ve iş adamı kararı ilkesi gereği bir yönetici bilgisizlik ve deneyimsizlik iddiasında bulunamaz, ayrıca tedbirli bir yönetici olarak hareket etmek, beklenen asgari özeni göstermek zorundadır. Halka açık şirkette yönetim kurulu toplantılarına kabul edilebilen haklı mazereti olmadan katılmayıp alınan kararları diğer üyeler

---

girişimcilik konusunda yönetimin ve hissedarların özgürlük alanı içinde kaldığına hükmetmiştir. Ancak yine aynı mahkeme bu hususta Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'na (AKTG) aykırılıklar tespit etmiştir. (BGH 21.12.2005, 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331) Karar için bkz. http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/04/3-470-04.php Erişim Tarihi:14.06.2017) Alman Yargıtay'ı ise kurullara yapılan karşılıksız ödemelerin geleceğe yönelik teşvik amacı taşımadığı bu konuda önceden sözleşme ile bir hüküm kararlaştırılmadığı, bu sebepten şirket menfaatinin bulunamayacağı, şirketin birleşmesinin Vodefon eline geçmesinin malvarlığını kaybetme anlamına geldiği ve şirketin mali tablosunun esasında o kadar iyi durumda olmadığı ortada ciddi nitelikte malvarlığını koruma yükümlülüğünün ihlali durumu bulunmasa bile Stgb m.266'daki suçun gerçekleştiği gerekçesiyle hükmü bozmuştur. Hisse senedi kurunun ciddi oranda artmasının ise şirket menfaat açısından önemsiz olduğu ileri sürülmüştür. Ancak bozma kararı sonrası bu defa Düsseldorf Eyalet Mahkemesi'nin bir başka ceza dairesi Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 153a./2.fıkrası gereğince 2007 yılında 5,8 milyon euroluk ödeme nedeniyle düşme kararı verir. (**TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s.154-158; **Jan C. SCHURR**, Güveni Kötüye Kullanma Suçunda Ceza Hukukunun Sınırları (Alman Ceza Kanunu Prg. 266) (Çeviren: Şölen Çakıroğlu), Hukuk Köprüsü, Sayı:11, Aralık, (2016), s. 228 Ayrıca bkz. **Pierre-Henri CONAC- Luca ENRIQUES-Martin GELTER**; Enforcing Self-Dealing Constraints on Dominant Shareholders in Continental Europe: The Legal Framework In France, Germany, And Italy, Harvard John M. Olin Center For Law, Economics, And Business Fellows Discussion Paper Series, Discussion Paper No:18, (2008) s. 31 http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/ Erişim Tarihi:10.06.2017; **Stefan MAIER**, A Close Look at The Mannesmann Trial, German Law Journal, Vol: 7, No: 06, s. 610; bu davaya ilişkin hukuki süreç için ayrıca bkz. http://www.dw.com/tr/mannesmann-san%C4%B1klar%C4%B1-akland%C4%B1/a-2528097 Erişim Tarihi: 13.06.2017) Bu karar aynı zamanda Alman Hukukunda güveni kötüye kullanma suçunun -yönetim ve denetim organlarında güveni kötüye kullanma (organuntreue) dediğimiz çeşidine de bir örnektir. **Tiedemann** dahil bir kısım Alman hukukçuları ise bu türden primlerin geleceğe yönelik teşvik niyeti olmasa da şirketin iyi niyetini arttırmaya elverişli olması ve Mannesmann topluluğunun modern bir iletişim şirketi haline gelmesinden ötürü savunulabilir bir işletme kararı olduğunu belirtmektedirler. Ancak bu tür primlerin orantılık kriteri yönünden de incelenmesi gerekir. (**TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 158) Bunun yanında **SCHURR** ise şirket birleşme ve devralmasının BGH'nin iddiasının aksine bir şirketin batması değil dönüşümü anlamına geldiğini devredilen şirketin menfaatinin devralınan şirkette devam ettiğini ayrıca bu primin birleşmeden önce birleştirilen şirket ortaklarının daha sonradan motive olmasında etkili olduğundan bir menfaat bulunduğundan BGH kararının hatalı olduğu görüşündedir. **SCHURR**, s. 228- 229

imzaladı diye sorgulamadan imzalayan veya piyasa fiyat araştırması yapmadan kâr eden şirketin yan işlerini piyasanın çok üstüne fiyata kendisinin ilişki içinde bulunduğu taşeron şirkete gördüren, bu şekilde şirketin karını düşüren, kendisine de yarar sağlayan bir yönetim kurulu üyesi deneyimsizlik veya bilgisizlik iddiasında bulunamaz.[399] İş adamı kararı ilkesinden yararlanamaz ve aynı şekilde doğrudan

[399] **ÇAKIR**, s. 104- 105. Diğer taraftan yönetimin karar alırken objektif bilgi yerine yetersiz sübjektif bilgi ile hareket etmesi özel hukuk babında sorumluluk gerektirsede ceza hukuku bakımından her daim güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayabilir. Ancak yetkinin kötüye kullanılması yoluyla bu suç oluşumunun bir göstergesi kabul edilebilir. Bu konuda en yeni içtihatlardan biri olarak **Alman Yrgt. (BGH.) 5.Ceza Dairesi'nin 12.10.2016 tarihli (5 StR 134/15) Nordbank kararını** örnek verebiliriz. Nordbank 2003 yılında Hamburg ve Schleswig-Holstein Landesbank'ın (Eyalet bankalarının) birleşmesi ile kurulmuştur. Banka denizcilik, finans, taşımacılık yenilenebilir enerjinin finansmanı, konut sektörü alanında dünyada faaliyet gösteren en büyük bankalardan biri olmuştur. Aynı zamanda eyalet bankalarının birleşmesi ile ortaya çıktığından bu iki eyaletin yönetimlerininde bankada hissedar olduğu gözönüne alındığından bir devlet bankası gibidir. Ancak zaman içinde denizcilik sektöründeki sorunlar ve bankanın riskli varlıkları 2007 yılına doğru banka için bir risk teşkil etmiştir. Nordbank yönetim kurulu 2007'yi 2008'e bağlayan bütçede bu riskli varlıklardan kurtulmak için mevzuattaki açıklardan yararlanarak bir plan geliştirmiştir. Bu plan Omega 52 ve Omega 55 olarak adlandırılan iki kısımdan oluşmaktadır. Omega 52 Nordbank'ın riskli varlıklarını Fransız BNP Paribas bankasının sigortalamasını kapsamaktadır. Nordbank BNP'ye bir sigorta primi ödeyecek karşılığında BNP Paribas Nordbank'ın 2 milyar Eurosunu güvence altına alacaktır. Bu sayede bankada bilançosunda bu riskli varlık kalemlerini azaltıp bu yöndeki Alman Bankacılık Denetleme Kurulunun çeşitli kurumların baskılarından kurtulacaktır. Ancak bu anlaşmaya Fransız BNP Paribas yanaşırken buna benzer bir şartla yanaşmıştır. Nordbank'ta BNP Paribas'nın riskli varlıkları olan İrlanda bankaları ve Lehmann Brothers kaynaklı fonları aynı şekilde güvence altına alacak ve bu hususta BNP Paribas'da Nordbank'a bir prim ödeyecektir. Bu anlaşmanın 2. kısmı Omega 55 olarak adlandırılmaktadır. Ancak işler riskli varlıklardan kurtulacağını başarı kazacağını uman Nordbank yönetiminin hiç de istediği gibi gitmez. 2008 krizi ve Hedge Fon krizi neticesi anlaşmadan 9 ay sonra ABD'de Lehmann Brothers iflas eder ve İrlanda da sorunlar başgösterir. Nordbank bir anda BNP Paribas'nın güvencesini üstlendiği zararları karşısında bulur. Sadece 2008 yılında Omega 55 sözleşmesi nedeniyle Nordbank'a binen yük 500 milyon eurodur. Banka iflas durumuna kadar gelmesine karşın Hamburg ve Schleswig-Holstein eyaletleri bir kurtarma planıyla bankaya mali yardım sağlar. Denetim Kurulu'nunda şikayetiyle bahse konu olayda savcılıkça Nordbank yönetiminden 6 kişiye bankanın ellerinde öz sermayesini iyileştirecek yeterli bilgi olmadan finansal işlemlerde bulunarak bankanın, kurum için dezavatajlı bir durum yaratmaktan Stgb 266/1.maddesini ihlalden; 2 üyeye ise halka açık şirketin basın bülteninde 3 aylık bildirimlerinde bankanın mart- haziran arasında 81 milyon Euro fazlasının olduğunu bildirmelerine karşın normalde 31 milyon Euro açığın olduğundan ve neticede AKTG'nin 400/1.maddesini ihlalden (-şirketin mali durumu hakkında gerçeğe aykırı şekilde yatırımcı ve mudilere gerçeğe aykırı bilgi vermekten ve durumu gizlemek suçu bizdeki Ser.PK m. 112'nin benzer karşılığıdır-) kamu davası açılmıştır. Hamburg Eyalet Mahkemesi burada iki aşamalı bir denetim yapmıştır. İlk olarak AKTG 93.maddesinde düzenlenen hususlardan hareketle yetkinin kötüye kullanılması suretiyle güveni kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmadığı tespit edilmiştir. Ardından ise kötüye kullanmanın ciddi olup olmamasını ele alarak, kötüye kullanmanın ciddi olmadığına karar vermiştir. Yine mahkemeye göre finansal ve yönetimsel açıdan yanlış riskli olmasına karşın hukuken bu konuda kanuna aykırılık olmadığından ayrıca iddia konusu 2008 ilk üç ayı mali tablo ve bilançolarda bu konuda bilgilere yer verildiğinden AKTG m.400'deki suçun gerçekleşmemiştir. Bu nedenle de sanıklar için beraat karar vermiştir. Ancak iddia makamı olan savcılık bu durumu temyize götürür. Alman Federal Mahkemesi inceleme neticesinde almış olduğu kararda işadamı kararı ilkesi şirket yönetim kurulunun bir takdir hakkının olduğunun ancak bu takdir hakkının gözetim yükümlülüğünün ihlali ve kanunlarla sağlanan yükümlülüklerin ciddi şekilde ihlali neticesinde aşılabileceği ve bununda Alman CK m.266'daki güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabileceğini belirtmiştir. Öte yandan buradaki sözleşme riskli bir sözleşmedir, çünkü bir garanti durumu yoktur ancak gelecekte tahmin edilen yarar ile telafi edilebilirlik ve dezavantajların iktisadi yönden telafisi ile sonrasında güncel ulaşılabilecek ekonomik başarı oluşabilecektir. Malvarlığına karşı suçlardan olan güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin

veya olası kastın varlığı sabitse 110/1 (b) ve (c) bentlerindeki örtülü kazanç aktarımı suçundan da sorumlu tutulabilir. Buna karşın kırk sene boyunca beraber çalışılan ve borçlarını hep vaktinde ödeyen bir firmaya, piyasadaki dalgalanma neticesinde zor duruma düşse de "kendisini nasılsa toparlar, şirkette ileride daha büyük kazançları bu müşteri üstünden tekrar sağlar" düşüncesiyle iki ay boyunca veresiye olarak hammadde teminine devam eden bir şirketin yönetim kurulu üyelerinin bu kararı iş adamı kararı ilkesi gereği ticari takdir niteliğindedir. Bu sebeple kanımızca ceza hukuku bağlamında bir sorumluluk atfı beklenemez. Ancak belki özel hukuk babında bilinçli taksir durumu gözetilerek tazminata hükmedilebilir. Aynı şekilde özel bir beceri gerektiren, hataya yer olmayan bir inşaat işi ile ilgili, daha önceki yirmi yıllık beceri tecrübe ve çalışmasına binaen piyasadaki diğer tecrübesiz firmalara göre yüzde üç gibi çok az daha pahalı fiyat versede kendi içindeki tecrübeli grup şirketine işi veren yönetim kurulunun bu kararı da kanımızca ticari takdir niteliğindedir. Bu nedenle yönetim kurulunun bu ilke gereği örtülü kazanç aktarımından sorumlu tutulmaları da beklenemez. Bunun yanında bir bilişim teknoloji şirketinin yönetim kurulunun kâr elde etmek için yaptığı piyasa araştırmaları neticesinde hukuka uygun

---

266.maddenin ticari ilişkilerde ahlaki veya hukuki garanti edilen amacın koruması söz konusu değildir. Bununla birlikte kişilerin malvarlığı değerlerinde meydana gelen azalma bu suçun koruması kapsamındadır. Güveni kötüye kullanma suçunda zarar olgusu failin güveni kötüye kullanma suçunu işlememesi durumunda malvarlığı durumu ile bu suçu işlemesi sonucunda ortaya çıkacak malvarlığı değerlerinin karşılaştırılması suretiyle bulunacaktır. Ekonomik yaklaşım ilkesinden hareket edilirse her türlü para ile ölçülecek değer kazanç açısından değerlendirilmelidir. Finansal piyasadaki başarı şansı ve şirketin malvarlığı değerlerindeki kaybın olası telafi imkânı gibi hallerde bu hesaplama da göz önünde tutulmalıdır. Ancak bu durum eğer failler kanuni yükümlülükleri bu sözleşmeyi onay neticesi ihlal etmişlerse (AKTG 93.madde) artık uygulanmayacaktır. Bununla birlikte bu konuda yeterli bir delil elde edilememiştir. Ancak AKTG 400.madde yönünden ise nicel değil niteliksel kriterlerin, bu durumun esas olarak Kasım 2008'de anlaşıldığı gözetilerek karşılaştırmalı ve detaylı bir inceleme yapılmadığından bahisle bu yönden hüküm bozulmuştur. Özetle Federal Mahkeme sanıklar açısından beraat kararına katılmakla birlikte yerel mahkemenin bu iki aşamalı denetim methoduna katılmamıştır. İhlalin ciddiliği özen yükümlülüğünün ihlalinin oluşumunda ve iş adamı kararı ilkesi gereği yöneticinin takdiri kapsamında daima dikkate alınmalıdır. Kabul edilebilir yönetimsel bir kararın alınması öncesi bilginin elde edilmesine yönelik olarak bu yetkinin aşılması, kötüye kullanılması, objektif verilerden hareket etmek yerine sübjektif verilerle hareket etmek, tek başına güveni kötüye kullanma suçu için gerekli değildir. Bununla birlikte kötüye kullanmanın bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Mahkemeye göre açıkça kabul edilemez yönetimsel davranış özen yükülümlüğünün ihlali ile eş anlamlıdır. Güveni kötüye kullanma suçu açısından da bu türden özen yükümlülüğünün ihlali (yetkinin kötüye kullanılması) dikkate alınmalıdır. Federal Mahkeme de riskli sözleşmelerin, kişilerin görevlerinden yönetimden kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlal edilmemesi halinde tek başına güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağını kabul etmiştir; bu konuda Eyalet Mahkemesi ile hem fikirdir. Ancak eksik inceleme yönünden Eyalet Mahkemesi'nin kararını bozmuştur. (Alman Federal Mahkemesinin BGH 5 StR 134/15 – 12 Ekim 2016 (LG Hamburg) kararı için bkz. https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/15/5-134-15.php; temyize konu 2014 tarihli Hamburg Eyalet Mahkemesi'nin 09.07.2014 tarihli ve AZ 608 KLs 12/11 nolu kararı için bkz. https://openjur.de/u/696940.html (Erişim Tarihleri: 06.02.2018) İngilizce kararın özeti için bkz. https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7cbfb232-69b7-4c04-9eff-9e72710e8ee8 Erişim Tarihi:27.08.2017)

şekilde aldığı kararla bir cep telefonunu büyük paralar harcayarak piyasaya sürmesi ama telefonun beklenmedik şekilde tüketiciler nezdinde rağbet görmemesi veyahut hesaplanmayan bir biçimde üretilen cep telefonu bataryalarının sorun çıkarması neticesi şirketin ürünleri geri toplamak zorunda kalıp zarara uğraması durumunda ortada bir kast söz konusu olmadığından ayrıca iş adamı ilkesi kuralları gereği durum yönetim kurulu açısından şirketin ticari takdir yetkisi içinde değerlendirilebileceğinden kanımızca ceza hukuku bağlamında bir suç oluşmayacaktır.

Öte yandan, piyasa araştırması yapmadan, gereken özeni göstermeden kendilerine menfaat temin edilen menfaat mukabili, halka açık şirketin karının düşeceğini, küçük hissedarların zarar görebileceğini öngörmelerine karşın şirketteki bir işi kendileri ile ilişkili bir firmaya gördüren yönetim kurulu üyelerinin olası kastı bulunmaktadır. Bu yönden Ser.PK m. 110/1 (b) ve (c) bentlerindeki örtülü kazanç aktarımı suçundan sorumlu tutulabileceklerdir.

Diğer taraftan iş adamı ilkesi dışında, bir ilkenin daha gözetilmesi gerekir. Bu ilke de "bütünüyle dürüstlük ilkesi" (entire fairness) dir. Bu ilkeye göre bir şirkette yöneticilerin verdiği kararlar dürüstlük ilkesine uygun olmak zorundadır. Karar hatalı veyahut kurallara uygun olmayan, iş adamı ilkesini ihlal eden bir karar olsa da bu karardan veya işlemden bütün herkesin yararlanabileceğinin tamamen şirket yararına olduğunun ispatlanması durumunda kişi sorumluluktan kurtulabilecektir.[400] Bununla birlikte bazı kararlar her ne kadar iş adamı kararı ilkesine uygun olsada azınlık hissedarların haklarını zedeleyebilecektir. Bu durumda ilgili yöneticinin şirketteki bütün çıkar gruplarını gözetmemesi sadakat yükümlüğünün ihlali nedeniyle bu ilke

[400] Örnek yukarıda açıkladığımız Mannesmann **(BGH 21.12.2005, 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331)** kararındaki varit ancak ispatlanamamış iddiadan hareket edebiliriz. Burada ileri sürülen iddialardan biri şirketin eski yönetim kurulu üyelerinin karşı firmadan takdir primi adı altında ücret almaları artık başkaca sorun çıkarmamaları devre razı olmaları içindir. Verilen para Vodafone'ca temin edilmiştir. Eğer verilen para bu amaçla verilmiş olsa da yönetim kurulunun ortaklar lehine büyük hamleleri, şirketin değerini katlamasını sağlamaları sonrası verilen büyük rakamlı satış teklifinin kabulü ve yapılan satış işlemiyle hissedarlar dâhil bütün herkesin kabulünün olması yine hissedarların şirketin, yatırımcıların büyük miktarda para kazanması dahası şirkettin zarara uğramaması aksine büyük kazanç elde etmesi hali bu olayda söz konusudur. Bu bağlamda bu para verilmese veya bu vaat yapılmasa dahi aynı rekor devir parası ile şirket zaten devredilecekse burada yönetim kurulu açısından güveni kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmadığı son derece muallaktır. Ancak şu var ki bu iddia konusu farazi halin gerçek olduğunu düşünülseydi, işlemden bir tane bile yatırımcının, azınlık hakkı sahibinin veya şirketin zarar görme durumu tehlikesi olsaydı o zaman güveni kötüye kullanma suçu olurdu.

çerçevesinde yine sorumluluğuna gidilebilecektir.[401] Bu sebeple şirketler hukuku bağlamında hem TCK m. 155/2'deki failin şirket mallarının idaresinden kaynaklanan güveni kötüye kullanma suçunda ve hem de Ser.PK m. 110/1-a, b, c deki güveni kötüye kullanma suçunda, iş adamı kararı ilkesi yanında bütünüyle dürüstlük ilkesinin de ceza hâkimi tarafından değerlendirilmesi gerekir. Ancak belirttiğimiz şekilde bu iki ilkeye uymama özel hukuk manasında en azından taksir nedeniyle bir tazminat yükümü doğurabilecekken ve/veya Ser.PK m. 103/6'da öngörülen kabahat hali oluşabilecekken; bu durum ceza hukuku manasında bu suç açısından ancak bir kast emaresi olarak düşünülebilecektir. Bu sebeple bu kişiler bu ilkelere riayet etmese dahi somut olgularla, maddi delillerle kişinin kastı ispatlanamazsa Ser.PK m.110/1'deki suçtan cezalandırma yapılması beklenemez. Bu iki ilkeye uyma halinde ise özel hukukta olduğu gibi ceza hukuku manasında da suçun manevi unsuru oluşmayacağından Ser.PK m.110'dan veya TCK m. 155'den cezalandırma yapılamayacaktır.

f. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Mülga Ser.PK'dan farklı olarak tüzel kişi yetkilisinin mutlaka fail olması gerektiğine, Ser.PK'nın 110. maddesinde işaret edilmemiştir. Bu sebeple yetkili ile birlikte hâkimiyet kuran kişilerin, örtülü kazanç aktarımının karşı tarafında olan tüzel kişilik yetkililerinin suçun müşterek faili olarak değerlendirilebileceği iddia edilmektedir.[402] Eğer burada düzenleme konusu bir özgü suç karakteri taşımasa veya bu konuda açık istisnai bir düzenleme Ser.PK'da yapılmış olsaydı (a) bendi için bu görüşe katılmasak dahi (b) ve (c) bentleri açısından bu görüşe katılabilirdik. Zira (b) ve (c) bentlerinde ki suçlar esasında müşterek failliği (birden çok kişinin katılımını) gerektiren suçlardır. Bu bentlerdeki suçun ortaya çıkabilmesi, bir şirketin kazancını, karını, pay sahiplerinden gizlemek için örtülü kazanç aktarımının yapılabileceği bir karşı tarafın varlığı şarttır. Ancak TCK m.40/2. fıkradaki hüküm karşısında iştirak kuralları gereği bir özgü suça iştirak eden kimse ancak azmettiren yardım eden olarak sorumlu tutulabilir. Bu sebeple eğer şirketteki ortaklardan bazıları veya yetkilileri aynı zamanda örtülü kazanç aktarılan şirketin yetkilileriyse, müşterek fail

[401] Bkz. **Lawrence EMITCHELL**, Fairness and Trust in The Corporate Law, Duke Law Journal, Volume:43, Number:3, (1993), s. 425- 491; ayrıca bkz. **GAINET**, Controlling Shareholders' Fiduciary Duties Owed to Minority Shareholders – A Comparative Approach: The United States and France, s. 148- 152 Ayrıca bu konudaki **Sinclair Oil Corp. vs. Levien 280 A.2d 717 Delaware Yüksek Mahkemesi, 1971 tarihli kararı** için bkz. 404 nolu dipnot.

[402] **YENİDÜNYA- CANPOLAT**, s. 147; **KARACAN**, s. 638

olarak elbette sorumlu tutulabilir. Fakat bunun dışında kazancı aktaran şirket ile kazancın aktarıldığı şirketler arasında bu yönde hem hukuki hem de fiili bir irtibat yoksa o zaman suça iştirak eden bu kişiler ancak yardım eden veya azmettiren -yani şerik olarak- sorumlu tutulabilirler. Bu sebeple suça iştirakte kimin şerik veya fail olarak kabul edileceği hususu her somut olaya göre ayrı, ayrı belirlenmelidir.

Bu yönden pek çok halde suça iştirakin fiilen bir zorunluluk haline geldiği Ser.PK m. 110-1-b ve c maddesindeki suçlar; tek faille işlenebilen TCK m. 155'deki güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır.

Bunun yanında Ser.PK m. 110/1'deki ve TCK m. 155'deki güveni kötüye kullanma fiillerinin belirttiğimiz üzere her zaman hâkim şirketten bağlı şirkete kazanç, sermaye, mal aktarımı ile gerçekleşmeyebilir. Bağlı şirketten hâkim şirkete doğrudan hâkim şirket yetkililerinin talepleri ve zorlaması ile kazanç sermaye ve mal aktarımı gerçekleşebilir. Bağlı şirket ve hâkim şirket arasındaki iştirak ve cezai sorumluluk açısından yine hâkim şirket yetkilileri hakkında şu iki sorunun da cezai sorumluluk açısından ayrıca cevaplanması gerekir. İlk olarak bağlı şirkette Ser.PK m. 110/1'deki veya Ser.PK m. 155/2'deki suçun oluşmasına sebebiyet veren hâkim şirket yöneticilerinin fail olarak veya şerik olarak iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi mümkün müdür? İkinci olarak her ne kadar bağlı şirket yöneticileri halka açık şirketlerde sorumlu tutulabilirse de hâkim şirket yöneticileri de ayrıca müşterek veya dolaylı fail olarak mı yoksa yalnızca iştirak hükümleri dairesinde yardım eden veya azmettiren (şerik) olarak mı sorumlu tutulabilecektir?

Hâkim şirket yöneticilerinden biri aynı zamanda bağlı şirketin yöneticisiyse elbette fail olarak sorumluluğu mümkündür.[403] Eğer hâkim şirket yöneticisi, bağlı şirkette yönetici değilse TTK'nın 206. maddesine göre hâkim şirket yöneticilerinin ve hâkim şirketin özel hukuk babında sorumluluğu söz konusu olabilir.Bununla birlikte kanımızca ceza hukuku bakımında bağlı şirket tarafından TTK'nın 203.maddesi gereği hâkim şirkete şartlı olarak verilmiş eşyanın şirket politikalarına aykırı şekilde kullanılması tasarrufta bulunulması halinde hâkim şirket yöneticileri

[403] Dahası bu halde hâkim sirketin yönetim kurulu üyesi bu sıfatla ayrıca yönetim kurulu üyesi olduğu bağlı şirkette zarar meydana gelmesine yol açmışsa, bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri için öngörülmüş bulunan m. 205'deki sorumsuzluk kaydından doğal olarak yararlanamaz. (Bkz. **GÜREL**, s. 144)

açısından[404] halka açık şirket olup olmamasına göre TCK'nın 155/2. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden veya Ser.PK'nın 110. maddesinden fail olarak yapılabilecektir.

Ancak bu durum dışında hâkim şirket yöneticilerine, Ser.PK m. 110/1 veya TCK m. 155/2'ye göre bağlı şirket yöneticilerini aracı kılmak suretiyle bu suçu işlemelerinden ötürü fail, dolaylı fail, müşterek fail olarak işlem yapılabilmesi son derece zordur. Olsa olsa, şeriklik halinden ötürü bir cezalandırma düşünülebilir. Zira bu iki suçta özgü suç niteliğindedir. Bu yönden ülkemizdeki ceza mevzuatı eleştirilebilir. Zira hâkim şirket yöneticilerinin bağlı şirketin üyelerine karşı cezai sorumluluğunu açıkça düzenleyen düzenlemeler TTK'da açık ve tam olarak bulunmamaktadır.

Örneğin, TTK'nın 209.maddesinde bu yönde hâkim şirketin güvenden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme varsa da bu düzenleme TTK m. 155/2 veya Ser.PK. m. 110 yönünden bir sorumluluk getirememektedir. Buradaki sorumluluk hâkim şirketinin itibarının bağlı şirkette kullanılmasının uyandırdığı güvenden kaynaklıdır. [405] [406]

---

[404] ABD'den hakimiyetin kötüye kullanılmasına ve hâkim şirketin özel hukuk babında hukuken sorumlu tutulmasına dair bir örnek olarak **Sinclair Oil Corp. vs. Levien 280 A.2d 717 Delaware Yüksek Mahkemesi, (1971)** kararı verilebilir. Kararı özetlersek; Sinclair Petrol grubu iştiraki olan Sinven'in %97'sine hakimdir bütün yöneticileri kendisi atamaktadır. Levien ise Sinven'in azınlık ortaklarından biridir. Sinven yöneticileri hemen her kararında Sinclair lehine karar almakta, kazançlarının çoğunu bu firmaya yönlendirmektedir. Levien, Sinclair'e karşı dava açar. Yerel mahkeme Levien'ı haklı bulur ancak Sinclair kararı temyiz eder. Delaware Yüksek Mahkemesi kararı onaylar. Kararda özetle mahkeme Sinclair'in büyüme stratejilerini uygulayabileceğini ancak uygularken iştiraki olan Sinven'in azınlık hissedarlarının zararına işlemde bulunamayacağına hükmeder. Mahkemeye göre Sinclair'in azınlık hissedarlarının zararına işleminde artık iş adamı ilkesine bakılmaz, bunun yanında bütünüyle dürüstlük ilkesi (intrinsic fairness (entire fairness))'de gözönünde tutulmalıdır. Bu ilkeye göre Sinclair'in hissedarlarının çıkarlarını gözeterek karar vermesi gerekir. Ancak yapılan işlemden hem hâkim şirket hem de iştirakin azınlık hissedarlarıyla birlikte yararlanabilmesi aynı yararı paylaşabilmesi söz konusu olsaydı bu durumda iş adamı ilkesine göre hareket edilerek Sinclair sorumlu tutulmayabilirdi. Karar için bkz. http://www.invispress.com/law/corporations/sinclair.html (Erişim Tarihi:27.07.2017); kararın değerlendirilmesi için bkz. **GAINET**, Controlling Shareholders' Fiduciary Duties Owed to Minority Shareholders– A Comparative Approach: The United States and France, s. 147

[405] TTK m. 209*" Hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur."* Bahse konu düzenlemenin getirilme nedeni de TTK 209.madde gerekçesinde belirtildiği üzere (Bkz.http://www.ticaretkanunu.net/ttk-madde-209/ Erişim Tarihi:29.07.2017) İsviçre'de verilmiş olan Wibru/Swissair (İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi (BGE) 120 II 331) kararıdır. (Bu kararın Türkçe metni ve değerlendirilmesi için bkz. **Halit AKER**, Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: "Hâkim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu" (TTK Tasarısı M. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 4, (2008), s.13- 20) Yine TTK gerekçesinde zikredilmese bile aynı şekilde güvenin korunmaya lâyık olması, hâkim şirketin davranışlarının, yeterli derecede somut ve belirli beklentiler oluşturmaya

Bunun yanında bağlı şirkete, hâkim şirketin kabul ettirdiği hakimiyet sözleşmesinden[407] yola çıkarak hâkim şirketin bağlı şirket malları üstünde zilyet olduğu ve bağlı şirkete onun pay sahibi ortaklarına karşı bu yönden sorumlu olduğu düşüncesinden hareketle bu sözleşmeye aykırı davranışta hâkim şirket yöneticilerinin fail olarak da sorumluluğu belki düşünülebilir. Yine TTK'nın 202/5. maddesi *"bağlı şirketin yöneticileri, bu madde hükümleri dolayısıyla pay sahiplerine ve alacaklılara karşı doğabilecek sorumluluklarının tüm hukuki sonuçlarının, bir sözleşme ile üstlenmesini hâkim teşebbüsten"* isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Eğer böyle bir durum varsa ve bu istek hâkim şirketçe kabul edilmişse belki tartışmalıda olsa hâkim şirket yöneticilerinin bağlı şirketteki belli mallara zilyetliği ve sonradan ilgili sözleşmelere taraf olduğu iddia edilebilir. Yine TTK m.202/1'in yaptığı atıfla TTK'nın 557.maddesinin hâkim şirketi ve yöneticilerini kapsadığı buna göre hâkim şirket yöneticilerinin fail olarak sorumluluğunun düşünülebileceği de iddia edilebilir.[408] Ancak yine de bu durumlar, ceza hukuku açısından mevzuattaki açıkları kapatamamaktadır.

Almanya'da da bu yönden çok büyük sorunlarla karşılaşılmaktadır. Örneğin Alman Federal Mahkemesi'nin Bremer-Vulcan (2001) kararı ile buna benzer bir sorun önüne gelmiştir. Bahse konu olayda ana şirket yöneticileri kardeş şirketlerin (Werften-Stralsund) işletmelerinden 680 milyon markı Bremen'deki ana şirkete

---

elverişli olması gerektiğini bildiren Musikvertrieb / Motor-Columbus Kararı da bu maddenin hazırlanmasını etkilemiştir. (İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi (BGE) 124 III 297-305) (Bkz.**AKER**, Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: "Hâkim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu" (TTK Tasarısı M. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme, s. 20- 27,92,93)

[406] Dahası TCK'nın 155.maddesindeki eşya kavramı ile Ser.PK'nın 110. maddesindeki eşya kavramı arasndaki farkları da daha önceki konularda inceledik. Ser.PK'nın 110. maddesinin yorumundan halka açık şirketlerde örtülü kazanç aktarımı yönünden kimi hallerde hâkim şirketin yönetiminin cezai sorumluluğu olduğu kanaatine ulaşılabilsede halka açık olmayan şirketlerde (örnek A.Ş.'ye bağlı bir limited şirket) TCK m. 155 metninden bu yönde kanaate ulaşmak zordur. Örneğin halka açık olmayan bir şirketler topluluğunda veya hâkim şirketin halka açık bağlı şirketin halka açık olmadığı bir toplulukta, hâkim şirket yönetimi, bağlı şirketten gelecekte doğacak bir alacak hakkından karşılıksız olarak feragatini isterse TTK 205.madde gereği bağlı şirket yöneticileri bu talebi yerine getirirse, neticede bağlı şirket ağır zarara uğrasa, bağlı şirketin üyelerine karşı hâkim şirket yöneticilerinin cezai sorumluluğuna nasıl gidilecektir burası tam bir muammadır.

[407] Hakimiyet sözleşmesi ile ilgili bilgiler için bkz. 330 nolu dipnot

[408] TTK m.202/1- e "…*e) Pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı davaya, kıyas yoluyla 553, 555 ilâ 557, 560 ve 561 inci maddeler uygulanır. Hâkim teşebbüsün merkezinin yurt dışında bulunması hâlinde tazminat davası bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır…"* TTK m. 557 *"(1) Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur. (2) Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir. (3) Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir."*

aktarmışlardır. Neticede kardeş şirketlerde ana şirketle birlikte zora düşmüştür. Bremen Eyalet Mahkemesi Bremer-Vulkan şirketinin eski patronu Hennemann ve diğer sanıklar hakkında Al.CK 266.maddesi gereği mahkumiyet kararı vermiş ancak hüküm federal mahkemece hem ceza hem özel hukuk kurallarının uygulanacağını belirtmekle birlikte ana şirket yöneticilerince yapılan hareketin hissedarlara şirkete zarar verdiğinin ispatlanamaması, bu işlemin tek başına bir tehlikenin oluşturamayacağı gibi nedenlerle ana şirket yöneticilerinin sorumluluğuna gidilemeyeceğinden kaldı ki ana şirketin bağlı limited şirketin garantörü olduğundan bahisle bozulmuştur. Karar günümüzde dahi eleştirilmektedir. [409]

Bunun hemen ardından ise aynı Federal Mahkeme 2002 yılında bir başka konuda özel hukuk açısından değerlendirmede bulunduğu KBV kararında[410] iki temel bazda değerlendirmede bulunarak meseleyi incelemiştir. İlk olarak davalının şirkete zararındaki sorumluluğu ve ikinci olarak davalının BGB (Alman Medeni Kanunu) 826.maddesi gereğince[411] iyi niyet kurallarına aykırı olarak oluşan zarardaki kastının varlığı (contra bonos morales) değerlendirilmiştir. Yine yüksek mahkemenin BGB 826.maddesine göre a) talepte bulunan bir zarara uğramalı b) bu zarar davalının fiili neticesi gerçekleşmeli c) davalının fiili iyi niyet kurallarına aykırı olmalı d) davalı yaptığı fiil talepte bulunanı zarara uğratma amacı taşımalıdır. Bu dördüncü unsurun ispatı son derece zor olsada bu davada mahkeme davalı hâkim

---

[409] Karar için bkz. **ANDERS**, s.168-171; **Ellis FERRAN- Look Chan HO**, Principles of Corporate Finance Law, Oxford University Press, (2014), s. 39; **TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 221, Ayrıca bkz. http://www.abendblatt.de/region/article107636536/ Untreue-Verfahren-gegen-Ex-Bremer-Vulkan-Chef-eingestellt.html (Erişim Tarihi: 10.06.2017)

[410] **KBV davası, Alman Federal Yüksek Mahkeme Hukuk Genel Kurulu (BGHZ) 151, 181 = NJW 3024 (2002) sayılı kararı** şöyledir. Davacı KBV firması ile hukuki ilişki içerisindedir. Bu sırada davacı konrata göre kendi sorumluluğunu yerine getirirken, KBV firması L Gmbh ile bir hukuki anlaşma imzalar. Bu anlaşma gereği KBV'nin sorumluluklarını yerine getiremeyecek derecede büyük miktar parası L GMBH'ye transfer edilir. Bunu KBV'nin ortaklarından biri olan A sağlamıştır ve bunu yaparken diğer ortak, aynı zamanda şirket müdürü olan B'nin rızasını da sağlamıştır. Sırf bu anlaşma yüzünden şirket zora düşmüş ve yükümlülüklerini yerine getiremez hale gelmiştir. Neticede davacı, şirket ve diğerleri yanında A ve B'ye de dava açar. Federal Mahkeme A ve B'nin davalının zararını karşılamasına hükmeder. (Bkz.**Charles Zen QU- Bjorn AHL,** Lowering of the corporate veil in Germany: a case note on BGH 16 July 2007 (Trihotel), Oxford University Comparative Law Forum, (2008), (http://ouclf.iuscomp.org/articles/zhen_ahl.shtml Erişim Tarihi: 12.08.2017)

[411] Alman BGB m.826 "Ahlaka Aykırı Kasıtlı Zarar" başlığını taşır ve hemen bu başlık altında şu hüküm bulunmaktadır. *"Her kim diğer bir kimseye ahlak dışı yoldan kasıtlı olarak zarar verirse, diğerinin zararını karşılamakla yükümlüdür."* (Maddenin İngilizce çevirisi için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3497; Almanca orjinali için bkz. https://dejure.org/gesetze/BGB/826.html Erişim Tarihi: 07.08.2017) Bu maddenin ülkemizdeki karşılığı ise 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49.maddesidir. TBK m. 49: *"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verende, bu zararı gidermekle yükümlüdür."*

şirketin yetkililerinin bu bilinçte olduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte yüksek mahkeme, burada BGB m. 826'dan çok tüzel kişilik perdesinin kaldırılması (Durchgriffshaftung) ile hukuken himaye edilen bağlı şirketin ekonomik temelini zarara uğratan para çekiminden dolayı kontrol eden paysahibinin (hâkim şirketin) sınırsız dış yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir. [412]

Diğer taraftan bu kararın üzerinden 5 yıl geçtikten sonra tekrar Federal Mahkeme, bir özel hukuk kararı olan Trihotel kararı ile (BGHZ 173, 246, 263 f. = NJW 2007, 2689 = WM 2007, 1572 – Trihotel) [413] sorumluluk konseptinde değişikliğe gitmiştir. Bu defa bağlı şirketteki sorumluluğu GmbHG'nin 30 ve 31.maddeleri ışığında BGB'nin 826.maddesinden kaynaklı bir iç sorumluluk olarak görmüştür. Buna göre şirkette var olan kontrollerinin ve hakimiyetinin derecesine

[412] **Matthias CASPER**; Liability of the Managing Director and the Shareholder in the GmbH (Private Limited Company) in Crisis; German Law Journal, Volume: 9, No: 9, (2008), s. 1133- 1135 BGB m.826 ve diğer mevzuattaki iç sorumluluk hallerinin Federal Mahkemece gözetilmemesi ilk olarak buraya başvurunun ele alınmaması gözetilmemesi doğrudan Anglo-sakson hukukundaki tüzel kişilik perdesinin aralanması ve dış sorumluluk ilkesinden Federal mahkemenin hareket etmesi, doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Zira sadece BGB m.826 değil, GmbHG 30. ve 31.maddesi de hissedarların limited şirkete müdahalesini sermayeyi devam ettirme kuralı ile sınırlamakta ve ana sermayeye ilişkin varlıkların hissedarlara ödenmemesini, ayrıca bu tür ihlallerinde raporlanması öngörmektedir. (Bkz. **Peter O. MÜLBERT- Alexander WILHELM**, Varlığı Yok Etme Mükellefiyeti- Kuruluşa Alacaklıya Zarar Verici Etkileri İçin Hissedar Mesuliyeti, Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları Sunum Tebliği, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, (2014), s. 219) Bununla birlikte bu karar Bremer-Vulkan kararı ile Almanya'da ortaya çıkan hâkim şirketin (hâkim ortağın) sorumluluğunu açıklamada bir dönüm noktasıdır ve Federal Mahkemenin görüş değiştirdiğini de ortaya koymaktadır.

[413] **Trihotel davasına konu olayda (BGHZ 173, 246, 263 f. = NJW 2007, 2689 = WM 2007, 1572)**, şöyledir. Davalı A, J ve W Hotel GMBH şirketlerinin üçünde de yönetici müdürdür. Ancak A GMBH'de davalının hissesi bulunmamaktadır. A GMBH'nin %48'i davalının eşinindir. Kalan %52 ise J GMBH'nindir. J Gmbh'de ise davalının annesi hisselerin %90'nı elinde tutmaktadır. Aynı şekilde W Hotel GMBH'de de davalının annesi kalan hisseleri elinde tutmaktadır. A GMBH davalıdan kiralanan bir otel işletmesini işletirken, davalı bu şirketin kira sözleşmesini beş ay önce fesh eder. Mülk sonrasında W Hotel GMBH'ye kiralanır. Bundan sonra A GMBH cironun %40'ı karşılığından W Hotel GMBH adına ilgili yeri işletmeye devam eder. Ancak A GMBH'nin cirodan alacağı pay %40'dan %28'e düşürülür. Bu arada A GMBH finansal ihtiyaçlarını karşılamak için davalının annesinden kredi almıştır. Bu krediye karşılık rehin olarak şirketin büyük miktarda malvarlığı annesine verilir. Bunun neticesi A GMBH borçlarını karşılayamaz duruma gelir ve iflas prosedürü başlar. Alacaklıların açmış olduğu davada Rostock istinaf mahkemesi davalıyı en az iki konuda yaptığı müdahalelerden alacaklılara karşı sorumlu tutar. a- davalının annesinden alınan kredi, rehin olarak verilen malların değerinden daha düşüktür, bu yönden aşırıdır b- A Gmbh'nin kira sözleşmesinin beş ay önceden feshi kabul edilemez bir durumdur. Ancak temyiz neticesinde bu durum Alman Federal Mahkemesinin önüne gelir. Federal Mahkeme istinaf mahkemesinin hükmünü varsayımlara dayalı olarak hareket etmesi ve davalının yaptığı müdahalelerin haksızlığı yanında etkilerinin bir uzman bilirkişi tarafından tespit edilmesi gerektiğinden bahisle bozar. Bununla birlikte bu karardaki esas önemli nokta bu değildir. Zira bu tespitleri yaparken federal mahkeme a) şirket varlığını yok etmeye sorumluluğuna yönelik yeni düşüncesini ve bunun eski düşüncesinden farklılıklarını b) eski düşüncesinden niye vazgeçtiğini, c) Karşılaştırmalı olarak değişen şirketin varlığını yok etme sorumluluğu kavramını geniş perspektiften hükümde anlatır. Bu kararda olaydan çok işte bu karar gerekçesinde anlatılan sorumluluk kavramından ötürü önemlidir. (bkz. **QU- AHL**, Lowering of the corporate veil in Germany: a case note on BGH 16 July 2007 (Trihotel), http://ouclf.iuscomp.org/articles/zhen_ahl.shtml Erişim Tarihi: 12.08.2017)

göre bütün ortaklar zarar veren olarak gözönünde tutulabilirler. Zarar gören kuruluş tazminat talebinde bulunmaya yetkilidir. Ahlaka aykırılığın objektif unsuru hissedarın şirketin kuruluş varlığına yapmış olduğu kalifiye müdahaledir. İşletmeye yabancı amaçlar için hedef odaklı yapılan müdahaleler kalifiye müdahaledir. Bu müdahale neticesi oluşan kayıplar GmbHG 30 ve 31.maddeler gereğince dengelenmemiş ve telafi edici menfaatler öngörülmemişse ve bağlı şirketin ödeme gücünü ortadan kaldırmışsa, iflas etme noktasına getirmişse veya kötü durumunu daha da kötü hale getirmişse müdahale ahlaka aykırıdır. Müdahalenin şirkete zarar vermesi ve şirketin kuruluş varlığını yok etmesi yeterli olup hissedarın ayrıca ahlaka aykırılık bilinci ile hareket etmesine mahkemeye göre gerek bulunmamaktadır.[414] Burada sermayenin korunması ve şirketin varlığını sürdürmesi müdahalelerde hukuki kriter olarak kullanılmaktadır. [415]

Alman Federal Mahkemesi'nin bu içtihatları özel hukuk yönünden hâkim ortağın veya şirketin sorumluluğunu açıklayıp, tazminat istemine olanak tanımaktadır.[416] Ancak ceza hukuku açısından hâkim şirket yetkililerinin fail olarak cezalandırılabilmesini sağlayacak temeli oluşturmayı kanımızca tam olarak sağlamamaktadır, sorunu çözememektedir.

Neticede, ülkemizde kanımızca ceza hukuku yönünden uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı kıyas olarak bile değerlendirilebilecek dolambaçlı zorlama çözümler yerine bu ve benzer durumlarda hâkim şirket yöneticilerini de zilyet olarak kabul edip bu yöndeki kastın varlığı halinde güveni kötüye kullanma veya Ser.PK m. 110/1'deki suçtan doğrudan fail veya müşterek veya dolaylı fail olarak sorumlu tutabilecek açık yasal cezai düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu yönde TTK veya TCK'ya cezai hüküm sevk edilmesi gerekir.

---

[414] **MÜLBERT- WILHELM**, s. 226- 230

[415] **TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 221

[416] Kaldı ki Trihotel davasında Alman Federal Mahkemesinin ortaya koyduğu sorumluluk anlayışı da eleştirilmektedir. Bu görüşe göre AktG 241.maddesinde ve BGB m. 280/1. Fıkrasında üyelerin sadakat yükümüne ilişkin düzenlemeler bulunmakla bu düzenlemelerden hareketle öncelikle Federal mahkemenin sorumluluk yönünde bir karar oluşturabilirdi. BGB m. 280/1 her ne kadar en küçük ihmali bile cezalandırsada Federal Mahkeme AktG 117. maddesinin uygulanması gibi analog uygulamalarla bu sorumluluğu sınırlandırabilir bu yönde bir karar tesis edebilirdi. Yine bu görüşe göre Federal Mahkeme bu kararı ile özellikle limited şirketlerde bazı hallerde haksız olarak cezalandırmanın önünü kapadığı gibi aynı zamanda bazı hallerde haksız cezalandırmanında önünü açmış, çelişkilere yol açmıştır. (Bu görüş için bkz. **MÜLBERT- WILHELM**, s. 230- 232)

Yine de hâkim şirket yetkililerinin azmettiren olarak ele alınması halinde TCK m.38/1 gereği "azmettirenin işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağına" dair bulunan hüküm bu konuda bir cezai hüküm sevk edilene kadar bir nebze olsun teselli kaynağı olabilir.

Teşebbüs açısından, Ser.PK m. 110-1 (a) bendindeki suç, neticesi harekete bitişik suç olup ancak icra hareketleri parçalara ayrılabiliyorsa teşebbüs mümkündür. Satış hareketi, zımni inkâr olarak kabul ettiğimiz gizleme hareketi için mesela teşebbüs mümkün görünsede; açık inkâr etme hareketi için teşebbüs pek mümkün görünmemektedir. Buna karşın 110-1 (b) ve (c) bentlerindeki haller bir zarar suçu niteliğinde olup, bu suçlara teşebbüs mümkündür. Ancak bir şirkette yönetim kurulu kararları içinde yer alan her öncül eylem o anda bağlayıcı ve belirleyici olmadığından teşebbüs olarak da değerlendirilemez.[417] Örneğin bir şirketin uzakdoğuda bir yan kuruluşu yönetim kurulu kararı ile oluşturması, örtülü kazanç aktarımı için kurulduğu dolaylı yoldan anlaşılabilse dahi aksi yönde de bir iddiada da bulunulabileceğinden karara imza atan yönetim kurulu üyelerini Ser.PK m. 110/1 b veya c bendine teşebbüsten cezalandırmaya olanak bulunmamaktadır.

İçtima açısından Ser.PK m. 110-2'deyse tam anlamıyla güveni kötüye kullanma değil, yatırım kuruluşu, 58 inci madde kapsamındaki fon kurulu ve 59 uncu madde kapsamındaki teminat sorumluları bünyesinde tutulan kayıtları bozma, yok etme, değiştirme fiillerini düzenlemektedir. Cezası 2 yıldan 5 yıla kadar hapistir. Ancak 5237 sayılı TCK'daki belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerinden mahkûmiyete bağlanan kanuni sonuçlar, bu suçtan mahkûm olanlar hakkında da uygulanacaktır. Kanaatimizce 110-1. madde deki suç ile birlikte; 110-2. maddedeki suçun failce gerçekleşmesi halinde ayrıca bu suçtan da cezalandırma yapılacaktır.

Diğer taraftan Ser.PK 110/1. maddesindeki suçun yaptırım, etkin pişmanlık vs. sonuçlar yönünden TCK'nın 155. maddesine bağlanmıştır. Bu nedenle Ser.PK 110/1. maddesindeki suçu gizlemek için failin şirkete ait resmi veya özel evrakta tahrifat, değiştirme yapması halinde eğer Ser.PK m. 110/2'de ki suç oluşmamışsa, şartları varsa ayrıca resmi veya özel belgede sahtecilik suçundan cezalandırma yapılmalı kanaatini taşımaktayız.

---

[417] **CARLO**, s. 12

Bunun yanında, bankalarda sermaye piyasasında aracılık faaliyetinde, işlemlerde bulunmaktadır. Failin bu fiilinin aynı zamanda Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesindeki zimmet suçunu oluşturması halinde Bank K.'nın 161.maddesine atfen daha ağır cezayı da gerektiren Bank.K'daki zimmet suçu yönünden failin cezalandırılması gerekir.[418] Aynı şekilde halka açık ve borsada işlem gören sigorta ve reasürans şirketleri bulunmaktadır. Eğer yapılan fiil aynı zamanda Sigortacılık Kanunu'nun 35/3 ve 4. maddelerindeki zimmet suçunu oluşturuyorsa hem özel niteliğinden hem de ceza yönünden daha ağır şartlar içerdiğinden Sig.K'daki zimmet suçundan failin cezalandırılması gerekir.

Buna karşın sigorta şirketleri açısından Sig.K'nın 19. maddesinde örtülü kazanç aktarımı yasaklanmış ve bu yasağa uymamanın cezası aynı kanunun 35. maddesinin 17.fıkrasında düzenlenmiş olsada, bu hüküm kanımızca ancak sigorta şirketi halka açık bir şirket değilse uygulama alanı bulacaktır. Zira fikri içtima hükümleri uygulanırsa halka açık sigorta şirketleri açısından ceza yönünden daha ağır olan Ser.PK m. 110/1-b ve c bentlerinin uygulama alanı bulması gerekir.[419]

Son olarak yapılan hareket neticesi, inceleyeceğimiz güveni kötüye kullanma suçunun TTK'daki özel bir türü olan TTK m. 358, m. 395/2, m. 562/5-b, c'de yer alan anonim şirkete borçlanma yasakları ile birlikte Ser.PK 110/1. madde hükmü ihlal edilmişse, failin daha ağır cezayı gerektiren Ser.PK 110/1.maddedeki suçtan cezalandırılması gerekir.[420]

---

[418] Aynı görüşte: **YENİDÜNYA- CANPOLAT**, s. 152

[419] Aynı görüşte **SADAK**, s. 137

[420] Bunun yanında vergi hukukunda KVK 13.madde de yazılı yükümlülüklerin ihlali suretiyle örtülü kazanç aktarımı ve vergi idaresine eksik bildirimde bulunma, VUK 341.madde ve 344.madde bağlamında vergi ziyaı cezasını gerektirmektedir. Cezası ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında para cezasıdır. Buna göre örtülü kazanç aktarımında bulunan fail veya tüzel kişi ayrıca idareye vergi yönünden eksik bildirimde bulunursa ayrıca vergi ziyaı suçundan ceza alır. Ancak bundan daha ötesi bu tür Ser.PK bağlamında örtülü kazanç aktarımında bulunan kişiler, aynı zamanda az vergi vermek amacıyla VUK m.359/1-a, b bağlamında ilgili şirketin defter ve kayıtlarında hesap ve muhasebe hileleri tahrifat yapabilmekte, sahte belge düzenleyebilmektedir. Bunlar hem Ser.PK m. 110/2 bağlamında sahtecilik hem de idarenin vergi hesaplamasını etkilediği için VUK m.359 bağlamında vergi kaçakçılığı suçuna sebebiyet vermektedir. KVK m. 13 ile Ser.PK m. 110/1'deki örtülü kazanç aktarımı suçu birbirinin aynı benzer suçlar değildir. Korunan hukuki değer KVK m. 13'te vergi güvenliğinin sağlanması, vergi kaçırmanın önlenmesidir aynı durum VUK m.359'daki kaçakçılık suçu ve VUK m.344'teki vergi ziyaı kabahati açısıdan da sözkonusudur. Kısaca korunan hukuki değer Ser.PK m. 110'dan farklıdır ayrıca mağdurda farklıdır. Ayrıca Ser.PK m. 110/1'de kanun maddesinde yer alan örtülü kazanç aktarımından anlaşılan sadece emsallere aykırı tespitinin değil," piyasa

g. Suçun Yaptırımı, Suçta Etkin Pişmanlık ve Uygulanacak Usul Hükümleri

Ser.PK m. 110/1. fıkrasındaki fiiller açısından, TCK m. 155/2'deki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden cezalandırma yapılacağı ancak verilecek cezanın üç yıldan az olamayacağı belirtilmektedir. Bu durumda bu suçun cezası üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıdır.

Etkin pişmanlık açısından ise Ser.PK m. 110-3'de Ser.PK 110/1-a,b,c ve 110/2'deki suçlar açısından TCK m. 168'den farklı özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu madde bendine göre "*(b) ve (c) bentleri kapsamına giren güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişi, etkin pişmanlık göstererek 21 inci maddenin dördüncü fıkrasında* (kurulca failden iadesi talep edilen aktarılan tutarın kanuni faiziyle birlikte hesaplanacak tutar) *yer alan ödemenin yanı sıra bunun iki katı parayı Hazineye;*

a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz,

b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir,

c) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.

Bu maddede ilginç olan husus örtülü kazanca konu tutarın aynen değil misliyle ödenmesinin öngörülmesidir. Bu niteliğiyle adeta bu madde adli para cezası niteliği taşımaktadır.[421]

Soruşturma ve kovuşturma yönünden ise Ser.PK m. 115/1, bütün ceza gerektiren suçların soruşturması ve kovuşturması için SPK.'nın Cumhuriyet savcılığına başvurusunu şart koşmuştur. Başvurunun da muhakeme şartı olduğunu

---

teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırılığın söz konusu olup olmadığının" bu suç açısından ayrıca gözetilmesi gereğidir ki bu durum KVK m. 13'teki tanımdan ayrılmaktadır. Ayrıca Ser.PK m.21/2'deki fiil yönünden de bu suç KVK m. 13'ten ayrılmaktadır. (Bu konuda daha detaylı bilgi için ayrıca bkz. **KARSLIOĞLU**, s. 386, 389- 392) Bu durumda yapılan eylemle hem Vergi hukukundaki kaçakçılık suçu ve vergi ziyaı kabahati hem Ser.PK m. 110/1 ve 2'deki suçlar oluşmuşsa gerçek içtima kuralları gereği fail hem Ser.PK m. 110/b, c bağlamında güveni kötüye kullanma suçundan hem Ser.PK m. 110/2'deki sahtecilik suçundan hemde VUK m.359 bağlamında vergi kaçakçılığı suçundan cezalandırılabilecektir. Bunun yanında ayrıca VUK 344.madde gereğince vergi ziyaı kabahati nedeniyle vergi sorumlusu veya mükellefe ziyaa uğratılan verginin 3 katı tutarında para cezası ve vergi kaçakçılığı suçuna iştirak edenlere de 1 kat idari para cezası da idarece tahakkuk ettirilecektir.

[421] Aynı görüşte **YENİDÜNYA- CANPOLAT**, s. 151; **MEMİŞ– TURAN**, s. 222

kanun belirtmiştir. SPK'nın yazılı başvurusu TCK'daki güveni kötüye kullanma suçunda mağdurun bulunduğu şikâyetten farklıdır. Zira şikâyet için kanun 6 aylık bir süre öngörürken, yazılı başvuru için böyle bir süre öngörülmemiştir. Ayrıca burada kimi hukukçulara göre şikâyetten farklı olarak SPK mağdur konumunda değil, suçtan zarar gören konumundadır.[422]SPK'nın bu başvurusu izin niteliğinde de değildir. Zira kurul, savcılığın başvurusuna gerek kalmadan kendiliğinden harekete geçmektedir. Ayrıca savcılığının başvuruya rağmen kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilmesi mümkündür. Bu durumda kurul kararı veren cumhuriyet savcısının görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın sulh ceza hakimliğine bu kararın kaldırılması için itiraz yoluna başvurması gerekir. (CMK m. 173)[423] Talep şartından da farklıdır. Zira talepte savcılığın dava açma zorunluluğu vardır.[424]Bununla birlikte hâkim görüş savcılığın dava açma zorunluluğunun bulunmamasına rağmen SPK'nın yazılı başvurusunun talep olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.[425] Yargıtay'da bu görüştedir.[426] Buna karşın tarafımızın ve bir kısım azınlık hukukçunun görüşü ise başvuru şartının kendine özgü bir niteliğinin olduğu ve bu şekilde değerlendirilmesi yönündedir.[427]

---

[422] **BAYINDIR,** Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. Maddesinde Yer Alan "Yazılı Başvuru Şartı"nın Hukuki Mahiyetine ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme s. 222- 223; **SADAK**, s. 177; **Ahmet GÖKCEN- Mehmet Emin ALŞAHİN- Kerim ÇAKIR**, Ceza Muhakemesi Hukuku- I, Adalet Yayınevi, Ankara, (2018) s. 78; **Bahri ÖZTÜRK- Durmuş TEZCAN- M.Ruhan ERDEM- Özge Sırma GEZER- Yasemin F.Saygılar KIRIT-Özdem ÖZAYDIN- Esra Alan AKCAN- Efser Erden TÜTÜNCÜ**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları,10.Baskı,(2016) s. 55, 56; **Feridun YENİSEY- Ayşe NUHOĞLU**, Yazılı Başvuru Şartının Hukuki Niteliği, Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi Sayı:101, (2013) s. 101; **Eralp ÖZGEN**, Sermaye Piyasası Kanunun 49 uncu Maddesi ile Sermaye Piyasası Kurulu'na Tanınan "Başvuru" Yetkisinin, "Talep" ve "Şikayet" Kavramları Açısından Değerlendirilmesi ve Cumhuriyet Savcılarının Takdir Yetkisi, SPK 15. Yıl Sempozyumu, Ankara, (1998), s. 195- 196; **Erdi YETKİN**, Bankacılık ve Sermaye Piyasasına İlişkin Muhakeme Kuralları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,Cilt:19, Sayı:3, (2015) s. 409

[423] **BAYINDIR**, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. Maddesinde Yer Alan "Yazılı Başvuru Şartı"nın Hukuki Mahiyetine ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme s. 223- 224; **SADAK,** Sermaye Piyasasında Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu s. 177

[424] **SADAK**, s. 178

[425] **Sahir ERMAN**, Şirketler Ceza Hukuku, (Ticari Ceza Hukuku VII), İstanbul Üniversitesi Yayınları İstanbul, (1983), s. 148; **GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, s. 68; **ÖZTÜRK- TEZCAN- ERDEM- GEZER- KIRIT- ÖZAYDIN- AKCAN- TÜTÜNCÜ**, s. 56;

[426]Yargıtay 7.CD E.1995/5815 K.1995/6925 T:18.09.1995 (Bkz. www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 10.06.2017) Ayrıca **SADAK**, s. 178

[427] **BAYINDIR**, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. Maddesinde Yer Alan "Yazılı Başvuru Şartı'nın Hukuki Mahiyetine ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme s. 224; **SADAK**, s.179; **Feridun YENİSEY- Ayşe NUHOĞLU**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.Baskı, (2018) s. 573, 574); **Nurullah KUNTER- Feridun YENİSEY- Ayşe NUHOĞLU**; Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları,18.bası, (2010), s. 677; **YENİSEY- NUHOĞLU**, Yazılı Başvuru Şartının Hukuki Niteliği, s.102; **ÖZGEN**, s. 195- 196; **YETKİN**, s. 409- 410 Kunter, Nuhoğlu ve Yenisey kitaplarında 9.basıya kadar yazılı başvuruyu talep gibi değerlendirirken sonrasında bu kurumun

Burada eleştirilecek nokta bu suçtan dava açılmasının mutlak olarak SPK'nın yazılı başvuru şartına bağlanmasıdır. Suçun diğer mağdurları ve suçtan zarar görenler açısından ise faillere karşı, SPK.'nın bu yönde bir başvurusu yoksa geriye sadece özel hukuka dayalı tazminat davası açma imkânı kalmaktadır. Bu yönden de bu suçlar güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır. Ancak mağdura veya suçtan zarar gören ilgililere şikâyet hakkı tanımadan bu suçtan soruşturma ve kovuşturma yapılmasının SPK'nın yazılı başvurusuna bağlanmasının kabulüne olanak bulunmamaktadır. Bank.K.'nın 162. maddesinde de buna benzer düzenleme vardır, BDDK veya TMSF yazılı başvurusu ile savcılık dava açacaktır. Ama ilgililerin CMK hükümleri gereği şikâyet ve dava hakları saklı tutulmuştur. Bu bağlamda Bankacılık Kanununa ilişkin suçlarda, BDDK veya TMSF yazılı başvuruda bulunmasa bile mağdurların şikâyeti ile dava açılabilecektir. Diğer deyimle burada yazılı başvuru şartı mutlak bir şart değildir. Oysaki Ser.PK'da kanun koyucunun bu tercihi yüzünden SPK'nın keyfi olarak yazılı başvuruda bulunmadığı veya yazılı başvurusunu geri aldığı fiillerin cezasız kalma durumu söz konusu olacaktır.

Yaptırım açısından bu suçun üç yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtildiğinden fail açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından (CMK m. 231/5) yararlanma imkânı iyice daraltılmıştır.

Öte yandan, bu suçtan yargılama için Ser.PK'nın 116. maddesince Ser.PK'da düzenlenen diğer suçlar gibi HSK tarafından belirlenecek Asliye Ceza Mahkemesi yetkili kılınmıştır. HSYK 1. Dairesinin 09.05.2013 tarihli ve 864 sayılı kararı ile Sermaye Piyasası ile ilgili suçlar konusunda eğer bulunan yerde tek bir Asliye Ceza Mahkemesi varsa bu mahkeme eğer iki tane Asliye Ceza Mahkemesi varsa ikincisi, eğer ikiden fazla Asliye Ceza Mahkemesi varsa üçüncü Asliye Ceza Mahkemesi bu davalara bakmaya yetkili olacaktır.[428] Bununla birlikte bu durum Sınai Mülkiyet Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki suçlar ilişkin ihtisas mahkemesi

---

TCK'daki kaldırılan müracaat kurumuna benzediğini belirtmişlerdir. 2013 yılı ve sonrasındaki makale ve kitaplarında Yenisey-Nuhoğlu bu kurumu şikâyet benzeri bir kurum olarak değerlendirmektedir. Bununla birlikte Kunter-Yenisey-Nuhoğlu ve Sadak kitaplarında SPK'nın yazılı başvurusunu geri alabileceklerini belirtirken, Bayındır, Özgen, Yetkin ve doktrindeki çoğunluk eserlerinde aksi görüştedir. Bizim de kanaatimiz şikâyette olduğu gibi SPK'nın yazılı başvurusunu geri alabileceği yönündedir. Nitekim benzer bir kurum olan BDDK Kentbank davasında yazılı başvurusunu geri çekmiş ve mahkeme bu hususu kabul etmiştir. (Bu konuda bkz. **SADAK**, s. 179, **YENİSEY-NUHOĞLU,** Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 574; Süzer'e itibar iadesi http://www.hurriyet.com.tr/suzer-e-itibar-iadesi-22522929; https://www.haberler.com/kentbank-davasi-bddk-nin-sikayetini-cekmesi-4446810-haberi/ (Erişim Tarihi:10.06.2017)

[428] İlgili karar için bkz. **Veysel TOPUZ**, s. 165, 166

olarak görev yapan Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleri gibi Ser.PK'daki suçları incelemek ve kovuşturmak anlamında gerçek manada bir ihtisas mahkemesinin kurulduğu şeklinde değerlendirilemez.[429] Yine 2019 yılına kadar bu kararın aksi yönde bir değişiklik olmasa da bu ileride iş bu dairenin değişmeyeceği anlamına gelmemektedir.

Öte yandan HSK'nın bu kararı doğrultusunda İstanbul, İzmir, Ankara gibi büyükşehirlerde 3.Asliye Ceza Mahkemesi bu davaları incelemekle görevlidir. Bu suç istinafa aynı zamanda temyize tabiidir. İstinaf mahkemelerinin iş bölümü HSK tarafından yapılmaktadır. Sermaye piyasasını da içine alan çeşitli özel ceza kanunlarındaki suçlar için HSK 1.Dairesi'nin 21/06/2019 tarihli ve 678 sayılı kararına göre[430] İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14., 15., 16. Ceza Daireleri[431] yetkilidir. Diğer Bölge Adliye Mahkemeleri içinde iş bu HSK kararı ile sorumlu daireler belirlenmiştir. Örneğin İzmir'de 16. Ceza Dairesi[432], Ankara'da 11. ve 16.Ceza Dairesi[433], Bursa için 5. Ceza Dairesi[434], Gaziantep için 11.,12.,13., Ceza Daireleri[435] , Van için 3. Ceza Dairesi[436], istinaf için yetkilidir.

Bununla birlikte temyiz yönünden Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun iş bölümüne ilişkin 30.01.2019 tarih ve 2019/1 sayılı kararı uyarınca, temyiz incelemesi de Yargıtay 19. Ceza Dairesi tarafından yapılacaktır.[437]

---

[429] **Mehmet Murat AKTAŞ**, Sermaye Piyasası Kanunu Bakımından Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Düzenlemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:5, Sayı:10, Aralık, (2017), s. 32

[430] Bkz. https://www.hsk.gov.tr/DuyuruOku/1343_bolge-adliye-mahkemelerinin-is-bolumlerine-iliskin-duyuru.aspx (Erişim Tarihi: 08.07.2019)

[431] İlgili karar için bkz. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/%c4%b0stanbul%20B%c3%b6lge%20Adliye%20Mahkemesi%20%c4%b0%c5%9f%20B%c3%b6l%c3%bcm%c3%bc%20Karar%c4%b1(2).pdf (Erişim Tarihi: 08.07.2019)

[432] İlgili karar için bkz. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/d9846870-1125-441a-b896-e5bda3d8897b.pdf (Erişim Tarihi: 08.07.2019)

[433]https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/%c4%b0zmir%20B%c3%b6lge%20Adliye%20Mahkemesi%20%c4%b0%c5%9f%20B%c3%b6l%c3%bcm%c3%bc%20Karar%c4%b1(2).pdf (Erişim Tarihi: 08.07.2019)

[434] https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/Bursa%20B%c3%b6lge%20Adliye%20Mahkemesi%20%c4%b0%c5%9f%20B%c3%b6l%c3%bcm%c3%bc%20Karar%c4%b1(3).pdf (Erişim Tarihi: 08.07.2019)

[435] https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/Gaziantep%20B%c3%b6lge%20Adliye%20Mahkemesi%20%c4%b0%c5%9f%20B%c3%b6l%c3%bcm%c3%bc%20Karar%c4%b1(2).pdf (Erişim Tarihi: 08.07.2019)

[436]Bkz.https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/Van%20B%c3%b6lge%20Adliye%20Mahkemesi%20%c4%b0%c5%9f%20B%c3%b6l%c3%bcm%c3%bc%20Karar%c4%b1.pdf (Erişim Tarihi: 08.07.2019)

[437] İlgili karar için bkz. https://www.yargitay.gov.tr/documents/isbolumukarar30012019.pdf (Erişim Tarihi: 08.07.2019)

Bunun yanında ayrıca Ser.PK 103/6.maddesi Sermaye Piyasası Kurulu'na idari para cezası uygulama yetkisi tanımakla buna göre ayrıca güveni kötüye kullanma suçunu işleyen ilgili tüzel kişiye idari para cezası uygulaması yapılabilecektir.[438]

İlaveten Ser.PK m. 94 gereğince halka açık ortaklıklar, kollektif yaptırım kuruluşları SPK'nın yaptığı denetimlerde örtülü kazanç aktarımına rastlandığına dair bulgu varsa bu bulguları içeren denetim raporlarını üyelerine duyurmak ve SPK'nın belirlediği tutarın SPK'ca tayin edilecek süre içerisinde iadesini istemeye yetkilidir.

SPK, örtülü kazanca konu işlemlerin mevcudiyetinin ilk derece mahkeme kararı ile tespit edilmesi veya bu karar beklenmeksizin SPK'nın talebi üzerine mahkeme tarafından karar verilmesi hâlinde bu işlemlerde sorumluluğu bulunanların imza yetkilerini kaldırmaya, ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulması hâlinde, yargılama sonuçlanıncaya kadar ilgilileri görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar görevden alınan yönetim kurulu üyelerinin yerine yenilerini atamaya, ayrıca her hangi bir harca masrafa tabii olmadan ilgili aykırılıkların giderilmesi için her türlü tedbiri almaya durumu merciilere bildirmeye yetkilidir. (Ser.PK m. 92/1- 3)

Diğer taraftan Ser.PK'nın 89. maddesi ayrıca savcıya başvuruya gerek kalmadan SPK başkanının doğrudan Sulh Ceza Hakimine başvurup gerektiğinde arama kararı alınmasını isteme ve arama esnasında kolluk güçlerinden yararlanmasına ilişkili ilgili defter ve belgelere el koymasına imkân tanımıştır. Kanımızca bu her ne kadar ayrıca ortada bir hâkim kararı bulunsa dahi CMK'nın 119.maddesinden açık bir sapmadır. CMK'nın 119.maddesinin düzenlenmesine sebep özel yaşamın gizliliği ilkesine de aykırıdır. Savcılık makamının yetkisinin ayrıca gasbıdır. Burada olması gereken SPK başkanının eldeki delil ve belgelerle cumhuriyet savcısında başvurup savcının Sulh Ceza Hakiminden arama kararı alınmasını istemesidir. Bu yönden kanunun bu hükmünü de ayrıca eleştirmekteyiz.

---

[438] Ser.PK m. 103/6 "Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasının sağlanması hâlinde ilgili tüzel kişiye Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, verilecek idari para cezasının miktarı elde edilen menfaatin iki katından az olamaz." Ancak burada aynı fiile iki ayrı ceza uygulanması yönünden bir eleştiri getirilebilir. (Bkz. **SADAK**, s. 202) Bunun yanında ayrıca SPK veya suçtan zarar gören küçük hissedarlar tazminat ve alınan kararların iptaline ilişkin hukuk davası da açabilecektir.

Son olarak Ser.PK m.110/1'in yaptırım yönünden sonuç bağladığı TCK m.155/2'deki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali açısından 7188 sayılı 24/10/2019 tarihinde yürürlüğe giren kanunun CMK m.253'de yaptığı değişiklikle uzlaştırma yoluna başvuru imkanı getirmiştir. Ancak bu suçun mağdurlarından biri olan SPK bir kamu kurumu olduğundan CMK m.253/1. Maddesi gereği bu suç açısından kanaatimizce uzlaştırma yoluna başvurulamaz. Kaldı ki bir suçun cezasına atıf yapıldığında atıf yapılan suç açısından öngörülen bütün imkanlar atıf yapan suç açısından uygulanabilecek midir? Buda ayrı bir tartışma konusudur.

h. Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Diğer Bazı Tartışmalı Haller

Güveni kötüye kullanma ibaresi olmasada iki maddenin daha bu suçun bir türü olarak (Ser.PK m. 106, m. 109) değerlendirilebileceği bazı hukukçularca iddia edilmektedir.[439] Bu görüşü kabul etmemekteyiz.

Zira Ser.PK'nın 106. maddesi "Bilgi suiistimali"[440] ni düzenlemektedir. Bu suçun TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçundan çok farklı yanları bulunmaktadır. Zira bu suça konu sermaye piyasası araçları üzerinde hukuka aykırı tasarruflar *"doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış*

[439]**KARACAN**, s. 648 Burada yazar, 6362 sayılı Ser.PK'nın 109/1 ve 109/2. maddelerdeki usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyeti suçuna konu olarak yapılan işlemlerin, niteliği ve boyutuna bakılarak bazen dolandırıcılık bazen güveni kötüye kullanma suçu kapsamına girdiğini; 106.maddeki suçunda güveni kötüye kullanma suçunun özel bir türü olduğunu belirtmektedir. Netice olarak yazar, her iki suçunda güveni kötüye kullanma suçunun özel bir türü olarak değerlendirilebileceğini iddia etmektedir.

[440] Bu suç aynı zamanda "içeriden öğrenenlerin ticareti suçu" olarak da bilinir. Mülga Ser.PK'nın 47/a-1. maddesinde düzenlenirken şimdiki 6362 sayılı Ser.PK'nın 106.maddesinde düzenlenmiştir. Ser.PK. m. 106*:" (1) Doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden;*
a) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri,
b) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler,
c) İş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler,
ç) Bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler,
d) Sahip oldukları bilginin bu fıkrada belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler, iki yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırlar.
Ancak, bu suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde verilecek ceza elde edilen menfaatin iki katından az olamaz."

bilgilere[441] *dayalı olarak"* yapılmalıdır. İşlem yapılacak sermaye piyasası araçlarının sahibi suçu işleyen fail olabileceği gibi ayrıca faile kayden veya fiziken bu araçları teslim ve tevdii eden veyahut bu araçların faile para karşılığı alım emrini veren üçüncü kimselerde olabilir. Yine burada menfaat temin edilen kişi sermaye piyasası araçlarının sahibi kişilerde olabilir. Ceza hukukunda, güveni kötüye kullanma suçunun konusu eşya olup tek başına bilgi olamaz. Bu yönden bu madde TCK m. 155'deki güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır. Ancak fail vakıf olduğu içerideki bilgi ile üçüncü kişilere ait elinde tuttuğu sermaye piyasası araçlarını hukuka aykırı rızasız olarak tasarrufa tabii tutarsa doğal olarak bir güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Ancak bu durumda kanımızca hem bu suçtan hem de eğer şartları varsa öncelikle Ser.PK m. 110/1-a yoksa TCK m. 155/2'den ayrıca cezalandırma yapılması gerekir. Zira bu 106. maddedeki suç TCK m. 245/1'deki "banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu" gibi tam olarak bu suç tipini kapsamamaktadır. [442]

Yine diğer bir görüşte, Ser.PK m. 109/1 ve m. 109/2'de düzenlenen usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyeti suçlarının yerine göre dolandırıcılık, yerine göre güveni kötüye kullanma suçunun bir türü olarak değerlendirilebilmesi yönündedir.[443] Halka arz aracılık sözleşmesi Anglosakson kökenli bir sözleşmedir. Şu şekilde tanımlanabilir. *"Aracı kuruluşlar ile ihraççı yada halka arzı gerçekleştiren kişi yada kuruluş arasında akdedilen ve aracı kuruluşun sözleşmenin*

---

[441] Bu bilgiye içsel (içerideki) bilgi adı da verilmektedir. Bkz. SPK Özel Durumlar Rehberi (http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1103 (ErişimTarihi: 06.12.2017) ve 23.01.2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmî Gazete'de SPK tarafından yayınlanan 15.1 Sayılı Özel Durumlar Tebliği m. 4 (http://mevzuat.spk.gov.tr/ (ErişimTarihi: 06.12.2017)) Bu bilgi çeşitli şarta haiz olmalıdır. -Somut bir olaya ilişkin olmalıdır -Makul bir yatırımcının yatırım kararını alırken anlamlı kabul etmesi gerekir.-Kamuya açıklanmamış durumlarla ilgili olmalıdır.-Sermaye piyasası araçlarının alım satımında kullanılması halinde kullanıcısına ve diğer yatırımcılara nazaran avantaj sağlamalıdır.-Kamuya açıklandığı takdirde söz konusu sermaye piyasası aracının değerinde veya yatırımcıların kararları üzerinde etki yaratmalıdır. Doktrinde içerideki bilgi *"şirket bilgileri kurumsal yapı ve mali bünyeye ilişkin ortaya çıkan yeni durumlar, menkul kıymetin fiyatını etkileyebilecek henüz kamuya açıklanmamış bilgiler"* olarak tarif edilmektedir.

[442] Bu suç ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. **Ali Hakan EVİK- Vesile SONAY EVİK**, İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:53, Sayı:1-2, (2005), s. 1-56 Kanımızca bu suç olsa olsa TCK m.239'da yer alan "Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması" suçunun bir türü olabilir.

[443] Ser.PK m 109/1 ve 2. madde şu şekilde düzenlenmiştir.

(1) Onaylı izahname yayımlama yükümlülüğünü yerine getirmeksizin sermaye piyasası araçlarını halka arz edenler ya da onaylı ihraç belgesi olmaksızın sermaye piyasası araçlarını satanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.
(2) Sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Bu kişiler, bu suçun icrası kapsamında aynı zamanda birinci fıkrada tanımlanan suçu da işledikleri takdirde, sadece bu fıkrada tanımlanan suçtan dolayı cezaya hükmedilir ve ceza yarı oranında artırılır.

türüne göre ihraç ya da halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının üçüncü kişilere satışına aracılık etmeyi ya da hem sermaye piyasası araçlarının satışına aracılık etmeyi hem de bu araçların satılamayan kısmını satın almayı yahut bu araçları ihraç ya da halka arzı gerçekleştiren kişi ya da kuruluştan satın alarak daha sonra kendi adına ve hesabına halka satmayı belirli bir ivaz karşılığında yükümlendiği sözleşme" dir.[444] Burada ihraççı kuruluş, hisse senetlerinin halka arzı konusunda aracı kuruluşla anlaşıp satım yapmaktadır. Halka arz için önce bir firma kendisini halka arza uygun şekilde düzenler, bir aracı kuruluşla anlaşır, bu arada bağımsız denetim çalışmaları yapar, şirketin varsa esas sözleşmesini tadil edip bu yönde genel kurul kararı alır. Anlaşılan aracı kuruluş bir izahname[445] hazırlar bunu SPK'ya onaylattırır. Bu işlemler sırasında belli tahvil veya hisse senetlerinin zilyetliği aracı kuruluşa da bırakılabilir. Sonrasında bu izahname ile borsaya başvurulur. Bu arada halka arz edilecek hisse senetleri borsaya ve ilgili kurumlara kaydedilir. Borsa İstanbul'da şartlar gerçekleştirildikten sonra halka arz edilir.[446] Bu durumda aracı şirketin yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve hisse senetlerini hukuka aykırı olarak halka arzı güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabilir. Bu sırada aracı kuruluşun hileli aldatıcı davranışlarla ihraççı kuruluşu aldatması izni iptal edilen bir kuruluş olmasına rağmen iptal edilmemiş gibi göstermesi aracı kuruluş yetkililerinin fail olduğu dolandırıcılık suçunu da oluşturabilir. Ancak buradaki suç tipi de güveni kötüye kullanma suçuna tam olarak uymamaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunun unsurları bu suçun oluşumu içinde gerekli değildir. Kanımızca bu durumda da hem güveni kötüye kullanma (eğer hile varsa dolandırıcılık) ve hem Ser.PK'nın 109. maddesindeki suçtan faillerin cezalandırılması gerekir. Bu sebeple bu suçunda tam anlamıyla güveni kötüye kullanma suçunun bir türü olacağı görüşüne katılmamaktayız.

---

[444] **Tolga AYOĞLU**, Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, (2008), s. 182-183)

[445]**MEMİŞ– TURAN**, s. 65 "İzahname, esasen kamuyu aydınlatmaya yönelik belgedir. Bu belge ile ihraççı, kendisi hakkındaki bilgileri sermaye piyasası araçlarını sunduğu kişiye vererek onları aydınlatır." İzahname yatırımcılar tarafından kolaylıkla anlaşılabilecek şekilde hazırlanıp sunulmalıdır.

[446] Halka arz kılavuzu için bkz.: http://www.borsaistanbul.com/data/kilavuzlar/Halka_arz_ve_borsada_ işlem_gorme.pdf (Erişim Tarihi 08.03.2017)

B) Dernekler Kanunu'nda Öngörülen Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Bu Suçtan Ayrımı (Der.K. m.32-f)

a. Genel Bilgi

Dernekler Kanunu'nda, dernekler ilgili temel özel hukuka ve idare hukukuna ilişkin düzenlemelerin yanında bunlar için özel olarak öngörülmüş çeşitli suçlara ilişkin ceza hukukunu ilgilendiren düzenlemeler bulunmaktadır. Der.K'nın 2.maddesine ve TMK.'nın 56.maddesine göre dernek *"kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını"* ifade etmektedir. Dernekler kazanç paylaşma veya kar amacı gütmeyen üyeleri arasında belirli ve ortak manevi amaca ulaşmak üzere kurulan kuruluşlardır.[447] Mesleki dayanışma, eğitim, yardım, spor gibi amaçlarla dernekler kurulabilir.[448] Diğer taraftan dernekler amaçlarının gerçekleştirilmesi için ticari nitelikte işletme işletebilirler ayrıca birden fazla dernek bir araya gelerek federasyon, konfederasyonları; ayrıca vakıflar vb.

---

[447] **Jale AKİPEK-Turgut AKINTÜRK**, Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku 1.Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, 6.bası, (2007), s. 566; **M.Kemal OĞUZMAN- Özer SELİÇİ, Saibe OKTAY ÖZDEMİR**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul,15.bası, (2015), s. 285,286 Almanya'da Dernekler Kanunu'nun (VereinsG) 2.maddesine göre dernek *"hukuki yapısı ne olursa olsun birden fazla gerçek veya tüzel kişinin uzunca bir süre için ortak bir amaç doğrultusunda bir araya geldikleri ve örgütlenmiş bir iradeye tabi kıldıkları her türlü birliği ifade eder."* Almanya'da Siyasi partiler ve eyalet, federal meclisteki gruplar dernek sayılmazlar. İsviçre'de ZGB (İsviçre Medeni Kanunu) m.60 *"Kendisini siyasi, dini, ilmi, sanatsal, hayri, eğlence amaçlı veya başkaca iktisadi amacı olmayan bir amaca adayan"* kuruluş dernek olarak tanımlanmıştır. Madde çevirileri için bkz. **Ahmet TÜRK- Demet ÖZDAMAR- Metin İKİZLER- Senar ÇAĞIRGAN**, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB), Alman Medeni Kanunu (BGB) ve Özellikle Alman Dernekler Kanunu (VEREİNSG) Gözönünde Tutularak Yeni Dernekler Hukuku Mevzuatımızın Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi, Seçkin Yayınevi, (2008), s. 32, 262, 306

[448] Spor faaliyetine ilişkin olan dernekler "spor kulübü", boş zaman değerlendirmeye yönelik olanlar "gençlik kulübü" her ikisine yönelik olanlar "gençlik ve spor kulübü" adını alırlar. (Bkz. Der.K m. 14) Ayrıca siyasi amaçlı dernekler " parti" buna karşın aynı iş kolunda veya bu işkoluyla ilgili işlerde çalışanların yardımlaşma ve ortak menfaatlerini korumak üzere kurdukları kişi toplulukları ile işverenlerin aynı amaçla kurdukları kişi toplulukları ise "sendika" adını alır. Bunları hepside esasında dernektir. Ancak sendika, siyasi partiler ve esnaf dernekleri ayrı kanunlara tabidir. Yine de özel kanunlarda düzenlenmemiş hususlarda genel nitelikli Medeni Kanun ve Dernekler Kanunu hükümleri uygulanacaktır. **AKİPEK-AKINTÜRK**, s. 567; **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY ÖZDEMİR**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), s. 286; **Mustafa DURAL- Tufan ÖĞÜZ**, Türk Özel Hukuku Cilt: II-Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, (2015), s. 268,269

kuruluşlarla amaçlarının gerçekleştirilmesi için bir araya gelip platform adı verilen kurumları oluşturabilirler. (Der.K. m.8)[449]

Ser.PK'daki düzenlemeye benzer bir düzenleme 5253 sayılı Der.K.'nın 32.maddesinin (f) fıkrasında da bulunmaktadır.[450] Ancak buradaki düzenleme Ser.PK'dakinden farklı olarak örtülü kazanç aktarımına konu haller gibi TCK'nın 155.maddesi kapsamının dışındaki halleri içermemektedir.

Bu maddeye göre;

5253 sayılı Der.K. m.32/f) *"...Her ne suretle olursa olsun kendisine tevdi olunan derneğe ait para veya para hükmündeki evrak, senet veya sair malları kendisinin veya başkasının menfaatine olarak sarf veya istihlâk veya rehneden veya satan, gizleyen, imha, inkâr, tahrif veya tağyir eden yönetim kurulu başkanı ve üyeleri veya denetçiler ile derneğin diğer personeli Türk Ceza Kanununun güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır. Ayrıca, mahkeme yargılama sırasında sanıkların, organlardaki görevlerinden geçici olarak uzaklaştırılmasına da karar verebilir."*

Esasında kanun koyucunun Der.K'nın 32/f fıkrasına böyle bir hüküm koymasına kanımızca gerek bulunmamaktadır. Zira Der.K'da böyle bir düzenleme olmasa bile zaten TCK m. 155/2'deki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali

---

[449] Konfederasyon ve federasyonların tüzel kişilikleri varken bunlar geniş manada dernek olarak değerlendirilebilirken, platform adı verilen oluşumların tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Tüzel kişiliği olmaması dolayısıyla Dernekler Kanunu'nda platform kavramına yer verilmesinin isabetli olmadığı tartışılabilir. (Bkz. **DURAL- ÖĞÜZ**, s. 277) Kanımızca da her ne kadar Dernekler Kanunu'nda düzenlenmiş olsada konfederasyon ve federasyonların aksine vakıf gibi Dernekler Kanunu kapsamı dışındaki kuruluşların bir araya gelmesi ile oluşturulan tüzel kişiliği olmayan geçici birliktelik niteliği taşıyan platformlardaki çalışanlara Dernekler Kanunu'nunda öngörülen özel suç hükümlerinin tamamen uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Bu sebeple bir platforma ait para veya eşyada zilyetliği devir olgusuna aykırı tasarrufta bulunan kişilere karşı Dernekler Kanunu'ndaki güveni kötüye kullanma suçundan değil, TCK'nın 155.maddesindeki güveni kötüye kullanma suçundan işlem yapılacaktır. Hizmet ilişkisine dayanılarak TCK m. 155/2'deki ağırlaştırıcı neden uygulanabilecekir. Bununla birlikte aynı çalışanın platformda çalışması yanında platformu oluşturan dernekte de çalışması ve suça konu eşyanın aynı zamanda bu derneğe de ait olması halinde Dernekler Kanunu'ndaki güveni kötüye kullanma suçu hükmü uygulama alanı bulabilecektir.

[450] Hatta Ser.PK'daki suç gibi 2004 yılından 2008 yılına kadar Der.K'nın 32/f maddesindeki suç bağımsız bir suç olarak düzenlenmişken, içtima açısından asal norm- yardımcı norm ilişkisi varken; 2008 yılında 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bu durum değişmiş ve suçun yaptırımı için TCK'nın 155.maddesindeki güveni kötüye kullanma suçu hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. 08.02.2008 günü yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun öncesi 5253 sayılı Der.K'nın 32/f maddesi "*Her ne suretle olursa olsun kendisine tevdi olunan derneğe ait para veya para hükmündeki evrak, senet veya sair malları kendisinin veya başkasının menfaatine olarak sarf veya istihlâk veya rehneden veya satan, gizleyen, imha, inkâr, tahrif veya tağyir eden yönetim kurulu başkanı ve üyeleri veya denetçiler ile derneğin diğer personeli fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş yüz milyon liraya kadar adli para cezası ile cezalandırılır*"

yerine göre ise temel hali (TCK m. 155/1) dernekler açısından uygulanabilecektir. Dahası kanımızca kanun koyucu 32/f maddesinde TCK'nın 155/1 ve 2.maddesindeki düzenlemeden çeşitli farklılıklar içeren suç tanımlamasına yer vererek suçun cezalandırılmasında ikilik yaratmış ve cezalandırma açısından olumsuz sonuçlara neden olmuştur. Zira bu maddenin düzenlemesinin TCK'nın 155. maddesinden farklarından biri suça konu hareketlerin seçimlik ve serbest hareketli olarak değil, 765 sayılı mülga TCK'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçundaki (m.508) gibi seçimlik ama bağlı hareketli suç olarak düzenlenmesidir.

b. Suçla Korunan Hukuki Değer

Dernekler sivil toplumun vazgeçilmez unsurudur ve aynı zamanda özellikle derneklerin bir türü olarak kabul edilen kamu yararına çalışan dernekler, ülkede çeşitli toplumsal yararın sağlanmasına gerçekleşmesine ön ayak olmaktadır. Örneğin bir dernek statüsünde olan Kızılay afetlerde, hastalıklarda zarar gören kişilerin bu zararlarının giderilmesini sağlamaktadır. Çoğu halde dernekler üyelerinden topladıkları aidatlar, işlettikleri tesislerden elde ettikleri gelirler ve yardımlarla ayakta kalmaktadır. Neticede derneklerde gerçekleştirilen güveni kötüye kullanma suçları üyelerin veya derneğe yardım edenlerin yalnızca o derneğe duydukları güveni değil, aynı zamanda benzer nitelikteki diğer dernek ve kuruluşlara olan güveni de sarsmakta, bu tür kuruluşlara bireyin duyduğu güven ve desteği zedelemekte ve neticede bütün kamu düzeni zarar görmektedir. Bu sebeple toplumun derneklere duyduğu güven bu suçta korunan hukuki değerdir.

Bunun yanında korunan diğer bir hukuki değerde derneklere ait malvarlığının korunmasıdır.

c. Suçun Maddi Unsuru

ca. Suçun Maddi Konusu

Der.K'nın 32-f maddesinde TCK 'nın 155/1. maddesindeki "muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere" ibaresi ve 155/2. maddesindeki "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" ibaresi yerine "her ne suretle olursa olsun kendisine tevdi olunan derneğe ait para veya para hükmündeki evrak, senet veya sair mallar" ibaresine yer verilmiştir. Bu konudaki ilişkinin muhafaza etme, belirli şekilde kullanma amaçlı sözleşme ilişkisi dışında failin dernekteki görevinden de kaynaklanabilecek bir ilişkiden doğabileceği düşünülerek bu düzenleme yapılmıştır.

Derneğe ait para veya para hükmündeki evrak ve senet ve sair mallar suçun maddi konusudur. Maddedeki "para veya para hükmündeki evrak ve senet" ibarelerini TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusunu incelerken ele aldığımızdan tekrar ele almayacağız. Maddedeki sair mallar ibaresinden ise derneğe ait diğer taşınır ve taşınmaz mallar anlaşılmalıdır. Ancak burada dernek yöneticilerinin derneğe ait malvarlığını idare etme yetkisinden kaynaklı malvarlığının sadece maddi eşyalardan ibaret olmadığı düşünüldüğünde bu madde de "sair mallar" ibaresi yerine "sair malvarlığı" veyahut ibaresine yer verilse kanun koyucu çok daha isabetli bir düzenleme yapmış olurdu. Zira derneğe ait bir alacak hakkından feragat ederek derneği zarara uğratan bir yönetici bu maddeden cezalandırılmayabilecektir çünkü alacak hakkı ve gayrimaddi eşyalar (fikri ve sınai mülkiyet hakları) bu suçun kapsamı dışındadır.

Diğer yandan maddedeki "derneğe ait mallar" ibaresi burada dar değil geniş manada anlaşılmalıdır. Üçüncü kişilere ait bir malın derneğe bir sebeple geçici olarak bırakılması bu malında dernekçe korunmak üzere teslim edilen personelce başkasına satılması halinde yine Der.K.'nın 32/f maddesindeki belirtilen durum kanımızca oluşacaktır.

2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun 28. maddesinde yardım toplama faaliyetine konu para veya eşyayı zimmetine geçiren failin kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın TCK'nın 247. maddesi ve devamındaki zimmet suçundan cezalandırılacağı belirtilmiştir. Buna karşın bu kanunun 2. maddesinde *"Türk Silahlı Kuvvetlerinin kendi bünyesi içerisindeki yardım toplama faaliyetleri ile dernekler, sendikalar ve bunların üst kuruluşlarına, spor kulüplerine, mesleki kuruluşlara ve bağış kabulüne yetkili vakıflara kendi statülerine göre üyeleri ve diğer kişiler tarafından yapılacak bağış ve yardımlarla bunların öz kaynaklarından sağlayacakları gelirler"* bu kanunun kapsamı dışında tutulmuştur. Buna göre kanunun kapsamı dışındaki derneklerin üyelerden ve diğer kişilerden yapılacak bağış ve yardım toplama faaliyetlerine konu para ve eşyayı zimmete geçirenler de güveni

kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır.[451] Ancak kanunun kapsamı içinde bağış ve yardım toplayıp bu parayı veya eşyayı zimmete geçirenler zimmet suçundan ceza alacaklardır. [452]

Bunun yanında bu madde etrafında gelişen bir diğer tartışma da kamuya yararına çalışan dernekler üzerinedir.[453] Zira, Der.K'nın 27.maddesinde "Kamu

[451] **Yargıtay 5. CD E. 2013/14535 K. 2015/17058 T. 7.12.2015** *"…Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21/05/2002 gün ve 2002/9-124-2002/256 sayılı Kararında açıklandığı üzere; Yardım Toplama Kanununun, "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasının, "Türk Silahlı Kuvvetlerinin kendi bünyesi içerisindeki yardım toplama faaliyetleri ile dernekler, sendikalar ve bunların üst kuruluşlarına, spor kulüplerine, mesleki kuruluşlara ve bağış kabulüne yetkili vakıflara kendi statülerine göre üyeleri ve diğer kişiler tarafından yapılacak bağış ve yardımlarla bunların öz kaynaklarından sağlayacakları gelirler, bu kanunun kapsamı dışındadır." şeklindeki amir hükmü uyarınca, derneklerin bu kanun kapsamı dışında olduğu, Yardım Toplama Yasasının 28. maddesindeki düzenlemenin dernek görevlilerini kapsamadığı anlaşılmakla; P... İlköğretim Okulu Yaptırma ve Yaşatma Derneğinin başkanı ve yönetim kurulu üyesi olan sanıkların, toplam 205.000,00 TL'lik makbuz bastırmak suretiyle yardım toplamalarına valilik makamının olurları ile izin verildiği ve derneğe ait gelir ve giderler hesaplandığında ise, okul inşaatının yaklaşık maliyetinden fazla harcama yapıldığının tespit edildiği sübut bulan olayda, sanıkların eylemlerinin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hükümler kurulması…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 29.06.2017) Aynı şekilde vakıflara ait paralarda bu kanun kapsamında olmayıp fail zimmet suçundan değil güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır. **Yargıtay 5. CD E. 2012/717 K. 2013/481 T. 9.5.2013** *"…Türkiye Diyanet Vakfının Müftülüklere gönderdiğiyazıda yurt genelinde yapılan yardım toplama kampanyası kapsamında camilerden yardım toplanmasının ve bunun müftülükler aracılığıyla Vakıf hesabına yatırılmasının istenmesi üzerine, suç tarihinde İlçe Müftülüğünde memur olarak görev yapan sanığın camilerden toplanan paraları teslim aldığı ve söz konusu yardım parasının bir kısmını mal edindiği sübut bulan olayda; vakıflara yapılan bağış ve yardımlar bu Kanun'un yardımın devlet malı sayılması hükmü kapsamında bulunmadığından uygulanma imkanı olmadığı gibi, Türkiye Diyanet Vakfı adına toplanan paranın da devlet parası olmadığı, vakfa ait para niteliğinde bulunduğu ve açıklanan bu sebeplerden ötürü sanığın sabit eyleminin zimmet suçunu değil hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmelidir.Mağdurun belli olması ve maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebileceği durumlarda, zimmetin maddi konusunu oluşturan değerlerin karşılığının müsaderesine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi hukuka aykırıdır…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 29.06.2017)

[452] Ancak yinede bu konuda da bir belirsizlik söz konusudur. İdarenin bu konudaki yorumu derneklerin kendilerine ve faaliyetlerine gelir sağlamak için bağış ve yardım toplamalarının Yardım Toplama Kanunu'nun dışında buna karşın yardım toplama kuruluşlarının bunların dışındaki yardım toplama faaliyetlerinin ise bu kanun kapsamı içinde değerlendirilebileceği yönündedir. (bkz. İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı'nın Derneklerin Bağış Kabul Etmeleri ve Web Aracılığı ile Bağış, Üye Aidatı ve Yardım Yardım Toplanması (07/08/2007) tarihli hukuki görüşü https://www.dernekler.gov.tr/tr/Mevzuat/hukuki-gorusler.aspx Erişim Tarihi: 24.06.2017)Yargıtay ise yukarıda bahsettiğimiz kararlarında da görüleceği üzere derneklerin bağış toplama faaliyetleri sırasında zimmete geçirme eylemini güveni kötüye kullanma suçu içinde değerlendirmektedir.

[453] Her dernek kamuya yararlı hizmette bulunabilir ancak "kamu yararına çalışan dernek" olabilmek için Dernekler Kanunu ve atıf yaptığı Dernekler Yönetmeliği farklı özel kriterler öngörmüştür. Bu kriterler derneğin en az bir yıldan beri faaliyette olması ve derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetlerin topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte ve ölçüde olması gerekir. (Der.K. m.27) Bunun yanında Dernekler Yönetmeliği'nin 48.maddesine göre ayrıca son bir yıl içindeki, 2005 yılı için belirlenen tutar olan 50.000.-YTL'sını geçen alım ve satım işlemlerinin rekabet koşullarına uygun yapılması, amacı ve gerçekleştirdiği faaliyetlerin, üyelerinin dışında yerel veya ulusal düzeyde toplumun ihtiyaç ve sorunlarına yönelik çözümler üretecek ve toplumsal gelişmeye katkı sağlayacak nitelikte olması,yıl içinde elde ettiği gelirin en az yarısının bu amaçla harcanması,sahip olduğu mal varlığının ve yıllık gelirinin tüzüğünde belirtilen amacı gerçekleştirecek düzeyde olması gerekir. Bu durum, Bakanlık dernekler denetçileri tarafından düzenlenen rapor ile tespit ettirilebilir. Bu nitelikleri taşımadığı tespit edilen dernekler, kamu yararı

yararına çalışan derneklerin mallarına karşı suç işleyenler devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır." ibaresi yer almaktadır. Bu madde de kanımızca eksik ve hatalıdır. Zimmet suçu açısından temel ölçüt, sadece suçu işleyenlerin devlet malına karşı suç işlemesi değil, aynı zamanda yapılan faaliyetin kamusal faaliyet teşkil edip etmediği ve bu faaliyetlerde görev alan kişilerin kamu görevlisi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorumlu tutulup tutulmayacağı meselesidir.[454] Mülga 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 71 /son maddesinde kamuya yararlı dernek statüsündeki Kızılay ve Türk Hava Kurumu'nun mallarının devlet malı sayılacağının belirtilmesi yanında ayrıca suç işleyen kimselerin devlet memuru gibi cezalandırılacağı hükme bağlandığından uygulamada bir sorun olmamakta ve failler zimmet suçundan cezalandırılmaktaydı. Oysaki şimdi Der.K hükümlerinde kamu görevlisi veya devlet memuru gibi cezalandırılır ibaresine yer verilmemesi yargı organlarında pek çok soruna neden olmuştur. Der.K 27.maddesindeki hükme dayanarak kamu yararına çalışan dernek yöneticileri, denetçiler ve diğer personelin Der.K. 32/1-f maddesi ve bu maddenin cezalandırmada atıf yaptığı TCK'nın 155.maddesindeki güveni kötüye kullanma suçundan değil, TCK'nın 247.maddesindeki zimmet suçundan cezalandırılacağı ileri sürülsede; Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu maddenin zimmet suçundan kişinin cezalandırılacağı anlamına gelmediğini özellikle güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma yapılacağını belirtmiştir.[455]

---

kararı için, bu tespitin yapıldığı tarihten itibaren üç yıl geçmeden önce yeniden başvuramaz. Bu koşullara sahip dernek başvurusunu gerekli belgelerle birlikte bölgesindeki mülki idare amirliğine yapacaktır. Valiliğinde görüşü alınıp başvuru bakanlığa gönderilir ve Maliye Bakanlığı'nın görüşü alındıktan sonra Bakanlığın talebi ve Cumhurbaşkanlığı kararı ile dernek kamuya yararlı derneklerden sayılır. (Bkz. Dernekler Yönetmeliği m.48-52) Kamu yararına çalışan derneklere ilgili mevzuatta vergi vs. yönden avantaj ve istisnalar tanınmıştır. Kamu yararına çalışan derneklerin işlettikleri işletmeler ticari kazanç elde etme amacı taşısada tacir veya ticari işletme statüsünde değerlendirilmezler ayrıca açılan davalarda vakıflarla birlikte adli yardımdan da faydalanabilirler. (TTK m. 16, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.334/2) Bu konuda geniş bilgi için bkz. **AKİPEK-AKINTÜRK**, s. 598-600; **DURAL- ÖĞÜZ**, s. 270-275; **OĞUZMAN- SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), s. 289-290; **Hüseyin GÜNAY**, İçtihatlarla Uygulamada Dernekler Hukuku, Adalet Yayınları, (2015), s. 26-33; **Durmuş Ali GENÇ**, Dernekler Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara, (2016), s. 26- 28

[454] Eğer 2009 yılına kadar kamuya yararlı derneklerde işlenen suçlar açısından zimmet suçundan tartışmasız şekilde cezalandırma yapılması isteniyorsa yasakoyucunun kanaatimizce Der.K'nın 27.maddesinin ilgili hükmünü şu şekilde düzenlenmesi gerekirdi. Der.K m.27*:" ...Kamu yararına çalışan derneklerin* ***amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik faaliyetleri de kamusal faaliyet*** *niteliğindedir, bu derneklerin* ***malvarlıklarına*** *karşı suç işleyenler* ***devlet malına karşı suç işlemiş kamu görevlisi gibi cezalandırılır****..."*

[455] **Yargıtay CGK E: 2012/5-1275 K: 2013/419 T: 22.10.2013 (**Karar için bkz. https://kararara.com /forum/viewtopic.php?f=194&t=36845 Erişim Tarihi:23.06.2017)

Bununla birlikte TCK'nın 6.maddesinin 1/c fıkrası kamu görevlisi için; "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" tanımını getirmiştir. Ancak 5252 sayılı yasanın geçici 1.maddesi bu maddenin 01.01.2009 tarihinden itibaren özel yasalar açısından dikkate alınacağı hükmünü getirmiş olmakla TCK'nın 5.maddesinin yaptığı atıfla bu durumda ancak bu tarihten sonra kamu yararına çalışan dernek görevlerinin işlediği suçlar güveni kötüye kullanma suçunu değil zimmet suçundan cezalandırılır hale geleceği anlamı çıkmaktadır.[456] Bu konuda eleştirilebilir, zira TCK'nın 5.maddesinin yasa koyucunun arzusundan, temennisinden öteye gidemediği ortadadır. Yasa koyucu eğer TCK'nın genel hükümler kısmının özel kanunların ceza hükümlerinde gözetilmesini istiyorsa bunu koyması gereken yer kanun değil, anayasadır.[457]

---

[456] Bkz.**Yargıtay 5. CD. E:2012/8977 K:2013/11601 T:2.12.2013** "*…Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü: Suç tarihinde Milli Eğitim Bakanlığı ile Türkiye Kızılay Derneği arasında imzalanan protokol gereği başarılı ancak maddi imkanları sınırlı olan öğrencilere yönelik Kültür Paylaşımı 4. Karadeniz turunda ekip saymanı olarak görevlendirilen sanığın gezide harcanmak üzere kendisine avans olarak verilen 40.000 TL'nin program bitiminde giderler düşüldükten sonra kalan 8.690,47 TL'sini kuruma iade etmediğinin anlaşılması karşısında;*
Mülga 2908 sayılı DerneklerKanununun 71/son maddesinde "Türkiye Kızılay Derneği ile Türk Hava Kurumunun mal ve paraları Devlet malı sayılır. Bunlara karşı suç işleyenler Devlet memuru gibi cezalandırılır." hükmünün bulunduğu, bu düzenlemeye göre sanığın eylemlerinin zimmet suçunu oluşturacağı, ancak suç işlenmeden önce 23/11/2004 gün ve 25649 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5253 sayılı Dernekler Kanununda Türkiye Kızılay Derneği ile Türk Hava Kurumunun mal ve paralarına karşı suç işleyenlerin Devlet memuru gibi cezalandırılacağına ilişkin düzenlemenin bulunmadığı, bu düzenlemenin yerine tüm kamuya yararlı dernekleri kapsayacak şekilde anılan Yasanın 27/son maddesi ile "Kamu yararına çalışan derneklerin mallarına karşı suç işleyenler Devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır." hükmüne yer verildiği ve ayrıca 32/1-f maddesi ile de " Her ne suretle olursa olsun kendisine tevdi olunan derneğe ait para veya para hükmündeki evrak, senet veya sair malları kendisinin veya başkasının menfaatine olarak sarf veya istihlâk veya rehneden veya satan, gizleyen, imha, inkâr, tahrif veya tağyir eden yönetim kurulu başkanı ve üyeleri veya denetçiler ile derneğin diğer personeli Türk Ceza Kanununun güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır. Ayrıca, mahkeme yargılama sırasında sanıkların, organlardaki görevlerinden geçici olarak uzaklaştırılmasına da karar verebilir." şeklinde düzenleme yapıldığı, Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 22/10/2013 tarih, 2012/1275 Esas, 2013/419 sayılı Kararı ve yukarıdaki açıklamalar ışığında, zimmet suçunun kamu görevlileri ile özel yasalarında kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları öngörülen kişiler tarafından işlenebileceği, 5252 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi uyarınca TCK'nın 6/1-c maddesinin de ancak 01/01/2009 tarihinden itibaren özel yasalarda uygulanabileceği dikkate alındığında, suç tarihi itibarıyla 5253 sayılı Dernekler Kanununda Türkiye Kızılay Derneği görevlilerinin veya dernek malına karşı suç işleyenlerin kamu görevlisi gibi cezalandırılacağına dair bir düzenleme bulunmaması nedeniyle sanığın zimmet suçunun faili olamayacağı, eyleminin TCK'nın 155/2. maddesinde düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması…"(http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/20296/zimmet-hizmet-nedeniyle-guveni-kotuye-kullanma-tur/ Erişim Tarihi:23.06.2017) Ayrıca aynı yönde karar için bkz. **Yargıtay 5. CD.E. 2012/14890 K. 2014/2362 T. 5.3.2014 (**www.kazanci.com Erişim Tarihi:24.06.2017)

[457] Bu konudaki eleştirilerimiz için bkz. s. 359 ve devamı.

Herşeye rağmen **Yargıtay 5. CD, E: 2012/14235 K: 2014/1024 T: 30. 1.2014 sayılı içtihadı ile** Aralık 2009'da kamuya yararlı dernekte suç işleyen faili TCK'nın 6/1-c maddesine yaptığı atıfla zimmet suçundan cezalandırma yoluna gitmiştir. [458] Ancak Der.K'nın 27.maddesinde gerekli yasal düzenlemeler yapılmadıkça bu verilen kararların yasal zemininin tam olduğu söylenemeyecektir.

Yine dernekler, kendi tüzüklerinde yazılı olmak ve sağlanan kârı üyeleri ile paylaşmamak; gelir, faiz vs. ad adı altında üyelerine dağıtmamak şartıyla üyelerinin yiyecek, giyecek gibi zaruri ihtiyaç maddelerini ve diğer mal ve hizmetlerle kısa vadeli kredi ihtiyaçlarını karşılamak için sandıklar kurabilecektir. (Der.K. m. 12) Dernekler yönetmeliğine göre dernek sandıkları açısından da üyelere ait dernek sandıklarındaki parayı zimmetine geçiren kimseler bu sandıklardaki malda dernek malı sayıldığından yine bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır. (Dernekler Yönetmeliği m.79) Bununla birlikte sandık mallarına karşı işlenen suçların, dernek mallarına karşı

[458]**Yargıtay 5. CD., E. 2012/14235 K. 2014/1024 T. 30.1.2014** *Teftiş raporu, grafoloji uzmanı ve Sayıştay emekli uzman denetçilerinin bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre, ... Derneği Göynük Şubesi Başkanı olan sanığın, sonuncusu 18/12/2009 tarihinde olmak üzere yardıma muhtaç kişilere ödenmiş gibi göstererek onların yerine sahte imzalar atmak suretiyle toplam 33.887 TL tutarındaki yardım parasını mal edinmesi şeklinde gerçekleşen olayda,Mülga 2908 sayılı Dernekler Kanununun 71/son maddesinde "... Derneği ile ... Kurumunun mal ve paraları Devlet malı sayılır. Bunlara karşı suç işleyenler Devlet memuru gibi cezalandırılır." hükmünün bulunmasına karşın, 23/11/2004 gün ve 25649 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5253 sayılı Dernekler Kanununda ... Derneği ile ... Kurumunun mal ve paralarına karşı suç işleyenlerin Devlet memuru gibi cezalandırılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği, bunun yerine tüm kamuya yararlı dernekleri kapsayacak şekilde anılan Yasanın 27/son maddesi ile "Kamu yararına çalışan derneklerin mallarına karşı suç işleyenler Devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır." ve ayrıca 32/1-f maddesi ile de "Her ne suretle olursa olsun kendisine tevdi olunan derneğe ait para veya para hükmündeki evrak, senet veya sair malları kendisinin veya başkasının menfaatine olarak sarf veya istihlak veya rehneden veya satan, gizleyen, imha, inkar, tahrif veya tağyir eden yönetim kurulu başkanı ve üyeleri veya denetçiler ile derneğin diğer personeli Türk Ceza Kanununun güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır. Ayrıca, mahkeme yargılama sırasında sanıkların, organlardaki görevlerinden geçici olarak uzaklaştırılmasına da karar verebilir." şeklinde hüküm getirildiği, Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 22/10/2013 tarih, 2012/1275 Esas, 2013/419 sayılı Kararı ve yukarıdaki açıklamalar ışığında, zimmet suçunun kamu görevlileri ile özel yasalarında kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları öngörülen kişiler tarafından işlenebileceği, 5252 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi uyarınca TCK'nın 6/1-c maddesinin de ancak 01/01/2009 tarihinden itibaren özel yasalarda uygulanabileceği ve suç tarihinin 2009 yılı Aralık ayı olduğu gözetilerek yapılan incelemede; Resmi belgede sahtecilik suçunun da 5237 sayılı Yasanın 53/1-d maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlendiği kabul edilmesine rağmen sanık hakkında bu suçtan kurulan hükümde aynı Yasanın 53/5. maddesinin uygulanmaması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.Delillerle iddia ve savunma duruşma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiillerin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış bulunduğundan yerinde görülmeyen sanık müdafiin temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükümlerin ONANMASINA, 30/01/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.* (Karar için bkz. www.lexpera.com Erişim Tarihi: 15.08.2017; Ayrıca bkz. **Mehmet Vehip EKİNCİ**, Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay Uygulamalarına Göre Zimmet Suçu; Özyeğin Üniversitesi Ekonomik Suçlar Kamusal Alanda Yolsuzluk ve Kara Paranın Aklanması Suçları, Ceza Yargılamasında Faille Hükümde Anlaşma ve Kriminal Compliance Sempozyumu (Editör: Yener Ünver), Seçkin Yayınları, (2015), s. 58-59)

işlenmiş sayılacağı ve sandık mallarına karşı suç işleyenler dernek malına karşı suç işleyenler gibi cezalandırılma yapılacağına dair hükmün Der.K. içinde değil de ilgili yönetmeliğin içinde yer verilmesi de ayrıca eleştirilebilir. Zira, Anayasa'nın 38.maddesi ve TCK'nın 2.maddesinde suç ve cezanın ancak kanunla tesis edilebileceği ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza tesis edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu durumda kanımızca sandıklar için Der.K'nın 12.maddesine konulması gereken bu hükmün, bu kanunda bulunmayıp, yönetmelikte bulunması suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

cb. Suçun Faili ve Mağduru

Bu suçun faili, kamuya yararlı dernek statüsünde olmayan bir derneğin "yönetim kurulu başkanı ve üyeleri veya denetçiler ile derneğin diğer personeli"dir. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere Yargıtay'ın görüşüne göre 01.01.2009 tarihi sonrasında kamuya yararlı dernek statüsünde olan derneklerde görev alanlar göreviyle ilgili teslim edilen eşya üzerinde güveni kötüye kullanma fiillerini işlemleri halinde zimmet suçundan cezalandırılacaktır. Diğer yandan failin 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu kapsamındaki yardım faaliyeti sırasında toplanan mal ve para üzerinde bu suçu işlememesi gerekir.

Kanunda yer alan "diğer personel" ifadesi ise kanımızca dernekte ücret mukabili veya hizmet ilişkisiyle çalışanları bunun yanında derneğin faaliyet ve işleyişinde görev alan dernek üyelerini ve üye olmasa bile hiçbir ücret almadan gönüllü olarak çalıştırılan dernek faaliyetlerinde aktif görev alan kimseleri ifade etmektedir.

Bununla birlikte Der.K'nın 33.maddesinde çocuk derneklerinde çalışanlar ve üyeler hakkında objektif cezalandırılabilme şartına[459] yer verilmiştir. Bu maddeye

[459] Suçun bütün unsurları gerçekleştikten sonra sözkonusu olabilen ve esasen gerçekleşmediği takdirde kişinin haksızlık ve suç teşkil eden eyleminin cezalandırılmasını engelleyen şartlara objektif cezalandırma şartı denir. Objektif cezalandırma şartının gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmesine gerek yoktur. Bkz. **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 589, 591; **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1- 75), s. 372; **HEINDRICH**, Ceza Hukuku Genel Kısım-I, s. 80; **ALACAKAPTAN**, Suçun Unsurları, s. 7; Sadece cezalandırılabilirliği sınırlayan haksızlığın cezalandırılabilirliği bakımından kurucu özellik taşımayan objektif şart gerçek objektif cezalandırma şartı buna karşın haksızlığın bir unsuru gibi işlem görüp cezalandırılabilirlik bakımından kurucu özellik taşıyan objektif şart ise gerçek olmayan (görünüşte) objektif cezalandırma şartıdır. Burada niteliği itibariyle 12-18 yaş arası çocuklar için gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartı vardır. Gerçek ve gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartı ayrımı için ayrıca bkz. **Mehmet Emin ARTUK- Mehmet Emin ALŞAHİN**, Objektif Cezalandırılma Şartı ve

göre çocuk derneklerinde çalışan kimselerin bu suçu ve Der.K'nın 32.maddesinde yer alan diğer suçları işlediklerinin tespiti halinde öncelikle idare tarafından yazılı olarak uyarılması gerekir. Bu uyarıya rağmen eylemin ikinci kere tekrarı (tekerrür) halinde fail[460] ancak Der.K.'nın 32-f maddesindeki suçtan cezalandırılabilecektir. Çocuk derneklerine on iki yaşından küçük, on sekiz yaşından büyük kimseler üye veya kurucu olamazlar. On beş yaşını bitiren, ayırt etme gücüne sahip kimseler bu türden dernekleri kurabilir. (Der.K.m.3) on sekiz yaşından küçük ayrıca ergen (genç) olarak tabir edilen bu kimseler on iki yaşından küçük bir çocuktan farklı olarak ceza hukuku bağlamında bir cezai ehliyete sahip olsalarda, psikolojik ve fiziki zayıflıkları bulunmaktadır.[461] Bu sebeple on sekiz yaşından küçük kişiler ceza hukuku bağlamında ülkemizde ve dünyada normal yetişkin bir suçludan farklı uygulamalara tabii tutulmakta bir yetişkinden daha az ceza verilmesi yoluna gidilmektedir. Yasa koyucu da kanımızca bunları düşünerek çocuk derneklerinde çalışan fail açısından böyle bir tekerrürün gerçekleşmesini şart koşmuştur. Ancak her şeye karşın bu durumu eleştirmekteyiz.

Zira, 16 yaşındaki bir çocuğa bir eşya teslim edilmesi, bu kişinin TCK'daki güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi halinde cezasında sadece indirim yapılmaktadır. (TCK m.31) Oysaki bundan çok daha ağır şekilde bir çocuk

---

Zamanaşımı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt: 19, (2013), s. 23-25

[460] Bu bağlamda bu kişiler açısından Dernekler Kanunu'nun 32.maddesindeki suçlar TCK'nın 6.maddesinin h bendindeki itiyadi suçu tanımlayan hüküm karşısında itiyadi suç olarak değerlendirilemesede, "birden çok hareketli suç (çok hareketli suç)" (bkz. **ALACAKAPTAN**, Suçun Unsurları, s. 45) ve "bağlı hareketli suç" olarak değerlendirilebilir.

[461] Bu kişilerin bir yetişkin insandan farklı olarak dürtü kontrol yetenekleri ve beynin yürütücü işlevlerinin odağı olan prefrontal korteks ile frontal lob tam olarak gelişmemiştir, iradi yönden de zayıflıkları vardır. Bkz. **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ**, Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi Rehberi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, (2010), s. 64, 65; Ayrıca bkz. TCK'da Yaş Küçüklüğünü düzenleyen 31.madde gerekçesi "*…Çocukluktan gençliğe geçiş sürecinde bulunan oniki yaşını doldurmuş ve fakat henüz onbeş yaşını tamamlamamış kişiler, genellikle işlediği fiilin bir haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmakla beraber, bazı durumlarda fiili işlemekten kendini alıkoyamamakta ve bazı davranışlar açısından iradesine yeterince hâkim olamamaktadır. Bu nedenle, suç oluşturan bir fiili işlediği sırada oniki yaşını bitirmiş olup da henüz onbeş yaşını bitirmemiş olan kişilerin, işlediği suç açısından davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olduğunun belirlenmesi hâlinde, ceza sorumluluğunun olduğu kabul edilmiştir. Bu grup yaş küçüklerinin ceza sorumluluğunun olup olmadığı, çocuk hâkimi tarafından tespit edilir. Ancak, bu belirlemeden önce, yaş küçüğünün içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanması istenir. Çocuk hâkimi, hazırlanan bu raporları, ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili olarak yapacağı değerlendirmede dikkate alır… Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş ve fakat henüz onsekiz yaşını tamamlamamış gençler, normal koşullarda, gerçekleştirdikleri davranışların hukukî anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte; bu kişilerin, davranışlarını yönlendirme yetenekleri yeterince gelişmemiş olabilmektedir. Bu nedenle, suç yoluna girmiş olan gençlerin, işledikleri suçlar bağlamında irade yeteneğinin zayıf olduğu normatif olarak kabul edilmiştir…*"

derneğinde bütün üyelerin, velilerin bağış ve aidat paralarını kendi hesabına geçiren 17 yaşındaki dernek yöneticisi çocuk ise Der.K 32-f maddesinin yaptığı atıfla TCK m. 155/2.maddesindeki nitelikli halden ceza alabilecek durumdayken, Der.K 33.maddesinden ötürü ceza almayacaktır. Bu verdiğimiz iki örnekten de anlaşılacağı üzere bu durumun bir adaletsizlik arz ettiği, eşitlik ilkesine de aykırı olduğu açıktır.

Suçun mağduru, bir tüzel kişilik olan dernek olabileceği gibi ayrıca derneğe geçici olarak belli bir amaçla kullanılmak üzere eşya teslim etmiş üçüncü kişiler de suçun mağduru olabilir.

cc. Suça Konu Fiil

cca. Hareket

Failin suça konu derneğe ait eşyayı kendisi veya başkası menfaatine sarfı veya istihlâkı veya rehnetmesi veya satması, gizlemesi, imhası, inkârı, tahrifi veya tağyiri suça konu fiilin hareketleridir. Burada suç, bu suçu serbest hareketli suç olarak düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın aksine seçimlik ama bağlı hareketli bir suçtur. Diğer taraftan 5253 sayılı Der. K'nın 5237 sayılı TCK'dan sonra çıkarıldığı ve iş bu kanunun 32.maddesinin 2008 yılında değişikliğe uğradığı düşünüldüğünde, kanun koyucunun bu maddeyi düzenlerken, değiştirirken neden 5237 sayılı TCK'yı değil de 765 sayılı TCK'yı esas aldığı sorusunun da ayrıca kendisine sorulması gerekir.

Zira, bu madde, 765 sayılı mülga TCK'nın 508.maddesindeki güveni kötüye kullanma suçu tanımının adeta biraz iyileştirilmiş şeklidir. 508.maddesindeki tanımlamadan ise sadece şu farklılıkları bulunmaktadır. Bu madde de 765 sayılı TCK'daki gibi "sarf ve istihkak" sözcüğüne değil, sarf (harcama, kullanma) veya istihkak (tüketme) ibaresine yer verilmiştir. Buna göre kendisi veya başkası menfaatine salt kullanma da malın değerinde eksilme olmasa bile bu suç kapsamındadır.

Diğer bir farklılık ise ketim (gizleme) ve inkâr terimi yerine gizlemeyi ve inkârı ayrı hareket olarak düzenlemesidir. Ancak şu unutulmamalıdır ki bir malın gizlenip talep edildiğinde teslim edilmemesi veya hiç yokmuş gibi gösterilmesi yukarıda güveni kötüye kullanma suçuna konu fiiller bahsinde devir olgusunu inkâr kısmında ele aldığımız üzere zaten zımnen inkâr anlamındadır. Örneğin dernek adına teslim edilen bir malı dernek yöneticisinin hiç teslim edilmemiş gibi defter

kayıtlarına geçirmemesi gizleme olduğu gibi aynı zamanda, zımnen inkârdır. Bunun yanında TCK'nın 508.maddesinden farklı olarak malın imhası (yok edilmesi) suça konu hareketlerin içine alınmıştır. Ancak bu durum bile kanımızca bu maddenin düzenlemesindeki eksikleri gidermemektedir, çünkü buradaki suçun bağlı hareketli suç olarak düzenlenmesinin en kötü yanı gelecekte ortaya çıkacak veya madde kapsamında düşünülmeyen yeni kullanım, yararlanma ve tasarruf şekilleriyle suç işleyen failin fiillerinin cezasız kalabilme riskidir.[462]

ccb. Netice

Der.K.'nın 32/f maddesinde sayılan suç TCK'nın 155.maddesindeki suç gibi neticesi harekete bitişik suç niteliği taşımakla bu suçtan bu yönden bir farklılık göstermemektedir. Bu bakımdan kanunda tanımlanan hareketlerin gerçekleşmesi ile suç tamamlanır. Ayrıca derneğe karşı bir zararın gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır.

d. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK'daki genel nitelikteki hukuka uygunluk nedenlerinden ve varsa Der. K, TMK vs. mevzuattaki hukuka uygunluk nedenlerinden fail yararlanabilecektir.

e. Suçun Manevi Unsuru

Bu suçun manevi unsur yönünden TCK'nın 155.maddesindeki güveni kötüye kullanma suçundan farklı bir durumu bulunmamaktadır. Bu suça konu hareketlerin failin kendisi veya başkasının menfaatine işlenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan bu suç ancak özel kastla işlenebilir. Bu suçun olası kastla işlenmesine imkân olmadığı kanaatindeyiz. Taksirle bu suçun gerçekleşmesine olanak bulunmamaktadır.

f. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

---

[462] Belirttiğimiz üzere Der.K'ya ya hiç böyle bir madde konulmamalıydı veyahut 5237 sayılı TC m. 155 ile uyumlu olması için bu madde de şu şekilde bir düzenleme yapılması gerekirdi: *"...Her ne suretle olursa olsun kendisine tevdi olunan veya **idaresi ile yetkili kılındığı** derneğe ait veya **üçüncü kişilerce belirli amaçla kullanılmak, korunmak üzere derneğe teslim edilmiş** para veya para hükmündeki evrak, senet **veya sair malvarlığı üzerinde,** kendisinin veya başkasının menfaatine **zilyetliğin devrine aykırı olarak tasarrufta bulunan** veya **devir olgusunu inkar eden** yönetim kurulu başkanı ve üyeleri veya denetçiler ile derneğin diğer personeli Türk Ceza Kanununun güveni kötüye kullanma suçunun **155/2.maddesindeki nitelikli haline ilişkin hükümlere** göre cezalandırılır. Ayrıca, mahkeme yargılama sırasında sanıkların, organlardaki görevlerinden geçici olarak uzaklaştırılmasına da karar verebilir."*

Buradaki suçun TCK'daki güveni kötüye kullanma suçundan teşebbüs, iştirak ve içtima açısından farklı bir durumu söz konusu değildir. Ancak suçun tanımı ve uygulaması açısından baktığımızda Der.K'nın 32/f maddesindeki güveni kötüye kullanma suçu tanımlaması özel norm niteliğinde olup suçun cezalandırılması ve tipikliğe konu hareket bakımından TCK'nın 155.maddesinden değil, bu kanundaki tanımlamadan hareketle suçun unsurlarının tespiti ve cezalandırmanın yapılması gerekir. Bununla birlikte Der.K 32/f maddesinde TCK'ya cezalandırma açısından yollama yaptığından, TCK'nın 212. maddesinde belirtildiği üzere fail resmi veya özel belgede sahtecilik yaparak bunu suçun işlenmesinde kullanırsa hem güveni kötüye kullanma suçundan hem sahtecilik suçundan cezalandırılacaktır. Kamuya yararlı dernekler haricindeki derneklerin derneğe gelir sağlama amaçlı işlettikleri kafe, lokal tarzı işletmeler TTK'ya göre ticari işletme, bu işletmeler açısından dernek tacir olarak (TTK m. 16)[463] değerlendirilmektedir. Bu açıdan böyle bir işletmenin parası veya eşyası üzerinde haksız olarak tasarrufta bulunan dernek üyesi olmayan sadece o işletmeyi işletmekle görevli işletme müdürü veya çalışanı Der.K m.32/f'den değil, doğrudan TCK'nın m. 155/2'deki nitelikli halinden cezalandırılacaktır. Ancak Der.K m.32/f'de yaptırım yönünden zaten TCK m. 155'e atıf yaptığından bu ayrımın pek bir önemi bulunmamaktadır.

Bunun yanında derneğin kamuya yararlı bir dernek olması, görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal üstünde burada çalışan failin bu suçu işlemesi halinde artık güveni kötüye kullanma suçu değil zimmet suçu oluşacağından fail TCK'nın 247.maddesi gereğince cezalandırılması gerekir. Fakat yukarıda belirttiğimiz üzere yine de bu zamana kadar ki Yargıtay içtihatlarında kamuya yararlı derneklerdeki bu türden fiilleri de güveni kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmektedir.

---

[463] TTK m. 16– *"(1) Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.*
(2) Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar." Ayrıca bu konudaki Danıştay ve Yargıtay Hukuk Dairelerinin içtihatları için bkz. **GÜNAY**, s. 260- 272

Bununla birlikte 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun 28. Maddesinde belirtilen yardım toplama faaliyetine konu mal ve paraların zimmete geçirilmesi halinde ise güveni kötüye kullanma suçu değil zimmet suçundan hüküm kurulacaktır.

g. Suçun Yaptırımı ve Usul Hükümleri

Buradaki suça yaptırım açısından TCK'nın 155.maddesindeki güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Dernek yöneticileri ve denetçiler aynı zamanda dernek tüzel kişiliğinin mallarını idare ile yetkili kılındıklarından bu kişilerin TCK'nın 155. maddesinin 2.fıkrasındaki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali için öngörülen ceza ile cezalandırılmaları gerekir.

2019 yılında 7188 sayılı kanun ile CMK m.253 maddesinde güveni kötüye kullanma suçunun TCK m.155/2'deki nitelikli hali de uzlaşma kapsamına alınmıştır. Bu durumda yaptırım yönünde sonuç bağlanan bu suç açısından da uzlaşma hükümleri uygulanabilecek midir? Kanaatimizce burada da uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bunun yanında dernekte ücretli olarak bir hizmet sözleşmesine bağlı olarak çalışan personelde hizmet ilişkisinin gereği olarak mal teslimi yapıldığından aynı şekilde TCK m. 155/2'deki nitelikli halden cezalandırılmalıdır. Aynı şekilde derneğe üye olup dernek faaliyet işleyişinde ücretli veya ücretsiz görev alan üyelerde kanımızca TCK m. 155/2'deki nitelikli halden ceza almalıdır. Bu iki halde de suç şikâyete tabii değildir.

Bununla birlikte eğer dernekte derneğe üye olmayan aynı zamanda ücret mukabili değil de ücretsiz gönüllü olarak çalışan kişiler varsa ve bu kişiler dernek mallarını idare ile de yetkili kılınmamışsa, Yargıtay içtihatlarına göre ücret olmadan bir hizmet ilişkisi söz konusu olamayacağından bu durumda bu kişilerin kanımızca TCK m. 155/1'deki güveni kötüye kullanma suçunun temel halinden cezalandırılması gerekir. [464] Bu durumda şikâyet suçun soruşturulması ve kovuşturulması açısından gereklidir.

Diğer taraftan güveni kötüye kullanma suçuna konu faillere ilişkin mahkeme yargılama sırasında sanıkların, organlardaki görevlerinden geçici olarak uzaklaştırılmasına da karar verebilir. (Der. K m. 32/f)

[464] Yargıtay 4. CD 18.05.1945 3745/2674 Karar için bkz. **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 424

Bunun yanısıra henüz soruşturma açılmamış olsa dahi, derneğin kamuya yararlı derneklerden biri olması halinde, idare tarafından yapılan denetimler neticesinde güveni kötüye kullanma suçunun işlendiğinin tespiti halinde İçişleri Bakanlığı idari tedbir mahiyetinde suçu işlediğini tespit ettiği faili, geçici olarak görevden uzaklaştırabilir. (Der.K m. 27) Eğer bu görevden uzaklaştırmalar neticesi dernekteki organlardan biri boşalmışsa valilik sulh hukuk mahkemesinden bu kişilerin yerlerine kayyum atamasını isteyebilecektir.

Etkin pişmanlık, cezayı ortadan kaldıran ve azaltan nedenler açısındansa 32.maddenin f fıkrasının yaptığı atıf nedeniyle malvarlığına karşı suçlara ilişkin TCK'nın 155.maddesinde güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin uygulanacak etkin pişmanlık hükümleri (TCK m. 168) bu maddedeki suç açısından da uygulama alanı bulacaktır. Bu suçta mağdur olan tüzel kişilik sahibi olan dernek olduğu için derneğin yöneticilerinin, suçu işleyen fail ile akrabalıkları bulunsa dahi TCK m. 167'deki cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

2) Özel Kanunlardaki Diğer Benzer Suçlardan Ayrımı

A) Türk Ticaret Kanunu'ndaki Anonim Şirkete Borçlanma Yasaklarının İhlali Suçundan Ayrımı (TTK m. 358, m. 395/2, m. 562/5-b, c)

TTK'da, TCK'nın 155. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçunun doğrudan doğruya uygulanabileceği pek çok hal bulunmaktadır. Örneğin;

- TTK'nın 128/2. maddesine göre şirkete sermaye olması gereken bir taşınır mal güvenilir kişiye emanet edilmelidir. Kendisine emanet edilen malı bu amaç dışında kullanan güvenilir kişi, TCK'nın 155. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılabilecektir.
- TTK'nın 395/1.maddesine göre yönetim kurulu üyesi genel kuruldan izin almaksızın kendisi veya başkası adına şirketle işlem yapamaz. Eğer bu yasak ihlal edilmiş ve neticede üye kendisi veya üçüncü kişi lehine bir menfaat temin etmişse, suçun maddi konusu da TCK'nın 155.maddesine uyan bir eşya ise bu durumda fail TCK m. 155/2'deki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden cezalandırılabilecektir.

- TTK'nın 480.maddesinin 3.fıkrasına göre (eski TTK m.405) tasfiye payına ilişkin hükümler saklı kalmak üzere pay sahipleri sermaye olarak şirkete geri verdiklerini geri isteyemez. Şirkette istisnalar hariç olmak üzere açık veya gizli olarak ortaklarına sermaye paylarını dağıtamaz. [465] Buna göre bir anonim şirket yönetim kurulunda görev alan kişi bu yasağa aykırı şekilde bir ortağa sermaye payına karşılık gelen eşya, prim veya parayı şirketin rızası dışında iade ederse TCK m. 155/2'deki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden cezalandırılabilecektir. [466]

Ancak TTK'daki aynı zamanda güveni kötüye kullanma suçu arz edecek her olay için TCK m. 155'ten cezalandırma yapılacağı söylenemez. Zira başında güveni kötüye kullanma ibaresi olmasa bile, bu suçun, özel türü diyebileceğimiz iki hal TTK m. 358 ve m. 395/2'de ve cezası da TTK m. 562/5-(b) ve (c) bentlerinde bulunmaktadır. 2012 yılında yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK, selefi mülga 6762 sayılı TTK'dan farklı çeşitli düzenleme ve yenilikler içermektedir. Pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarının yasaklanmasını içeren TTK m. 358 ve TTK m. 395/2'de bu yeniliklerden biridir. Bu konuda 6102 sayılı TTK ilk metninde katı bir yasak benimsemiş ve bu yasaklamalara TTK m. 358 ve TTK m. 395/2'de yer vermiştir.[467]

---

[465] Bkz.**Ali Murat SEVİ**; Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayınları, (2013) s. 409-531

[466] Bunun dışında; TTK'nın 519/3. ve 520.maddelerinde bir şirketin ayırması gereken kanuni yedek akçe oranları yer almaktadır. Bu oranlarda yedek akçenin ayrılmayıp, ayrılacak meblağın amaç dışı kullanılması 155/2'deki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini oluşturabilir. Aynı şekilde TTK'nın 523.maddesi kanuni oranların dışında yedek akçeyi şirketin genel kurul kararı ile belli işlerde kullanılmak üzere ayrılabileceğini belirmektedir. Yönetim kurulu veya yöneticilerin bu yedek akçeyi amaç dışı kullanması veya ayırmaması zilyetliğin devri amacı dışında tasarruf olarak değerlendirilip güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini oluşturabilir. Kâr payı tek başında TCK'nın 155.maddesindeki güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Ancak şirket genel kurulunun karpayı kararı dağıtımı kararı almasına karşın yönetim kurulunun bunu dağıtmaması veya fazla dağıtarak şirketi zarara uğratması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. TTK'nın 408. maddesinde bir şirketteki önemli miktardaki malvarlığının toptan satışının genel kurul kararı olmadan yapılamayacağını belirtmekle bu karar olmadan yönetim tarafından yapılan mal satımı güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. TTK'nın 376. maddesine göre yönetim kurulu şirketin sürekli zarar etmesi, iflasa sürüklenmesi gibi nedenlere karşı çeşitli tedbirleri almakla mükellef kılınmıştır. Bu tedbirleri almayıp şirketi kendileri veya üçüncü bir kimse menfaatine zarara sürükleyen, genel kurulu toplantıya çağırmayan yönetim kurulununun zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunması ve güveni kötüye kullanma suçu açısından sorumluluğu tartışılabilir. (Bkz. **ÇAKIR**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Doğan Sorumlulukları (Ceza Sorumluluğu), s. 66-79)

[467] TTK m.358'in ilk hali *"İştirak taahhüdünden doğan borç hariç, paysahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve paysahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemden doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tâbi tutulsun."*

Ancak gelen tepkiler üzerine 2012 yılında yürürlüğe giren 6335 sayılı kanun, bu maddelerdeki hükümleri iyice yumuşatmış ve istisnalar getirmiştir. [468] Bu değişiklikler doktrinde eleştirilmektedir.[469]

Bu maddelerin konulmasında korunan hukuki değer anonim şirketlerin malvarlığı değerlerinin ve sermayesinin korunması ve üyelerin zarar görmesinin engellenmesidir. Aynı zamanda bu konulan maddelerle ticari düzenin de korunması amaçlanmıştır.

6335 Sayılı Kanun'un gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere[470], yapılan değişiklikle ortakların ve şirket yöneticilerinin acil kaynak ihtiyaçlarının şirket varlıklarından karşılanabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Ancak söz konusu maddede yapılan değişikliklerle şirket ortaklarının ve yöneticilerinin şirket varlıklarından sınırsız olarak borçlanmasına imkân tanındığı sonucuna da ulaşılmaması gerekir. Zira bu husus, bu kanunun temel ilkelerinden birisi olan sermayenin korunması ilkesine ters düşmektedir. Gerekçede belirtildiği üzere borçlanma yasağına ilişkin söz konusu düzenlemelerin yapılmasındaki amaç, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin acil ihtiyaçlarının makul bir vade içerisinde, şirketi zarara uğratmayacak şekilde karşılanmasıdır. Diğer taraftan, şirket varlıklarının uzun süreli ve büyük miktarda nakde karşılık gelecek şekilde ortaklar veya yöneticiler tarafından (borçlanmak suretiyle) kullanılması söz konusu maddelerde yapılan

---

TTK m.395/2'nin ilk hali *"Yönetim kurulu üyesi, onun 393. maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler."*

[468] 6335 sayılı Kanun ile değişik TTK m.358 *"Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz."*

6335 sayılı Kanunla değişik TTK m.395/2 *"Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir."*

[469] Bu eleştiriler için bkz. **Sami KARAHAN**, Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişikliğin Sonuçları, Yaklaşım Dergisi, Kasım, (2012) ayrıca bkz. Makalenin aynen yayınlandığı ticaretkanunu.net internet sitesi :http://www.ticaretkanunu.net/makale-24/ (Erişim Tarihi: 24.03.2017) ; **Abuzer KENDİGELEN**, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayınları, Güncellenmiş 2. Bası, (2012) s. 242-257;283-286; **POROY-TEKİNALP- ÇAMOĞLU**, s. 372,373

[470] Kanunun gerekçesi için Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss303.pdf (Erişim Tarihi:26.03.2017)

değişikliğin amacına uygun olmayacaktır. Bu hal 6335 sayılı kanun gerekçesinde "şirketin içinin boşaltılması" veya "şirketin hortumlanması" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu durumda, yani şirket varlıklarının uzun süreli, yüksek oranlarda ve karşılıksız olarak borçlanma adı altında şirket ortaklarına veya yöneticilerine kullandırılması halinde, TCK'nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Daha da büyük bir zarara sebebiyet verilip şirketin iflasına neden olunması halinde ise TCK'nın 161. maddesinde düzenlenen hileli iflas suçu oluşabilecektir.[471]

TTK m. 358'de suçun maddi konusu şirkete ait eşyalar ve bununla yapılan borçlanmalardır. Bu eşyalar para, nakit, taşınır mallar vs. olabileceği gibi taşınmaz mallarda olabilecektir. Buna karşın 395/2. maddede ki suçun maddi konusu 6335 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesi hem ayni hem nakit olarak borçlanmalardı. Bu değişiklik sonrası sadece nakdi borçlanmalar suçun konusu haline gelmiştir. Bu durumda 395/2 kapsamında borçlanma yasağı altında olan kişilerin şirkete para dışında ayın türünden bir eşyayı borçlanmalarına bir engel bulunmamaktadır.[472] Bununla birlikte pasif azaltıcı etkisi olan borç devralınması da bu yasak kapsamındadır.[473] Öte yandan bir şirketler topluluğuna dâhil olan şirketlerin birbirine kefalet ve garanti vermeleri ise TTK'nın 202.maddesindeki kısıtlamalara aykırı olamamak kaydıyla bu yasak kapsamının dışındadır. (TTK m.395/3)

Suçun hem TTK m. 358'deki hem TTK m. 395/2'de ki suçun faili, borç verme işlemini gerçekleştirecek olan şirkette yetkili kimselerdir. Bu kimseler yönetim kurulu üyeleri veya bu konuda borç vermeye yetkili kılınmış kişiler olabilir. Bu yola genelde yönetim kurulu üyeleri başvurur. Zira TTK'nın 374. maddesi gereğince yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Ancak burada borç vermeye yetkili kimse olarak, kurulu değil bu konuda yetkili kılınan sorumlu üyeleri ele almak gerekir. Zira, sorumlu üyeler şirket tüzel kişisinin varlığı üzerinde şirket adına hareket için, diğer paydaşlarca yetkili

[471] Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss303.pdf (Erişim Tarihi:26.03.2017)
[472] **Serdar HIZIR- Duygu MERKİ**, Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezai Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 63 Sayı:4, (2014) s. 783
[473] **AYAN**, s. 146

kılındıklarından başkası için zilyet konumundadırlar.[474] Bu bakımdan özgü suç niteliği burada da bulunmaktadır.

Suçun mağduru ise anonim şirkettir. Burada sadece şirketin tüzel kişiliğini oluşturan diğer pay sahiplerinin de suçtan zarar gören olarak değerlendirilmesi gerekir.

Suça konu harekette ise TTK m. 358'deki ve bu konudaki cezayı içeren TTK m. 562/5-b'deki suçun gerçekleşebilmesi için yönetim kurulu üyeleri ve bu konuda borç vermeye yetkili kılınan kimselerin bu maddeye aykırı olarak pay sahiplerine borç vermesi gerekir. Zira b maddeye göre pay sahiplerine borç verme ancak vadesi gelmiş olan sermaye taahhütlerine ilişkin borçları ifa etmiş olması ve şirketin serbest yedek akçeleri ile kârı toplamının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması halinde mümkündür. Failin borç verilen pay sahibinin şirketten daha önce hiç borç almaması veya şirkete hiç borçlu olmaması şart değildir. Önemli olan şirketten borç almışsa da daha önce vadesi gelen bu borçlarını ödemesidir, vadesi gelmeyen borçlarını ödemesi de şart değildir.

TTK'nın. 395/2 maddesinde zikredilen bu suça konu hareket ise pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan TTK'nın 393. maddesinde zikredilen kendi alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarının şirkete nakit olarak şirkete borçlanması, şirketin bu kişilere kefalet, garantisinin sağlanması veya güvence vermesi, sorumluluk yüklenmesi veya bu kişilerin borçlarını devralmasıdır. Ancak burada da ayın konusunda bir hüküm olmadığından bu kişilerin şirkete karşı bu yönden borçlanmaya girmesi halinde bu suçun oluşması beklenemez. Kanaatimizce bu bir eksikliktir.

Diğer taraftan hem TTK 358. ve 395/2. maddedeki suçun oluşması için bütün bu şartlar yanında ayrıca başka ek şartların da oluşması gerekir. Mesela;

- Alınan borcun mutlaka bir karşılığı olmalıdır. Şirkete karşılıksız borçlanılamaz.[475]

[474] **HIZIR- MERKİ**, s. 794
[475] **HIZIR- MERKİ**, s. 786,787

- 6335 sayılı Kanun'un gerekçesinde belirtildiği üzere verilecek borcun yüksek oranda olmaması gerekir. Bunun içinde 358. madde de getirilen kıstas şirketin serbest yedek akçeleri ile karının geçmiş yıl zararlarını karşılamasıdır. Bu düzeyi geçen borçlanmalara şirketin gitmemesi gerekir. Bu durumun da TTK'da bir sınır belirtilmese de en üst sınır olarak görülmesi gerekir. Aynı şekilde TTK m. 395/2'deki ayın cinsinden borç verilmesi halinde dahi bu durumun gözetilmesi lazımdır. [476]
- Ayrıca alınan borcun makul bir süre içerisinde ifa edilmesi gerekir. Uzun vadeli borçlanma yapılamaz. [477] Mesela pay sahibi olan biri veya paydaş olmayan yönetim kurulu üyesine, akrabalarına 5 yıl veya 10 yıl veya 20 yıl gibi vadelerle borç verilmesi makul bir süre değildir. Ama 3 ay gibi bir vade makul bir süredir.
- Bunun yanında kanımızca borçlanmanın, kefaletlerin şirketi zor duruma düşürecek şekilde bir süreklilik taşımaması gerekir. Bir üyenin veya birden fazla üyenin bir yıl içinde onlarca defa, az bile olsa sürekli şekilde borç alması, A.Ş.'yi kuruluş amacı dışında bir kredi kurumuna, dernek yardım sandığına çevirmesi, eninde sonunda A.Ş.'yi kaçınılmaz şekilde zora düşürebilecektir.

Bu son saydığımız dört şartın birinin bile eksikliği halinde, borçlanma işlemi TTK m. 358 ve m. 395/2'ye uygun olsa dahi, TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabilecektir. Bu durum da bu TTK'daki suç ile, TCK'daki güveni kötüye kullanma suçunu birbirinden ayıran en önemli farklılıktır.

Bu şartların eksikliği halinde hem TTK m. 358 ve m. 395/2'deki suç ve bunların müeyyidesinin yer aldığı TTK m. 562/b ve c bentlerindeki hal, hem TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçu oluşursa, bu durumda faile sadece TCK m. 155'ten cezalandırma yapılmalıdır. Buna karşın yapılan borçlanma işlemleri neticesinde şirket kendisini bir daha toparlayamayacak şekilde zarar görmüş ve iflas aşamasına gelmişse TCK'nın 161. maddesindeki hileli iflas veya TCK'nın 162. maddesindeki taksirli iflas suçlarının varlığı da ayrıca tartışılabilecektir. Şirket halka açık bir şirketse eğer yapılan hareketle Ser.PK 110/1 a) b) ve (c) maddelerindeki

[476] **HIZIR- MERKİ**, s. 786,787
[477] **HIZIR- MERKİ**, s. 786,787

güveni kötüye kullanma örtülü kazanç aktarımı suçu gerçekleşmişse bu durumda sadece Ser.PK'daki suçtan cezalandırma yapılacaktır.[478] Buna ilaveten A.Ş. şeklinde teşkilatlanmış acente ve eksperlik şirketleri haricindeki sigorta ve reasürans şirketleri açısından Sig.K'nın 19. ve m. 35/17. maddelerinde "Aktif Azaltıcı İşlem Yasağı" başlığı altında örtülü kazanç aktarımı, ortakların borçlarına kefil olma, kredi verme gibi hususlar ayrıca suç olarak düzenlenmiş olmakla, eğer bu suç ile birlikte Sig.K'nın 19. ve 35/17. maddelerdeki suç oluşmuşsa görünüşte birleşme halindeki özel norm-genel norm ilkesi gereği sadece Sigortacılık Kanunu'ndaki suçtan cezalandırma yapılmalıdır.

Netice açısından TTK'nın 358. ve 395/2. maddelerindeki fiiller ve yaptırımı olarak TTK m. 562/b ve c maddelerinde düzenlenen suç da tıpkı TCK'daki güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi neticesi harekete bitişik suçtur. Ayrıca bir zararın oluşması şart değildir.

Manevi unsur olarak kast aramakla birlikte genel kast suçu oluşumu için yeterlidir. Yaptırım açısından ise TTK m. 358 ve m. 395/2'nin müeyyidesi TTK m. 562/5-b ve c bentlerinde üç yüz günde az olmamak üzere adli para cezası olarak belirtilmiştir. Bu iki maddedeki suçta resen kovuşturulabilen suçlar arasındadır.

B) Bankacılık Kanunu'ndaki Zimmet Suçundan Ayrımı (Bank.K. m. 160)

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun (Bank. K.) 160. maddesinde bankacılarla ilgili özel bir zimmet suçu düzenlemiştir.[479] Buna benzer bir düzenleme de 4389

---

[478] **ÜÇIŞIK- ÇELİK**, s. 599

[479] 5411 sayılı Bank.K. m. 160"*Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.*
Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen ödettirilmesine hükmolunur.
Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezasına hükmolunur; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettirilmesine karar verilir.

sayılı Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin 3 ve 4.fıkralarında bulunmaktaydı. Diğer taraftan bu düzenlemenin yapılmasının gerekliliği de sorgulanabilir. Zira Bank.K.'da TCK'daki zimmet suçuna atıf yapmak suretiyle ya da 160. maddesinde suçu işleyenlerin kamu görevlisi sayılacaklarını belirterek bu maddede sayılan kişiler zimmet suçundan sorumlu tutulabilirdi. Bunun dışında TCK'da zimmet suçunun olduğu 247. maddeye bu yönde bir nitelikli hal de eklenebilirdi. [480] Ancak kanun koyucu bunlar yerine böyle bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir. Diğer taraftan bu konuda hiçbir düzenleme yapılmasaydı söz konusu fiili işleyenlere yerine göre dolandırıcılık, yerine göre zimmet, yerine göre güveni kötüye kullanma suçundan işlem yapılabilecekti.[481]

Suçta korunan hukuki değere bakarsak burada korunan hukuki değer ekonomik düzenin korunmasıdır. [482] Bu bakımdan bu suç hem Ser.PK'daki güveni kötüye kullanma ve hem de TCK'nın. 247. maddesindeki zimmet suçuyla benzeşmektedir.[483] Bununla birlikte Bank.K.'nın 1. maddesine bakıldığında burada finansal piyasalardaki düzenin korunduğu bu bakımdan daha özel nitelikli ekonomik düzen ve güven ilişkisinin korunduğu da düşünülebilir.[484] Bu yönden bu suç güveni kötüye kullanma suçundan da ayrılır. Bununla birlikte devletin ve bankanın mali menfaatlerinin, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin (mülkiyet hakkı) [485]

(Ek fıkra: 2/1/2017-KHK-687/4 md.) Bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemleri zimmet suçunu oluşturmaz. Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir. Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.
Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.

[480] Almanya'da bankacılık için ayrı bir zimmet suçu söz konusu olmayıp banka personeli ve bunun yanında Alman Merkez Bankası personeli için güveni kötüye kullanma suçu (Alman CK. m.266) hükümlerinin uygulanması kabul görmüştür. Bu konuda bkz. **Volker KREY**, Financial Crisis and German Criminal Law, Institut für Rechts Politik an der Universitat Trier, (2009), s. 13

[481] **Adem SÖZÜER**, Bankacılık Kanununda Yer Alan Suçlar ve Cezalar, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 5, Aralık, (2005) s. 178

[482] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 150; **MAHMUTOĞLU**, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, s. 229

[483] **Devrim GÜNGÖR**, 5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu, Ankara Barosu Dergisi,Yıl:67 Sayı:4, Güz, (2009) s. 23

[484] Bankacılık Kanunu m. 1*:"Bu Kanunun amacı, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir."*

[485] **Mustafa AKIN**, Bankacılığın Kırmızı Çizgileri Bankacılık Suçları, Dersaadet Yayınları, (2015), s. 119

korunduğu da iddia edilebilse de[486] aynen zimmet suçunda bahsettiğimiz gibi esas korunan menfaat ekonomik düzen ve güven ilişkisidir.

Fail açısından da aynen TCK'da yer alan zimmet suçunda olduğu gibi bu suç güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır. Her iki suçta özgü suçtur. Ancak bu suçta failin bu suçta kamu görevlisi olması yanında "banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları"ndan olması eğer banka TMSF' ye devredilmiş ise o zaman "fona devredilen bir bankanın hukuken veya fiilen yönetim ve denetimi elinde bulundurmuş gerçek kişi ve ortaklarından" olması gerekir. Maddede geçen diğer mensuplar ibaresi bankada çalışan herkesi kapsayıcı niteliktedir.[487]Bununla birlikte bu kimselerin eşyaları koruma ve gözetimle yetkili olmaları şarttır. Aynen zimmet suçunda olduğu gibi burada da koruma ve gözetim yükümlülüğü geniş manada anlaşılmalıdır. Malın faile fiilen teslimi şart değildir, suça konu malı da içine alacak şekilde genel nitelikte görevlendirme suçun oluşumu için yeterlidir.[488]Bir fiil kamu görevlisi tarafından koruma ve gözetimle yükümlü olduğu mal ile ilgili işlenmişse zimmet, bu kişi banka görevlisiyle bankacılık zimmeti; bu sıfatları taşımayan kişiler arasında suç oluşmuşsa güveni kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır. Bunun yanında Bankanın mülkiyeti veya zilyetliğinde bulunmamakla birlikte mağdurla banka görevlisi arasındaki özel şahsi ilişki neticesi banka görevlisine bırakılan eşya ile ilgili de bankacılık zimmeti değil güveni kötüye kullanma suçundan işlem yapılacaktır. [489]Yine meslek, sanat veya hizmetten veya idareden kaynaklı bir durumdan güveni kötüye kullanma suçu oluşmuşsa bu durumda TCK m. 155/2'deki nitelikli hal uygulanacaktır.[490]

---

[486] **GÜNGÖR**, s. 23

[487] **ARTUK- GÖKCEN-ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 718; **MAHMUTOĞLU**, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, s. 231

[488] **AKIN**, s. 121

[489] **MAHMUTOĞLU**, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, s. 231; **AKIN**, s. 121

[490] **Yargıtay 5. CD E: 2013/9594 K: 2015/12414 T: 12.6.2015** *"Ş.. Nazilli şubesinde krediler bölümünde görev yaptığını belirten sanığın, suç tarihinde hesabına para yatırmak isteyen katılana elektriklerin kesik olması nedeniyle sistemin çalışmadığını, daha sonra dekontunu vereceğini söyleyerek aldığı 10.000 TL karşılığında bir dekontun üzerine el yazısıyla teslim aldığını yazıp imzalayarak verdiği halde, parayı uhdesinde bırakması şeklinde eylemde bulunduğunun iddia edilmesi karşısında, sanığın para tahsil etme yetkisinin bulunup bulunmadığı araştırılıp neticesine göre yetkili olması halinde isnat edilen eylemin 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160. maddesinde düzenlenen zimmet suçunu oluşturabileceği ve 5411 sayılı Yasanın 164. maddesindeki düzenleme de gözetilerek delillerin takdir ve değerlendirilmesinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu dikkate alınarak görevsizlik kararı verilmesi, aksi halde Ceza Hukuku uygulamasında (memur) "kamu görevlisi" sayılmayan ve "kamu görevlisi gibi" cezalandırılması olanağı bulunmayan sanığın*

Bununla birlikte Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB) bu kanun kapsamında yer alan bir banka değildir. Ayrıca Bank K. m.2'de özel kanunlarla kurulu bankalarda bu kanunun, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla uygulanacağını belirtmiştir. 1211 sayılı 14 Ocak 1970 tarihli Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun (TCMB K.) 68-II b maddesi kapsamında özel bir zimmet suçu düzenlemesi bulunmaktadır. Bu sebeple TCMB personeli koruma ve gözetimle yükümlü olduğu mal ile ilgili zimmete geçirme hallerinde bir sonraki başlıkta ele aldığımız TCMB K'daki zimmet suçundan cezalandırılacaktır.

Mağdur yönünden ise bankanın zarar gören müşterisi belli ise mağdurdur. Zimmet suçunun işlendiği bankada mağdurdur. Ancak aynı zamanda bankacılık sistemindeki güven ilişkisinin, düzenin zarar görmesinden devletin veya devletin mağdur olamayacağını savunan görüşe göre kamunun mağduriyeti de kabul edilebilir. Bu yönden bu suç güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır. 5411 sayılı Bank K. m. 160/1'deki "banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları" ın işlediği zimmet suçunun soruşturulma ve kovuşturulmasını ilgili kurum (BDDK) veya fon (TMSF)[491]'nin yazılı başvuru şartına bağlamıştır. (Bank K. m. 162) Yazılı başvuruda soruşturma ve kovuşturma sürerken şikâyet gibi geri alınabilir. Bankacılık Kanunu m. 160/3'te yer alan fona devredilen bir bankanın hukuken veya fiilen yönetim ve denetimi elinde bulundurmuş gerçek kişi ve ortakların zimmet suçunda TMSF 'nin yazılı bildirimi ile soruşturma ve kovuşturma yapılması öngörülmüştür. Ancak maddede gecikmesinde sakınca bulunan halde Cumhuriyet Başsavcılığında re' sen soruşturma başlanıp, TMSF'yi de durumdan haberdar ederek soruşturma ve kovuşturmaya devam edilebileceği de belirtilmektedir. Diğer yandan 162. maddenin son fıkrasında itibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı zarar gören banka ve ilgililerinde CMK Hükümleri gereği şikâyet hakkının olduğunu belirtilmiştir.

Maddi konu yönünden Bankacılık Kanunu'ndaki zimmet suçu ile güveni kötüye kullanma suçu arasında bir fark bulunmamaktadır. Her iki suçta aynı nitelikli

---

eyleminin TCK'nın 155/2. maddesine uyan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmelidir." (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 09.06.2016)

[491] Bkz.Bankacılık Kanunu m.3: *"Bu Kanunun uygulanmasında; İlişkili Bakan: Cumhurbaşkanı tarafından görevlendirilen Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanı, Kurul: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunu, Kurum: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunu, Başkan: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Başkanını, Merkez Bankası: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Anonim Şirketini, Fon: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunu,Fon Kurulu: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulunu...ifade eder."*

konulara sahiptir. Güveni kötüye kullanma suçu açısından TCK'nın 155/1. maddesinde mal nitelikli halinde eşya; zimmet suçunun düzenlendiği 247. maddedeyse mal suçun hukuki konusu olarak belirtilmiştir. Bank.K'nın 160. maddesindeyse "para veya para yerine geçen evrak veya senetler veya diğer mallar"dan bahsedilmektedir. Bank K.'daki bu ibare, TCK'da zimmet ve güveni kötüye kullanma suçunda zikredilen mal ve eşya terimine karşılık gelmektedir.[492]

Suçun maddi unsuru olan fiil açısından ise bu kanuna göre iki tür zimmet suçu düzenlenmiştir. İlki banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplarının *"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 geçirmesi"* (Bank K. m. 160/1) fiilidir. Suçu oluşturan fiil olan "zimmete geçirme" kavramını ve bunun güveni kötüye kullanma suçundaki fiillerden farkı zimmet konusunda maddi unsur yönünden etraflıca ele alınmıştır. Belirttiğimiz şekilde zimmete geçirme kavramı iade amaçlı geçici kullanımları (kullanma zimmeti) tam olarak içine almamaktadır. Bu sebeple kullanma zimmetine dair TCK'nın 247/3. maddesinde özel bir hüküm ihdas edilmiştir. Ancak Bank K'nın 160. maddesinde ise bu konuda benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu da doktrinde tartışmaları beraberinde getirmiştir. Doktrinde her ne kadar karşı görüşler olsa da[493] Yargıtay, TCK'nın aksine Bank K.'nın 160. maddesinde bu konuda bir düzenleme olmasada bu suçun kullanma zimmetini de kapsadığına karar vermiştir.[494] Diğer taraftan Bank K.'nın 160/2. maddesinde

---

[492] **SARSIKOĞLU**, s. 162

[493] **Asuman Aytekin İNCEOĞLU**, Bankacılık Kanununda Yeralan Suçlar, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2006), s. 382; **Taner GÜLŞEN**, Zimmet Suçu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2011) s. 142, 143; Karşı görüş için bkz. **ÖZGENÇ**, Zimmet Suçu, s. 88 Yazar burada bu suçun oluşacağını savunmuştur. Yargıtay'da aynen bu görüşü benimsemiştir.

[494] **Yargıtay CGK E: 2011/7-429 K: 2012/181 T: 8.5.2012** *"….Gerek 765 sayılı TCY'nın 202. maddesinde, gerekse de 4389 sayılı Bankalar Yasasının 22/3. maddesinde kullanma zimmeti suçuna yer verilmemiş, ancak yaşanılan zorunluluklar karşısında varlığı kabul edilerek, gerçekleşmesi halinde temel hapis cezasının belirlenmesine yönelik olarak basit zimmet suçuna ilişkin hapis cezası, ağır para cezasının ve uğranılan zararın tayinin de ise, suçun maddi konusunu oluşturan para veya para yerine geçen senet gibi malların failin malvarlığında kaldığı süre gözetilerek hesaplanan "neması" esas alınmak suretiyle uygulama yapılmış, bu uygulama da 01.06.2005 tarihine kadar yargısal kararlarla istikrarlı bir şekilde sürdürülmüştür.Nitekim 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nın zimmet suçunu düzenleyen 247. maddesinin 3. fıkrasında kullanma zimmeti daha az cezayı gerektiren hal olarak kabul edilmiş, ancak benzer düzenlemeye 01.11.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5411 sayılı Bankacılık Yasasının 160. maddesinde yer verilmemiştir.5411 sayılı Bankacılık Yasasının 160. maddesi metninde "kullanma zimmeti suçuna" yer verilmemekle birlikte; öğretide; "…Bankacılık Kanunundaki özel zimmet suçuna ilişkin hükümler kapsamında kullanma zimmetine ilişkin özel bir hükmün bulunmamasından, bu suçun kullanma zimmeti suretiyle*

zimmetin ortaya çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışları bu suçu ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak görmüştür. Diğer taraftan zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı ise cezada indirim sebebidir.

Bununla birlikte Bank.K.'nın 160/3. maddesinde ise *"Faaliyet izni kaldırılan veya fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle,*

---

işlenemeyeceği sonucu çıkarılamaz" (Zimmet Suçu, Prof. Dr. ÖZGENÇ, İzzet, sf. 88) şeklindeki görüşe yer verilmiştir. 5237 sayılı TCY'nın 247. maddesinin 3. fıkrasında; "Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullandıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi" şeklinde tanımlanan "kullanma zimmeti" madde gerekçesinde de "...suç konusu mal üzerinde malikin bulunabileceği tasarruflarla zimmet olgusu ortaya çıktığına göre; kullanmanın malikin bulunabileceği tasarruf niteliğinde olup olmadığına bakmak gerekir. Bu nedenle, her bir kullanmanın, ilgili somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirmeyle, zimmeti oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi gerekir..." şeklinde tanımlanmıştır.... Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 26.10.1987 gün ve 335-494 sayılı kararında da belirtildiği üzere; zimmete geçirilen malın (para da dahil), zimmete geçirilme anındaki değer ve miktarı esas alınmak suretiyle aynen iade edilmesi, daha az cezayı gerektiren halin kabulü ve etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılması için yeterli olup, kazanç kaybı ve gecikme faizinin zamana göre değişkenlik arzetmesi nedeniyle ayrı bir hukuk davasının konusunu teşkil edebileceği söylenebilir ise de; iade ve tazmin kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir.Kullanma zimmetinin varlığı halinde, suçun maddi konusunun, para veya para yerine geçen senet gibi mallardan olması halinde uğranılan zarar, failin malvarlığında kaldığı süre gözetilerek hesaplanacak neması esas alınarak, kullanma zimmeti ile basit zimmet suçunun birlikte gerçekleştirilmesi halinde ise uğranılan zarar, kullanma zimmetine konu olan paranın hesaplanacak "nemasına" basit zimmete esas olan miktar eklenmek suretiyle belirlenmelidir. Aksinin kabulü ile, geçici bir süre zimmete geçirilerek iade edilen malın da (para da dahil) uğranılan zarara dahil edilmesi durumunda, mükerrir ödemeye ve kurum veya bankanın sebepsiz zenginleşmesine neden olunacağında kuşku bulunmamaktadır. Bu açıklamalar ışığında somut olayın değerlendirilmesine gelince;Sanık İrfan, basit zimmet yoluyla banka mudisi Emine'nin hesabından 1.200 YTL, kullanma zimmeti yoluyla banka mudisi N. Kemal'ın hesabından 11.10.2002 tarihinde çektiği parayı, 14.10.2002 tarihinde geri yaptırmak suretiyle 6 lira 72 kuruş nema, banka mudisi Turan'ın hesabından 09.10.2002 tarihinde çektiği parayı 10.10.2002 tarihinde geri yatırmak suretiyle 8 lira 10 kuruş nema, banka mudisi Sevgi'ye repo farkını eksik ödemek suretiyle 4 lira 60 kuruş nema olmak üzere toplam 1.219,43 YTL'nı (binikiyüzondokuzlira kırküçkuruş) zimmetine geçirdiği halde, yerel mahkemece 4 lira 60 kuruş olan nema, sehven 4 bin 600 lira olarak kabul edilerek, uğranılan zarar 1.219, 43 YTL yerine 5.406 YTL olarak belirlenmek suretiyle sanık yanıltılmıştır.5411 sayılı Yasanın 160. maddesinin 4. fıkrasında, soruşturmaya başlanmadan önce zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi bakımından gönüllü olma koşulunun da aranmadığı gözetildiğinde, katılan banka zararını ödeme konusunda iradesini ortaya koyan ve uğranılan 1.219,43 YTL'lik zararın 1.200 YTL'nı soruşturma başlamadan önce 29.11.2002 tarihinde bankaya ödeyen (üçüncü kişiye ödeten) sanığın uğranılan zararın yerel mahkeme tarafından doğru hesaplanmış olması halinde kalan 19 lira 43 kuruşu ödeyemeyeceği düşünülemeyecektir.Bu nedenle, sanığın kalan bu miktarı da ödemesi halinde, ödeme iradesini ortaya koyduğu evre de dikkate alınarak, 4389 sayılı Bankalar Yasasının 22. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde yer alan daha az cezayı gerektiren hal ile 5411 sayılı Bankacılık Yasasının 160. maddesinin 4 ve 6. fıkralarında yer alan etkin pişmanlık ve zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı sebebiyle cezayı hafifletici hükümleri göz önünde bulundurulmak suretiyle, her iki Yasanın karşılaştırılması yapılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekmektedir.Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire düzeltilerek onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir..."(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 01.05.2016)

kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları" zimmet suçu olarak kabul edilmiştir. Bu madde bazılarınca ayrı bir suç bazılarınca nitelikli hal olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu fıkra doktrinde "varsayımsal zimmet", "şartlı zimmet" şeklinde adlandırılmakta ve teknik olarak zimmet suçu niteliği taşımadığından dolayı eleştirilmektedir. [495]

Zira suçta ilk fıkradaki gibi veya TCK'daki zimmet suçu gibi zimmete geçirme eylemi değil, kredi kaynaklarını kullandırma eylemi cezalandırılmaktadır. Bu maddenin 3.fıkrasında, maddenin 1.fıkrasındaki zimmet suçunun aksine kredi kuruluşunun kaynakları suçun maddi konusudur. TCK'daki güveni kötüye kullanma ve zimmet suçunun; Bank. K.'nın 160/1. fıkrasında tanımlanan zimmet suçuna konu halin tam aksine; 3. fıkrada niteliği belirtilmemiş bir zararın netice olarak oluşması şart koşulmaktadır. Bu sebeple de Bank K. 160/1.fıkrasındaki hali "neticesi harekete bitişik suç" olarak değerlendirmek mümkünken[496] 3.fıkrasıdaki hal niteliği itibariyle bir zarar suçudur. Yine 3.fıkra ilgili bankanın fona devredilmiş olması; kaynaklarının, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde kullanılması; bu kullanmanın doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine olması gibi şartları da bünyesinde barındırmaktadır.

Ayrıca 2017'de yapılan değişiklikle bu kanuna, "bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemleri zimmet suçunu oluşturmaz" hükmü eklenerek bu işlemler zimmet suçunun dışına çıkarılmıştır.[497]

---

[495] **Rezzan İTİŞGEN**, Türk Ceza Hukuku'nda Zimmet Suçu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:71, Sayı:1, (2013) s. 658 Ancak belirtmek gerekir ki bu suçta zimmet suçu da güveni kötüye kullanma suçunun özel bir türüdür. Yazarın bu görüşünün aksine buna benzer bir durum yani *"kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kullanma neticede kuruluşu zarara uğratma"* Almanya'da bankacılık sektöründe Nordbank davasında tartışma konusu olmuştur. Her ne kadar bu suç yönünden sanıklar için beraat verilsede ihlalin ciddi olması halinde bunun yetkinin kötüye kullanılması güveni kötüye kullanma suçu (Alman CK m.266) yönünden bir gösterge olabileceği bu işlemin banka için değilde kendisine veya başkasına menfaat sağlamak amacıyla yapılmasının bu suçu oluşturacağı Federal Mahkeme ve Eyalet Mahkemesince dolaylı yoldan da olsa ifade edilmiştir. Nordbank davası için bkz. 400 nolu dipnot.

[496] Bu suçun ve zimmet suçunun bir zarar suçu olduğu yönünde karşı görüş için bkz. **ÖZGENÇ**, Zimmet Suçu, s. 29 Yargıtay'ın zimmete ilişkin kararlarına bakıldığında bu suç açısından da bir zarar tehlikesine neden olma ve zarar halini suçun oluşumu için gözettiğini görmekteyiz. bkz. 308 nolu dipnot.

[497] İlaveten alınması gereken kredi faizinin kasten geri alınmaması, kredi usulüne uygun verilmiş olsada verilen kredide kefalet imzalarının kasten sahte olarak alınması halinde zimmet suçunun

Bu suçun manevi unsuru yönünden 1. fıkradaki zimmet suçu için genel kasttır. Bu fıkradaki suç olası kast ile de gerçekleştirilebilir.[498] Ancak üçüncü fıkradaki suçun durumu tartışmalıdır. Kredi hukuka uygun verilmişse ve kişi kendisi veya başkasını yararlandırma bilinci içinde değilse, bu kredi borcunu sonradan ödememeye karar vermesi zimmet suçunu oluşmaz.[499] Kanaatimiz bu 3. fıkradaki suçun genel kasttan ayrı özel olarak kendisini veya başkasını yararlandırma saikini, özel kastı gerektirdiği yönündedir.

İçtima açısından TCK'daki zimmet suçunun, güveni kötüye kullanma suçunun gizlenmesi için resmî belgede sahtecilik yapılması halinde TCK'daki resmi evrakta sahtecilik suçundan ayrıca cezalandırma yapılacakken Yargıtay bu suçun açığa çıkmasını engellemek için resmî belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde bu suçtan ayrıca cezalandırma yapılamayacağı görüşündedir. Zira TCK m. 212'de belirtilen resmî belgede sahtecilikten ayrıca cezalandırma Yargıtay'a göre sadece TCK'daki suçlar açısındandır. Bank.K'nın 160/2. maddesinde suçu gizlemek için hileli işlemlerde cezayı ağırlaştırıcı neden olup resmi ve özel evrakta sahtecilik suçları bunun içine girmektedir. Özel kanun olan Bank.K'da sahtecilik suçlarının da ayrıca cezalandırılacağına dair bir hüküm olmadığından yine Bank.K m. 160/2'deki

---

oluştuğuna dair görüş için bkz. **Selim Servet TAŞDELEN**, Bankacılık Kanunu Şerhi 2.cilt (Madde 73- 171), Adalet Yayınları, 2.Bası, (2015), s. 1456- 1457 Diğer taraftan kredi usulüne uygun açılmış ve verilmiş ancak kredi verilirken çeşitli usulsüzlükler yapılmış fakat yapılan bu usulsüzlüklere karşın kredinin ödenmemesi halinde geri tahsile yönelik yeterli teminat bulunuyorsa zimmet suçu oluşmayacaktır. (Yargıtay CGK'nın 2004/11-58 ve 2005/58 K T:31.05.2005 sayılı kararı için bkz. **TAŞDELEN**, s. 1455- 1456) Bununla birlikte 09.02.2017 tarihli 687 sayılı KHK'nın devlet bankalarından batık kredi vermenin önünü açtığı ve zimmet suçunun kapsamını aşırı derecede daralttığı yönünde de muhalefetçe çeşitli eleştirilerde getirilmiştir. (Bu eleştiriler için bkz. https://www.gazeteduvar.com.tr/ekonomi/2017/02/10/zimmet-sucu-kalkti-cem-uzan-da-kurtulacak/ Erişim Tarihi: 02.12.2017) Bunun yanında mesela **Almanya'da Al. Yrgt. 2. Ceza Dairesi (BGH, 2 StR) 416/16 nolu 14.03.2018 tarihli kararında** Bankhaus Sal.Oppenheim Bankası'nda çalışan 4 üst düzey yöneticinin Arcandor AG Bankası'nın 20 milyon euroluk alacağını bankanın denetim organını dışlayarak güvence altına alması, Arcandor AG'nin krizde olduğu ve yeniden yapılandırma planı olmadığını bile bile sermaye arttırımı adı altında bankanın hisselerinin gerçek değerinden çok yüksek bir bedele kurumun satın almasının sağlanması, bankanın yeni yönetim binasının yapımında gayrimenkul alımında yolsuzluk yaparak kurumu 23 milyon Euro zarara uğratma tarzındaki eylemlerinin Alman CK m.266'daki suçu oluşturduğuna dair eyalet mahkemesi kararını onamıştır. bkz. https://www.juris.de/jportal/portal/t/1tkj/page/homerl.psml?nid=jnachr-JUNA180300716&cmsuri= %2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2 Fzeigenachricht.jsp (Erişim Tarihi: 01.04.2018)

[498] **AKIN**, s. 123

[499] **ÖZGENÇ**, Zimmet Suçu, s. 90

suç sahtecilik suçunu da içine alan birleşik suç niteliği taşıdığından bu hüküm uygulanmaz.[500]

Diğer taraftan bu madde de özel etkin pişmanlık hükmü getirilmiştir. Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir. Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri oranında indirim yapılacaktır. (Bank K. m. 160/5,6,7) Adli para cezası bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz.

C) Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'ndaki Zimmet Suçundan Ayrımı (TCMB K. m. 68/II-b)

Merkez Bankası ile ilgili olarak çeşitli tanımlamalar mevcut olmakla birlikte[501] bir ülkede tedavülde bulunan para biriminden ve bu paranın yönetiminden bu konudaki sosyo-ekonomik politikaların yürütülmesinden sorumlu en üst düzey banka olarak tanımlayabiliriz. Ülkemizde ilk kez 2001 yılında 4651 sayılı kanunla TCMB K. m. 68/II-b 'de Bankacılık Kanunu'ndakine benzer bir şekilde TCMB personeli açısından özel bir zimmet suçu ihdas edilmiştir. 2008 yılında 5728 sayılı kanunla bu suçun düzenlendiği bu madde değişikliğe uğrayıp bu suç günümüzdeki halini almıştır.

> Bu maddeye göre *"m. 68/II-b. 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 mensupları, altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.*

[500]Bkz. Yargıtay CGK E: 2010/7-38 K: 2010/79 T: 06.04.2010 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 07.08.2017)

[501] Bu tanımlamalar için bkz. **Ertuğrul KIZILKAYA**, Türkiye'de Merkez Bankacılığı Fikrinin Gelişimi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (1995), s. 1- 4

Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen ödettirilmesine hükmolunur...''[502]

2001 Nisan ayında 4651 sayılı kanunla bu suç ilk olarak ihdas edildiğinde konuluş gerekçesi *"4651 sayılı kanunun etkin olarak uygulanması, böylece Kanunla Bankaya verilen görev ve yetkilerin eksiksiz yerine getirilebilmesi amacıyla Kanunda düzenlenen yükümlülüklerin ihlalleri, Bankanın Bankalar Kanunu'na tâbi olmadığı ve mensuplarının da ceza hukuku açısından memur sayılmadığı göz önünde bulundurularak, Bankalar Kanunu'na paralel yaptırımlara tâbi tutulması"* olarak belirtilmiştir. [503] [504]765 sayılı TCK'nın kaldırılıp yerine getirilen 5237 sayılı TCK'da

[502] 2008 yılında 5728 sayılı kanun ile bu madde bu şeklini almıştır. TCMB açısından zimmet suçunu cezalandıran bu madde 2001 yılında 4651 sayılı kanunla bu kanuna eklenmiştir. Bu maddenin 2008 yılından önceki ilk şekli şöyledir."68/II-*b) Görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetimleri veya sorumlulukları altında bulunan Bankaya ait para veya sair varlıkları zimmetine geçiren Banka mensupları, altı yıldan oniki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacakları gibi Bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.Bu bentte gösterilen suç, Bankayı aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmişse faile oniki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç katı kadar ağır para cezası verilir. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece resen ödettirilmesine hükmolunur. Zararın kovuşturma yapılmadan önce tamamıyla ödenmiş olması halinde cezaların yarısı; ödeme hükümden önce gerçekleştirilmiş ise üçte biri indirilir.*
Bu fıkrada belirtilen suçlar ve Kanunda belirtilen görevlerin yerine getirilmesi sırasındaki fiilleri dolayısıyla Banka personeli hakkında kovuşturma yapılması Banka Meclisinin; atama ve seçim suretiyle görev yapan diğer mensuplar hakkında kovuşturma yapılması ise Cumhurbaşkanının Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunmasına bağlıdır."

[503] https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss655m.htm (Erişim Tarihi: 16.12.2017)

[504] Esasında bu özel nitelikli zimmet suçunun ihdas ediliş amacı daha farklı olaylara dayanmaktadır. Zira 1998 Rusya krizi, 1999 Marmara depremi neticesi yaşanan ekonomik küçülme neticesi Türk ekonomisi yüzde 6'lara varan bir küçülme yaşamıştır. 1999'da hükümet IMF'le birlikte 3 yıllık bir standby anlaşmasına dayanan programı yürürlüğe koymuştur. Buna göre devlet enflasyonu düşürücü bir program uygulayacak ve nominal çapa olarak adlandırılan sabit döviz ve para politikası izleyecektir. 2000 yılı ortalarına kadar bu politika neticesi yabancı sermaye girişleri artmış ve ekonomik veriler düzelmiş gibi görünmektedir. Ancak sonbaharda durum değişmeye başlamıştır. Zira enflasyonda düşüş hedeflendiği gibi olmamıştır. O dönem ki üçlü koalisyonun yaşadığı siyasal bunalım yanında reel kurun değerlenme eğilimine girmesi ve bankaların likidite sıkışıklığına girmeleri neticesi gecelik repo faizleri hızla artmıştır. Siyasi krizin iyice artması neticesi 19 Şubat 2001'den itibaren dövize talepte bulunan bankalar karşısında TCMB elindeki 5 milyar dolar dövizi satmak zorunda kalmıştır. Daha da artan baskılar neticesi kara çarşamba denen 21 Şubat 2001 günü Bülent Ecevit başkanlığındaki üçlü koalisyon hükümeti ekonomik kurmaylarla TCMB başkanıyla birlikte uzun bir toplantı ardından döviz kurunu dalgalanmaya bırakmak zorunda kalmıştır. Ancak ani bir kararla kurun dalgalanmaya bırakılması Türk Parasının %80'lere varan oranda develüasyona uğramasına, gecelik repo faizlerinin dört rakamlı değerlere ulaşmasına ve bir kısım bankaların daha da ödeme güçlüğüne düşüp BDDK tarafından el konulup fona devrine ve borsada %15'lere varan ani düşüşe, büyük yabancı sermaye çıkışlarına neden olmuştur. TCMB başkanı ve hemen ardından ise BDDK başkanı istifa etmiştir. Bu arada istifa eden TCMB başkanı'nın 21 Şubattaki develüasyon öncesi TVlerde develüasyon olmayacağı yönünde demeçler verdiği 19 Şubat günü, bankadaki kendi şahsi hesabındaki 52 milyar lirayı dövize çevirip büyük bir kar elde ettiği ve 5 milyar dolarlık döviz

genel anlamda memur- kamu görevlisi ayrımına son verilmesine karşın, 2008 yılında bu madde değiştirilmesine karşın bu suç aynen muhafaza edilmiştir.

TCMB K.'nın 4.maddesinde fiyat istikrarını korumak TCMB'nin temel amacı olarak belirtilmiştir. Ancak bununla birlikte açık piyasa işlemleri yapmak, finansal piyasaları izlemek, ülkenin altın, para ve döviz piyasalarını yönetmek, hükümetle birlikte enflasyon hedefini belirleyip bu konudaki politikaları belirleyip yürütmek, para basmak, banknot ihracı gibi bankanın çeşitli görevleri sayılmıştır. Bu durumda suçta korunan hukuki menfaat aynen Bank K.'daki suça benzer şekilde finansal piyasalardaki güven ve ekonomik düzenin korunmasıdır.

---

satışının usulsüz olduğu yolundaki iddia ve tartışmalar süre gelmiştir. (http://www.biyografi.net/kisiayrinti.asp?kisiid=1299 ve bu sitede zikredilen 13 Nisan 2001 tarihli Hürriyet gazetesi haberi (erişim tarihi: 15.12.2017) ayrıca TCMB başkanının yıllar sonra bir gazetede bu konuda yazdığı köşe yazısı http://www.haberturk.com/yazarlar/gazi-ercel/223921-merkez-bankasi-ve-2001-krizi (Erişim Tarihi:15.12.2017)) Öte yandan TCMB'nin bu krizde ağır hatalar yaptığı öne sürülmüş, sorumlulukları tartışmaya açılmıştır. Yine olay sonrası 2003 yılındaki Meclis Yolsuzlukları Araştırma Komisyonu, eski TCMB başkanının bir hesabının olay günü vadesinin dolmasına 9 gün kaldığı halde apar topar dövize çevrildiği bilgisine ulaşmıştır. 21 Şubat'ta döviz ihalesi yapılan yerli bankaların döviz alıcısı değil satıcısı olduğu ve yabancı bankaların bu dövizleri aldığı ve piyasada usulsüzlükler olduğu da 2003'te bu komisyonun raporunda tespit edilmiştir. (TBMM Yolsuzlukları Araştırma Komisyonu Raporu (2003) s. 241-301 rapora ulaşmak için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01 /ss266_BOLUM%20II%20(0159-0553).pdf Erişim Tarihi:15.12.2017) 4651 sayılı kanunda işte bu kara çarşamba denen krizden tam 2 ay sonra bu tartışmaların ortasında Nisan 2001'de hazırlanıp yürürlüğe girmiştir. Bu kanun TCMB'ye ek görevler yüklemesi, yapısal değişiklikler yanında aynı zamanda üyelerinin cezai sorumlulukları düzenleyen bu maddeleri getirmiştir. O dönemin TCMB Başkanı ise yargılanmış suçlu bulunmakla birlikte zimmet suçundan değil, 765 sayılı TCK'nın 240. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm olmuştur. (bkz. 17 haziran 2001, 30.12.2005 ve 20.7.2007 tarihli gazete haberleri http://ya2001.yeniasir.com.tr/06/17/index.php3?kat=ana&sayfa=ilks2&bolum=günlük http://www.hurriyet.com.tr/merkez-bankasi-eski-baskani-gazi-ercele-hapis-cezasi-3720634 http://www.hurriyet.com.tr/eski-mb-baskani-ercelin-cezasina-onama-6929190 Erişim Tarihleri: 15.12.2017) Kanımızca da burada zimmet suçunun unsurları eksiktir, zira ilk olarak bu kişi şahsi hesabındaki parada tasarrufta bulunduğundan ortada bir kamuya ait eşyayı zimmete geçirme durumu söz konusu değildir. Ancak TCMB başkanlığı konumunda olup, dövizin yükselmesiyle mücadele anında başkanın herkese örnek olacağı yerde kendi şahsi hesabındaki parayı her halde elde ettiği bilgiye dayanarak olaydan 2 gün önce gemiyi ilk terk eden kaptan misali dövize çevirmesinin konumuyla bağdaşır bir yanı yoktur. Olay ortaya çıkınca "bu fazla kazandığım parayı hayır kurumuna bağışladım" savunmasının da bu suçu kapatması hali söz konusu olamaz. Üstelik bu hareket tam siyasi krizin doruğa çıktığı 19 Şubat günü develüasyon olmayacağı yönünde kendisinin piyasaya verdiği demeçler sırasında olmuştur. İkinci olayda ise 5,5 milyar dolarlık ihalenin belirli kişilere menfaat sağlamak TCMB'nin elinde tuttuğu para rezervlerini üçüncü şahısların zimmetine geçirmeye çalışmak şeklinde bir amaçla yapıldığının ispatı bu konuda ilgilinin kastı gerekmekle bu kast tam ispatlanmamıştır. Bu döviz ihalesine konu eylemin hukuka aykırılığı da ayrıca şüphelidir. Zira bu satış hareketinin döviz artışını engellemeye çalışmak amacıyla yapılmış olması da o zamanın koşullarına göre mümkündür. Ancak 2003 Meclis Araştırma Komisyonu raporunda da açıkça tespit edildiği üzere piyasadaki ve bu döviz satış ihalesindeki usulsüzlükleri öngörebilmesine rağmen zamanında gerekli önlemleri almaması, ihmali davranışı görevi kötüye kullanma suçunu işlediğinin kanıtıdır.

Bu bakımdan güveni kötüye kullanma suçundan çok daha özel nitelikli bir güven ilişkisi korunmaktadır. [505] Bunun yanında devletin ve bankanın mali

[505] Almanya'da, aynen diğer özel Alman bankaları gibi, bu konuda özel bir düzenleme olmadığından Merkez Bankası olan Bundesbank personelinin bu türden fiilleri Alman CK m.266'daki güveni kötüye kullanma suçuna tabidir. Çok yakın zamanda da bir büyük tartışma Almanya'da yaşanmıştır. Alman Merkez Bankası personeli için bkz. **Bernd SCHÜNEMANN**, Die Target 2-Salden der Deutschen Bundesbank in der Perspektive des Untreuetatbestandes, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Monat: 4, (2012), s. 84- 106 Yazarın burada tartıştığı husus Target-2 (Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer) sistemi üzerinedir. Bu sistemin çalışması şöyledir. Bir ülkedeki ithalatçı başka bir Avrupa ülkesinden mesela Almanya'da mal alacaksa önce kendi ülkesindeki aracı bankaya başvurur bu banka ilgili bankaya swift yapar yani fon transferi teyitleşme mesajı gönderir. Bunun neticesinde aracı bankanın ülkesindeki Merkez Bankası nezdinde borç, Alman bankasında, Alman Merkez Bankası nezdinde alacak yazılır. Bu teyitleşme sonrasında gün sonunda iki ülkenin Merkez Bankası devreye girer mahsuplaşma yapılır. Mahsuplaşmada Avrupa Merkez Bankası (AMB) aracı olur ve yine (ülkemizdeki Takasbank gibi) takas yapma görevini de üstlenen bu banka, temerrüde düşme riski bulunan ülkelerden bu riske düşme karşılığında teminat ister. Burada borçlu olan merkez bankası teminat göstermek zorundadır. Zira AMB'de borçlanan ülke merkez bankası nezdinde alacak ilgili ülke merkez bankası nezdinde ise borç olarak bu kalemler bilançoya yazılmaktadır. 2008 yılındaki kriz emareleri başladığında Avrupa banka ve sigorta şirketleri zorlanmaya başladığında AMB Target 2'nin çalışması için çeşitli Avrupa ülkelerinden istenen teminatları gevşetmiştir. Bu sayede Almanya gibi ülkeler, zayıf Avrupa ülkelerine ihracata devam etmiştir. Yunanistan gibi ülkeler satın alma gücünden değerli euronun ekonomiye zararından bu sayede bir nebze korunurken, Almanya ise mal ihracatı ile ticaretini korumuş ekonomisini çalışır durumda tutmaya çalışmıştır. Ancak bu sorunlu ülkeler yapısal sorunlarını giderecek tedbirleri almamışlardır. Bunun yanında Alman Merkez Bankasının, Alman bankalarına olan birikmiş borcu ve Alman Merkez Bankasının, AMB'den alamadığı alacakları neticede Alman özel sektörünün kullanabileceği kredi miktarını düşürmektedir. Bu da Alman ekonomisinin kredi riskinin artmasına yol açmıştır. Öte yandan Target 2 sistemi önceleri ödeme gücü A seviyelerinde olan ülkelere yardım ederken sonrasında ödeme gücü sınıflandırılması daha düşük ülkelere de (BBB- ve aşağısı) bu sistem kullanılmış ve sonrasında bu sınıflandırma kaldırılmıştır. Bu sınıflandırmanın ortadan kalkması Yunanistan, İtalya, İrlanda, Portekiz, İspanya'nın AMB'ye 800 milyar euro borçlu olmasına, Kuzey ülkelerinin ise 615 milyar Euro alacaklı olmasına neden olmuştur. Bunun peki Alman CK m.266 ile alakası nedir? Schünemann'a göre AMB her Avrupa ülkesini bu konuda bilgilendirirken ülkelerin yargı yoluna başvurma imkânı varken neden Alman hükümeti yargı yoluna başvurup itirazda bulunmadı, halka karşı sorumluluğunu kullanmadı? diye sorulmalıdır. Ona göre burada Alman hükümeti değil, Alman Merkez Bankası sorumludur. Zira AMB kararlarının spesifikliğinden ötürü hükümetin bunu öngörebilmesi zordur. Bu sebeple manevi unsur eksikliği yönünden hükümet sorumlu tutulamaz. Burada esas sorumluluk Alman Merkez Bankası'nındır. Bu banka tüm işlemler ve bunun olası sonuçlarının farkında olmalıdır. Bu manada hükümeti doğru bir şekilde aydınlatma görevi taşımaktadır. Eğer ki Alman Merkez Bankası bilerek ve isteyerek ihmalde bulunmuş ise (hükümeti bilgilendirmeyerek hataya sevk ettirmişse), Alman CK m.266'daki güveni kötüye kullanma suçundan dolaylı faillik söz konusu olup yetkililerin cezalandirilmasi gerekir. Alman Merkez Bankası, hükümeti bu suça alet etmiştir. Bunun yanında belirtmek isteriz ki Schünemann bu makalesi ile eş zamanlı olarak Alman Merkez Bankası yönetim kurulu üyeleri hakkında Alman CK m.266'dan savcılığa suç duyurusunda bulunmuştur. Gerekçelerinden biri de şudur. Yine eğer Almanya'nın borç verdiği ülkelerden biri olan mesela Yunanistan Euro'dan çıksaydı ne olacaktı? AMB anlaşmasına göre bu tür durumlarda her ülke ilgili ülkenin temerrüdünden dolayı oluşacak zararda AMB'deki sermayesi oranında pay alacaktı. Almanya'da AMB'nin sermayesinin %18,9'una sahiptir. Bu durumda mesela Yunanistan'a olan 660 milyar Euro alacaktan Almanya sadece 125 milyarlık kısmını alabilecektir. 2012'de Alman bütçesi 306 milyar avrodur. Almanya 1 yıllık bütçesinin 1,5 katı bir zarar tehlikesi ile karşı karşıyadır. Öte yandan Alman Anayasa Mahkemesi'nin – 2 BvR 987/10 – 2 BvR 1485/10– 2BvR 1099/10 – sayılı 7 Eylül 2011 tarihli kararı (bkz.http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2011 /09/rs20110907_2bvr098710en.html Erişim Tarihi: 10.12.2017) açıktır. *"...Bütçe hakkı Alman parlamentosuna aittir. Daimî olarak, önceden onay alma zorunluluğu olmaksızın ve miktarı hesaplanamaz şekilde bütçe harcamalarının sınırını tayin hakkı etme hakkının Alman parlamentosu dışında bir organa transfer edilmesi anayasaya aykırıdır…"* Alman Merkez Bankası Target 2 yoluyla

menfaatlerinin, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin (mülkiyet hakkı) korunduğu da ayrıca söylenebilir.

Fail açısından ise bankanın personeli ve bankanın idari kurullarında görev almış kişiler bu suçun fail olabilecektir. Bu bakımdan buradaki suçta özgü suçtur ancak fail hem güveni kötüye kullanma hem de Bank. K.'daki zimmet suçundan daha özel niteliktedir. TCMB K.'nın 32.maddesinde banka personeli *"banka hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlere, devamlı vazife görmek üzere atanan kişiler"* olarak tanımlanmıştır.

Bunun yanında idari kurullara bakıldığında bu üyeler atama veya seçim yönüyle göreve gelen üyelerdir. Bankanın "genel kurul"u hisse senetlerine göre bankada pay sahibi olan üyelerden oluşur. Bankanın A sınıfı en az %51 hissesi hazineye ait olduğu için pay paydaş çokluğu hazinenin elindedir. Bunun dışında her 10 hisseye sahip üyenin bir oy hakkına sahip olacağı şekilde B sınıfı hisseye sahip olan Türk milli bankalarını temsilen C sınıfı 15.000 hisseyi geçmeyecek hisse senedi milli bankalar dışında diğer bankalar ve imtiyazlı şirketleri temsil eden üyelerden D sınıfı hisse senetleri ise Türk ticaret müesseseleri ve Türk vatandaşlığına haiz gerçek ve tüzel kişilere aittir. (TCMB K. m.8- 12) "Banka meclisi" başkan ve genel kurulca seçilecek 6 üyeden kuruludur. Buna karşın TCMB başkanı (guvernör) ise Cumhurbaşkanı tarafından seçilip atanan üyeden oluşmaktadır. Ayrıca başkan, genel kurulla birlikte 4 üyeyi başkan yardımcısı olarak belirler. Yine başkan yardımcıları, başkan ve Banka Meclisince üyeleri arasından seçilecek bir üye ve Başkan'ın önerisi üzerine atanacak bir üye "Para Politikası Kurulu"nu oluşturmaktadır. Bu kişiler kanımızca bu suça fail olabilirler. Ayrıca Para Politikası Kurulu'na, oy hakkına sahip olmadan Hazine ve Maliye Bakan Yardımcısı veya Bakanın belirleyeceği bir birim amiri (TCMB K. m.22/A) katılabilir. Ancak Maliye Bakan Yardımcısı veya Bakanın belirleyeceği bir birim amiri banka mensupları arasında sayılmadığından kanımızca bu suçu işlemesine olanak bulunmamaktadır. Ancak yine de bu kişilerin azmettiren veya yardım eden yani şerik olarak suça iştiraki elbette ki mümkündür. Genel

---

halen bu ülkelere yardım ederek üstelik parlemento izni gerekmesine rağmen bu izni almamış neticede güveni kötüye kullanma suçunu işlemiştir. (Bu şikâyet ile ilgili bkz. **Vedat ÖZDAN**, TARGET2 ve Alman Merkez Bankası hakkında suç duyurusu başlıklı 30.05.2012 tarihli yazısı http://m.t24.com.tr/yazarlar/bilinmeyen/target2-ve-alman-merkez-bankasi-hakkinda-suc-duyurusu, 5193 ayrıca https://www.reuters.com/article/germany-bundesbank-lawsuit/german-professor-lodges-euro-complaint-vs-bundesbank-idUSL6E8FJEY320120420 Erişim Tarihleri: 10.12.2017) Ancak bu suç duyurusuna, tartışmalara karşın savcılıkça ilgililer hakkında bu suçtan bir kamu davası açılmamıştır.

kurulca seçilen 4 üyeden oluşan denetleme kurulundaki üyelerinde (TCMB K. m.23) bu suça fail olarak katılımı mümkündür.

Banka mensupları ve atanan seçimle gelen üyeler arasındaki ayrım ise şundan önemlidir. Banka mensupları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması Banka Meclisinin; atama ve seçim suretiyle görev yapan diğer mensuplar hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması ise Cumhurbaşkanı'nın, Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı başvuruda bulunması gerekir. Burada suçun özellikle seçilen atanan kişiler yönünden TCMB'ye, zarar gören kişilere değil, muhakeme şartı olarak cumhurbaşkanının başvuru talebine bağlamak pek çok suçun cezalandırılmamasına veyahut keyfi uygulamalara neden olabilecektir. Ayrıca bundan daha hafif olan TCK m.247'deki zimmet suçu açısından müsteşar, valiler ve kaymakamlar dışında 3628 sayılı Kanun'un 17.maddesine göre resen soruşturma ve kovuşturma yapılabilirken bu suç için yazılı başvuru şartının aranmasının eşitlik ilkesi gereği kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır. Ser.PK'daki güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçunda belirttiğimiz yazılı başvuru hakkındaki eleştirilerimizi burada da aynen tekrarlamaktayız.

Burada suçun mağduru ise TCMB'dir. Ancak devletin, -devletin mağdur olamayacağı görüşü savunanlara göreyse kamunun- ayrıca mağduriyeti de düşünülebilir, üçüncü kişiye ait eşyalar üstünde bu suç işlenmişse bu kişilerinde mağduriyeti düşünülebilir. Bu yönden de bu suç güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır.

Suça konu eşyada, "para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer mallar" olarak belirtilmiştir. Bankacılık Kanunu'ndaki zimmet suçunda bu hususu ele aldığımız hususlar burada da geçerlidir.

Suçun maddi unsuru yönünden de TCK m.247'de zimmet ve Bank K'daki zimmet suçunun basit şekline yönelik olarak ele aldığımız hususlar bu suç açısından da geçerlidir. Bununla birlikte zimmetin suçun açığa çıkmasına yönelik hileli davranışla işlenmesi TCK m.247'deki zimmet suçuna benzer olarak burada da cezayı ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Netice yönünden her ne kadar zimmet ve Bankacılık Kanunu'ndaki zimmet suçuna ilişkin belirttiğimiz hususlar bu suç yönünden de geçerlidir.

Manevi unsur olarak bu suç TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçunun aksine kendisi veya başkasının menfaatine hareket şart koşulmadığından özel kast değil, genel kastla işlenebilmektedir. Taksirle bu suç işlenemez. Ancak Merkez Bankasının para polikalarını uyguladığı gözönünde tutulduğunda Ser.PK'daki güveni kötüye kullanma suçu çerçevesinde iş adamı kararı ilkesince bu konuda elde edilmiş, yeterli sağlıklı verilere ve yetkili kurullarca alınmış bir karara dayanarak kamu menfaati esas alınarak bankanın hareketi ancak işlerin beklenmedik şekilde olumsuz gitmesi neticesinde bankanın para ve altın rezervlerinin bir kısmını kaybı halinde yönetimdeki üyelerin elbetteki sorumluluğuna gidilmeyecektir.

Hukuka uygunluk nedenleri olarak TCK'da öngörülen hukuka uygunluk nedenleri bu suç açısından da uygulama olanağı bulacaktır. TCMB statü gereği bağımsız olarak gözükmekle birlikte bu bağımsızlığın bir sınırı da bulunmaktadır. Bir ülkede hükümetin izlediği ekonomik ve mali politika ile Merkez Bankasının izlediği para politkasının eş güdüm ve koordinasyon içinde olması birbiriyle çelişki içine düşmemesi gerekmektedir. Aksi takdirde hem mali ekonomik ve mali politika hemde para politikasının ikisinin birden başarısızlığa uğrayabileceği doktrinde kabul edilmektedir.[506] Örneğin hükümet ekonominin işlemesi ve istihdamın artması için ek kredi imkanları, istihdam açısından vergide indirim politikası izleyebilir veyahut ihracatın arttırılması yönünde çeşitli karar ve indirimler öngörebilir, açık bütçe politkası izleyebilir. Bu kararlar eğer TCMB'nin bu bütçe açıklarının giderilmesi yönünde kaynak tesisinde bulunmama ve dövizin ülke parabirimi karşısından istikrarsız bir şekilde aşırı şekilde düşmesi veya yükselmesi halinde başarısız olacaktır. Aynı şekilde hükümetin bütçe fazlalıkları izleyerek fazla talebi engelleme politkası izlemesi halinde TCMB nezdinde reeskont imkanları tükenmemiş ve kredi muslukları tıkanmamışsa, etkisiz kalacaktır.[507] Aynı şekilde TCMB bağımsız bile olsa ekonominin sağlıklı işlemesi için başka ekonomiden sorumlu kurumlarla eşgüdümlü hareketi de zorunludur. Bu bakımdan TCMB'nin hükümet, TBMM veya ekonomiden sorumlu bir kurumla eşgüdümlü hareket etmesi bu hareketi neticesinde zarara uğraması, görevini yerine getirirken varlıklarının bir kısmını kaybetmesi ve üçüncü kişilerin beklenmedik şekilde kazanç elde etmesi halinde artık TCMB yetkililerinin bu suçtan sorumluğundan bahsedilemez.

---

[506] **Sait DİLİK**, Merkez Bankasının Bağımsızlığı, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:8, Sayı:3, (2005), s.10

[507] **DİLİK**, s.12, 13

İçtima açısından TCK m. 212'de belirtilen resmî belgede sahtecilikten ve özel evrakta sahtecilikten ayrıca cezalandırma Yargıtay'a göre sadece TCK'daki suçlar açısından olduğundan bu suç açısından hileli davranışla işlenme ağırlaştırıcı neden olarak öngörüldüğünden ve TCMB K.'da ayrıca sahtecilik suçundan cezalandırma öngörülmediğinden ayrıca sahtecilik suçundan cezalandırma yapılmayacaktır. [508]

Etkin pişmanlık açısından TCMB K. m. 68/II- b özel bir etkin pişmanlık düzenlemesi yapmıştır. Buna göre soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilecektir. Kovuşturma başlamadan önce, malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın yarısı indirilecektir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilecektir. Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilecektir.

D) Sigortacılık Kanunu'ndaki Zimmet ve Aktif İşlem Yasağını İhlal Suçlarından Ayrımı (Sig.K m. 19, m. 35/3- 4, m. 35/17)

da. Sigortacılık Kanunu'ndaki Zimmet Suçu (Sig.K. m. 35/3- 4)

2007 yılında yürürlüğe giren Sig.K.'nın 35/3. maddesinde[509] aynen Bankacılık Kanunu'nda olduğu gibi, bu sektörde çalışanlara özel bir zimmet suçu ihdas etmiştir. Sig.K m. 35/4'te de bu suçun açığa çıkmasını engellemek amaçlı hileli faaliyetlerde bulunmak cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bu kanunda sigorta şirketlerine ilişkin ayrı bir zimmet suçu düzenlemek yasa koyucunun bir tercihidir. Eğer yasa koyucu böyle bir tercihte bulunmasaydı, bahse konu eylemler kooperatif tarzındaki sigorta şirketleri için duruma göre güveni kötüye kullanma veya zimmet suçu buna karşın anonim şirket tarzında kurulan şirketler için güveni kötüye kullanma suçu olarak değerlendirilebilecekti.

---

[508] Bkz. **Yargıtay CGK E: 2010/7-38 K: 2010/79 T: 06.04.2010** (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 07.08.2017)

[509] Sig.K m.35/3 *"Sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetimleri ve sorumlulukları altında bulunan kuruluşa ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirmeleri halinde, altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, kuruluşun uğradığı zararı da tazmine mahkûm edilir."*

Bu suçta korunan değer sigortacılık sektöründeki düzenin ve güvenin korunmasıdır. Bu bakımdan bu suç açısından da güveni kötüye kullanma suçundaki güven ilişkisine nazaran daha özel nitelikli bir güven ilişkisi korunmaktadır. Zaten Sig.K'nın 1. maddesinde de bu kanunun çıkarılış amacının ülkemiz sigortacılığının geliştirilmesini sağlamak, sigorta sözleşmesinde yer alan kişilerin hak ve menfaatlerini korumak ve sigortacılık sektörünün güvenli ve istikrarlı bir ortamda etkin bir şekilde çalışmasını temin etmek olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak bu değerden sonra gelmek kaydıyla sigorta şirketine ait mali menfaatler korunan diğer bir hukuki değer olarak düşünülebilir. Bu yönden bu suç TCK m. 155'de düzenlenen güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır.

Sig.K 35/3. maddesine göre fail, sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları olarak belirtilmiştir.

Sigorta şirketinden maksat Türkiye'de kurulmuş sigorta şirketi ile yurtdışında kurulmuş ancak Türkiye'de faaliyet gösteren teşkilatlarıdır. (Sig.K. m. 2/1-ö) Türkiye'de kurulmamış veya Türkiye'de herhangi bir teşkilatı faaliyet göstermeyen sigorta şirketi bu kanunun korumasının dışındadır. Bunun yanında sigorta şirketinin Türkiye'de A.Ş. veya kooperatif şeklinde kurulması şarttır. (Sig.K. m. 3/1) Yine şirketler bu beş milyon TL'den az olmamak üzere yetkili merciinin belirttiği sermaye miktarına uygun şekilde kurulma ve hayat-hayat dışı sigorta gruplarının sadece birinde faaliyet göstermek zorundadır. (Sig.K. m.5) Yabancı sigorta şirketlerinin faaliyetleri için ayrıca Cumhurbaşkanı tarafından belli faaliyet şartları öngörebilecektir. (Sig.K m. 3/5) yine bu şartlar reasürans şirketleri içinde aynen geçerlidir. (Sig. K.m. 2/1-k; m. 3/1) [510] Bu durumda henüz faaliyet izni alamamış veya Sig.K m. 3/1'e göre A.Ş veya kooperatif şeklinde teşkilatlanmamış sigorta şirketlerinde işlenen güveni kötüye kullanma niteliğindeki fiiller için kanımızca bu

[510] *Sigorta edilmiş riskin, belli bir kısmının veya tamamının yeniden sigorta edilmesidir. (TTK m. 1403) Sigorta şirketleri, teminat verdikleri rizikolarda büyük hasarların aynı zamana gelme ihtimaline karşı, hasar ödemelerinde zorlanmamak için reasürans (mükerrer sigorta) yaptırır. Reasürans, sigorta şirketlerine, tek başlarına yüklenmeleri kendi sermayeleri, ihtiyatları, özvarlıkları bakımından kısaca mali yönden mümkün olmayan riskleri, sigortalayabilme imkânı verir. Bir takım mali ölçüler esas alınarak, branş esasıyla tespit edilen saklama payları, sedan şirketin risk üzerindeki sorumluluk miktarını göstermekte, aşan kısımlar ise çeşitli reasürans anlaşmalarıyla, reasürans şirketlerine devredilmektedir. Reasürans işlemlerinde riski bu şekilde devreden şirkete sedan, devir alan şirkete reasürör denir. Sedan şirket, sigortalıdan toplamış olduğu primlerin ve sigortalıya ödemiş olduğu hasarların belli bir kısmını, değişik tekniklere göre yapılmış reasürans anlaşmaları vasıtasıyla, reasürans şirketine yansıtır. Ancak sedan şirket ile reasürör arasındaki risk transferi işlemi, yıllık anlaşmalar olmaksızın da yapılabilmekte; sedan şirket, her bir risk için, ihtiyari olarak, reasüröre müracaat edebilmektedir.* (Kaynak: www.tsb.org.tr Erişim tarihi:23.03.2017)

suç oluşmaz. Bu durumda, TCK m. 155.deki güveni kötüye kullanma suçundan işlem yapılacaktır.

Bunun yanında maddede zikredilen diğer mensuplar ibaresi ise sigorta ve reasürans şirketlerinde çalışan ticari vekil, satış memuru, müstahdem gibi şirket ile hizmet sözleşmesi gereği bağlı olan kimseleri diğer deyimle sigorta ve reasürans şirketlerindeki bağlı tacir yardımcılarını[511] ifade etmektedir. Bu kişilerinde görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetimleri ve sorumlulukları altında bulunan kuruluşa ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirmeleri halinde Sig.K'daki zimmet suçundan cezalandırılmaları gerekir.

Diğer taraftan sigortacılık sektörünün ilk halkasındaki Sigorta ve reasürans şirketleri ve bu şirketteki çalışanlar dışında; ele alınması gereken ikinci grup sigorta aracılardır. Sigorta şirketleri poliçelerini satabilmek için şubeleşmeye gitmek yerine daha az masraflı olan sigorta aracılarını kullanmayı da tercih edebilmektedirler. Buna göre sigorta şirketleri, TTK ve TBK'ya göre bağlı olmayan tacir yardımcısı[512] olarak kabul edilen sigorta aracısı çeşitli acente ve brokerlarla (simsarlarla) anlaşmaktadır. Sigorta aracılarından olan acenteler sigorta şirketinin poliçelerini ilgili kimselere satmakta aynı zamanda müşterilerden aldıkları primleri sigorta şirketine aktarmaktadır. Buna karşılık sigorta şirketinden kazandırdıkları müşteri, sattıkları poliçe sayısına göre komisyon almaktadır. Brokerlar (simsarlar) ise tarafları sigorta şirketi ile masaya oturtup, müşteri ve sigorta arasında aracılık yapıp, ilgilileri

[511] Bkz. **Sami KARAHAN**; Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 27.bası, (2015); s. 331,332; **BAHTİYAR**, Ticari İşletme Hukuku, s.182-183; **BOZER- GÖLE**, Ticari İşletme Hukuku, s. 81; **ÜLGEN- HELVACI- KENDİGELEN-KAYA- NOMER ERTAN**, Ticari İşletme Hukuku, s. 673-676; Yazarlara göre tacir yardımcıları tacir olan gerçek veya tüzel kişi tarafından ticari işletmesine dair faaliyetlerin yürütülmesi için görevlendirilen kimselerdir. Tacir yardımcılarına ilişkin hükümler TTK, TBK'da bulunmaktadır. Bağlı tacir yardımcıları tacire bağlı olarak onun nezeret ve denetiminde faaliyet gösterirler. Ticari işletmeyi temsil konusunda yetkili olup olmama hususunda da kendi içinde ikiye ayrılmaktadırlar. Ticari işletmeyi temsil yetkisi tanınan bağlı tacir yardımcılarına örnek ticari vekil (TBK m. 551), ticari temsilci (TBK m. 547) ve tacire bağlı olarak çalışan pazarlamacılar (TBK m.448 vd.) gösterilebilir. Aynı şekilde sigorta şirketi yönetim, denetim kurulları gibi yönetim ve denetim organlarında görev alan kişilerde temsil yetkisine sahip bağlı tacir yardımcısıdır. Buna karşın şirketi taciri temsil yetkisi olmayan daha çok iş hukuku ve borçlar hukuku alanının konusu hizmetliler ise temsil yetkisi olmayan bağlı tacir yardımcılarıdır.

[512] **KARAHAN**, Ticari İşletme Hukuku s. 331-332; **BAHTİYAR**, s. 182-183; **BOZER- GÖLE**, s. 81; **ÜLGEN- HELVACI- KENDİGELEN-KAYA- NOMER ERTAN**, s. 673-676: Yazarlara göre bağlı olmayan tacir yardımcıları, tacirin kendisine yardımcı olduklarından tacirden ayrı, bağımsız kendi adlarına işlettikleri bir ticari işletmeye ve dolayısıyla tacir sıfatına da sahip olabilen kişilerdir. Temsil yetkisine sahip olmup olmama hususunda bunlarda ikiye ayrılmaktadır. Şirketi, taciri temsil yetkisine yani onun adına hukuki işlem yapabilme bağlamında acente (Sig.K düzenlemeleri yanında TTK. m. 102-123) buna örnektir. Taciri temsil yetkisine sahip olmama bağlamında ise simsar (TBK. m. 520-525), alım satım komisyoncusu (TBK 532-546) bunlara örnektir.

anlaştırmaktadırlar. Brokerlar da acenteler de bu şirketlerden ayrı ve bağımsız durumdadır. Belli usul kurallarına uyma şartıyla faaliyet gösterebilirler.[513] (Bkz. Sig.K m. 2, m. 21 ve Sigorta Acenteleri Yönetmeliği m. 4) Her ikisi de hizmet sözleşmesi ile şirkete bağlı durumda değildir. Şirket ile aralarında bir temsil sözleşmesine dayalı bir temsil ilişkisi söz konusudur. Bu sebeple bu kişilerin işledikleri güveni kötüye kullanma fiilleri Sig.K. m. 35/3 ve m. 35/4' de belirtilen suçu oluşturmaz. TCK m. 155/2'de belirtilen nitelikli hale göre yani hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçu yönünden cezalandırma yapılacaktır. Nitekim Yargıtay'da aynı görüştedir.[514]

Bunun yanında sigortacılık faaliyetinde önemli yer tutan diğer bir üçüncü grupta sigorta aktüer ve sigorta eksperleridir. Sigorta aktüerleri, sigortacılık tekniği ile buna ilişkin yatırım, finansman ve demografi konularında olasılık ve istatistik teorilerini uygulayarak, yasal düzenlemelere uygun prim, karşılık ve kâr paylarını hesaplayan, tarife ve teknik esasları hazırlayan kişilerdir. (Sig.K. m. 2-a) Bu kişiler sigorta şirketleri bünyesinde çalışabildiklerinden, eğer bu şekildeki bir hizmet sözleşmesi kapsamında çalışıyorlarsa bağlı tacir yardımcısı olarak değerlendirilip kanımızca bu kanundaki zimmet ve ihtilaslı zimmet suçunun faili olabilirler.

Buna karşın sigorta eksperleri, sigorta konusu risklerin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan kayıp ve hasarların miktarını, nedenlerini ve niteliklerini belirleyen ve mutabakatla kıymet tespiti, ön ekspertiz ve hasar gözetimi gibi işleri mutat meslek olarak yapan tarafsız ve bağımsız kişidir (Sig.K m. 2-n). Bu kişiler bir eksperlikle ilgili tüzel kişilik bünyesinde çalışabilirken, bir sigorta veya reasürans şirketinin bünyesinde çalışamazlar. Bu sebeple de bağlı olmayan tacir yardımcısı olarak değerlendirilebilecek bu kişilerin görevleriyle ilgili güveni kötüye kullanma fiilleri Sig.K. daki zimmet suçunu oluşturamaz. Sonuç olarak, güveni kötüye kullanma hem de Sigortacılık Kanunu'nda TCK'daki güveni kötüye kullanma ve zimmet suçunun özel bir türü olarak görülebilecek bu suçlar ancak belirli kişilerce işlenebilir. Her iki suçta gerçek özgü suçtur. Ancak Sig.K'daki suçun işlenebilmesi için failin doğrudan bir sigorta veya reasürans şirketi bünyesinde çalışması veya böyle bir şirkette yönetici veya çalışan (-kısacası bağlı tacir yardımcısı-) olması

[513] **Mustafa ÇEKER**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Sigorta Hukuku, Karahan Kitabevi,12. Baskı, Adana, (2015) s. 41-53

[514] Bkz. Yargıtay 15. CD E: 2013/27887 K: 2016/3202 T: 11.4.2016; Yargıtay 15. CD E: 2013/28445 K: 2016/4937 T: 16.5.2016

gerekir. Bu yönden bu kanundaki zimmet ve ihtilaslı zimmet suçu tıpkı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunda olduğu gibi, daha sınırlı sayıdaki kimselerce işlenebilmektedir.

Bu suçta mağdur sigorta veya reasürans şirketidir. Sigorta veya reasürans şirketinin ortakları ve mudileri de suçtan zarar gören olarak değerlendirilebilir. Diğer taraftan zimmete geçirilen para vs. değer, eşya üçüncü kişilere sigorta şirketinin müşterilerine aitse bu kişilerde mağdur olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte sigorta sisteminin zarar görmesi nedeniyle devletin (kamunun) diğer deyimle sigortacılık sisteminden sorumlu hazinenin mağduriyeti de düşünülebilir. Bu sebeple bu suç bakımından soruşturma ve kovuşturma yapılması Hazine ve Maliye Bakanlığı'nda ilgili bakan yardımcısının yazılı başvuru şartına bağlanmıştır. (Sig.K m. 36/1,703 sayılı KHK m. 179)[515] Bu şart bir muhakeme şartıdır. Güveni kötüye kullanma suçu açısından ise basit hali mağdurun suçtan zarar görenin şikayetini gerektirirken, nitelikli hali re' sen kovuşturulur. Ancak burada da benzer bir düzenlemenin olduğu Ser.PK'nın 115. maddesi yönünden yaptığımız eleştiriyi Sig.K'nın 36/1. maddesi içinde aynen tekrarlamaktayız. Suçun gerçek mağduru sigorta şirketi ve suçtan zarar gören sigorta şirketinin müşteri ve ortaklarına bu yönden savcılığa başvuru ile soruşturma açılması imkânı tanınmayıp; işi muhakeme şartı olarak bakan yardımcısının veya bakanın yazılı başvuru talebine bağlamak pek çok suçun cezalandırılmamasına veyahut keyfi uygulamalara neden olabilecektir. Sig.K m. 36/3'te aracılar ile sigorta eksperlerinin bu Kanunda suç sayılan fiilleri hakkında yapılacak kovuşturmalar ile bu kanunun 15. maddesinin birinci fıkrasına ve

[515] Sig.K m.36/1 Yazılı Başvuruda bulunma yetkisini Hazine Müsteşarlığı'na tanımıştır ancak 24 Haziran 2018'de Başkanlık Rejimine geçiş akabinde 703 sayılı KHK ile Müsteşarlıklar kaldırılmıştır. 09.07.2018 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan 703 sayılı KHK'nın 179.maddesinde 375 sayılı KHK'ya eklenen geçici 32.madde şu şekildedir. Geçici Madde 32- *"Bakanlık ve bağlı kuruluşlardaki müsteşar, müsteşar yardımcısı ve merkez valisi kadroları iptal edilmiştir. İptal edilen bu kadrolar kurumların kadro cetvellerinin ilgili bölümlerinden çıkarılmıştır.*
Bakanlıklarda bakan yardımcıları, bağlı kuruluşlarda başkanlar atanıp göreve başlayıncaya kadar mevcut müsteşarlar görevlerine devam ederler.
Müsteşar, müsteşar yardımcısı ve merkez valisi ile kadroları kaldırılan diğer üst kademe kamu yöneticilerinin mevcut kadroları, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle yeni düzenleme yapılıncaya kadar şahıslarına bağlı olarak saklı tutulur.
Bu madde kapsamına giren üst kademe kamu yöneticilerinin mali, sosyal hak ve yardımları, Cumhurbaşkanınca belirlenecek usul ve esaslar yürürlüğe girinceye kadar, bu maddenin yayımı tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre ödenmeye devam eder…" Kanaatimizce maddenin lafzından örtülü olarak müsteşarlığa ait olan yetkinin bakan yardımcısına bırakıldığı anlaşılmaktadır. Ancak yine de tartışmalara mahal vermemek için, Sigortacılık Kanunu'nda açık yasal bir düzenleme yapılması şarttır. Öte yandan bakan yardımcısının görevlendirilmediği hallerde ise İdare hukukunda idari hiyerarşi yetkisini düzenleyen kurallar çerçevesinde bu yazılı başvuru Hazine ve Maliye Bakanı'nca yapılabilecektir.

35. maddesinin altı ilâ dokuzuncu fıkralarına aykırılıktan dolayı yapılacak kovuşturmalar hakkında bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Diğer deyimle bu kişiler hakkında bu sayılan suçlardan mağdur olanların başvurusu üzerine savcılıkça re' sen soruşturma açılabilecektir. Sigorta eksper ve aracılarının işlediği suçlar ve 35. maddedeki belli suçlar için böyle bir düzenleme öngörülmesi buna karşın zimmet suçu ve diğer suçlar açısından böyle bir düzenlemenin öngörülmemesinin hukukta eşitlik ilkesi ve adaletle bağdaşır hiçbir yanı bulunmamaktadır.

Suçun maddi konusu yönünden Sig.K m. 35/3 ve m. 35/4.deki suçlar yukarıda belirttiğimiz kişilere görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetimleri ve sorumlulukları altında bulunan kuruluşa ait para veya sair varlıklar üstünde işlenebilecektir. Madde de geçen sair varlık ibaresinden aynen güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi üzerinden mülkiyet ve zilyetlik kurmaya elverişli maddi varlığı ve azda olsa ekonomik değeri olan her tür eşya anlaşılmalıdır. Eşyanın kime ait olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Aynen zimmet suçlarında olduğu gibi eşya, sigorta şirketine ait olabileceği gibi, bu şirkete bırakılan eşya üçüncü kişiye de ait olabilir. Burada önemli olan eşyanın faile görevi dolayısıyla tevdi olunması veya bu yönde failin muhafaza, denetim veya sorumluluğunun olması gerekir. Bu sorumluluk kanundan da kaynaklanabilir. Bu hallerin dışında bir eşyanın tevdii söz konusuysa yine TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçundan faile işlem yapılacaktır.

Suçun maddi unsuru olan fiil yönünden bu eşyanın zimmete geçirilmesi gerekir. Suçu oluşturan fiil olan "zimmete geçirme" kavramını ve bunun güveni kötüye kullanma suçundaki fiillerden "farkı maddi unsur yönünden zimmet konusunda etraflıca ele alınmıştır. Belirttiğimiz şekilde zimmete geçirme kavramı iade amaçlı geçici kullanımları (kullanma zimmeti) tam olarak içine almamaktadır. Ancak Bank K'daki zimmet suçunda belirttiğimiz Yargıtay içtihatlarında olduğu gibi Yargıtay'ın burada geçici kullanım halinde bu suçun oluşacağını düşüneceğini tahmin etmekteyiz. Diğer taraftan bu suçta, Bank.K ve TCK'daki zimmet suçunun aksine başkasının zimmetine geçirme veya başkası menfaatine tasarrufta bulunma ibaresine yer verilmemesi ayrıca eleştirilebilir. Ancak kanımızca bu ibare yer almasa dahi zimmette geçirmede fail zimmet geçirilen mal için kendisi tasarrufta bulunabileceği gibi bir başkasına da bu imkânı sağlayabileceğinden bu yönde bir

yorumlama yapılması gerekir. Yine de tartışmalara yer vermemek babında bu yönde bir düzenlemenin kanımızca yapılması gerekmektedir.

Bunun yanında Sig.K. m. 35/4'te aynen Bank.K'nın 160/2. maddesine benzer şekilde bu suçu gizlemek için suçun kuruluşu aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmiştir. Buna göre aldatıcı mahiyette olmayan hilelerde sadece 35. maddenin 3.fıkrasına göre işlem yapılacaktır.

İçtima açısından aynen Bank.K.'nın 160. maddesindeki zimmet suçunda olduğu gibi bu suçta da TCK'nın 212. maddesindeki resmî belgede sahtecilik suçu yönünden ayrıca cezalandırma yapılmayacağı kanaatini taşımaktayız. Bunun yanında bu suçta güveni kötüye kullanma suçunun aksine kendine veya üçüncü bir kimseye menfaat sağlama amacı şart olmadığından genel kast suçun oluşumu için yeterlidir.

Yaptırım açısından bu suçun basit halinin cezası altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezasıdır. Aynı zamanda kuruluşun zararı faile tazmin ettirilir. Buna karşın ihtilaslı zimmet (Sig.K. m. 35/4) halinde ceza 12 yıla kadar hapis ve zararın üç katı para cezasıdır. Etkin pişmanlık olarak zararın kovuşturma yapılmadan evvel ödenmesi halinde cezanın üçte bir oranında indirilmesi öngörülmüştür.

db. Sigortacılık Kanunu'ndaki Aktif Azaltıcı İşlem Yasağını İhlal Suçu (Sig.K m. 19 ve m. 35/17*)*

Ser.PK'nın 110/1 (b) ve (c) bentlerinde zikredilen örtülü kazanç dağıtımı yasağına benzer bir düzenlemeye de 5684 sayılı Sig.K'nın 19. maddesinde Aktif Azaltıcı İşlem Yasağı başlığı altında yer verilmiştir. Bu maddeye göre "*Sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin ortakları, yönetim kurulu üyeleri, denetçileri ve çalışanları, şirket ana sözleşmesi veya genel kurul ya da yönetim kurulu kararı ile saptanan hükümler dâhilinde personele yapılan ödemeler, yardım veya verilen avanslar hariç, şirket kaynaklarını dolaylı ya da dolaysız kullanamaz, iyiniyet kurallarına aykırı olarak aktifin değerini düşüren işlemlerde bulunamaz ve hiçbir surette örtülü kazanç aktarımı yapamaz. Sigorta şirketleri ile reasürans şirketleri kendi borçları veya sigorta işlemlerinden doğanlar hariç olmak üzere personeli, ortakları, iştirakleri veya diğer kişi ve kurumlar lehine mal varlığını teminat olarak gösteremez, kefil olamaz ve kredi sağlayamaz.*"

Bu suçun maddi konusu sigorta veya reasürans şirketinin aktifleri yani kazanç ve malvarlıkları, alacaklarıdır. Bununla birlikte şirketin pasifleri içinde yer alan kaynakları da suçun maddi konusu kapsamındadır.[516] Bu suçta şirketin alacak hakları da suçun maddi konusu olabileceğinden TCK'daki güveni kötüye kullanma suçundan bu yönden bir farklılığı bulunmaktadır. Bununla birlikte aynen yukarıda Sig.K.'daki zimmet suçunda belirttiğimiz gibi sigorta acenteleri ve eksperlik şirketleri ve onların kaynak, kazanç ve malvarlıkları, aktifleri bu maddelerde düzenlenen suçun kapsamı dışındadır.

Bu suçta fail, sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin ortakları, yönetim kurulu üyeleri, denetçileri, çalışanlarıdır. Ama esas olan bu kişilerin şirketin kaynaklarının kullanımı, şirketin borç ve alacak yönetimi konusunda belirli bir yetkiye sahip olmaları bu konuda kanunen veya şirket sözleşmesi veya şirketin yönetim kurulu veya genel kurulu tarafından bir yetkilendirme yapılmasıdır. Bu yönden bu suçta failler başkası için zilyet konumundadırlar. Şirket denetçilerinin ise kanaatimizce bu suçun işlenmesine bilerek seyirci kalarak veya durumu denetim raporlarında gizleyerek suça iştirakleri mümkündür.

Bu suçta, sigorta veya reasürans şirketi mağdurdur. Sigorta veya reasürans şirketinin ortakları ve pay sahipleri suçtan zarar görendir. Hal böyle iken bu suçların soruşturma ve kovuşturmasının ilgili Hazine ve Maliye bakan yardımcısının (kaldırılan Hazine Müsteşarlığı'nın)[517] yazılı başvuru şartına bağlanması yönündeki Sigortacılık Kanunu'ndaki zimmet suçunu incelerken yaptığımız eleştirileri aynen tekrarlamaktayız.

Bu suçun maddi unsuruna gelirsek bahse konu suçta zikredilen aktif işlem yasağı esasında pek çok hareketi içinde barındırmaktadır.

Bu hareketlerden biri şirket ana sözleşmesi veya genel kurul ya da yönetim kurulu kararı ile saptanan hükümler dâhilinde personele yapılan ödemeler, yardım veya verilen avanslar hariç, şirket kaynaklarını dolaylı ya da dolaysız kullanma, iyiniyet kurallarına aykırı olarak varlıkların değerini düşüren işlemlerde bulunma,

[516] **KAYGUSUZ- ASLAN- KEPÇE**, s. 49,50 Aktifler muhasebede pozitif değeri şirket bilançosunun sol tarafını ifade etmektedir. Pasifler ise negatif değerleri bilançonun sağ tarafını ifade eder. Bilançoda varlıklar ile aktifler; kaynaklar ile pasifler, yabancı kaynaklar ile işletmenin borçları ve yerine getirmesi gerekli yükümlülükleri ifade edilmektedir. Şirketin alacakları da aynı zamanda aktifin içindedir.

[517] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz.505 nolu dipnot

örtülü kazanç aktarımıdır. Bu kanunda örtülü kazancın tam bir tanımı ve örneği bulunmamaktadır. Ancak yasal bir düzenleme yapılana kadar bu suçun cezasız kalmaması için doktrindeki görüşlerden ve özel ceza yasalarından yararlanarak kanunilik ilkesine ters düşmeyecek şekilde asgari düzeyde de olsa bir suç unsuru belirlemesi yapılması zorunludur.[518] Diğer taraftan Ser.PK'daki örtülü kazanç aktarımını incelerken zikrettiğimiz hususların burada da örnek teşkil edebileceği kanaatini taşımaktayız. Bununla birlikte 07.08.2007 Tarih ve 26606 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Mali Bünyelerine İlişkin Yönetmelik'in 14. maddesinde Aktif İşlem Yasağı başlığı altında örtülü kazanç aktarımı sayılabilecek bazı hükümlere yer verilmiştir.

Bu maddeye göre şirketlerin iştirakleri, sermayelerine iştirak eden şirketlerin hisse senetlerini; şirketler de ortaklarının hisse senetlerini, satın alması, rehin olarak kabul etmesi ve bu hisselerin karşılığında borç ya da kredi vermesi yasak olup bunun aksine hareket bu yasağın ihlali anlamına gelecektir. (26606 sayılı Yönetmelik m. 14-1)

Şirketler ile aynı topluluk içerisinde bulunan diğer şirketler arasında şirket öz sermayesinin %20'sini aşan sigortacılık faaliyetleri dışındaki borç ve alacak ilişkileri ile varlık edinimleri ya da satışları müsteşarın (bakan yardımcısının)[519] iznine tabidir. Yetkili mercii tarafından başvurunun yapıldığı tarihi takip eden 7 iş günü içerisinde bir yanıt vermezse izin verilmiş telakki edilir. Eğer yetkili merciiye başvuruda bulunmadan veya merciinin olumsuz görüşüne rağmen böyle bir edinim veya satışta bulunulmuşsa bu durum bu yasağın ihlali anlamına gelecektir. (26606 sayılı Yönetmelik m. 14-2)

Şirketlerin, topluluk içindeki aracılarına sigortacılık prensiplerine aykırı olarak diğer aracılarına göre daha yüksek oranda komisyon, ek komisyon ve benzeri ödeme yapması, doğrudan veya dolaylı olarak kazanç aktarması da bu yasağın ihlali anlamına gelecektir. (26606 sayılı Yönetmelik m. 14-6) Yine şirketi topluluk içindeki diğer ortaklıklara ilişkin sigortaları sigortacılık prensiplerine aykırı olarak

[518] **SADAK,** s. 136

[519] 08.07.2018 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan 703 sayılı KHK ile Hazine Müsteşarlığı'nın ve müsteşarlıkların kaldırılması ve bu konudaki yetkilerin bakan yardımcıları ve ilgili kurum müdürlüklerine devrine dair düzenlemeler hususundaki açıklamalarımız için bkz. 505 nolu dipnot

piyasa rayicinden daha düşük primle yapması da bu yasağın ihlali anlamına gelecektir. (26606 sayılı Yönetmelik m. 14-7)

Diğer taraftan Hazine Müsteşarlığı'nın 2012 yılında yayınladığı Grup İçi İşlemler Denetim Rehberi'nde Maliye Bakanlığı'nın Ser.PK'daki örtülü kazanç aktarımında da incelediğimiz 1 Seri Nolu Transfer Fiyatlaması Genel Tebliği ve bunun yanında Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesindeki ilkeler dahilinde değerlendirme yapılacağı rehberde açıkça belirtilmektedir.[520] Bu rehbere göre sigorta reasürans şirketleri, ilişkili kişilerle[521] emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım[522]ya da satımında bulunurlarsa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılacaktır. Örtülü kazanç aktarımı incelemesiyle birlikte grup içi işlemler (reasürans ve diğer risk transferi işlemleri, sermaye ve varlık transferleri, garanti ve taahhütler gibi işlemler) ile grup kaynaklı risklerin şirketin sermaye yeterliliğine ve finansal durumuna etkisi de ayrıca değerlendirilmelidir.

Diğer yandan şirketin kaynaklarının şirket aktiflerinin değerini düşürecek ölçüde basiretli bir tacir, yöneticiden beklenilmeyecek derecede keyfi kullanımı veya bu yöndeki işlemlerde ayrıca bu suçta cezalandırılan hareketlerden biridir. Ancak kanımızca bunun kasten yapıldığının ispatı son derece zordur.

Bunun yanında bu madde TTK m. 358, m. 395/2 hükümlerine benzer şekilde şirket ortak, yönetici, paydaşları ve çalışan personeli için şirkete borçlanma yasağı da getirmektedir. Bu hükme göre şirketler, kendi borçları veya sigorta işlemlerinden

---

[520] Hazine Müsteşarlığı'nın 2012 yılında yayınladığı Grup İçi İşlemler Denetim Rehberi için bkz. https://www.hazine.gov.tr (Erişim Tarihi:07.04.2017) *"5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına ilişkin hükümler 13'üncü maddede düzenlenmiş olup, Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan 1 Seri Nolu Transfer Fiyatlaması Genel Tebliğinde transfer fiyatlamasına ilişkin tüm ilkelere detaylı olarak yer verilmiştir. Buna göre kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunurlarsa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılacaktır…"* (Grup İçi İşlemler Denetim Rehberi s. 5- 6)

[521] Örtülü kazanç transferine konu "ilişkili kişi" Kurumlar Vergisi Kanunu Madde 13/2'ye göre *"…kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır."*

[522] Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.

doğanlar hariç olmak üzere; personeli, ortakları, iştirakleri veya diğer kişi ve kurumlar lehine mal varlığını teminat olarak gösteremez, kefil olamaz ve kredi sağlayamaz. Ancak bu maddedeki borçlanma yasakları TTK'nın aksine daha sıkıdır.

Bu suçta görüldüğü üzere TCK m. 155'deki güveni kötüye kullanma suçu gibi neticesi harekete bitişik suçtur. Ser.PK'daki 110/b ve c bentlerindeki örtülü kazanç fiillerinin aksine netice olarak bir zararın, kar kaybının oluşması şartı aranmamaktadır. Ancak iyi niyet kurallarını ihlal edecek derecede aktiflerin değerini düşürecek zarar Sig.K.'nın 35/17. maddesine göre cezayı ağırlaştıran bir haldir.

Bu suç manevi unsur olarak ancak kasten işlenecek suçlardan olup taksirle işlenemez.

Bu suçun yaptırımı olarak Sig.K'nın 35/17. maddesinde, yasağa aykırı davrananlar için bin güne kadar aykırılığın iyiniyet kurallarını ihlal edecek derecede aktiflerin değerini düşürmesi halinde iki bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Ancak bu cezanın miktarı aktifte azalmanın yüzde beşinden az, yüzde yirmisinden fazla olmayacaktır. (Sig.K.m. 35/17)

İçtima açısından örtülü kazanç aktarımı yönünden halka açık sigorta şirketlerde yalnızca Ser.PK'nın 110. maddesi uygulama alanı bulabilecektir. Halka açık ortaklık dışındaki sigorta şirketlerindeyse örtülü kazanç aktarımlarında şartları oluşuyorsa Sig.K'daki suçtan cezalandırma yapılacaktır. [523] Diğer taraftan sigorta şirketinin hem TTK'daki borçlanma yasağını hem de bu Sig.K'daki bu hükmü ihlal etmesi halinde kanımızca Sig.K'daki hükmün faile uygulanması gerekir. Diğer taraftan Sig.K.'nın 19. maddesindeki fiillerin şirket aktiflerinin değerini düşürmekten öte, şirketi iyice zor duruma sokacak derecede süreklilik göstermesi, failin kendisini veya üçüncü kişileri, şirketin ve diğer ortakların aleyhine olarak şirketin mali durumunu büyük ölçüde zora sokacak şekilde zenginleştirmesi halinde kanımızca şartları oluşmuşsa Sig.K. m. 35/3-4'teki zimmet suçundan aksi halde TCK'nın 155. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma yapılmalıdır. Bu durumda ayrıca Sig.K.'nın 19. ve 35/17. maddesinden ayrıca cezalandırma yapılmaması gerekir. Eğer bu yapılan işlemler şirketin iflasına neden olmuşsa bu durumda TCK'daki hileli iflas suçundan (TCK m. 161) cezalandırma yapılması gerekir.

[523] **SADAK**, s. 137

E) Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'ndaki Zimmet Suçundan Ayrımı (BETYSK.m. 23/2)

Güveni kötüye kullanma suçu ile benzeşen ve onun bir türü olarak kabul edilebilecek bir diğer suçta Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu (BETYSK) m.23/2'de düzenlenmiştir. Dünyada pek çok ülkede emeklilik sistemleri temel felsefe olarak bireylerin yaşlılık zamanı çalışamayacak duruma gelmelerine neticede yoksul duruma düşmeleri gerçeği karşısında tüketime destek yaşam standartlarının korunması amacıyla en verimli zamanları olan gençlik ve orta yaşlılık dönemlerinde ücret ve kazançlarından kesinti yapıp kişileri tasarrufa ve yatırıma yönlendirmektedir.[524] Bu kesintiler bir Sosyal Güvenlik Kurumu aracılığıyla Devlet tarafından yapılabileceği gibi özel kuruluşlar aracılığıyla da yapılabilir. Zorunlu kesintiler yoluyla yapılabileceği gibi, isteğe bağlı da olabilir. Eğer özel kuruluşlarca bu kesintiler emeklilik işlemleri yapılıyorsa, bu sisteme bireysel emeklilik sistemi (BES) adı verilir.

Kökeni daha öncelere gitsede gerçek manada ilk olarak Şili'de 1981 yılında uygulamaya konulan BES sonrasında Peru, Meksika gibi komşu ülkelere oradan da Dünya'ya yayılmıştır. [525] Şili'de devlet eliyle emekliliğe dair sosyal güvenlik hizmetlerinin yapılmasına dair (Bismark Modeli olarak bilinen) sistemin yerine getirilen bu sistem, ülkemizde ve pek çok ülkede mevcut devlet eliyle emeklilik sisteminin yerine değil, tamamlayıcı bir sistem olarak uygulanmaktadır. Ancak çalışanlar açısından 26.08.2016 tarihli 29812 sayılı RG'de yayınlanan 6740 sayılı Kanun ile 2017 yılından itibaren kademeli olarak bu tamamlayıcı sistem zorunlu kılınmıştır. Ayrıca işverenin çalışan ilgili emeklilik şirketine cayma bildiriminde bulunmadığı sürece maaştan kesinti yaparak anlaştığı bir Bireysel Emeklilik şirketine yatırmasının şart koşulmasıyla (zorunlu BES) bu sistem iyice önem kazanmıştır. 2019 başından itibaren de bütün işyerleri BES zorunluluğu içine alınmıştır. BES hayat (Can) sigortalarının bir türü olarak görülmektedir.[526] Bu sisteme yatan paralar işçinin veya işverenin seçeceği bireysel emeklilik şirketi ve oluşturduğu fonca yönetilmektedir. BES şirketleri Sigorta mevzuatı yanında aynı zamanda Sermaye Piyasalarında da yatırım fonları aracılığıyla yatırımcılarının paralarını

[524] **Serkan ACUNER**, Türk Hukukunda Bireysel Emeklilik Sistemi ve Vergilendirilmesi, On İki Levha Yayınları, (2017), s. 47
[525] **ACUNER**, s. 51, 52
[526] **ACUNER,** s. 48

değerlendirdiklerinden SPK izin ve denetimine, ayrıca Ser.PK ve ilgili mevzuata da tabiidirler.

Ülkemizde BES konusunda Ser.PK düzenlemeleri yanında 2001 tarihli 4632 sayılı iş bu kanun çıkarılmıştır. Ancak kanaatimizce hatalı olarak BETYSK m.23/2'de Bireysel Emeklilik şirketinin yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile imza yetkisine haiz mensupları, portföy (fon) yönetim şirketi yöneticileri ve mensuplarının işlediği zimmet suçu içinde ayrı bir cezalandırma hükmüne yer verilmiştir.[527]

Oysa ki bireysel emeklilik kurumları için hem bu kanundan 5 yıl sonra yürürlüğe giren Sig.K m. 35/3 ve m. 35/4.den hemde Ser.PK m.110'dan hem de kamu görevlisiyse TCK m.247'den bununda olmaması halinde TCK m.155/2'den rahatlıkla cezalandırma yapılabilir. Böyle bir düzenleme o dönemde sigortacılık yönündeki düzenlemelerde eksiklik olduğundan bahisle yapılmışsa bile kanun koyucunun bunu bu maddede değişiklik yaptığı 2008 tarihli 5728 sayılı kanunla bu suçu buradan kaldırması gerekirdi. Ancak bu düzenlemede bu suç açısından yapılan tek değişiklik kanunda ayrı ceza öngörülmüşken cezalandırmanın TCK m.247'deki zimmet suçuna bağlanması olmuştur.[528]

Öte yandan aynı kanunun 25.maddesine eğer başka bir kanunda bu fiiller daha ağır cezalarla cezalandırılıyorsa, BETYSK'dan değil, diğer kanundaki suçtan cezalandırma yapılacağı şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme işleri daha da karışık hale getirmiştir. Zira bu düzenlemede yargılama ve cezalandırma açısından bir yarar getirmediği gibi hâkimi BETYSK çerçevesinde TCK, Sig.K. ve Ser.PK'ya göre ceza hesaplaması yapmak zorunda bırakıp yargılamayı

---

[527] **BETYSK m. 23/2 (2008 yılında 5728 sayılı kanunla değişik):** "*Şirketin yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile imza yetkisini haiz mensupları, portföy yöne-tim şirketinin yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile imza yetkisini haiz mensupları, görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetimleri ve sorumlulukları altında bulunan şirkete ait para veya diğer varlıkları zimmetine geçirirlerse, Türk Ceza Kanununun, zimmet suçuna ilişkin hükümlerine göre verilecek ceza beşte bir oranında artırılır."*

[528] **BETYSK m. 23/2'nin 2008 yılında 5728 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki ilk hali:** *"...Şirketin yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile imza yetkisini haiz mensupları, portföy yönetim şirketinin yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile imza yetkisini haiz mensupları, görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetimleri ve sorumlulukları altında bulunan şirkete ait para veya diğer varlıkları zimmetine geçirirlerse altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar ve kuruluşun uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.*
Bu maddenin ikinci fıkrasında gösterilen suç, kuruluşu aldatacak ve fiilin açığa çıkmasını önleyecek her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmişse, faile oniki yıldan aşağı olmamak üzere hapis ve meydana gelen zararın üç katı kadar ağır para cezası uygulanır. Ayrıca, meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen ödettirilmesine hükmolunur...".

zorlaştırmaktadır, düşüncesindeyiz. Bu yönden kanun koyucunun yaklaşımı kanaatimizce hatalıdır.

Cezalandırma yönünden tıpkı Ser.PK m.110'daki güveni kötüye kullanma suçuna benzer şekilde yaptırım yönünden TCK'ya sonuç bağlanmıştır. Ancak TCK m.155'teki suçun aksine sonuç bağlanan suç TCK m.247'deki zimmet suçudur. Fakat burada zimmet suçundan verilecek ceza, beşte bir oranında ağırlaştırılacaktır.

Bu suçta korunan hukuki değer bireysel emeklilik sisteminin işleyişinin ve düzeninin korunmasıdır. Aynı zamanda bu kuruluşların Sermaye Piyasaları ile Sigortacılık sistemi ile ilişkisi gözetildiğinde bu piyasa ve sigortacılık sisteminin dolaylı yoldan korunmasıdır. Ayrıca bireysel emeklilik sisteminin mevcut sosyal güvenlik emeklilik sisteminin bir tamamlayıcı unsuru olduğu gözetildiğinde dolaylı yoldan bu piyasalarında korunmasının hedeflendiği düşünülebilir. Bu yönden bu suç aynen Sigortacılık Kanunu'ndaki, Bankacılık Kanunu'ndaki zimmet suçu gibi ekonomik düzenin, sigortacılık düzeninin ve bu piyasalardaki güven ilişkisinin korunması yönünde güveni kötüye kullanma suçu ile benzeşsede çok daha spesifik değerlerin ve güven ilişkisinin korunmasının hedeflendiği düşünülebilir. Bu açılardan iki suç arasında bir ayrım vardır.

İş bu suç da aynen güveni kötüye kullanma suçu gibi herkes tarafından işlenen bir suç değildir, özgü suçtur. Ancak yine de fail yönünden de bu suç güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır. Zira güveni kötüye kullanma suçunun aksine zilyetliğin devri veya sadece ilgili kişilerin malvarlığının gözetimi ve denetiminden sorumlu olmaları kendilerine malvarlığının tevdi veya teslim edilmesi yeterli değildir. Bunun yanında kanun koyucu, bu suçtan cezalandırma için güveni kötüye kullanma suçunun aksine başkaca ek nitelikler öngörmüştür. Bu sayılan niteliklerden birine fail haizse ancak bu suçtan cezalandırılabilir. İlk olarak bu suçun faili, bireysel emeklilik şirketinin yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile imza yetkisini haiz mensupları olabilir. Bu maddede yer alan imza yetkisine haiz çalışanlar ibaresi mülga 818 sayılı BK m. 449/1 ve yürürlükteki TBK m. 547-550 ile TTK m. 370 ve 371 çerçevesinde değerlendirilmelidir. [529]

[529] İş bu kanun eski 818 sayılı BK zamanında çıkarılmıştır. Eski 818 sayılı BK m.449/1, Ticari Mümessili *"bir ticarethane veya fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından işlerini idare ve müessesenin imzasını kullanarak bilvekale imza vazetmek üzere sarih veya*

Bundan ayrı olarak *"portföy yönetim şirketinin yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile imza yetkisini haiz mensupları"* da fail olabilir. Zira bireysel emeklilik şirketleri bireysel emeklilik sözleşmesi ile katılımcılardan alınan ve onlara ait bireysel emeklilik hesaplarında izlenip gözetilen katkıların değerlendirilmesi amacıyla bir yatırım fonu oluşturmaktadır. Bu yatırım fonunun malvarlığına porftföy denir. Yatırım fonunun malvarlığını işleten kuruluş ise aynı zamanda bireysel emeklilik şirketinin üyesi olduğu veya onun bir kolu olan portföy yönetim şirketidir. İşte bu sebeple iş bu zimmet suçunda diğer bir fail zümresi olarak bu portföy yönetim şirketinin yöneticileri veya imza yetkisine haiz çalışanları olarak belirlenmiştir. Bu kişiler görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları denetimleri ve sorumlulukları altında bulunan şirkete ait para veya diğer varlıkları zimmetine geçirirlerse zimmet suçunun (TCK m.247) hükümleri uygulanacak ancak cezaları beşte bir oranında arttırılacaktır.

Buna karşın bireysel emeklilik şirketinde veya portföy yönetim şirketinde çalışıp yönetim kurulunda üye veya başkan olmayan veya imza yetkisine haiz olmayan personel ile bu şirketlerle bir yönetim bağı olmasa da bu şirketlere bağımsız olarak iş yapan, müşteri bağlayan acenteler görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları denetimleri ve sorumlulukları altında bulunan mala ve eşyaları zimmetlerine geçirirlerse iş bu suçtan değil TCK m.155'teki güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaklardır.

Öte yandan mağdur açısından bu maddedeki suçun soruşturma ve kovuşturması Hazine Müşteşarlığı'nın veya Sermaye Piyasası Kurulu'nun yazılı başvuruda bulunması şartına bağlanmıştır. (BETYSK m.24) Bu bağlamda iş bu suçta

---

zımni kendisine mezuniyet verilen kimse" olarak tanımlamaktadır. Sonrasında yürürlüğe giren TBK m. 547 ise "ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir" şeklinde tanımlamada bulunmaktadır. Bu madde de imza yetkisi ile ifade edilmek istenen kanımızca temsil yetkisidir. Bundan imza yetkisi ibaresinden temsil yetkisine doğal olarak haiz yönetim kurulu ve yönetim kurulunca tayin edilen ticari temsilci anlaşılmalıdır. Diğer deyimle bir bireysel emeklilik şirketinin yönetim kurulunca atanmış temsile yetkili müdür veya yöneticilerin yöneticisi olarak adlandırılan CEO suda bu suçun failidir. Ancak yine TBK m. 551'de ticari vekil Ticari vekil, "bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği" kişi olarak tanımlanmaktadır. Ticari vekiller yönetim kurulu dışında Ticari temsilci tarafından da görevlendirilebilir bu kişilere alanı ile ilgili imza ve temsil yetkisi verilebilir. (Bkz. **Veliye YANLI**, Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından mı Atanabilir? İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:71, Sayı:2, (2013), s. 447) Bu yönden bireysel emeklilik şirketindeki bu kişilerde görev alanıyla ilişkisi olma şartıyla iş bu kanun kapsamında imza yetkisine sahip kişiler olarak düşünülmeli ve fail olarak değerlendirilmelidir.

mağdurların[530] -tüzel kişilerin mağdur olamayacağını savunan görüşe göre suçtan zarar görenlerin[531] - Hazine ve Maliye Bakanlığı ve Sermaye Piyasası Kurulu olduğunun yasa koyucu tarafından düşünüldüğü söylenilebilir. Ancak burada iki durumu eleştirebiliriz. İlk olarak Hazine Müsteşarlığı Cumhurbaşkanlığı sisteminin gelmesi ve müsteşarlıkların kaldırılması ile kaldırılmıştır. Aradan uzun bir süre geçmesine karşın hala aynen Sig.K.'da olduğu gibi bu konuda iş bu kanununda da bir düzenleme yapılmamıştır. Aynen Sig.K.'daki zimmet suçunu incelerken ele aldığımız üzere buradaki Hazine Müsteşarlığı kavramının kanımızca 09.07.2018 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan 703 sayılı KHK'nın 179.maddesinde 375 sayılı KHK'ya eklenen geçici 32.madde gereğince Hazine ve Maliye Bakan yardımcısı olarak düşünülmesi gerekir. Hazine ve Maliye Bakan Yardımcısı veya Sermaye Piyasası Kurulu yazılı başvuruda bulunmaya yetkilidir. Eğer hazine ve maliye bakan yardımcısı yoksa atanmamışsa bu durumda idari hiyerarşi gereği amir konumunda olan Hazine ve Maliye Bakanı yazılı başvuruda bulunabilecektir.

Bunun yanında kanaatimizce bireysel emeklilik şirketinin veya Portföy Yönetim Şirketi'nin ayrıca yatırımcılarında mağdur veya suçtan zarar gören olarak değerlendirilmesi gerekir. Hal böyle iken iş bu suçunda soruşturmasının ve kovuşturmasının sadece Hazine ve Maliye Bakan Yardımcısı veya SPK'nın yazılı başvuru şartına bağlanmasının bir haksızlık teşkil ettiği diğer mağdurlara da bu yönde şikâyet hakkı getirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu yönde ve yazılı başvurunun hukuki niteliği hususunda Ser.PK'daki güveni kötüye kullanma suçunu, Sig.K'daki zimmet suçunu incelerken ele aldığımız hususlar, eleştirilerimiz aynen bu suç içinde geçerlidir.

Suça konu eşya açısından ise görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları denetimleri ve sorumlulukları altında bulunan şirkete ait para veya diğer varlıklar ibaresi kanunda geçse de şirkete ait ibaresinin geniş manada değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Buna göre yatırımcıların veyahut alacaklıların şirkete bıraktığını emanet ettiği eşyalar açısından da bu suçun gerçekleşmesi mümkündür.

---

[530] **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), s. 151; **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (2. cilt), 14.bası, Der Yayınları, (2019), s. 727, 728

[531] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 305

Bununla birlikte, içtima açısından BETYSK m. 25'te bu kanunda suç teşkil eden hareket ve fiillerin başka kanunda suç teşkil etmesi halinde en ağır cezayı gerektiren fiilden cezalandırma yapılacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda kanun özel bir içtima hükmü öngörmüştür. Özellikle bu fiil işlenirken hem Sig.K m.35/3 hem de Ser.PK m.110'daki suç oluşabilecektir. Bu iki suç ile TCK'daki zimmet suçuna da sonuç bağlayan iş bu suç arasında asli norm- tali norm ilişkisi vardır. Bu durumda hâkimin tek tek üç kanundaki hükümleri karşılaştırıp toplam cezayı hesap edip buna göre en ağır cezayı içeren suçtan hüküm kurması gerekir.

Yine iş bu zimmet suçunun kanaatimizce sahte evrak ve belge kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde üstelik BETYSK m.23/4 hükümlerine göre cezası 1 kat arttırılarak TCK'daki resmi veya özel evrakta sahtecilik suçundan ayrıca ceza verilecektir.

Son olarak TCK m.155'teki suçun aksine bu suçta zimmet suçuna yaptırım yönünden sonuç bağladığından Asliye Ceza Mahkemesi'nde değil, Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılama yapılacaktır.

F) Askeri Ceza Kanunu'ndaki Zimmet, İhtilaslı Zimmet, Askeri Eşyayı Rehne Verme, Gizleme ve Askeri Eşyayı Özel Menfaatine Kullanma Suçlarından Ayrımı (As.CK m. 130, 131)

Askeri Ceza Kanunu (As.CK), Adli ve İdari Yargı kolunun dışındaki bir üçüncü kolun Askeri yargı kolunun bir parçasıdır. TCK'daki güveni kötüye kullanma suçuna ve "kamu görevlisi tarafından işlenmiş olan güveni kötüye kullanma suçu" diye tabir edilen [532] zimmet suçuna benzer özel bir hal de As.CK.'nın 131. maddesinde düzenlenmiştir. *"Askerî bir hizmet yaparken veya vazifeyi suiistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi veya emanet edilmiş olan para veya kıymeti ne olursa olsun bir eşyayı yahut kendisine tevdi veya emanet edilmiş olmasa bile her türlü askerî erzak, eşya ve hayvanları çalma veya zimmetine geçirme, yahut ihtilas etme veya satma, yahut rehine verme ve bunları bilerek satın alma veya rehin kabul etme veya gizleme"* olarak burada "Eşyayı ve Malları Çalan, Satan, Rehne

[532] **Olgun DEĞİRMENCİ- İdris ERGUTEKİN**, Askeri Ceza Hukuku'nda Zimmet Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, Sayı:15,Ekim, (2013), s. 131

Veren ve Alanlar" başlığıyla suç düzenlenmiştir.[533] Bu suç ile ilgili çeşitli pek çok eleştiriler getirilebilir. Zira, bu suç TCK'daki hırsızlık ve zimmet (ihtilaslı zimmet) ve TCK'nın 165. maddesindeki "suça konu eşyayı satın alma, kabul etme" gibi "askeri eşyayı bilerek satın alma, rehin olarak kabul etme, gizleme" suçlarını da satma ve rehine vermeyi de dahil ederek bünyesinde barındırmaktadır. Yani esasında ayrı ayrı düzenlenmesi icap eden üç hatta (zimmet içinde olması gereken ancak ayrı suçmuş gibi düzenlenen askeri eşyayı rehnetme, satmayı da düşünürsek dört suç[534]), tek bir maddede karmaşık şekilde düzenlenmiştir. Bu yönden kanun sistematiği son derece kötüdür. Ama daha ilginci hem 765 sayılı TCK'da, hem de 5237 sayılı TCK'da bu suç tipinin içinde yer alan zimmet suçu "kamu idaresine karşı suçlar" içinde düzenlenmiştir. Ancak ne hikmetse kamu idaresine karşı suç olabilecek bu düzenlemeye As.CK.'da "malvarlığına karşı suçlar" kısmında yer verilmiştir. Korunan hukuki değerlere baktığımızda bu düzenlemenin de hatalı olduğu açıktır.[535]

Güveni kötüye kullanma suçu malvarlığına karşı suçların bir parçasıdır. Ama As.CK suç, güveni kötüye kullanma suçunun özel bir türü olan zimmet suçunun bir değişik halidir. Yeri de malvarlığına karşı suçlar içinde değil, kamu idaresine karşı suçlar içinde olmalıdır. En başta bu yönden iki suç arasında farklılık vardır.

---

[533] *As.CK Madde 131 - (Değişik: 2862 - 11.12.1935 / m. 10) 1 - Askerî bir hizmet yaparken veya vazifeyi suiistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi veya emanet edilmiş olan para veya kıymeti ne olursa olsun bir eşyayı yahut kendisine tevdi veya emanet edilmiş olmasa bile her türlü askerî 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 cezasıyla cezalandırılırlar.*
(Değişik paragraf: 4551- 22.3.2000 / m. 27- Yürürlük m.39) Az vahim hallerde, altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunabilir.
Çalınan veya rehin edilen mallar bulunursa geri alınır. Yok edilen eşya, hayvan ve sairinin değerlerinin ödettirilmesine de hükmolunur.
2- Yukarı ki fıkrada yazılı fiiller silâh, cephane veya herhangi bir müdafaa vasıtasına taallûk ederse ceza arttırılır.
3- Yukarı ki 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.
Ayrıca bu madde ile kısmen ilişkili As.CK Madde 130: (Değişik: 22.3.2000- 4551 S.Kn.) *Askeri eşyayı kasten terk veya kısmen yahut tamamen tahrip eden, özürsüz kaybeden veya harabolmasına sebebiyet veren veya özel menfaati için kullanan asker kişiler, eşyanın değeri, önemi, meydana gelen hasarın miktarı ve fiilin işleniş şekline göre üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.*
Suç konusu eşya; silah, mühimmat, savaş aracı veya gereci ise ceza arttırılır.
Kaybedilen, kasten terk veya kısmen yahut tamamen tahrip edilen veya harabolmasına sebebiyet verilen eşyanın ödettirilmesine de ayrıca hükmolunur.

[534] **Ümit KARDAŞ- Mehmet ÇINGI**, Askeri Ceza Kanunu Şerhi, 3.Cilt, Legal Yayınları, (2014), s. 406

[535] Aynı görüşte **KARDAŞ- ÇINGI**, s. 406

As.CK.'daki suçlar sırf askeri suç[536] ve askeri suç[537] olarak ikiye ayrılmaktadır. Bahse konu 131. maddedeki suç sırf askeri suç olmayıp, askeri suç niteliğindedir.

Bununla birlikte korunan hukuki değer yönünden buradaki suç TCK'daki güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmakta zimmet suçuna kısmen benzeşmektedir. Zira, bu suçta korunan hukuki değer öncelikli olarak askeri personele kamunun duyduğu güvendir. [538] Diğer taraftan korunan bir hukuki değerde kamuya ait mali değerlerin amaçlarına uygun şekilde kullanılması ve korunmasıdır.[539] Burada hırsızlık suçu da düzenlendiği için korunan diğer bir hukuki değer ise As.CK.'daki hırsızlık suçu açısından kamu taşınır mallarının zilyetliğidir.[540]

Suçun maddi konusuna gelirsek, suça konu eşya askeri erzak, hayvan ve eşya olabileceği gibi askeri niteliği olmayan bir hizmet veya vazife nedeniyle tevdi edilmiş, para, herhangi bir eşyada olabilir. Askeri eşya "birliğin muharebe gücüne tesir eden ve Birlik Teşkilat Malzeme Kadrosunda (TMK) gösterilen bütün ordu malları ile birlik tarafından yetki verilmiş, ikmal kataloglarında ve tahsis listelerinde gösterilen malzemeler" olarak tanımlanmaktadır. [541] Diğer askeri eşya ile ilgili tanımda şöyledir:" "*Kamu mallarından olup mülkiyeti devlete ait ve fakat kullanılması Silahlı Kuvvetlere bırakılmış mallar*" dır.[542] Bir eşya, hurdaya ayrılsa bile askeri eşya vasfını kaybetmez. Ancak kayıtlardan tamamen düşerse bu vasfını

---

[536] **Olgun DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınları, (2013), s. 104 Sırf askeri suçlar, yalnızca askeri bir hizmet ve görev ihlali suretiyle işlenebilen ve unsurlarının tamamen veya kısmen genel ceza kanununda düzenlenmediği suçlara denmektedir. Emre itaatsizlikte ısrar, yurtdışına firar, sözleşerek firar vs. suçlar sırf askeri suçtur. Bu suçlarda yetkili mahkeme sadece askeri mahkemelerdir.

[537] **DEĞİRMENCİ**, s. 108 Yazar bu türden suçlar için "askeri suç benzerleri" terimini kullanmaktadır. "Askeri Suç Benzerleri, sırf askeri suçlara ilişkin koşullara sahip olmayan, genel suç kategorisine dahil olmayan ve bu bakımdan da askeri ceza kanununun uygulanmasını gerekli kılan suçlardır. Bu suçlarda asker statüsünde failler için yetkili mahkeme askeri mahkeme iken, sivillerin bu suçu işlemesi halinde yetkili mahkeme adli yargıdaki ceza mahkemeleridir.

[538] **DEĞİRMENCİ- ERGUTEKİN**, s. 131 *"Askerî Yargıtay zimmet suçu ile korunan hukuki yararın kamu idaresine karşı dürüst davranılmasını temin etmek olduğunu belirtmekte, dolayısıyla zımni olarak ayrıca askerî eşyanın korunmadığına işaret etmektedir."* **Askeri Yargıtay 4.Daire, 01.11.2012, 1106/1041***" ...Zimmet suçlarını cezalandırmakla korunan hukuki menfaat, kamu idaresine karşı dürüst davranılmasını temin etmek olduğundan, mali bir zararın doğmuş olmaması veya doğan zararın telafi edilmiş bulunması suçun tamamlanmış olması açısından önem taşımamaktadır."*

[539] **KARDAŞ- ÇINGI**, s. 131; **DEĞİRMENCİ**, s. 349

[540] **DEĞİRMENCİ**, s. 349

[541] **KARDAŞ- ÇINGI**, s. 407; Askeri Yargıtay'da aynen bu tanımı yapmakta ancak askeri eşya, savaş araç ve gereci olarak zikredilmektedir.

[542] **Ejder YILMAZ**, Hukuk Sözlüğü, 9. bası, Yetkin Yay., Ankara (2006), s. 101;**Hüsnü ERCAN**, Askeri Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2010), s. 33

kaybeder.[543] Askeri eşyanın bir tüfek veyahut mermi olması askerlikle ilişkili olması da şart değildir. Askere verilen bot, hırka, rüzgarlık, spor ayakkabısı, eğitim elbisesi[544] hatta kimi halde ordu ve birlik envanterlerine kayıtlı cep telefonu dahi askeri eşya olarak suça olabilir.[545] Ancak kanununun ifadesinden sadece askeri eşyaların değil, kamu malı olarak para ve askeri eşya niteliği olmayan eşyalarında, hayvanlarında suça konu olabileceği belirtilmektedir. Hatta askeriyeye hiçbir aidiyeti bulunmasa bile askeriyece mahkeme kararı, kanun gereği koruma altına alınan sivil şahıslara ait mallar da bu suça konu olabilir.[546] Buna karşın tugay personeli arasında yardımlaşma amacıyla kurulan gönüllülük esasına dayalı askeri hizmet niteliğine haiz olmayan yardım sandığı ise bu suça değil hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçuna konu olacaktır.[547] Bu suç bünyesinde zimmet suçunun yanında iki

---

[543] **Askeri Yargıtay 3. Daire E: 2014/527 K: 2014/528 T: 10.06.2014** *"…Bilindiği üzere; ASCK'nın 130'uncu maddesinde suça konu eşyanın savaş aracı veya savaş gereci olması ağırlatıcı sebep sayılmış, ancak ne tür eşyanın savaş araç veya gereci olduğu belirtilmemiştir.*
Askerî Yargıtay kararlarında ise, savaş araç ve gereci; "Birliğin muharebe gücüne tesir eden ve Birlik Teşkilat Malzeme Kadrosunda (TMK) gösterilen bütün ordu malları ile birlik tarafından yetki verilmiş, ikmal kataloglarında ve tahsis listelerinde gösterilen malzemelerdir." şeklinde tanımlanmıştır.
Somut olayda, hurdaya ayrılan, fakat arz ettiği ekonomik değer sebebiyle muhafaza edilmekte olan askerî eşya, usulüne uygun şekilde satışı ve ilgili makamlara devri yapılmadıkça askerî eşya vasfını kaybetmeyeceğinden, sanık hakkında tüm unsurları ile oluşan atılı suçtan mahkûmiyet kararı verilmesinde bir hukuka aykırılık bulunmamakla birlikte; HEK'e ayrılmış (kayıt silme raporları bulunan) askerî araçların savaş aracı olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından, ASCK'nın 130/2'nci maddesi gereğince cezada artırım yapılması hukuka aykırıdır…" (bkz. www.msb.gov.tr Erişim Tarihi: 16.12.2016)

[544] **DEĞİRMENCİ**, s. 351

[545] Bkz. **Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü E: 2015/14 K: 2015/14 T: 1.6.2015** (bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi: 16.12.2016)

[546] **Askeri Yargıtay 2. Daire E: 2014/34 K: 2014/102 T: 22.01.2014** *" …Kamu görevlisinin kendisine tevdi olunan veya vazife dolayısıyla muhafaza, murakabe veya mesuliyeti altında bulunan paraları, taşınır malları kendisi ya da başkası lehine mal edinmesi zimmet suçunu oluşturmaktadır. Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya eşyanın zilyetliğinin kamu görevlisine devredilmiş olması veya kamu görevlisinin bu para veya mal üzerinde görevinden kaynaklanan koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması gerektiğinden, faillerin mallar üzerinde göreve dayalı hukuki zilyetliği zimmet suçunun öncelikli şartıdır. Zimmet suçu açısından kamu görevlisinin mal edindiği para veya eşyayı maddeten elinde bulundurması şart olmayıp, onlar üzerinde tasarrufa yetkili olması, yani hukuken zilyet olması yeterlidir. Zimmete geçirilen şeylerin devlete ait olması şart değildir. Bu suçla korunmak istenen, kamu görevlisinin dürüstlüğüne ilişkin kamu menfaatidir…"*
Askeri eşyanın miadının dolması ancak askeri hizmette kullanılmaya devam edilmesi kaydıyla o eşyanın askeri eşya niteliğinin kaybına neden olmaz. Yine askeri kantinde satılan mallar askeri eşya sayılmasa da zimmet suçuna konu olabilir. (Bu konudaki Askeri Yargıtay 1.Dairesinin 22.05.2013 tarihli ve 0846/0821 sayılı kararı için bkz. **Fahrettin DEMİRAĞ**, Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara, (2016), s. 441)

[547] **Askeri Yargıtay 3.Dairesi E: 2008/2250 K:2008/2410 T: 22.10.2008** *"Özet: Tugay personeli arasında yardımlaşmayı sağlamak ve moral gücünü yükseltmek amacıyla doğum, evlenme, sünnet düğünü, vefat, tayin ve ayrılmalarda verilecek hediye, şilt, yemek ve kokteyllere ait esasları belirlemek için kurulduğu anlaşılan ve personelden istekli olanların üye olarak kabul ve kayıt edileceği belirtilen moral ve yardımlaşma sandığının yönergeye bağlanarak emirle kurulmuş olması askeri bir hizmete ilişkin olduğunu göstermediğinden sanığın üye personelin bir kısmına gerçekte verdiğinden daha fazla altın vermiş gibi kayıt yapmak bazı personele hak ettikleri halde almaları gereken altını vermemek*

tane suçu daha bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla bir hizmet veya vazifeden ötürü bir eşya tevdii veya emanet olarak teslim edilebileceği gibi emanet edilmemişte, olabilir. Bu yönden de bu suç TCK'nın 155. maddesinde yer alan güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır.

Diğer yandan hizmet ve vazifenin tanımı da As.CK'nın 12. maddesinde yapılmıştır. Buna göre "gerek malûm ve muayyen olan ve gerek bir âmir tarafından emredilen bir askerî vazifenin madun tarafından yapılması hali" hizmet olarak tanımlanmıştır. Buna göre askeri hizmet ve vazifenin ifası amacıyla, askeri mercii tarafından teslimin yapılması gerekir. Güveni kötüye kullanma suçundaki gibi genel bir sözleşmeye dayalı teslim söz konusu değildir. Failin güveni kötüye kullanma suçundaki gibi teslime rıza göstermesi de şart değildir. Askeri kurallar gereği emirle erata veyahut orduda çalışan sivil bir personele rıza dışı bir teslimde yapılabilir. Diğer taraftan görevi işin mahiyeti icabı korumakla yükümlü olduğu eşya için teslim yapılmadan yapılmış gibi kişinin bu suçtan sorumlu tutulabileceğini eski Askeri Yargıtay'da kabul etmektedir.[548] Bu yönden de bu suç TCK'daki güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır.

As.CK'nın 131. maddesinde belirtilen suçlar, hırsızlık suçunu da içine alması nedeniyle herkes tarafından işlenebilecek suçlar gibi durmaktadır. Bu madde de belirtilen hırsızlık suçu açısından fail herkes olabilir. Ancak aynı 131. maddede yer alan zimmet suçu veya ihtilaslı zimmet suçu açısından durum böyle değildir. Bu suçu ancak askeri yetkililerce görevi, yükümlülüğü gereği veyahut emir gereği eşyanın teslim edildiği zilyetliği devralan konumundaki ve kamu görevlisi sıfatına haiz asker kişilerin[549] fail olabileceği doktrinde kabul edilmektedir. Sivil kişiler suça iştirak

---

yarım altının fiyatını gerçek altından fazla göstermek sandık hesabından fazla para çekmek suretiyle gerçekleştirdiği eylemi ASCK'nın 131.maddesinde yer alan ihtilasen zimmet suçunu değil başkalarının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi edilmiş olan eşya yada para üzerinde işlenmiş olması nedeniyle 765 sayılı TCK'nın 510.maddesinde yer alan "Hizmet Nedeniyle Emniyeti Suiistimal" ya da "5237 sayılı TCK'nın 155/2.maddesinde yer alan Güveni Kötüye Kullanma" suçunu oluşturabileceğinden lehe kanun değerlendirmesi yapılarak hükme varılması gerekir…" (Karar için bkz. **GERÇEKER**, s. 3289- 3293)

[548] **Askeri Yargıtay 1.Dairesi 20.04.1957 1270/1543** *"…Bir kimsenin kendisine teslim edilmemiş olsa bile muhafazasına memur olduğu bir eşyayı sarf ve istihlak etmesi Askeri Ceza Kanunu'nun 131. maddesinde yazılı zimmet suçuna sebebiyet verir…"* (Karar için bkz. **DEĞİRMENCİ**, s. 351)

[549] As.CK'da da uygulanma alanında asker kişiden kimin anlaşılması gerektiğini 3. maddesinde tanımlamıştır. "*Askeri kişiler; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma ve uzman erbaşlar, erbaş ve erler ile askeri öğrencilerdir*."

211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 3: *"Askerler ve rütbeler: a) Askerler:1. Er: İhtiyaçları Devlet tarafından deruhte ve temin olunan rütbesiz askerdir. 2. Erbaş: İhtiyaçları Devlet tarafından deruhte*

edebilir. Ancak sivil kişiler fail olamazlar azmettiren veya yardım eden olarak yargılanırlar.[550]

16.04.2017 tarihindeki referandum ile kabul edilen 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a kadar bu suça iştirak eden askerler Askeri Ceza Mahkemesi'nde yargılanırdı. Ancak suça iştirak eden asker olmayan kişiler veya asker kişi olarak değerlendirilsede MSB, TSK kadrosundaki suç faili sivil personel [551] bu suçu işlediklerinde Askeri Ceza Mahkemesi'nde değil; genel ceza mahkemelerinde yargılanır, ancak bu kişilere de As.CK.'daki hükümler uygulanırdı. (As.CK m. 192) Ancak bu anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 142.maddesine *"Disiplin mahkemeleri dışında askerî mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş halinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askerî mahkemeler kurulabilir"* hükmü getirilmiş ve Askeri Ceza Mahkemeleri kaldırılmıştır. Artık bu suça iştirak eden herkes genel ceza mahkemelerinde yargılanacaktır.

Failin As. CK'da zimmet (ihtilaslı zimmet) suçunda zilyetliği devralan kişi olması yanında hem asker hem kamu görevlisi sıfatını taşımasıyla fail yönünden bu suç açıkça güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır. Failin suçun işlendiği tarihte askerliğe elverişli bir durumda olması ve askerlik görevini yerine getirmesi şarttır. Ancak asker kişi sanılan askerliğe elverişsiz kişiye[552] veya sivil kişi olarak değerlendirilen geçici köy korucusuna mal teslimi ve ardından tasarrufa aykırı

---

ve temin olunan onbaşı ve çavuş rütbelerini haiz askerdir. Askerlik Kanununa göre mükellef bulundukları hizmetleri ifadan sonra hususi kanunlara tevfikan muayyen bir hizmet taahhüdü suretiyle Silahlı Kuvvetlerde vazife gören uzman veya uzatmalı çavuş ve on başılar da erbaş sayılır. 3. Astsubay: Hususi kanununa göre Silahlı Kuvvetlere katılan astsubay çavuştan astsubay kıdemli başçavuşa kadar rütbeyi haiz olan askerdir. 4. Askeri öğrenci: Subay, askeri memur veya astsubay yetiştirilmek üzere muhtelif okul ve üniversitelerde okuyan ve resmi bir kıyafet taşıyan öğrencilerdir. 5. Askeri memur: İdari işlerde, fen ve sanat kollarında vazife gören ve kanuna göre subaylara muadil ve özel bir silsileye tabi bulunan askerdir. 6. Subay: Hususi kanuna göre Silahlı Kuvvetlere intisabeden asteğmenden mareşale (Büyük amirale) kadar rütbeyi haiz olan askerdir ..." Buna göre bu tanıma uyan kişilere TSK kadro ve kuruluşunda görevli sivil personel niteliğindeki devlet memurları ve kamu görevlileri de girmekle onlarda bu suçtan cezalandırılabilecektir.

[550] **DEĞİRMENCİ- ERGUTEKİN**, s. 135; **ERCAN**, s. 33; **KARDAŞ- ÇINGI**, s. 409

[551] **DEĞİRMENCİ- ERGUTEKİN**, s. 135 Ayrıca bkz.TC Anayasası m. 145

[552] **Askeri Yargıtay 1. Daire E: 2014/944 K: 2014/957 T: 03.12.2014** *"ASCK'nın 131/1'inci maddesi (Az vahim hal cümlesi)'nde düzenlenen zimmet suçundan yargılanan sanığın, suç tarihlerinde askerliğe elverişsiz olup asker kişi sıfatının bulunmadığı, diğer bir ifadeyle "Sivil kişi" statüsünde olduğu anlaşıldığından, sanığa isnat edilen zimmet suçunun sırf askerî suç niteliğinde olmaması ve sanığın askerliğe elverişsiz olması nedeniyle kamu görevlisi sayılmayarak suç vasfının değişip TCK'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçuna veya başka bir suça dönüşmesi ihtimali de dikkate alındığında; Askerî Mahkemece, müsnet suçtan sanığı yargılama görevinin askerî yargı organlarına değil, adlî yargı organlarına ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır."* (bkz.www.msb.gov.tr Erişim Tarihi:16.12.2016)

eylemi As.CK daki zimmet suçunu oluşturmaz. Duruma göre kamu görevlisiyse TCK'daki zimmet suçu, kamu görevlisi değilse TCK'nın 155. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilecektir. [553] Bunun yanında eşyanın zilyetliğinin faile mağdur ve suçtan zarar görenin rızasıyla devri askeri ceza kanunundaki zimmet suçunda da, güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi şarttır. Eğer fail üst rütbeli bir askerse, bahse konu eşyanın sahibi veya zilyeti mağdur alt rütbeli bir askerse ve üstün emri neticesinde astı elindeki eşyayı teslim zorumluluğu altında kalmışsa kapatılan Askeri Yargıtay'a göre bu rızai bir zilyetlik devri değildir. Bu durumda bu eşyayı failin mal edinmesi halinde As.CK m. 131'den değil As.CK m. 115/2 kişisel

[553] **ERCAN**, Askeri Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu, s. 50 Ayrıca bkz. s. 50-51 Geçici köy korucuları Askeri Yargıtay'ca öğretide sivil kişi olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple bu kişilerin fail olarak göreviyle ilgili işledikleri suçlar As.CK 131. maddesindeki suçu değil TCK m.247'deki zimmet veyahut güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaklardır. As. Yrg. 2. D. 28.03.2007 T: ve 2007/560-549. *"…18 Mart 1340 günlü, 442 sayılı "Köy Kanununun Köy Korucuları ve Göreceği İşler" başlıklı 8. Faslında yer alan 68. ve takip eden maddelerinde köy korucularının atanmaları, nitelikleri, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerine ilişkin hükümler mevcuttur. 442 sayılı Köy Kanununun 74. maddesine 3175 sayılı Kanunla eklenen dava konusu hükümlere göre köylerde görevlendirilecek olan geçici köy korucularının bu yönden köy korucularına ilişkin hükümlere tabi olacaklarında kuşku yoktur…. Geçici köy korucularının yerine getirecekleri görevler, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görev niteliğinde de değildir." (*Köy korucularının yasal statüleri konusundaki açıklamalar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 10.12.1985 gün ve E: 1985/5, K: 1985/23 sayılı kararı, RG. 21 Ocak 1986-18995) Öte yandan günümüzde ordular içine girdikleri savaşlarda "askeri yüklenici" veya "özel askeri firma" olarak tabir edilen tüzel kişileri eğitim faaliyeti yanında para karşılığı asker gibi güvenlik hizmetleri tedarikinde kullanmaktadır. Bunun örneklerinden biri Irak ve Afganistan'da ABD'nin kendi askeri yanında çalışanları ile muharip hizmetlerde görev yapan yine ABD kökenli Blackwater şirketidir. (**Ümit ERCAN,** Güvenlik Faaliyetlerinde Özelleştirme: Paralı Askerler mi? Özel Askeri Birlikler mi? Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi, Cilt: 5, Sayı:1, (2014), s. 53; **Bleda Rıza KURTDARCAN,** Muharebe Alanının Yeni Aktörleri: Askeri Yükleniciler, Beta Yayınları, (2017), s. 1, 176-182) Diğer bir örnek 2018'de Suriye ordusu ile birlikte, Rusya adına girdiği gayriresmi çatışmalar ile adını duyuran Rus Wagner grubudur. Ülkemizde de bu tür firmalar kurulabileceği ve TSK'nın bunlardan yararlanabileceğini düşünülmelidir. Bu halde bu firmalardaki kişiler kanaatimizce görevleriyle ilgili güveni kötüye kullanma suçuna konu teşkil edecek fiillerinde 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'a tabii olduğu düşünülerek bu kanunun 23.maddesi gereği kamu görevlisi olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple bu kişiler açısından burada güveni kötüye kullanma suçundan (TCK m.155) değil, sivil özel güvenlikçiler, ordudaki sivil ancak memur olan personel gibi TCK'daki zimmet suçundan (TCK m.247), cezalandırılma yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Diğer taraftan 2019'daki son duruma göre TSK'ya askeri malzeme üreten kuruluşları ele alırsak Makine Kimya Endüstrisi Kurumu (MKEK) bir Kamu İktisadi Teşebbüsü (KİT) olup 1990 yılında yürürlüğe giren Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname ile 233 sayılı KHK'ya göre bu kuruluşlarda memurlar ve sözleşmeli personel ve işçiler eliyle yürütüleceğinden bahsedilmiş 657 sayılı Devlet Memurları kanununa atıf yapılmıştır. Bu bağlamda memurlar ve sözleşmeli personel açısından zimmet suçundan cezalandırma yapılması mümkündür.

Buna karşın Aselsan, Havelsan, Tusas ve Roketsan özel nitelikli Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfının bir iştirakidir. Bu bağlamda yöneticiler açısından zimmet değil, güveni kötüye kullanma suçunun cezayı ağırlaştıran nitelikli hali uygulanarak (TCK m.155/2) cezalandırma yapılabilecektir. Öte yandan bu vakfın iştirakleri bünyesinde Aselsan gibi ordu içinde halka açık şirketlerde varsa bu şirketlerin yöneticileri ve yetkilileri için Ser.PK m.110 hükümlerine göre cezalandırma yapılabilecektir.

çıkar sağlamak amacıyla memuriyet nüfuzunu sair surette istismar suçundan hüküm kurulmalıdır.[554]

Bu suçta esas mağdur Türk Silahlı Kuvvetleri ve Millî Savunma Bakanlığı yani kamu idaresidir. Bu sebeple suç re' sen kovuşturulan suçlar arasındadır.[555] Ancak askere TSK tarafından teslim edilen eşya üçüncü bir kişiye bir sivil kişiye aitse o kişide mağdurdur. Bu yönlerden de bu suç güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmaktadır.

Maddi unsur yönünden üç hatta dört suçu birden[556] içinde barındıran As.CK.'nın 131. maddesi; TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçundaki çeşitli seçimlik hareketli fiilleri de bünyesinde barındırmaktadır. Buradaki suçlar, bahse konu malın çalınması (As.CK.'daki hırsızlık), zimmetine geçirilmesi[557], ihtilas etmesi[558] (As.CK 'da zimmet, ihtilaslı zimmet suçu) veya failin malzemeyi bilerek satın alması veya rehin vermesi, gizlemesi ile işlenebilir. Bu duruma göre mesela kendisine emanet edilen malın şahsi bir iş için rehin bırakılması zimmet değil, askeri eşyayı rehine verme suçunu oluşturacaktır. Diğer taraftan bir malın geçici olarak şahsi iş için kullanılması mesela askerin kendisine iş için verilen arabayı ailesiyle tatilde kullanması ise bu suçu oluşturmaz. Zira TCK'daki zimmet suçunu incelerken belirttiğimiz üzere "zimmette geçirme" terimi uzun süreli olmadıkça geçici kullanımları içermemektedir. TCK m. 247 de bu sebeple geçici kullanıma dair bir hüküm konulmuştur. As.CK'nın 131. maddesinde böyle bir hüküm yoktur. Ancak bu maddenin bir öncesinde mala zarar verme gibi pek çok suçu yine içinde alan

---

[554] Askeri Yargıtay E:2008/2214 K:2008/2221 T: 02.12.2008 Karar için bkz. **GERÇEKER**, s. 3294-3300

[555] Tüzel kişilerin mağduriyetini kabul etmeyen görüş açısından ise kamu yani devleti oluşturan bütün bireylerdir.

[556] Hatta bir görüşe göre üç değil maddede dört suç birden vardır. **KARDAŞ- ÇINGI**, s. 406 (Yazarlara göre "askeri eşyayı rehine verme, satma" ayrı suç olarak düşünülmelidir) Aynı görüş için bkz. **DEMİRAĞ**, s. 437-444

[557] As.CK'da ki "zimmete geçirme" tanımının TCK'daki tanımdan bir farkı yoktur. Hal böyle iken askeri eşyayı rehine verme, satma zimmetten, hırsızlık suçundan ayrı bir hareket gibi maddede düzenlenmiştir. Bahsettiğimiz gibi kanunun düzenlemeleri, sistematiği son derece kötüdür. Zimmete geçirme tanımı için bkz. Güveni kötüye kullanma suçunun benzer suçlardan farkları kısmında Zimmet konusu

[558] İhtilas etmek: Zimmet eyleminin ortaya çıkmasını önlemek için kayıt ve hesaplarda ilgili evraklarda yaptığı gerçeğe aykırı işlemleri ifade eder. İhtilas etme fiilinin gerçekleşmesi için aynen zimmet suçundaki gibi yapılan ihtilasın aldatıcı mahiyet arz etmesi kolayca anlaşılamaması gerekir. Ancak bu halin burada düzenlenmesi de bir hatadır. Zira ihtilas zimmet suçunun düzenlendiği TCK m. 247'de cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmektedir. Bu da As.CK'da iş bu maddede bulunan hatalı düzenlemelerden biridir. (Aynı görüşte **KARDAŞ- ÇINGI**, s. 406)

As.CK'nın 130. maddesindeki "askeri eşyayı özel menfaatine kullanma" olarak tabir edilen bir suç tipi oluşturulmuş olup geçici kullanım bu suçu oluşturur.[559]

Bu yönlerden As.CK.'daki zimmet suçu hem güveni kötüye kullanma hem de zimmet suçundan ayrılır. Ancak bir askeri malın uzun süreli olarak kullanımında örneğin orduya ait bir aracın, cep telefonunun failce tam iki yıl boyunca kendi kullanılıp sonra iadesinde veya askeriyece geri istenip hemen iade edilememesinde As.CK'nın 131. maddesine göre işlem yapılması gerektiği yönündeki görüşü benimsemekteyiz.[560] Diğer taraftan asker şahsi işinde kullandığı eşyanın kullanış biçimini tamamen değiştirmişse [561] ,eşya özgülenecek amaç için bir daha kullanılmayacak hale gelmiş veya kullanım randımanı büyük ölçüde düşmüşse o zamanda As.CK'nın 130.maddesindeki değil, 131.maddesindeki bu suç oluşacaktır.

Manevi unsur olarak bu suç, genel kastla işleniyor gibi görünmektedir. Ancak zimmete geçirme eyleminde kişinin mal etme (temellük) yönünde kastının aranması gerektiği aksi takdirde fiilin memuriyet görevini kötüye kullanma suçunu (As. CK m. 115) teşkil edeceği doktrinde belirtilmektedir. [562] Bununla birlikte Askeri Yargıtay kendisine veya başkasına menfaat sağlama (yararlanma niyetinin) bu suçlar için aranması gerektiği kanısındadır.[563] Bu kanunun 131. maddesindeki suçlar teşebbüse

---

[559] As. CK "Hizmete mahsus eşyayı tahrip ve terk ve kaybedenler Madde 130- (Değişik: 22.3.2000-4551 S.Kn.) *"Askeri eşyayı kasten terk veya kısmen yahut tamamen tahrip eden, özürsüz kaybeden veya harabolmasına sebebiyet veren veya özel menfaati için kullanan asker kişiler, eşyanın değeri, önemi, meydana gelen hasarın miktarı ve fiilin işleniş şekline göre üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. Suç konusu eşya; silah, mühimmat, savaş aracı veya gereci ise ceza arttırılır. Kaybedilen, kasten terk veya kısmen yahut tamamen tahrip edilen veya harabolmasına sebebiyet verilen eşyanın ödettirilmesine de ayrıca hükmolunur."* Mala zarar verme, ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma, kullanma zimmeti, kullanım hırsızlığı gibi üç hatta dört suçu birden bünyesinde barındıran bu maddenin düzenlemesi de sistematiği de 131. madde gibi kanımızca tamamen hatalı şekilde yapılmıştır.

[560] Bu görüş için bkz. **DEMİRAĞ**, s. 429 Yazar uzun zaman kullanma durumunda malın değerinde azalma olursa As.CK m. 131'e göre işlem yapılması gerektiği görüşündedir.

[561] **Askeri Yargıtay 1. Daire E: 2014/473 K: 2014/466 T: 30.04.2014** *"Sanığın, nöbet hizmeti nedeniyle kendisine teslim edilen G-3 piyade tüfeği mermilerinden iki adetinin çekirdeğini, yapacağı tespihte kullanmak amacıyla da olsa alıp mal edinmesi eylemi ASCK'nın 131'inci maddesinde düzenlenen zimmet suçunu oluşturduğundan, suç vasfının askerî eşyayı özel menfaatinde kullanmak olarak vasıflandırılması hukuka aykırıdır…"* (bkz.www.msb.gov.tr Erişim Tarihi:16.12.2016)

[562] **DEĞİRMENCİ**, s. 351

[563] **Askeri Yargıtay 2. Daire E: 2013/569 K: 2013/562 T: 27.02.2013** *…" Askeri eşyayı çalmak suçunda korunan hukukî yarar, kamu taşınır mallarının zilyetliği olup, failin, genel kast yanında yararlanmak niyeti ile hareket etmesi suçun oluşumu için gereklidir. Sanığın, işlemeyi düşündüğü tehdit suçunda kullanmak için zilyedin haberi olacak şekilde, zor kullanmadan ve ani bir harekatla zilyedin hakimiyet alanındaki şarjörü alması eyleminde, askerî eşyayı çalmak suç kastı altında hareket ettiği söylenemez."*

Askeri Yargıtay 2. Daire E: 2014/34 K: 2014/102 T: 22.01.2014 *"Nöbetçi Astsubay olarak ifa ettiği askerî hizmet nedeniyle, İç Hizmet Yönetmeliğinin 400'üncü maddesi ve Nöbetçi Astsubay Görev Talimatı ile belirlenen statüsü gereğince hukuken zilyet konumunda olan sanığın, İlçe Jandarma*

elverişlidir. Ancak eşyanın saklanmasının teşebbüse elverişli olmadığı Askeri Yargıtay tarafından düşünülmektedir.[564]

Bunun dışında suçun az vahim nitelik arz etmesi cezayı indiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Buradaki az vahim hal ibaresinden anlaşılan sadece tehlikenin büyüklüğü, küçüklüğü ile ilişkili değildir, eşyanın miktar ve değerinin az olması hali az vahim hal olarak değerlendirilmelidir.[565] Buna karşın suçun "silah, cephane veya herhangi bir müdafaa vasıtasına taalluk etmesi" cezayı artıran bir nitelikli hâldir. Ayrıca seferberlik halindeyken suçun işlenmesi diğer bir cezayı ağırlaştıran haldir.

İlaveten As.CK'nın 130. ve 131. maddelerde birden fazla suç tipi ve hareket düzenlenmesinden ötürü Askeri Yargıtay'da bu suçlarda seçimlik hareketlerin birden fazlasının bir arada yapılması ilk suçun mağdurunun aynı hukuki değerini ihlal etmesi ve üçüncü kişilere başkaca verilen bir zararın olmaması durumunda tek suçtan ve yaptığı suça konu ilk hareketten kişiye ceza verilmesi (cezalandırılmayan sonraki hareket) görüşündedir. Örneğin As.CK'nın 130. maddesinde, askeri eşyayı özel menfaati için kullanma suçu yanında ayrıca özürsüz olarak harabolmasına sebep olmak suçu da bulunmaktadır. İki suçta karmaşık şekilde aynı madde ve fıkra içindedir. Askeri eşyayı özel menfaati için kullanma suçu için kast gerekir. Bu kastın

---

Komutanlığı hizmet binasını inşa eden müteahhit firmanın malzemelerinden artan, envanter kaydı olmayan, hizmet binasının ve kışlanın ihtiyaç durumuna göre bakım ve onarımda kullanılmak amacıyla 3 Numaralı Nizamiye bölgesinde bulundurulan; satma ve satın alma usulleri konusunda Makine Kimya Endüstrisi Ana Statüsü Hükümleri uygulanacak olan hurda malzemeleri, temellük kastıyla hareket ederek, sivil bir şahsa satması eylemi zimmet suçunu oluşturur."

[564]**Askeri Yargıtay Daireler Kurulu 22.05.1965 58/67** *"Askeri eşyayı gizlemek suçu, gizleme fiilinin yapılması ile tamamlanır. Gizleme fiili nerede yapılmış olursa olsun (garnizon içi veya dışı) bu suça teşebbüs bahis konusu olamaz. Askeri eşyanın henüz garnizon dışına çıkarılmaması sebebiyle çalan sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanması, gizleyen sanık hakkında da bu hükmün uygulamasını gerektirmez. "*(**İsmet POLATCAN**, Notlu Açıklamalı İçtihatlı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, Subay Sicil Yönetmeliği, Astsubay Sicil Yönetmeliği, Yazarın Kendi Yayını, (2001), s. 395)

[565] **Askeri Yargıtay 2. Daire E: 2013/285 K: 2013/259 T: 23.01.2013** *"...Askeri eşyayı çalmak suçunda; failin, hırsızlığa konu eşya üzerinde serbestçe tasarruf etme olanağını elde etmesi hâlinde suç tamamlanacağından, suç mahallinden ayrılma imkanı bulamadan yada suç mahallinden ayrılmış olsa bile sürekli ve kesintisiz takip sonucu yakalanan; kışla hudutları dışına çıkarılması hâlinde yararlanılabilecek olan silâh ve benzeri askerî eşyayı bulunduğu yerden almakla birlikte kışla dışına çıkaramadan yakalanan failin eylemi teşebbüs aşamasında kalmıştır. Askerî eşyayı çalmak suçunun niteliği itibarıyla bir "Tehlike suçu" değil, "Mal aleyhine" işlenen suçlardan olması karşısında, "Vahim/az vahim hâl" ayrımının; suç konusu askerî eşyanın miktar ve değerinin göz önüne alınarak yapılması gerekmektedir."* (www.msb.gov.tr Erişim Tarihi:01.12.2016)

DEĞİRMENCİ- ERGUTEKİN, s. 141 İş bu makalede zikredilen Askeri Yargıtay Daireler Kurulu., 01.07.1999, 170/152 sayılı kararına göre "az vahim hâl; "zaman ve mekâna, eylemin işleniş tarzına ve amacına, suç konusu para veya eşyanın ekonomik değerine, suçtan doğan neticenin ağırlığına veya hafifliğine göre hâkim tarafından takdir edilecektir"

kişinin kendi özel menfaatini gidermek saikiyle yapılması şarttır. Bu özel menfaatin maddi olması şart değildir. Zira, Askeri Yargıtay'a göre başka bir arkadaşının aracı kullanmasından yararlanarak gezme ihtiyacını tatmin dahi suçun oluşması için yeterlidir.[566] Özürsüz olarak bir eşyanın harabolmasına sebep olma suçu için ise taksir yeterlidir. Askeri Yargıtay bir askeri aracı alıp özel menfaatine kullanan sonrasında ise dikkatsizliği ile kaza yaparak aracın harabolmasına sebep olan sanığın eyleminin sadece askeri eşyanın özel menfaati için kullanma suçunu oluşturacağını ve bu suçtan ceza verileceğini belirtmiştir. Zira harabolma eylemi askeri aracı özel menfaati için kullanmasından kaynaklanmaktadır. [567]

§ ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TCK'DAKİ GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI

I- GENEL BİLGİ

TCK'nın 155.maddesinin 1. fıkrasında güveni kötüye kullanma suç kalıbı *"başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının*

---

[566] **Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 25.3.1999, E.79, K.65** *"Sanığın başkasına zimmetli olan askeri aracı bir şekilde çalıştırmakla yetinmeyip, diğer sanığın aracı sevk ve idare etmesi için onun yanında oturmaya devam ederek arkadaşının aracı kullanmasından yararlanmak suretiyle araçla gezme ihtiyacını tatmin etme şeklindeki özel kastı açıklığa kavuştuğundan, eylemi "Askeri Aracı Hususi Menfaatte Kullanmak" suçunu oluşturur."*
Askeri Yargıtay Daireler Kurulu., 11.6.1987, E.113 K.104 *"Araç komutanı olan sanığın, görev dönüşü birlik nizamiyesinden içeri girdikten sonra direksiyonu şoförden alarak aracı 500 metre kadar sevk ve idare etmesi, As.C.K.nun 130. maddesinde yazılı suçu teşkil eder.* (Kararlar için bkz. http://www.askerihukuk.net Erişim Tarihi: 26.04.2017) Buna karşın Askeri Yargıtay 1.Dairesi'nin 03.06.2015 tarihli 407/410 sayılı kararına göre TSK'nın e-posta sisteminin askerlik ile ilgili olmayan konularda kullanılmasının ve bunun askeri eşya niteliğinde bulunan bilgisayarların aracı kılınmak suretiyle yapılmasının As.CK'nın 130.maddesindeki askeri eşyayı özel menfaatine kullanma suçunu oluşturmayacaktır. Aynı şekilde Askeri Yargıtay 1.Dairesinin 03.06.2015 tarih 407/410 sayılı kararında göre TSK'ca sivil bir kuruma ders vermek için görevlendirilen bir kimsenin ders vermesi ve mevzuattan kaynaklanan nedenle sanığın verdiği derse mukabil ücret alması, askeri bir hizmet olmasada resmi bir iş mahiyeti taşımakla, bu görev için tahsis edilmiş aracı sanığın kullanması da As.CK m. 130'daki askeri eşyanın özel bir iş için kullanılması ve özel menfaat elde edilmesi suçunu oluşturmamaktadır. (Kararlar için bkz. **DEMİRAĞ**, s. 435,436)

[567] **Askeri Yargıtay Daireler Kurulu E: 2012/36 K: 2012/34 T: 01.03.2012** *"Sanığın, eylem bütünlüğü içerisindeki temel kastına ve bu kasıt ile uyum gösteren fiilin işleniş biçimine bakıldığında, askerî aracı özel menfaatinde kullanırken, taksiri sonucu bu aracın ayrıca bir de harap olmasına sebep olmasının, tamamen askerî aracı özel menfaatinde kullanmasından kaynaklanması nedeniyle, yalnızca bu suçtan cezalandırılmasına karar verilmesinin yeterli olduğu sonucuna varılmıştır."* (http://www.msb.gov.tr/Content/Upload/Docs/asyar/Sayi26.pdf Erişim Tarihi: 26.04.2017)

yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr etme" olarak tanımlanmıştır.

2. fıkrasında ise *"meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi"* suçun nitelikli hali olarak değerlendirilip daha ağır cezaya hükmedileceği öngörülmüştür. Diğer yandan özellikle bu maddeye ikinci bölümde ele aldığımız bu suçla sıkı ilişki içinde Ser.PK m.110'da yer alan güveni kötüye kullanma suçu ile Der.K m.32-f'deki güveni kötüye kullanma suçunun yaptırım yönünden sonuç bağladığını tekrar belirtmek isteriz.

Bu bölümde Türk Ceza Kanunu açısından güveni kötüye kullanma suçunun unsurları öncelikle suçla korunan hukuki değerden başlayarak incelenecektir. Ardından suçun maddi unsuru ele alınacaktır. Suçun maddi (objektif) unsuru denilince doktrinde anlaşılan hareket, nedensellik bağı ve neticeden ibaret fiildir.[568] Fiil, suçun maddi unsurları içinde en önemli alt unsurudur. Ancak suçta tipikliğin maddi unsurları sadece fiilden ibaret değildir. Bu konuda görüşlerini benimsediğimiz **Artuk-Gökçen**'in belirttiği şekilde, suçun maddi unsurları, fail, mağdur, maddi konu, nitelikli hallerinide içine alacak şekilde geniş kapsamlıdır.[569] Çalışmamızda suçun maddi unsurunu içine bu alt unsurları, son olarak da suçun hukuka aykırılık unsuru ile suçun manevi (sübjektif) unsuru irdelenerek bölüm bitirilecektir.

II- SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

1) Genel Tanım

[568] **Hamide ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), Beta Yayınevi, İstanbul, (2015) s. 138

[569] Bu maddi unsurun fiil dışında fail, mağdur, nitelikli haller, suçun maddi konusunu da kapsadığı hususunda **Mehmet Emin ARTUK- Ahmet GÖKCEN- Mehmet Emin ALŞAHİN- Kerim ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 11.Bası, (2017), s. 230 görüşünden yanayız.Ayrıca yazarlar bu kitabın 10.baskısında suç teorisine ilişkin görüşlerinde değişiklik yapmışlar ve daha önce tipiklikten ayrı olarak ele aldıkları suçun maddi unsuru ve manevi unsuru kavramlarını tipiklik unsuru içinde "Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsuru" ve "Manevi (Subjektif) Unsuru" başlıkları ile değerlendirmişlerdir. Yazarların bu düşüncesine bizde katılmakla bize göre de bu unsurlar tipikliğin bir parçası olduğundan tipiklik içinde değerlendirilmelidir. Aynı görüşte **Mahmut KOCA- İlhan ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 10.baskı, (2017), s. 110- 112

Suçla korunan hukuki değer, bir ceza normu ile ihlal korunan değeri; belirli bir suçun düzenlenmesinin maksadını [570] ,diğer bir deyişle suçla doğrudan doğruya ihlal olunan kişi veya kişi topluluğuna ait hak ve menfaati[571], ifade etmektedir. Suçla korunan hukuki değer, suçun maddi konusundan farklıdır. Zira suçun maddi konusu soyut normu değil; fiile yönelen ve suç tipinde belirtilen konuyu, duyu organları ile algılanabilir somut bir değeri[572], suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişi veya kişi topluluğunun sahip olduğu bireysel varlık ve menfaati[573] ifade etmektedir.

Güveni kötüye kullanma suçu, TCK'da malvarlığına karşı suçlar içerisinde tasnif edilmiştir. TCK'da malvarlığına karşı suçlar (mülga TCK'daki adıyla mal aleyhine suçlar), mülkiyet hakkının[574] ve zilyetliğin korunması, hile vs. yöntemler kullanarak diğer kimselerin malvarlığına giren haklarının ihlalini önlemek[575], maddi malların yararlılık üretim değerlerine ilişkin hususlarda tehlike yaratmasının önüne geçmek gibi çeşitli nedenlerle ihdas edilmiştir.[576]

Güveni kötüye kullanma suçunda, korunan hukuki değere ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşleri dört alt başlıkta inceleyeceğiz.

2) Korunan Hukuki Değere İlişkin Görüşler

A) Hukuki Değerin Mülkiyet Hakkı Olduğunu Savunan Görüş

Bu suçla ilgili korunan hukuki değere ilişkin görüşlerden ilki, zilyet olan kişinin malik adına hareket etme yetisine sahip olması nedeniyle sadece mülkiyet

---

[570] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku- Genel Kısım, Beta Yayınları (1999) Cilt:1 s. 335, 336

[571] **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 145

[572] **ARTUK- GÖKCEN-ALŞAHİN-ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 307,308

[573] **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), s. 145

[574] **Veli Özer ÖZBEK- Koray DOĞAN- Pınar BACAKSIZ- İlker TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Kitabevi, 11.Bası, (2017) s. 596

[575] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 340

[576] **Mahmut KOCA- İlhan ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, (2016), s. 510 Yazarlar korunan hukuki değeri göz önünde tutarak malvarlığına karşı suçları da "mülkiyete karşı suçlar" ve bütün malvarlığı değerlerine karşı suçlar olarak ikiye ayırmaktadır. Mülkiyete karşı suçlar arasında güveni kötüye kullanma, mala zarar verme, hırsızlık, hakkı olmayan yere tecavüz, yağma gibi suçlar sayılabilir. Bu suçların gerçekleşmesi için ekonomik bir zarara gerek bulunmamakla, tipik olan hareketin yapılması ile mağdura zarar vermese de saldırılara karşı koruma sağlanacaktır. Buna karşın dolandırıcılık, hileli iflas, karşılıksız yararlanma gibi suçlar tüm malvarlığına karşı suçlardan olup bir zararın oluşması şarttır. Ancak belli saldırılara karşı belli koruma sağlanacaktır.

hakkının korunduğu yönündedir.[577] Bu görüşe destek olarak İtalyan ve Alman doktrinini verebiliriz. Zira 1889 tarihli İt.CK.'nın aksine güncel 1930 İt.CK.[578], Alman CK.'sı ve Alman doktrininin büyük kısmı yalnızca mülkiyet hakkının güveni kötüye kullanma suçunun hukuki konusu olduğunu ve güven ilişkisinin hukuki konu olarak değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır.[579] Mülkiyet hakkı, malvarlığı ile ilgili ayni haklardandır. Bu hak, herkese karşı ileri sürülebilir. Bununla birlikte suça konu eşya üzerinde mülkiyeti devretmeye ehil olma ya da hukuki beyanda bulunma ehliyetine sahip olma korunan hukuki değer değildir. Korunan hukuki değer, bizzat

---

[577] **DÖNMEZER**, Mala Karşı Cürümler, s. 502; **Nevzat TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Kitabevi, Ankara, 8.Baskı, (2015), s. 162-163 Bu kitabında yazar güveni kötüye kullanma suçunda "*esas korunan değerin yalnızca mülkiyet hakkı olması*" gerektiğini savunmaktadır. Ancak kitabında yazar "*sözleşmede güven ilişkisinin de*" korunan değerlerden biri olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın **R. Yılmaz YAZICIOĞLU**, Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı., Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, (2013), Cilt: 19, s. 773 Makalesinde yazar güveni kötüye kullanma suçunun hukuki konusunun sadece mülkiyet hakkından ibaret olduğunu zilyetlik ve sözleşmede güven ilişkisinin bu suçun hukuki konusu olarak kabul edilmediğini belirtmektedir. Yine makalede İtalya'da eski Zanardelli Ceza Kanununda hukuki değerlerden ikisinin zilyetlik ve güven ilişkisi olduğu yönündeki anlayışın 1930 Rocco Ceza Kanunu ile terk edildiğini savunmaktadır. Gerçekten Yazıcıoğlu'nun belirttiği şekilde İtalyan doktrininde mesela **Fiandaca- Musco,** Zanardelli Ceza Kanunu'nun aksine 1930 yılındaki şu anda geçerli olan Rocco Ceza Kanunu'nun *"suçun konusu eşyanın teslim ya da emanet edilmesi gerekliliğini suça özgü tipikleştirmede yasamanın saf dışı bıraktığından…"*dahası yasanın *"…zorunlu emanet olarak malik olunan şeylerden yararlanmayı ağırlaştırıcı koşul olarak öngörmüş olmasının, güven ilişkisinin suçun temel hipotezinde olmazsa olmaz bir öğe oluşturmadığı…"* olarak anlaşılması gerektiğinden, bahisle suçta korunan hukuki değerin güven ilişkisi olmadığını belirtmektedir. (Bkz. **FIANDACA- MUSCO**, s. 102-103; **Francesco ANTOLISEI**, Manuale di diritto penale. Parte speciale vol.1 (a cura di C.F. Grosso), A. Giuffre Editore, (2008), s. 344- 345 Ayrıca bkz. **Viviana Francesca IPPOLITO**, L'appropriazione indebita e l'operatività del principio di compensazione sulla configurazione di tale delitto, Deiustitia Rivista Giuridica, No:4, (2016), s. 144- 161 http://www.deiustitia.it/cms/cms_files /20170112042052 _vnbn.pdf (Erişim Tarihi: 09.01.2018)) Öte yandan **Fiandaca- Musco**, Antolisei'e atıfla korunan hukuki değerin öncelikle mülkiyet olduğunu belirtmektedir. Ancak Yazıcıoğlu'nun görüşünün aksine bahse konu yazarlar korunan hukuki değerin sadece mülkiyet olduğunu kabul etmemektedir. Bu yazarlara göre korunan hukuki değer Pedrazzi'ye atıfla olayın failinden farklı bir kişinin menfaatidir. Bu menfaatte zilyetliktir. Bu suçta korunan hukuki değerde yasanın öngördüğü zilyetlik varsayımı olmalıdır. **(**s. 103) Bu eserden hareketle İtalya'da doktrininde mülkiyet yanında zilyetliğinde bu suçta korunan hukuki değer olarak değerlendirilmesi yönünde kayda değer bir görüşün olduğu da söylenebilir. Ancak çoğunluk görüşü Yazıcıoğlu'nun dediği şekilde mülkiyet hakkının korunduğunu savunmaktadır. (Bkz. **IPPOLITO**, http://www.deiustitia.it/cms/cms_files/20170112042052 _vnbn.pdf (Erişim Tarihi: 09.01.2018))

[578] **YAZICIOĞLU**, Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, s. 773

[579] **WESSELS- HILLENKAMPF**, Strafrecht Besonderer Teil 2-Straftaten Gegen Wermögensrechte, s. 408; Ayrıca bu kitabın 2007 basısının çevirisi için bkz." İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar, s. 183 *"…Doktrindeki hâkim görüşe göre bu suç tipiyle korunması amaçlanan hukuki değer sadece mülkiyettir. Bu bağlamda failin yükümlülüğünden kaynaklanan güven duygusu ile hukuksal ve ticari hayatın güvenilirliğinin ayrı hukuksal değerler olarak gözetilmemesi gerektiği görüşü bu değerlendirmeyle örtüşmektedir…"* **SATZGER- SCHLUCKBIER- WIDMAIER- KUDLICH**, s. 1519; **FISCHER**, s. 1757; **Olaf HOHMANN**, StGB§246 Unterschlagung (bkz. Kn:§1), Münchener Kommentar zum StGB Band 4: §§ 185- 262, 3. Auflage (2017), s. 1705- 1728 Bu şerhin internet sürümüne erişilebilmiştir. bkz. https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MuekoStGB_3_ Band4/StGB/cont/MuekoStGB.StGB.p246.glI%2Ehtm#Y-400-W-MuekoStGB-G-StGB-P-246-GL-I-1 (Erişim Tarihi: 15.12.2017)

eşya üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Yoksa mülkiyeti devretmeye yönelik hukuki beyanlarda bulunma ehliyeti, ancak özel hukuktaki sözleşme serbestini ifade etmektedir; bu sebeple de ancak özel hukukta korunacaktır.[580] Ceza Hukuku açısından korunan mülkiyet hakkı, yalnızca önceden belirli nesneler üstünde kurulabildiği için, bu hak eşyaya sıkı sıkıya bağlıdır. Bu hak, belirsiz bir mal topluluğu üstünde kurulamadığı için maliklerin belirli olması gerekir.

Ayrıca ayni haklarda mutlak haklar içinde yer aldığından, bu hakların sahiplerinin herkesçe bilinmesini gerekir. Ayni hak çeşitleri kanunlarda sınırlıdır. Mülkiyet hakkı da kanunla tanımlanan bu sınırlı haklardan biridir.[581] Mülkiyet hakkı sahibi olan kişi aynı zamanda eşya üzerinde asli zilyet olup güveni kötüye kullanma suçunda mağdur bu kişi olarak kabul edilmelidir.

Yine mülkiyet hakkı ile ilgili bir görüşe göre, ceza hukuku bağlamında korunan mülkiyet: tam mülkiyet ve çıplak mülkiyet olarak ikiye ayrılmaktadır.[582] Ceza hukuku bağlamında mülkiyet sahibi kişi, eşyanın mülkiyet sahibi olması yanında aynı zamanda fiilen zilyetliğini de elinde tutuyorsa tam mülkiyet sahibidir. Bu durumda mülkiyetin bu suç açısından bütün unsurlarıyla korunduğu kabul edilebilir. Hırsızlık suçu, buna örnektir.[583] Diğer taraftan mülkiyet sahibi, eşyanın zilyetliğini fiilen elinde tutmuyorsa o zaman cezai himaye yalnızca çıplak mülkiyet üzerine olacaktır. Güveni kötüye kullanma suçu, bu örnek içinde değerlendirilmelidir. Diğer deyişle, güveni kötüye kullanma suçunda, hırsızlıktan ayrı olarak tam mülkiyet hakkı değil; çıplak mülkiyet hakkı korunmaktadır.[584]

Bütün bu düşüncelerden hareket eden bu görüş, bir eşyayı ancak malikten kiralayan, teminat vs. olarak bir sözleşme ilişkisi ile elde eden bir kimsenin güveni kötüye kullanma suçunu işleyip cezalandırılabileceğini savunmaktadır. Buna göre şahsi hak sahibi kiracının bu malı bir alt kiracıya kiralaması halinde güveni kötüye kullanma suçunun kiracıya karşı işlenmesi mümkün değildir.

---

[580] **Nevzat TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara (1970) s. 325

[581] **A. Lale SİRMEN**, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 3.bası, (2015), s. 28; **Safa REİSOĞLU**, Türk Eşya Hukuku, Cilt:1, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 6.Bası, Ankara, (1980), s. 5- 7

[582] **TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 327

[583] **TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 327

[584] **TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 327

Ancak bu görüşün kabulü halinde sadece alt kiracının, kiracıya karşı değil, malike karşı eyleminin güveni kötüye kullanma suçu teşkil edip edemeyeceği de tartışılmalıdır. Bu durumda güveni kötüye kullanma suçunda ki kanuni ve maddi unsurun gerçekleşmeyeceği iddia edilebilir. Zira, ancak kiracı-alt kiracı arasındaki sözleşmeye, eşya maliki üçüncü taraf olarak dâhil edilmişse veya yazılı sözleşmede malik ile ilgili hüküm sevk edilmişse belki o zaman malike karşı bir güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Bunun dışında eğer korunan hukuki değer zilyetlik değil, sadece mülkiyet olarak kabul edilirse, alt kiracı ancak hırsızlık suçundan veya suç tipine uyuyorsa başkaca malvarlığına karşı suçlardan dolayı cezalandırılabilecektir. Kaldı ki, güveni kötüye kullanma suçunun bu halde oluştuğu kabul edilse dahi olayda asli zilyet olan kiracının, malik ile birlikte fail karşısında mağdur olarak kabul edilip edilmeyeceği de tartışma konusudur.[585]

Kısacası korunan hukuki değerin sadece mülkiyet hakkı olduğu kabul edilirse bu suçun kapsamı epey daralacaktır. Asli zilyetten bir malı alan fer'î zilyet veya başkası için zilyet olan failin, bu kişilere karşı haksız eylemlerinin cezalandırılıp, cezalandırılmama sorunu doğacaktır. Bu sebeple tek başına mülkiyet hakkının güveni kötüye kullanma suçunun korunan hukuki değeri olduğu yönündeki görüşe katılmamaktayız.

B) Hukuki Değerin Zilyetlik Olduğunu Savunan Görüş

---

[585] **HOHMANN**, StGB§246 Unterschlagung (bkz. Kn:§2),https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata /komm/MuekoStGB_3_Band4/StGB/cont/MuekoStGB.StGB.p246.glI%2Ehtm#Y-400-W-MuekoStGB-G-StGB-P-246-GL-I-1 (Erişim Tarihi: 15.12.2017); **FISCHER**, s.1757 İlgili Alman Ceza Kanunu StGB m.246 şerhlerinde yazarlar 3.kişiye eşyanın güven neticesi teslimi ve bu 3. kişilere karşı suçun işlenmesinde dahi mağdurun sadece eşyanın maliki olduğunu iddia etmektedir. Yine **HOHMANN**'ın atıf yaptığı **Alman Yüksek Mahkemesi (BGH) 1 StR 173/73 07.08.1973 tarihli kararındaki olayda** failin işlediği suçlardan biri ile ilgili Federal Mahkeme *"...Bayan N tarafından satın alınan ancak firmanın satın alma ücreti ödenene kadar mülkiyetini saklı tuttuğu* (mülkiyeti muhafaza kayıtlı satış) *araçla ilgili, bu kişi tarafından ise kullanmak üzere faile verilen fakat Bayan N tarafından istenmesine rağmen failce geri verilmeyen aracın mülkiyetinin satan firmaya ait olduğundan ve bu firmanın malik olarak şikayetçi olması gerektiğinden"* (bkz.kararda Kn:§ 15) bahisle N'nin talebini reddetmiş ve Stgb'nin 246.maddesinden faili mahkum etmemiştir. (Karar için bkz. https://www.jurion.de/urteile/bgh/1973-08-07/1-str-173_73/ Erişim Tarihi: 15.12.2017) Zilyedi korumadan yoksun bırakan bu görüşe ve Alman Yargıtay'ının bu düşüncelerine katılabilmemiz mümkün değildir. Zira neredeyse her ülkenin MK.'sına göre zilyet malı malike istendiğinde aynen teslim ve koruma ile mükelleftir. Bunun için özel hukuk bağlamında malın zarar görmesini engellme için özel hukukta gerekli tedbirleri alma dava açma yetkisi vardır. Durum böyle iken zilyedin ceza davası açılabilmesi için şikâyet hakkının olmadığını cezai korumadan yararlanamayacağını iddia etmek mesnetsiz bir söylemdir. Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf suçunda da güveni kötüye kullanma suçunda da korumakla yükümlü olduğu malı elden çıkan zilyedinde hukuki değer olarak korunduğu korunması gerektiği açıktır.

Bu görüşe göre, zilyetliği devreden kişinin malik değil zilyet olması halinde korunan hukuki değerin maliklik değil, zilyetlik olması gerektiğini ileri sürmektedir. Zira bu durumda, önceki zilyede ait bulundurma, kullanma korunma ve/veya semerelerinden yararlanma haklarının kanunca korunması gereklidir.[586] Bu görüşün kabulü halinde failin sadece eşya malikine karşı eylemlerinde bu suçtan cezalandırma yapılmayacaktır. Aynı zamanda failin (feri zilyet olarak) eşyayı devraldığı malik adına elinde tutan kimseye (asli zilyedine) veya malikin verdiği yetkiyle fiili hâkimiyetini kullanırken öncelik sahibi olan gerçek ve tüzel kişilere (başkası için zilyete) karşı eylemleri de cezalandırılabilecektir.

Örneğin, yukarıdaki örneklerde belirttiğimiz alt kiracının, kiracıya karşı eylemlerinden dolayı güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılması mümkün hale gelecektir. Nitekim TCK. 'nın 155. maddesinin gerekçesinde kanun koyucu[587]güveni kötüye kullanma suçu ile ilgili iş bu maddenin tesis amaçlarından birinin zilyetlik olduğunu kabul etmektedir.

C) Hukuki Değerin Mülkiyet Yanında Alacak Hakkı Olduğunu Savunan Görüş

Bir diğer görüş, güveni kötüye kullanma suçunda hem mülkiyet hem alacak hakkının korunduğunu iddia etmektedir. İsviçre'de Louis Baudraz adlı bir hukukçu tarafından öne sürülen bu görüşe göre, mağdur failden muayyen ve misli bir eşyanın mülkiyetinin kendisine nakledilmesini talep hakkına sahiptir. Mağdur çok nadir bir yazma kitabı veyahut muayyen bir parayı faile tevdii etmişse bunları talep edecektir. İşte bu talep yani alacak hakkı suçun ön şartını teşkil etmektedir.[588]. Aynı şekilde bir kısım İtalyan, Fransız[589] ve Türk hukukçuları da bu görüşün taraftarıdır.[590]

---

[586] **Serkan MERAKLI**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:11, (2009), s. 1665; **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 431

[587] Kanun gerekçesi için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf (Erişim Tarihi: 12.07.2017) *"...Fail, suç konusu şey üzerinde lehine zilyetlik tesis edilmiş olan kişidir. Ancak, bu zilyetliğin mutlaka malik tarafından tesis edilmesi gerekmez..."*demek suretiyle kanun koyucu ilgili maddenin tesis amaçlarından birinin zilyetlik olduğunu kabul etmiştir.

[588] **Louis BAUDRAZ**, L'objet de l'abus de confiance: Étude de l'article 140, chiffre 1, alinéa 2 du code pénal suisse" Ganguin et Laubscher S.A., 1948 s. 70-74 (Aktaran: **Mustafa Emil ELÖVE**, Emniyeti Suiistimal Cürmü, Adalet Dergisi, Sayı:4, (1954) s. 455)

[589] **BULUTOĞLU**, s. 7: Garraud'a ("Traite Theorique et Pratique Du Droit Penal Française V. adlı eserine (s. 2315)) atıfla bu yazarın bazı hallerde mülkiyet bile karşı tarafa devrolsa gayrimuntazam vedia akdinde olduğu güveni kötüye kullanma suçunun gerçekleşebileceğini burada suçun alacak hakkına yönelik olduğunu savunduğunu belirtmektedir.

D) Hukuki Değerin Mülkiyet ve Zilyetlikle Birlikte Güven İlişkisi Olduğunu Savunan Görüş

Bu görüş, güveni kötüye kullanma suçunda, mülkiyet hakkı ile birlikte sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisinin korunduğunu [591] savunmaktadır. Zira malik veyahut eşya üzerinde zilyetliği devreden kişi ile devralan fail arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olup; bu ilişki gereği taraflar arasındaki mevcut güvenin korunması gerekmektedir.

Bu görüşe göre çok konulu bir suç olan güveni kötüye kullanmada korunan hukuki değerlerden biri mülkiyet hakkı, diğeri de devrin malik tarafından yapılmadığı zaman zilyetliktir. Ancak malvarlığı değerleri içindeki mülkiyet hakkı ve zilyetlik de bu suçun korunan bütün hukuki değerlerini kapsayamamaktadır. Zira; güveni kötüye kullanma suçunu, hırsızlık suçundan ayıran özelliklerden biri de korunan hukuki değerlerin sayıca fazla olması yanında, malvarlığı değerlerine ek olarak bir değerin daha koruma altına alınmasının hedeflenmesidir. Bu da sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisidir. [592]

E) Hukuki Değerin Yalnızca Mülkiyet Hakkı ve Zilyetlikten İbaret Olduğunu Savunan Görüş

Türk hukukunda **İnceoğlu** [593] tarafından savunulan bu görüş aynı zamanda İtalyan hukukunda **Fiandaca ve Musco** [594] tarafından da benzer düşüncelerle

---

[590] **Arturo ROCCO**, L'oggetto del reato, Fratelli Bocca Edizione, (1913), s. 589. (**Aktaran ve aynı görüşte: TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 329) *"...Alacak hakları son derece mahdut bir alan içerisinde hukuki himayeden istifade edebilmektedirler. Akitten doğan borçların kusurlu şekilde ademi ifası kaide olarak özel hukuku ilgilendiren bir meseledir. Bu nevi hakların ihlali ancak istisnaen ve muayyen şartların dâhilinde taahhütlere sadakatsizlik* (765 sayılı TCK m. 130), *hileli veya taksirli iflas* (765 sayılı TCK m. 506) *suç olarak nazara alınmaktadır. Şu kadar ki bu hallerde özel şahıslara ait alacak haklarının ihlaline aynı zamanda devlete ve topluma ait menfaatin ihlali de refakat eder. Bununla beraber alacak haklarının ihlali dolandırıcılık* (765 sayılı TCK m. 503- 505; 5237 sayılı TCK m. 157,158), *hileli veya taksirli iflas* (765 sayılı TCK m. 506, 507; 5237 sayılı TCK m. 161, 162) ve *emniyeti suiistimal* (765 sayılı TCK m. 508; 5237 sayılı TCK m. 155) *şeklinde ortaya çıktığında bizatihi bu haklarda cezai himayeden istifade ederler.*"

[591] **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 163; Karşı görüş için bkz. **YAZICIOĞLU**, Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, s. 773; **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 502-510

[592] Aynı görüşte **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 431; **MERAKLI**, s. 1665,1666; **DURSUN**, Emniyeti Suistimal Suçu, s. 6 vd.

[593] **Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1, (2018), s. 45; Ayrıca bkz. **Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU,** Güveni Kötüye Kullanma, Özel Ceza Hukuku Cilt IVMalvarlığına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, (2018), s. 199, 200

[594] **FİANDACA- MUSCO** s. 102-103

savunulmaktadır. İnceoğlu'na göre hemen her sözleşmede mutlaka bir güven ilişkisi zedelenir ama son çare (ultima ratio) ilkesi gereği ceza hukuku burada devreye girmez, medeni hukuk kuralları devreye girer. Bu durumda güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değerin sözleşmesel güven olduğunu iddia etmek ceza hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

Kaldı ki mülkiyet ve zilyetlik hakkının yanı sıra güven ilişkisinin korunduğunun kabulü halinde hırsızlık suçundan daha fazla hukuki değer güveni kötüye kullanma suçunda korunduğundan cezasının da bu suçtan daha ağır olması gerekirdi. Buna karşın bu suçun cezası hırsızlık suçundan daha hafif yaptırıma tabii tutulmuştur. Bu suçla ilgili bir güven ilişkisi vardır ancak bu güven ilişkisi sözleşmesel bir güven ilişkisi değil yalnızca zilyetliği devreden kimsenin zilyetliğinin süreceği veya mülkiyet hakkının zarar görmeyeceğinden kaynaklanan inanışa dayalı bir güven ilişkisidir. Ancak bu güveni başlı başına korunan bir hukuki değer haline getirmez. Bu suçta korunan hukuki değerler yalnızca mülkiyet hakkı ve zilyetliktir.[595]

3) Korunan Hukuki Değere İlişkin Kanaatimiz

Güveni kötüye kullanma suçunu hukuki konu olarak hırsızlık ve diğer malvarlığına karşı suçlardan ayıran temel fark kanımızca sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisidir. Kanımızca güveni kötüye kullanma suçu, çok konulu bir suç olduğu için hem güven ilişkisi hem mülkiyet hem zilyetlik suçla korunan hukuki değeri oluşturmaktadır. Diğer bir deyimle bu suçta güven ilişkisi de dahil, birden fazla hukuki değer korunmaktadır.

Güven ilişkisi yönüden de sadece sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisi değil özellikle bu suçun nitelikli halinin düzenlendiği TCK m. 155/2'de ayrıca hukuksal ve ekonomik hayattaki güven ilişkisinin de korunmak istendiği kanaatindeyiz. Zira bu suçun özellikle nitelikli halinin işlenme sıklığının artması sadece sözleşmeye dayalı güven ilişkisinin değil bütün ticari düzendeki güven ilişkisinin zarar görmesine neden olabilmektedir. Mala gelecek bir zarar ödenecek tazminatla karşılanabilir. Ancak güven duygusunda meydana gelecek hasar, manevi niteliktedir. Bu hasarın tazminatla karşılanması çok zordur. Zaten bu sebeple

[595] **AYTEKİN İNCEOĞLU**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, s. 45

korunan değeri sadece mülkiyete indiren görüşler hatalıdır. Mülkiyet hakkı zarar gören fail oluşacak zararını kat kat fazlasıyla tazmin etse veya malını teslim alsa dahi bir daha başka bir malını o kişiye teslim etmeyecektir. Bunun yaygınlaşması halinde ise toplumdaki sosyo-ekonomik sistemin devamı zora düşecektir[596] Örneğin inşaat sektöründe bir müteahhittin sözleşme ile kendisine ev yapımı için teslim edilen parayı veya tapusuz, kadastrosuz araziyi başka amaçla kullanması buna örnektir. Buna benzer on kadar olayın peşi sıra gerçekleşmesi sadece bu müteahhitlerin değil, bütün inşaat sektörünün zarar görebilecek ve sektördeki konut, arazi vs. satışlarında düşüş oluşabilecektir. Bu itibarla sözleşmeye dayalı güven ilişkisi yanında kanımızca suçun nitelikli hali için hukuksal ve ekonomik hayattaki güven ilişkisi bu suçta öncelikle korunmaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçunun, ayrı bir hukuki konu olarak güven ilişkisini korumadığını yalnızca mülkiyeti koruduğunu savunan Alman doktrini de kanımızca kendi içinde çelişki içindedir. Zira Alman CK.'sında bu suçun karşılığı olan 266. maddedeki fiilin hem sadakat yükümlülüğünü hem kötüye kullanma eylemini içinde barındıran bir suç olarak düzenlendiği doktrinde kabul edilmektedir.[597] Ama buna rağmen aynı Alman hukukçuları bu yükümlülüğün kökenini göz ardı edip korunan hukuki değeri sadece mülkiyetten ibaret görmektedirler. Oysa Alman CK.'sında 266. maddede bulunan sadakat ve gözetim yükümlüğünün esas kaynağının güven ilişkisi olduğu açıkça ortadadır. Mağdur veya bir hukuki mercii faile güvenmelidir ki, failin mağdura karşı sadakat veya gözetim yükümlüğünü tesis eden ve bir eşya devrini içeren hukuki ilişki tesis edilebilsin. Bu hukuki ilişkinin dayandığı güven ilişkisini ve manevi boyutunu göz ardı edip, sadece bu maddenin mülkiyet hakkını koruduğunu söylemenin kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır. Bu yönden de Alman doktrinine katılmamaktayız.

Sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisinin veya hukuksal ticari hayattaki güven ilişkisinin ardından, eşyaya bağlı mülkiyet ve bunun sonrasında zilyetlik hakları korunan hukuki değer olarak karşımıza gelmektedir.[598] Diğer taraftan, bütün bunlardan da sonra gelmek koşuluyla, bir nisbi hak olan alacak hakkını da üçüncül

---

[596] **DURSUN**, s. 6

[597] **WESSELS- HILLENKAMPF**, Strafrecht Besonderer Teil 2-Straftaten Gegen Wermögensrechte, s. 409 ayrıca, **WESSELS- HILLENKAMPF**, İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar, s. 184,185

[598] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 71

değer olarak korunduğu iddia eden görüşe de katılmamaktayız. Zira Baudraz'ın zikrettiğinin aksine mülkiyet hakkının failden talep imkânını, bu suç vermemektedir. Güveni kötüye kullanma suçu işlenmeden önceki teslim sözleşmesi, faile eşya üzerinde mülkiyet değil, zilyetlik hakkı tanımaktadır. Mağdur malikse eşya üzerinde mülkiyet hakkını teslim sonrasında da korumaktadır. Bu durumda mülkiyet devri söz konusu değildir ve güveni kötüye kullanma suçunun oluşmasına imkân bulunmamaktadır. Bu suçta Garraud' un iddiası doğrultusunda kimi hallerde bir alacak hakkının bulunduğunu düşünsek dahi bu hakkın temel dayanağı da mülkiyet veya asli zilyetlikten kaynaklanmaktadır. Zira mağdur, mülkiyet hakkına veya asli zilyetliğine dayanarak, teslim ettiği eşya üzerinde failin zilyetliğini sonlandırma tarzında bir talep hakkına sahiptir. Bu sebeple alacak hakkının, bu suçla korunan hukuki değerlerden biri olduğu görüşüne[599] katılmamaktayız.

III- SUÇUN MADDİ UNSURU

1) Suçun Maddi Konusu

A) Genel Tanım

Suç olarak kabul edilen fiilin yönelmiş olduğu kişi ya da eşya suçun maddi konusunu oluşturmaktadır.[600] Konusuz suç düşünülemez. Suçun konusu suç tipine ait unsurlardan birisidir. Kimi suçlarda, maddi konu bir nesne ya da bir mal olurken, diğerlerinde ise bir insanın maddi ve manevi varlığı olabilir. Hatta bu suçlarda suçun maddi konusu ile mağdur iç içe olabilir. Ancak bu iki kavram karıştırılmamalıdır. Zira mağdur işlenen suçta haksızlığa uğrayan ve suçun konusunun sahibi olan kimsedir.[601]

Güveni kötüye kullanma suçunun, maddi konusu, TCK'nın 155/1. fıkrasında belirtilen suçun basit hali bakımından "mal"; 155/2. fıkrasındaki nitelikli hali bakımından "eşya" olarak gözükmektedir. Bu kanundan önceki 765 sayılı TCK'nın ilk halinde 508. maddede suçun hukuki konusu "mal" olarak belirtilmekteyken sonrasında 1933 yılında yapılan değişiklikler akabinde "şey" terimi, mal yerine

[599] **Arturo ROCCO**, L'oggetto del reato, s. 589 (Bu kitaptan aktaran ve aynı görüşte: **TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 329)
[600] **ARTUK- GÖKCEN-ALŞAHİN-ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 306
[601] **ARTUK- GÖKCEN-ALŞAHİN-ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 306

kullanılmıştır. Yine suçun maddi konusu olan mal ve eşyanın zilyetliğinin sözleşme ile faile devredilmesi gerekmektedir.

B) Mal ve Eşya Kavramı, Suça Konu Olabilecek Eşyalar

a. Mal ve Eşya Kavramı, Malvarlığı Kavramından Farklılıkları

Özellikle malvarlığına karşı suçlarda ve suçun maddi konusundan birinin mal olduğu belirtilen suçlarda, malın niteliği önem arz etmektedir. Kelime anlamıyla mal, Arapça kökenli olup Türk Dil Kurumu sözlüğünde: türlü amaçlarla kullanılan, insan yapısı, taşınabilir cansız nesnelerin bütünü [602]olarak tanımlanmaktadır.

Aynı şekilde Arapça kökenli mal ile veya yerine kullanılan eşya terimi: "*1. Bir kimsenin, bir tüzel kişinin mülkiyeti altında bulunan, taşınır veya taşınmaz varlıkların bütünü 2. Büyükbaş hayvan 3. Alınıp satılabilen her türlü ticaret eşyası, emtia*" [603] anlamlarına gelmektedir. Yine eşya kelimesi çeşitli sözlüklerde nesne, nesneler, şeyler olarak tanımlanmaktadır.

Diğer taraftan mülga 765 sayılı TCK. 'da 1933 yılındaki değişiklik sonrası 508. maddede kullanılan "şey" ibaresinin ise; şimdiki kanunda geçen eşya ve mal kavramlarından daha geniş bir anlamı ifade ettiğini iddia edenler de bulunmaktadır.[604] Bu görüşe katılmamaktayız. Zira şey kelimesi de eşya kelimesi de Arapça kökenli ve Osmanlıca' da da kullanılan kelimelerdir. Eşya kelimesi, şey

---

[602] Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts (Erişim Tarihi:13.11.2015)

[603] Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts (Erişim Tarihi:13.11.2015); Alman doktrininde ceza hukuku manasında eşya ekonomik değerleri dikkate alınmaksızın bedensel değeri olan bütün maddeler olarak tanımlanmıştır.**WESSELS–HILLENKAMPF**, Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları, s.19, **WESSELS–HILLENKAMPF**, Strafrecht- Besonderer Teil 2- Straftaten Gegen Vermögenswerte, s. 37; **MITSCH**, s. 6

[604] Mesela **BULUTOĞLU**, s. 57 Yazara göre, şey ile mal, eşya kavramları birbirinden farklıdır. 765 sayılı TCK'nın 508. maddesi 1933 yılındaki değişiklikten önceki halinde mal terimi kullanılmışken, sonradan, suçun maddi konusunun tayininde şey tabirinin kullanılmıştır. Bu durum kanun koyucunun, suçun maddi konusunun kapsamını genişletme iradesini ortaya koymuş, bu sayede manevi değeri olan eşyanın da suçun hukuki konusuna dâhil olmuştur. Bulutoğlu'nun bu görüşüne katılmamaktayız. O zaman bu görüşden hareket edilirse 5237 sayılı TCK'da eşya veya mal ibaresine tekrar yer verilmekle bu durumda manevi değeri olan eşya bu suçun hukuki konusu olmamalıdır. Yine o zaman 1889 İtalyan Ceza Kanununda güveni kötüye kullanma suçu açısından ekonomik değerden çok, manevi değeri olan eşyalar bu suçun konusu olmamalıdır. Oysaki böyle bir durum İtalya'da da söz konusu değildir Detaylı ve pek çok değerli bilgiyi içeren bir tez olmasına karşın "şey" ve "eşya" arasındaki anlam nüansının yazar tarafından gözetilmediği ve bu konudaki araştırmanın ihmal edildiği zannı içindeyiz.

kelimesinin çoğuludur. Diğer deyimle hem hukuki[605] hem de etimolojik açıdan[606] şey kelimesi ile eşya kelimesi aynı anlama gelmektedir.[607]

Diğer taraftan, "mal" tanımına çeşitli özel kanunlarda da rastlamaktayız. Mesela mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ve güncel 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3. maddesinde, alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar, mal olarak ifade edilmektedir.[608]

Bu anlamlara baktığımızda 5237 sayılı TCK'nın 155. maddesinde geçen eşya ve mal kelimelerinin aynı anlama geldiğini görmekteyiz.[609] Yine para da tek başına hukuki anlamda bir mal olarak değerlendirilmektedir.[610] Gerek mal gerek eşya, gerekse 765 sayılı TCK'da geçen şey terimi esasında, bunlarla ilişkili üst kavram olarak "malvarlığı" kapsamına girmektedir. Zira, güveni kötüye kullanma suçu, hırsızlık, dolandırıcılık, yağma suçlarını kapsayan malvarlığına karşı suçlardan biridir.

Ceza hukuku anlamında, malvarlığının nelerden ibaret olduğunun tespiti açısından sınırlarının bilinmesi gerekmektedir. Bu konuda çeşitli görüş ve teoriler mevcuttur.

Bu görüşlerden biri, ceza hukuku açısından malvarlığını, özel hukuktaki malvarlığı ile özdeş görmektedir. Diğer bir görüş ise özel hukuk ve ceza

---

[605] **Esat ŞENER**, Açıklamalı-Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara, (2001), s. 203 *"Eşya: Şey kelimesinin çoğuludur. Ancak halk bu çoğul kelimeye bir çoğul daha ekleyip eşyalar demektedir."*; **Ali ŞAFAK**, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Selim Kitabevi, 4.Bası, s. 129 *"Eşya: Şeyler, Mallar"*

[606] **İsmet Zeki EYÜPOĞLU**, Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü, Sosyal Yayınlar, 3.Bası, (1995), s. 247, 627 Bahse konu eserde bu iki kelimenin tarihten gelen gelişimleri ele alınmış olup kökenlerinin ve anlamları aynı olduğu, eşya kelimesinin tekilinin "şey" olduğu açıkça belirtilmektedir.; **Muzaffer Nihat ÖZON**, Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, İnkılap Yayınları, 9.Baskı, (2005), s. 787,214 "Şey: Nesne" diye tanımlanmakla eşyanın bu kelimenin çoğulu olduğu açıkça belirtilmektedir. 214.sayfada eşyanında "şeyler" anlamına geldiği belirtilmektedir.

[607] Aynı görüşte **Süheyl DONAY**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, (2009), s. 239 Eşya, şey ve malın üçünün de aynı anlamlara geldiği belirtilmektedir.

[608] http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131128-1.htm (Erişim Tarihi:29.02.2016)

[609] **DONAY**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 239

[610] **DONAY**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 239 *"…Para ise; iktisadi kıymetleri ölçme aracıdır. Para bu özellik nedeni ile uygulama ve doktrindeki tanımı ile bir ülkede iktisadi kıymetlerin genel olarak mübadelesine ve ölçülmesine yarayan ve herkesçe ödeme vasıtası olarak kullanılan şeydir. Şey ise maldır. Parada bu nedenle ve Yargıtay'ın genel kabulü doğrultusunda "mal" ya da "şey" kavramına dahildir…"*

hukukundaki malvarlığı kavramının tam olarak aynı olmadığını bu iki alandaki hâkimlerin, kendi alanlarının yönettiği bilinçle yorum yapmaları nedeniyle her iki alanda belli ölçüde birbirinden farklılık arz ettiğini savunmaktadır.[611] Hâkim görüş, günümüzde özel hukuktaki malvarlığı kavramı ile ceza hukukundaki malvarlığı kavramı arasında farklılıklar bulunduğu yönündedir. Zira özel hukuk malvarlığı kavramını sınırlı bir anlayışla eşyanın bütününden çok hukuki ilişkilerden doğan, hak ve yükümlülükler bütünün ekonomik değer taşıyan veya değerlendirilebilen yanıyla ilgilenir. Oysaki yalnızca ekonomik değil, manevi değer taşıyan eşyalar da ceza hukukunda malvarlığı değeri olarak kabul edilirler.[612]

Alman Hukuku'nda da malvarlığını ve malvarlığında oluşan zararları, açıklayıcı çeşitli teoriler ileri sürülmüştür.[613] Bu teoriler arasında ülkemizde ve Almanya'da en geçerlisi "hukuksal ve ekonomik malvarlığı teorisi"dir. [614] Bu teoriye göre hukuka uygun ya da hukuk kurallarının belirlediği veya kanunlar tarafından hukuka aykırılığı haklar belirtilmeyen ekonomik değere haiz bütün [615] malvarlığı içinde olup, hukuk düzenince korunmalıdır. Yine bu teoride hukuk düzeni ile çelişkiye düşen değerlerin ise hukuki hak olarak korunmaması, ya da malvarlığı olarak değerlendirilmemesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak teoride manevi değer taşıyan ve ekonomik değeri olmayan eşyaları kapsamaması bakımından eleştiriye açıktır.

Güveni kötüye kullanma suçu açısından suça konu eşyanın ekonomik değerinin olması gerekip gerekmediği yönünde çeşitli tartışmalar da bulunmaktadır. Bir görüşe göre ekonomik değeri olmayan bir mal güveni kötüye kullanma suçunun konusu oluşturamaz. Mutlaka az veya çok bir eşyanın ekonomik değerinin olması gerekmektedir.[616]

---

[611] **SELÇUK**, Dolandırıcılık, s. 26

[612]**Hakan A. YAVUZ**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Basit Dolandırıcılık Suçu" Ceza Hukuku Dergisi Yıl:1, Sayı:1, (2006), s. 347

[613] Bu teorilerle ilgili olarak **Sanem ÇETİN**, Alman Ceza Hukuku'nda Malvarlığı Zararları, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2005, Sayı.4, s. 117-125

[614] **ÇETİN**, s. 119

[615] **ÇETİN**, s. 119

[616] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 73; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 409; Ayrıca Yargıtay'ında bu suça konu eşya için ekonomik değeri aradığı içtihatları da bulunmaktadır. **Yargıtay 11.CD E: 2000/210 K: 2000/560 T: 21.02.2000** *"Hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal suçundan sanıklar Ali Karkav ve Murat Oğuz'un yapılan yargılanmaları sonunda beraatlerine dair Ankara 12. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 24.11.1998 gün ve 1998/196 Esas 1998/1282 karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi müdahil*

Buna karşın diğer bir görüş yalnızca ekonomik değeri olan eşyanın değil, duygusal ve manevi değeri olan eşyanın da malvarlığı değeri içinde sayılması gerektiğini savunmaktadır.[617] Bu konudaki doktrindeki tartışmaların artmasına neden olabilecek bu suçtaki eksikliklerden biri de 765 sayılı TCK'nın 522. maddesinde malvarlığına karşı suçlarda cezayı arttıran ve azaltan hal olarak yer alan suça konu eşyanın değerinin az veya çok olması yolundaki düzenlemeye 5237 sayılı TCK'da yer verilmemesidir. Sadece hırsızlık ve yağma suçları yönünden bu tür düzenlemeye yer verilmiştir. Yağma gibi ağır bir suç için bu şekilde bir düzenlemeye yer verilirken güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık gibi diğer malvarlığına karşı suçlar yönünden bundan kaçınılmasının kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır.[618] Nitekim Yargıtay bir kararında yağma suçunda manevi değere haiz bir eşyanın ve ekonomik değeri çok az olan şemsiyenin alınması açısından yağma suçunun oluştuğuna, ancak değerin azlığı konusunda TCK m. 150/2 çerçevesinde indirime gidilmesi gerektiğine hükmetmiştir.[619]

Yargıtay genel anlamda ekonomik değeri şart görse de [620], manevi değerdeki eşyanın yağma suçuna konu olabileceği yönündeki bu düşüncesinin failin kendisine

---

vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığı'nın bozma isteyen 19.01.2000 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği görüşüldü. Sanığa, ***görevi sebebi ile teslim edilen suça konu faturaların ekonomik değer taşıdığının anlaşılmasına göre müspet suçun oluştuğu gözetilmeden*** *bu faturaların henüz kullanılmadığından bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:02.01.2015)

[617] **Nevzat TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 163; **BULUTOĞLU**, s. 57; **CANPOLAT**, s. 68 vd.

[618] Aynı görüşte **Timuçin KÖPRÜLÜ**, Malvarlığına Karşı Suçlarda Değeri Azlığı, TBB Dergisi, Sayı:71 (2007), s. 263

[619] Bkz. **Yargıtay 6. CD E:2013/31422 K: 2016/2513 T: 31.03.*2016*** *"Somut olayda; katılan...'ın soruşturma aşamasında emniyetteki ifadesinde sanıkların kendisini darp etmek suretiyle sigara tabakasını aldıklarını beyan ettiği halde, yargılama aşamasında cüzdanını ve cep telefonu da almaya çalıştıklarını ancak karşı koyması sebebiyle alamadıklarını, sadece sigara tabakası ve şemsiyesini yağmaladıklarını, suça konu sigara tabakasının değerinin de 10-20.-TL olduğunu beyan ettiği, şemsiyenin değeriyle ilgili ise bir açıklamada bulunmadığının anlaşılması karşısında, katılanın aşamalardaki yağma suçuna konu mal ile ilgili beyanları arasındaki açık aykırılık giderilip, sonucuna göre TCK'nın 150/2. maddesinin uygulama koşullarının takdiri gerektiği gözetilmeden eksik incelemeyle yetinilip yazılı şekilde hüküm kurulması…"* (www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 09.08.2016) Karara muhalefet eden üye şerhlerinde açıkça yağma suçuna konu sigara tabakasının maddi değerinin olmadığı ancak manevi değerinin olduğunun sanık tarafından beyan edildiğinden de bahsedilmektedir…"

[620] Ancak yine de malvarlığına karşı suçlarda bu teori ışığında bu yönde suçun maddi konusu olan eşyada ekonomik değerin veya yararlanacağı nitelikte ekonomik değerin olması gerektiğini belirten Yargıtay kararlarına rastlanmaktadır.

Yargıtay CGK E: 1999/6 – 288 K: 1999/311 T: 14.12.1999 *"…Hırsızlık suçunun maddi konusu fail tarafından suçun üzerinde işlenebileceği "taşınabilir mal"dır.* ***Suça konu taşınabilir eşyanın ekonomik bir değeri bulunmalıdır.*** *Ekonomik değeri bulunan bu taşınabilir mal bir başkasına ait olmalı ve failin alması hususunda sahibinin rızası olmamalıdır. Suçun maddi unsuru, malın bulunduğu yerden alınmasıdır. Manevi unsur ise, genel kast yanında "yararlanmak amacı" olarak*

veya başkasına yarar sağlamak şartıyla güveni kötüye kullanma suçu açısından da geçerli olacağı kanaatindeyiz. Zira güveni kötüye kullanma suçunda korunan değerlerden biri mülkiyet hakkı yanında sözleşmeye dayalı güven ilişkisidir. Bu suç da belirttiğimiz gibi öncelikle bu amaçla ihdas edilmiştir. Bir kimseye emaneten mağdurca bırakılan manevi değeri olan eşyanın fail tarafından kendine veya başkasına az da olsa yarar sağlama amaçlı hukuka aykırı şekilde elden çıkarılması gibi sözleşmeye aykırı tasarrufların cezasız bırakılması bu suçun kanundaki ihdas amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu yönden korunan diğer değerler olan mülkiyet ve zilyetlik haklarını dışlamamak ve az da olsa bir maddi değerinin olması kaydıyla manevi değeri, maddi değerinden çok daha fazla olan eşya dahi, bu suç kapsamında değerlendirilebilecektir.[621]

Bununla birlikte ifade ettiğimiz üzere "malvarlığı" kavramı eşyanın üzerinde bir üst kavramdır. Mülkiyet ve eşya yanında başkaca değerleri de kapsamaktadır. Malvarlığına karşı suçlarda da genel anlamda korunmak istenen hukuki yararı açıklamak üzere kullanılan bir terimdir. Oysaki mal, eşya kavramı ise malvarlığına karşı suçların konusunu oluşturan bir terimdir.[622] Yine kimi değerler malvarlığı

---

belirlenen özel kasttır. Fail, bir başkasının taşınır malını rızası dışında bilerek sahiplenmek veya yararlanmak amacı ile almalıdır. Yararlanmak maddi veya manevi şekilde olabilir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Sanığın eylemine konu olan mühür, ıstampa ve toplam 75 adet boş rapor kâğıdı, alındığı sağlık ocağı demirbaşında kayıtlı ve fonksiyon gören şeylerdir. Bu eşyanın miktar ve niteliği gözetildiğinde ***ekonomik bir değer taşıdıkları,*** *hırsızlık suçuna konu olabilecekleri açıktır, öte yandan sanık tarafından bu malların sahte rapor hazırlanmak, okula devamsızlığının gerekçesini oluşturmak amacı ile alındıkları, bu suretle sanığın bu eşya dan gerek kendisi gerekse başkaları için "yararlanma amacı" ile hareket ettiği de açıktır. Bu nedenle sanığa yüklenen hırsızlık suçunun unsurlarının oluştuğu tüm dosya kapsamı ile anlaşıldığından isabetsiz olan direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.****Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı ve üyeler;*** *"Sanığın eylemine konu olan* ***mühür, ıstampa ve boş rapor kağıtlarının, sanığın yararlanabileceği nitelikte ekonomik niceliğe ulaşmadıkları****, kaldı ki sanığın bu malları sahiplenmek ve yararlanmak amacının bulunmadığı nazara alındığında yüklenen hırsızlık suçunun unsurlarının oluşmadığı anlaşılmaktadır. Hakkaniyete de uygun ve isabetli olan direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir" görüşüyle karşı oy kullanmışlardır…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:05.04.2016)

[621] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 434; **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 164; **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 433; **CANPOLAT**, s. 69 Ayrıca Almanya'da hırsızlık ve güveni kötüye kullanmanın temel şekli olan haksız mal edinme suçunda suçun maddi konusu olan eşyanın maddi bir varlığa sahip olması gerekliyken eşyanın değeri sadece maddi varlığın değeri ile tespit edilmez. Burada esas olan eşyanın mübadele yani çevrim değeridir. Bu esasa göre eşyanın maddi değeri tespit edilmektedir. Eğer kaybedilen bir mal aynı değerdeki başka bir mal değer ile telafi edilmişse ortada bir zararda olmayacağından bu suçlar oluşmayabilecektir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. **MITSCH**, s. 6; **WESSELS– HILLENKAMPF**, Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları, s. 45-49

[622] **Mehmet Emin ALŞAHİN**, Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları (TCK 151 vd.), Turhan Kitabevi, Ankara, (2010), s. 1; **Francesco ANTOLISEI**, Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar, (Çeviren: Uğur Alacakaptan), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı:4, (1962), s. 71,72

değeri olabilirken, eşya olamazlar. Örneğin özel hukukta işgücü kimi durumlarda malvarlığı değerleri arasında kabul edilirken eşya olarak görülmez. Ceza hukuku açısından dolandırıcılık haricindeki malvarlığına karşı suçların maddi konusu olamaz. Ancak işgücü kaybı, zararı ceza hukukunda kasten, taksirle öldürme, yaralama gibi vücut dokunulmazlığına karşı suçlara değerlendirme konusu olur. Bu yönden "malvarlığı değerleri" terimi yerine güveni kötüye kullanma suçu açısından suçun maddi konusu olarak "eşya" veya "mal" teriminin kullanılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Bu ilkeler ışığında ülkemizde güveni kötüye kullanma suçu açısından suça konu eşyalar şu özelliklere kanımızca sahip olmalıdır.

- Söz konusu eşya, eşya hukuku kurallarına göre üzerinde mülkiyet ve zilyetlik hakkının kurulmasına elverişli olmalıdır. Bu konuda yasalarca yasaklanmış bir durum söz konusu olmamalıdır.
- Eşyanın belli bir fiziki yapısı olmalıdır. Diğer deyişle somut ve elle tutulur bir yapısı olmalıdır. [623]
- Eşyanın belli bir ekonomik değeri olmalıdır, eşya maddi değerinden çok daha fazla manevi değere sahip olabilir ancak bu halde de eşyanın azda olsa bir ekonomik değere haiz olması gerekir.

Bütün bunlar değerlendirildiğinde güveni kötüye kullanma suçunda, suça konu eşyayı; hukuk kurallarına aykırı olmayan, hukuk kurallarına göre üzerinde mülkiyet, zilyetlik ilişkisi kurabilme imkânı bulunan, maddi varlık haline gelmiş, azda olsa belli bir ekonomik değeri olan her türlü hak ve menfaat, olarak tanımlayabiliriz.

Kanaatimizce, mahkemece güveni kötüye kullanmada suçun maddi konusu olan eşya için öncelikle eşyanın üstünde mülkiyet veya zilyetlik kurmayı engelleyen bir hukuki engelin olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer böyle bir hukuki engel yoksa eşyanın ekonomik değer taşıyıp taşımadığı gözetilmelidir. Eğer ekonomik değeri yoksa mağdur veya suçtan zarar gören açısından manevi değerinin olup olmadığına bakılmalıdır. Yine de bu durumda eşyanın çok azda olsa bir maddi (ekonomik) değer

[623] İtalyan hukukunda da bu konuda aynı düşünce hakimdir. **FIANDACA- MUSCO**, s. 27 Ancak burada belirtmemiz gerekir ki İtalyan düşüncesinin ve hakim doktrinin aksine tarafımız, belli bir somut fiziki yapısı olmasada fikri mülkiyet haklarının da ekonomik değerinin olması ve mülkiyete iktisaba elverişli olması nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun konusu olması gerektiği düşüncesindedir. Bu konuda bkz. bag.Fikri ve Sınai Haklar kısmı

içermesi gerekir.[624] Eşyanın hiçbir maddi ve manevi değeri de yoksa güveni kötüye kullanma suçunun oluşmadığı kabul edilmelidir.

b. Suça Konu Olabilecek Eşyalar

ba. Taşınır Eşyalar

baa. Genel Tanım

Güveni kötüye kullanma suçunda taşınır eşyaların suçun esas hukuki konusu içinde olduğu kabul edilmektedir. "Özüne zarar vermeksizin bir yerden başka bir yere taşınan eşyaya taşınır eşya" adı verilmektedir. Bu yer değiştirme eşyanın kendi hareketi neticesi olabileceği gibi (sal, kayık, araba), başka bir güç sayesinde de olabilir. (Kitaplar, otomobiller vs.)[625] Diğer taraftan TMK 762. maddede nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile mülk edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler, taşınır mülkiyetinin konusu olarak kabul edilmiştir.

bab. Uçak, Gemi, Otomobil vs. Araçlar

Başka bir yere taşınma kabiliyeti olsa bile gemi, İcra İflas Kanunu'nun 23/4 ve 136. maddesi gereğince taşınmaz eşya olarak kabul edilmektedir. Buna karşın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (m. 936) gemileri taşınır mal olarak kabul etmektedir. Yine aynı TTK.'nın 937. maddesinde İcra İflas Kanunu'nda taşınmaz sayılan gemiler hakkında TTK.'nın 936. maddesinde yer alan hükmün uygulanmayacağı ibaresi yer almaktadır. Bununla birlikte TTK.'nın m. 937/2. maddesinde taşınmazlara ilişkin bazı TMK hükümlerinin gemiler için uygulanabileceği belirtilmektedir. Özellikle 18 grostonolito ve daha büyük gemilerle ilgili gemi siciline tescil gereklidir. (6102 s. TTK m. 957 ve m. 974) Her ne kadar tescille güven kanunen korunsada, buradaki sicil taşınmazlara ilişkin tapu sicilinden farklıdır. Sicile kayıtlı gemilerin belli şartlar

---

[624] Almanya gibi, Avusturya'da da savunduğumuz görüş doğrultusunda hiçbir ekonomik değeri olmayan eşya bu suça konu olamaz. Bkz. **Helmut FUCHS- Susanne REINDL**; Strafrecht Besonderer Teil-I (Delikte gegen Einzelnen (Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Privatsphere, Vermögen), SpringerWien Newyork, Zweite Auflage, (2007), s.125; Fransız hukukunda 1810 Fransız Ceza Kanunu'ndan beri ekonomik değeri olmayan eşya hırsızlık suçuna konu olabilsede, ekonomik değeri olmayan eşya güveni kötüye kullanma suçunun kapsamının dışındadır. **ELIOTT**, French Criminal Law, s.195; **OLLARD- ROUSSEAU**, s. 271; **Patrice GATTEGNO**, Droit Pénal Spécial, Dalloz, 6e edition, (2005), s. 260; **PRADEL- JUAN**, s. 539

[625] **M. Kemal OĞUZMAN - Özer SELİÇİ- Saibe OKTAY**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 13.Baskı, (2011), s. 8

altında yazılı anlaşma ve imzaların noter onaylı olması şartıyla mülkiyet devri yapılmadan zilyetliğin devri ve hukuki muamele yapabilme imkânı bulunmaktadır. (Gemi Sicil Tüzüğü m. 13, 14, 15) Sicil zorunluluğu olmayan gemiler içinse, taşınır eşya hükmünde değerlendirildiğinden şekil şartı olmadan sadece teslim ile devir ve hukuki muamele yapabilme imkânı bulunmaktadır. Bu yönden gemilerin de güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusu olabileceği kanaatini taşımaktayız.[626]

Uçaklar bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Uçak siciline bildirilmeden bir kimseye bir uçağın zilyetliğinin ya da mülkiyet hakkının devri mümkündür ancak üçüncü kişilere karşı bu devir hüküm ifade etmeyecektir.[627] Bununla birlikte uçaklar üstünde de güveni kötüye kullanma suçunun işlenebileceği kanaatini taşımaktayız.

Otomobiller için de aynı durum söz konusu olup bunlar da güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusu olabilirler.[628]

---

[626] **Yargıtay 15. CD E: 2013/7418 K: 2015/911 T: 21.1.2015** "*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 inkâr etmesi şeklinde, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Sanıkların S. A. adlı geminin sorumluları oldukları, şikayetçinin talebi üzerine mahkemece gemi hakkında ihtiyati tedbir kararı verildiği ve icra kanalıyla gemiye dair evraklara el konulmasının istendiği, sanıkların söz konusu gemiye dair evrakları teslim etmeyerek hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediklerinin iddia edildiği olayda; Finansal kiralama sözleşmesiyle gemi kiralayan şirket yetkililerinin, bu sözleşme kapsamında yapılması gereken ödemeleri aksattıkları ve bu sebeple kiralanan gemi hakkında alınan ihtiyati tedbir kararına istinaden işlem yapılması için gidildiğinde, geminin işletilmesi için gerekli olan evrakların teslim edilmediğinin belirtilmesi karşısında, gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi bakımından, dosya kapsamında bulunmayan kiracı şirkete ait ticari defter ve sicil kayıtlarının, imza sirkülerinin, suça konu geminin kiralanmasına dair finansal kiralama sözleşmesinin ve geminin işlemlerinin yürütülmesi için gerekli belgelerin ve bu belgelerle geminin teslim edildiğine dair tutanakların getirtilip incelenmesiyle kiracı şirkete aksatılan kiraların ödenmesi yönünde bir ihtarname gönderilip gönderilmediği, feshi ihbarın yapılıp yapılmadığının tespit edilmesi ve sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde beraat kararı verilmesi…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 01.04.2016)

[627] Bkz.2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 50-84

[628] **Yargıtay 15. CD E: 2014/3785 K: 2016/6471 T: 20.6.2016** *"Müşteki şirket ile sanık arasında finansal kiralama sözleşmesi yapıldığı, sözleşme gereği ..... plakalı araç tüm ekipmanlarıyla birlikte teslim edildiği, sözleşme gereği edimleri yerine getirmeyen sanığa ihtarname tebliğ edilmiş ve verilen süreye rağmen araç teslim edilmeyip borç da ödenmediği anlaşıldığından eylemin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna dair mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 02.01.2017)

bac. Hayvanlar

Gözetim altında tutulma, ehlileştirilmiş olma[629], sahipli olma şartlarıyla[630] hayvanlar da taşınabilir eşya gibi[631] değerlendirildiği için bunlar üstünde de güveni kötüye kullanma suçu işlenebilir. (Ayrıca bkz. TMK. m. 768[632]) Ormanda, yaşam alanında serbestçe dolaşan vahşi hayvanlar güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturamazlar. Ancak belli bir amaçla kafes altına alınarak bir kişinin mülkiyetine alınmış örneğin bir hayvanat bahçesinde geçici olarak sergilenmek üzere diğer bir hayvanat bahçesi veya doğal park alanından kafes altında bir hayvan getirilmişse bu hayvan güveni kötüye kullanma suçunun veya diğer malvarlığına karşı suçların konusu olabilecektir. Av hayvanları ya da balıklar da taşınır mal olarak değerlendirilip bu suçun maddi konusunu oluşturabilirler.

bad. Su, Gaz, Enerji Üretiminde Kullanılan Maddeler

Su, gaz enerji ve enerji üretiminde kullanılan maddeler taşınabilir eşya olarak değerlendirilebilir. Güveni kötüye kullanma suçunun hukuki konusu olabilir. Ancak suça konu olabilecek su, gaz veya enerjinin veya enerji üretiminde kullanılan maddenin belli bir maddi değerinin olması[633] gerekir. Bunun yanında malın maddi

---

[629] **CENTEL-ZAFER- ÇAKMUT**, s. 300; **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 354

[630] **DÖNMEZER**, Mala Karşı Cürümler, s. 363, 364 ayrıca bu kitapta zikredilen Yargıtay 6. CD.E: 1982/3560 K: 1982/7582 T: 20.10.1982 sayılı ilamı "Çaydaki balıklar ağa girdikleri andan itibaren müştekiye ait sahipli mal olur."

[631] Özel hukukta doktrinde **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, Eşya Hukuku, (s. 7,8) eserinde 2004 tarihli 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'na dayanarak hayvanların eşya olamayacağını ancak eşya benzeri gibi değerlendirileceğini belirtmektedir. Nitekim İsviçre'de Medeni Kanun'un 641/a maddesinde bu yönde bir hüküm vardır. Ancak doktrinde çoğunluk bu görüşe karşıdır. Zira ne TMK'da ne de Hayvanları Koruma Kanunu'nda İsviçre'ye benzer bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. (**SİRMEN**, s. 7, 8) Alman Medeni Kanunu'nda da hayvanlar eşya olarak sayılmamakla birlikte eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanması kabul edilmiştir. bkz. **Şölen ÇAKIROĞLU**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2017), s. 42

[632] TMK m. 768 *"Tutulan av hayvanları, yeniden serbest kalır ve sahipleri onları gecikmeksizin ve ara vermeksizin aramaz ve tekrar tutmak için uğraşmazsa, sahipsiz duruma gelirler. Ehlileştirilmiş hayvanlar tekrar vahşileşir ve sahiplerine dönmezlerse, sahipsiz duruma gelirler. Arı oğulu başkasının taşınmazına uçmuş olmakla sahipsiz duruma gelmez."* Bunun yanında bu konudaki Yargıtay 15.CD 2013/26243 Esas ve 2016/1881K sayılı ve 22.02.2016 tarihli ilamının da değerlendirilmesi için bkz. **ÇAKIROĞLU**, s. 42, 43

[633] **Yargıtay 15.CD E: 2012/17765 K: 2014/10863 T: 2.6.2014** "*22/06/2006 tarihli ve içinde katılan şirket yetkililerinin imzasının da bulunduğu tespit tutanağına göre, ilk tartıma göre araçta yirmi kg. eksilme olduğu, mühürlerin sağlam olduğu, kantarların değişmesinden dolayı 40 kg fark oluşmasının normal olduğu, ayrıca, gidilen her kilometrede yakıtın azalabilmesinin mümkün olduğu, aracın seyir halindeyken sallanması nedeniyle, akaryakıtın tankerin üst kısmındaki boşluğa birikebileceğinin belirlendiği, sanıklar aşamalarda değişmeyen ifadelerinde söz konusu motorinin kirli olduğunu belirttikleri, araçtaki mühürlerin de sağlam olduğu, yapılan her kilometrede yakıtın azalabileceği ve kantarlar arasında bu kadar fark olmasının normal olduğu dikkate alınarak,* ***sanık Yusuf'un, tahliye***

bir bütünlüğünün ve somut bir yapısının bulunması gerekir. Enerji, elektrik, su veya gaz ancak hâkimiyet altına alındığı yani belirli bir biçimde toplandığı [634], ve somutlaştığı zaman taşınır mal olarak değerlendirilip güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturabilmektedir. Örneğin bir tır deposunun içine konulmuş LPG[635]; bir kimseye doğalgaz, elektrik kullanma hakkı sağlayan bir abonelik kartı; elektrik enerjisinin depolandığı bir batarya veyahut bir fabrikada çalışan işçinin kendisine teslim edilmiş motorlardaki enerjiyi kendi menfaatine kullanması[636] hatta tesisatlarla bağlanan elektrik [637] güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturabilir. Diğer türlü havada dolaşan gaz, akıp giden su, rüzgâr, güneşin yaydığı değerlendirilmeyen enerji tek başına güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusu olarak değerlendirilemez.[638] Aynı şekilde yayılmış olan kokuları da şu an için kontrol altına almak hapsetmek mümkün olmadığından bu suçun maddi konusu olamazlar.[639]

***kısmından akan ve değeri olmayan motorini diğer sanığa satması eyleminde**, suç kastının bulunmadığı, **sanık Fethullah'ın da, söz konusu yakıtın kirli ve değersiz olması nedeniyle suç eşyası olduğunu bilmesinin mümkün olmadığı dikkate alınarak**, suçların yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle 5271 sayılı CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince sanıkların beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi,"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:17.12.2015)

[634] **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 409; **CANPOLAT**, s. 70; **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 434

[635] **Yargıtay 15. CD E: 2013/9243 K: 2015/21881 T: 4.3.2015** *"Somut olayda; ...Ticaret A.Ş.'nin Türkiye'den Irak ülkesine yapmış olduğu LPG ihracatı sırasında ihraç edilen LPG'nin nakliye işini ... Ürünleri A.Ş.'nin gerçekleştirdiği, müştekinin nakliye işi ile uğraşan sanık ile ihraç edilen LPG yükünü ücreti karşılığında nakliyesi hususunda anlaştıkları...Ürünleri AŞ'ne ait ... plaka sayılı dorseyi sanığın kendisine ait .... plaka sayılı çekici arkasına bağlayarak 28/06/2006 tarihinde .... Gümrük Müdürlüğü'nden 22.160 kg LPG gazını Irak'a ihraç etmek için teslim alıp yola çıkmasına rağmen ve gümrükte gümrük işlemlerini beraat eden sanık şoför ... adına yaparak onun adına 28/06/2006 tarihli gümrük beyannamesi ve dolum yeri araç fiziki durum tespit tutanağı düzenleyerek ...'ın imzasını taklit etmek suretiyle nakliyeyi gerçekleştiren şahsın ... olduğu şeklinde bir görüntü yarattığı, daha sonra ...Kapısı'nın kapandığı gerekçesiyle LPG yüklü olan tırı ....na park ettiği, aracı park edenlerin sanık ... ve temyize gelmeyen diğer sanık... olduğunun bekçilik yapan ve tanık olarak dinlenen .... tarafından açıkça beyan edildiği, daha sonra da LPG yüklü tırın yine bu sanıklar tarafından garajdan götürüldüğü ve LPG'nin satılarak sanıklar tarafından parasının zimmetlerine geçirildiği, daha sonra da LPG yüklü tırın çalındığını söyleyerek şikayetçi oldukları ve olaya hırsızlık süsü vermeye çalıştıkları, oysa LPG yüklü tırın sanıklarca garajdan çıkarıldığının tanık ... tarafından açıkça beyan edildiği, böylelikle sanığın hizmet gereği nakil amacıyla kendilerine teslim edilen 22.160 kg LPG'yi zimmetlerine geçirmek suretiyle üzerine atılı hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğine yönelik kabul ve uygulamada bir isabetsizlik görülmemiştir."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 06.01.2016)

[636] **BULUTOĞLU**, s. 57

[637] **CANPOLAT,** s. 70

[638] **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 354; **CANPOLAT**, s. 70 *"Örneğin, evlerde ve iş yerlerinde tesisatlarla bağlanarak kullanılan elektrik, egemenlik altına alındığından taşınır, eşya sayılabilirken, akıp giden su, uçuşan hava, güneş ışınları bu özelliğe sahip olmadığından taşınır eşya sayılamaz."*

[639] **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 354

bae. İnsan Vücudu ve Organları

İnsan vücudu, organları ve parçalarını ise belli hallerde mal olarak değerlendirip buna göre güveni kötüye kullanma ve diğer malvarlığına karşı suçlardan cezalandırma yapan çeşitli ülkeler bulunmaktadır. Örneğin İngiltere'de klasik Anglosakson hukuku düşüncesi insan vücudu (kadavra) ve organlarını mal olarak kabul etmez. Ancak 1960 sonrası mahkeme içtihatları buna pek çok istisna getirmiştir. Buna göre eğer insan vücudu veya organları başka bir kimsenin, bir hastanenin zilyetliğindeyse[640]; bir kimsenin kuruluşun yönetimine kan, sperm, idrar gibi vücut sıvıları verilmişse veya bir kimseye sanatsal vs. bir amaçla kullanılmak üzere insan vücudu veya organları bir kimsenin zilyetliğine/malvarlığına nakledilmişse, o zaman insan vücudu veya organları veya vücut sıvıları mal olarak değerlendirilebilir. [641]

---

[640] **R. v Welsh (1974)** "Olayda sarhoş sürücü Welsh trafik polisine idrar örneği vermiş ancak polisin oda dışında olmasından yararlanıp bu örneğini alıp kaçıp lavaboya dökmüştür. İngiliz Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal -Criminal Division) idrar örneğini vücut sıvılarını geleneksel görüşün aksine mal olarak kabul edip çalınabileceğini belirtmiş sanığa hırsızlık suçundan ceza vermiştir.
R. v. Rothery (1976) Benzer şekilde bu defa içi kendi kan örneği ile dolu bir kapsülü çalmıştır. Olay sonucu sanık hırsızlık suçundan mahkûm olmuştur. Yerel mahkeme kararı sonrasında İngiltere'de en yüksek yetkili mahkeme olan House of Lords önüne de gelmiş ve bu mahkemede oy çokluğuyla yerel mahkeme kararını onamıştır. (Her iki karar içinde bkz. http://www.austlii.edu.au/au/journals /MurUEJL /2002/44.html#t44 Erişim Tarihi: 22.12.2016)
R. v. Herbert (1960) izinsiz olarak bir kimsenin saçını kesen kişiyi yerel mahkeme hırsızlık suçundan mahkum etmiştir… Sperm in eşya olarak değerlendirilebileceği hallere ilişkin ayrıca bkz. Yearworth and Others v. North Bristol Nhs Trust kararı; Court of Appeals -Judicial Divison (2009) Bir ceza davası olmayıp bir özel hukuk davası niteliği taşısada burada temyiz mahkemesi açıkça klasik Anglosakson hukukundaki insan vücudunun mal olarak değerlendirilemeyeceği düşüncesinin tekrar değerlendirilip revize edilmesi gereğinden bahsederek sperminde eşya olarak değerlendirileceğini ve bu kuruluşa verilen örneklerin vedia sözleşmesi kapsamında değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Bu bakımdan her ne kadar hukuk bölümünün kararı olmada bu ülkedeki genel görüşü yansıttığından İngiliz hukukundaki bu içtihada göre bir sperm laboratuvarına saklanmak üzere sperm verip, bu spermin izinsiz bilerek kullanılması güveni kötüye kullanma suçunu da içine alan (theft) hırsızlık suçunun konusu olabilecektir. Ayrıca bkz. **Jonathan HERRING**, Medical Law and Ethics, Oxford University Press (2014) s. 462. Ancak yazara göre bunun da bir sınırı vardır. *"Terk edilmiş veya sahibinin rızası ile verilen vücut parçalarının hukuka uygun değerlendirilmesi hırsızlık (theft) suçu olarak değerlendirilmez. Örnek bir kuaförün saçını kestiği popstarın saçlarını, satması hırsızlık (theft) suçunu oluşturmayacaktır."* (**HERRING**, Criminal Law s. 509)

[641] **R. v. Kelly (1999) Queens Bench Division**, Sanık Kelly bir ressam olup ve Kraliyet Cerrahlık Akademisinde tutulan örneklerin anatomik çizimi için kendisine izin verilmiştir. Kelly buradaki ziyaretlerinde kıdemsiz teknik eleman Lindsey Anor arkadaşlık kurar. İkili anlaşarak Kelly'nin geldiği aylar boyunca buradaki kadavraların çeşitli kısımlarını alırlar. Üç insan kafası, on adet bacak, beynin bir parçası ve üç başsız gövdeyi alan ikili, en sonunda bunları Kelly'nin sanat sergisinde sergilerler. Durum anlaşılınca ikisi hakkında da ceza davası açılır ve mahkeme her ikisini de hırsızlık (theft) suçundan mahkûm eder. İstinaf istemlerinde sanıklar insan vücudunun eşya olarak değerlendirilemeyeceği ileri sürerler. Ancak bu istemde istinaf mahkemesince insan vücudunun ve parçalarının bu durumda eşya olarak değerlendirilebileceğinden bahisle reddedilir. Kararın özeti için bkz. http://www.e-lawresources.co.uk/cases/R-v-Kelly-1999.php (Erişim Tarihi: 22.12.2016) ayrıca **HERRING**, Criminal Law, s. 509; **MARTIN**, s. 217-218

Alman, İsviçre hukukunda ise vücuttan ayrılan deri, organ ve protezler artık kişilik haklarının dışında değerlendirilmektedir. Neticede bunların eşya olarak kabul edilerek bu konudaki hukuki korumadan yararlandırılma bu iki ülkede hem özel hukukta[642], hem ceza hukukunda[643] savunulmaktadır.

Ancak ülkemizde doktrindeki görüşe göre insan vücudu, insan vücudunun organları, insan kadavrası ve ölüler her ne kadar teknik açıdan taşınır mal olarak görülsede, çeşitli kanuni düzenlemeler ve ahlaki kurallar nedeniyle mal olarak değerlendirilemezler.[644]

Yine bir düşünceye göre zaten ceza hukuku açısından eşya sayılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira bu konuda çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Organ ve doku nakline ilişkin olarak TCK m. 91 (Organ ve Doku Ticareti Suçu), 2238 sayılı Organ Nakli ve Doku Kanunu'nun 15. maddesi; ölüler için TCK m. 130/2 (Kişinin hatırasına hakaret) vs. düzenlemeler karşısında insan kadavrası, organ ve dokular güveni kötüye kullanma suçunun hukuki konusunu oluşturamazlar.

Ölüler için TCK 130/2. maddesi cesedin, kemiklerinin, tamamının veya bir kısmının alınmasını veya tahkir edici fiilde bulunulmasını bile suç kabul etmektedir. [645] Bu hususta TCK m. 130/2'nin bir menfaat dahi aramadığı düşünüldüğünde ülkemizdeki hukukçuların bu yöndeki düşüncesine ölüler için hak verilebilir. .

Ancak hayattaki bir insanın vücudu, organları ve hayattaki veya hayatta olmayan bir kimsenin vücut sıvıları ile ilgili bu görüşlere katılmak kanımızca

---

[642] **Sanem Aksoy DURSUN**, Eşya Kavramı, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, (2012) s. 119-124 "Ancak Alman Federal Mahkemesi (BGHZ 124,52(55) ,1994) Bir kararında sperminin dondurulduğu hastanede imha edilmesi neticesinde bir kimsenin spermlerinin yok edilmesini mülkiyet hakkının ihlali olarak değil kişilik haklarının ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu karar büyük eleştiri konusu olmuştur."

[643]**WESSELS- HILLENKAMPF**, Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları, s. 19-20; İtalyan hukukunda da durum aynıdır. Örneğin **ANTOLISEI**, Manuale di diritto penale. Parte speciale vol.1, s. 283 Antolisei'nin kitabının C.F Grosso editörlüğünde düzenlenen bu basısında insan vücudundan ayrılabilen saç, diş ve kan gibi unsurların eşya statüsünde değerlendirilebileceği savunulmaktadır.Bu görüşü aynen benimsemekteyiz.

[644] **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 163; **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 354; Aynı görüşte **ANTOLISEI**, Manuale di diritto penale. Parte speciale vol.1, s. 283

[645] Bu konuda eleştiri için bkz. **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 303 Yazara göre ceset ve kemiklere karşı tahkir edici olmayan fiillerin bu madde de suç olarak kabul edilmesi hatalıdır.

mümkün değildir. Zira TCK 91. maddede belirtilen organ ve doku ticareti suçuna konu doku "muayyen anatomi unsurlarından (hücreler, lifler) meydana gelen ve anatomi bakımından bir bütünlük gösteren dokuların tümüne verilen addır. 2238 sayılı Organ ve Doku Nakillerini Düzenleyen Kanun'da ise 2. maddesinde "organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır" diye organ ve dokuyu tanımlamaktadır. Yine aynı kanunda "otogref saç, deri aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonlarının" bu kanun kapsamının dışında kaldığı belirtilmektedir. Otogref bir dokunun aynı kişinin bölgesinden alınıp, başka bir bölgesine nakledilmesidir. Bununda her ne kadar 2238 Sayılı Kanun'da hariç tutulsada TCK 91. maddenin kapsamında olduğu düşünülebilir. Ancak vücut sıvıları, kan, sperm ve yumurtanın doku kapsamında kanunların ve yönetmeliklerin tanımında bulunmadığı aşikardır. Yaklaşık 30 yıl öncesine kadar bu sıvıların pek bir önemi yokken değişen tıp teknolojileri sayesinden önemleri giderek artmıştır. Bugün insan tükürüğündeki, kandaki hücreler DNA'dan kimlik saptaması dışında ayrıca bunlardan kök hücre hatta organ vs. üretmek neredeyse mümkün hale gelmiştir. Diğer taraftan insan spermi ve yumurtası ile laboratuvar ortamında döllenme yapılıp bunu bir kadının rahmine nakille bir kimsenin çocuk sahibi olması mümkündür. Bu durumda bir laboratuvardaki görevliye kendi spermini rızasıyla çocuk sahibi olabilmek için veren veya bir arkadaşına ilgili laboratuvara teslim için bırakan kimsenin arzu ettiği şekilde teslim edilen parçanın kullanılmaması veya yok edilmesi halinde nasıl bir düzenlemeden fail, ceza hukuku bağlamında cezalandırılabilecektir. Bu yönden büyük hukuki açıkların doğabileceği ortadadır. .

Ayrıca sperm ve yumurtanın doku olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşlere rastlansa bile[646] ülkemizde organ bağışı ve doku naklinin aksine yapay döllenme, yumurta ve sperm hücreleri ile ilgili düzenlenmeler bir kanunla değil bir yönetmelikle düzenlenmektedir.[647] Dahası ilgili yönetmelikte belirtilen amaç dışı kullanımda dahi cezalandırmaya olanak tanıyan bir kanun düzenlemesi bulunmamaktadır.

[646] **A. Hakan HAKERİ**, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, 10. Baskı (2015) s. 471
[647] Bkz.30 Eylül 2014 tarihli ve 29135 sayılı Resmî Gazete' de yayınlanan "Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkındaki Yönetmelik"

Yine de sperm ve yumurta hücrelerinin ticarete konu olması halinde TCK'nın 91. maddesinin uygulanacağı doktrinde düşünülmektedir.[648] Fakat burada da bir açık mevcuttur. TCK'nın 91/3. maddesine göre organ veya doku alan veya satılmasına aracılık eden kimse cezalandırılmaktadır. Yani satın alma, satma, satılmasına aracılık etme dışında bir menfaat temini cezalandırılmamaktadır. Dolayısıyla hukuka uygun olarak bir kimseden rızası ile doku organ alan kimsenin, bunu muhafaza edip ardından satma, satın alma, satıma aracılık etme dışında bir menfaat teminiyle veya böyle bir menfaat gayesi olmadan hareket etmesi, bu maddeye göre suç değildir.[649] Bu durumda geriye cezalandırma açısından bir tek Organ Nakli ve Doku Kanunu'ndaki ceza hükümleri kalmaktadır. Organ Nakli ve Doku Kanunu'nun 3. maddesi ise çıkar karşılığı organ ve doku satılmasını yasaklamaktadır. Aynı kanunun 15. maddesi de bunu hapis cezası ile cezalandırmaktadır. Ancak sperm ve yumurta hücreleri, vücut sıvıları bu kanundaki organ ve doku tanımından hariç tutulduğuna göre, buradan da cezalandırma yapılması imkânı bulunmamaktadır. Bunun yanında maddede çıkar karşılığı ifadesinin ne olduğu da belirsiz ve muallaktır.[650] Belki yüksek değerde hediye verilmesi örneğin otomobil gibi bir çıkar olarak düşünülebilir. Ancak mesela organı veren kimsenin nakil masrafının, hastanenin ameliyat masrafının karşılanması, karşılıksız bağışlama nasıl bir çıkar olarak değerlendirilebilecektir. Kısacası kanuni mevzuatta pek çok açık bulunmaktadır.

Bu nedenle vücut sıvıları, kan, sperm ve yumurtanın, vücuttan ayrılıp muhafaza altına alınan organın artan ekonomik önemi ve değeri karşısında eşya olarak kabulü zorunludur.[651] Kaldı ki özel hukuk bağlamında bunların hemen nakli

---

[648] **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 848

[649] **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 848; **Ahmet GÖKCEN-Murat BALCI**, Kasten Öldürme Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, Adalet Yayınları, Ankara, 2.Bası, (2015), s. 456, 457

[650] **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 848

[651] Aynı görüşte **Mustafa ARTUÇ**, Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Kitabevi (2007) s. 298 *"...İnsan bedeni hukuki anlamda mal sayılamayacağı için güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturamaz. Ancak insan bedeninden ayrılan organlarda bu suçun konusunu oluşturabilecektir. Örneğin bir kimse kardeşine verilmek üzere böbreğini özel hastanede doktora teslim eder de o da bu böbreği hasta olan babasına naklederse bu suç oluşacaktır..."* Yazarında burada tarif ettiği eylem TCK 91. maddedeki ve 2238 sayılı Kanundaki açığı göstermektedir. TCK 91. madde hukuken geçerli rızaya aykırı organın alınıp naklinden bahsetmektedir. Burada böyle bir durum söz konusu değildir. Organ rızaya uygun alınmış ancak rızaya aykırı olarak başka bir kişiye nakledilmiştir. 2238 sayılı Kanunun 3. maddesi bir bedel başkaca bir çıkar karşılığı organ doku alınması ve satılmasını yasaklamaktadır. Burada çıkarın içine manevi çıkarda girmekte midir? Buradaki durum bir satım durumu da değildir. Kaldı ki başta organı verenin arzusuna göre hareket edip organı alan doktorun sonrasında fikir değiştirmesi halinde nasıl bir uygulama yapılacaktır. Zira 2238 sayılı kanunun 3. maddesine aykırı bir durum ortaya çıkmamaktadır. Bu yönden, bu yazarda bu açığı bu örneğiyle açıkça ortaya koymuştur.

söz konusu olmayıp belli süre saklanması durumunda; kişilik haklarına ilişkin kurallara ek olarak bünyesine uygun düştüğü ölçüde eşya hukuku kurallarının uygulanabileceği eşya olarak değerlendirilebileceği kabul edilmektedir.[652] Bu sebeple bir insandan rızasıyla alınan insan vücudu parçalarının, vücut sıvılarının ve örneklerinin eğer belirli bir süre bir kişi veya kuruluşun denetimi altında bir kimseye nakil için saklanıp muhafaza edilecekse ekonomik değere haiz olduğu düşünülerek eşya olarak kabul edilmesi gerekir. Buna göre de eğer işlenen bir suç varsa öncelikle TCK'nın 91. maddesinden ve 2238 sayılı kanundaki varsa başkaca özel nitelikli kanunlardaki suçlardan cezalandırma yapılmalıdır.

Kaldı ki kişinin hatırasına hakaret suçu yönünden (TCK m. 130/2) ölünün külleri, ceset parçaları, insan şeklini almamış ceset (fetüs) ve ölünün mumyası konusunda da doktrinde çeşitli tartışmalar bulunmaktadır.[653] Ceset parçaları her ne kadar Alman CK'sının 168.maddesi gibi açıkça belirtilmiş olmasa da, TCK m. 130/2 kapsamında olduğu kabul edilmektedir.[654] Öte yandan ülkemizde Alman CK'sının 168. maddesindeki açık düzenlemenin[655] aksine fetüs için kişinin hatırasına hakaret suçu oluşturacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. İnsan şeklini almış ölmüş çocuk bedeni ceset olarak TCK m. 130/2 kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak kabul edilen görüşe göre fetüs ceset sayılmamakta bu sebeple ölünün hatırasına hakaret suçu işlenmemektedir.[656] Ancak unutulmamalıdır ki, fetüs de bulunan kök hücrelerden gelişen genetik bilimi artık yararlanmayı mümkün kılmaktadır. TCK m. 130/2 kapsamında değerlendirilmeyen fetüsün ekonomik değer arzetmesi halinde

---

[652] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 5

[653] **Mehmet Emin ARTUK- Ahmet GÖKCEN- M. Emin ALŞAHİN- Kerim ÇAKIR**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınları, 16.bası, (2017), s. 365; **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 271; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 522; **Vakkas YEĞRİM**, Kişinin Hatırasına Hakaret, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:6, Sayı: 22, (2015), s. 461

[654] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Özel Hükümler s. 365; **CENTEL-ZAFER- ÇAKMUT**, s. 271; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 522; **YEĞRİM**, s. 461

[655] Alman CK (Stgb) m. 168: *"1-Her kim ölmüş olan bir parçanın bedenini veya beden parçalarını, ölü bir cenini, onun parçalarını veya ölmüş bir insanın küllerini, hakkı bulunan kişinin muhafazasından yetkisi olmaksızın alır veya bunlarla ilgili olarak sövme teşkil edecek şekilde saygısızlık yaparsa üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır…"* (Madde çevirisi için bkz. **YENİSEY- PLAGEMANN**, s. 263) Maddeye cenin ibaresi 1987 yılında eklenmiştir, bu tarihten önce cenin-emriyo ceset olarak kabul edilmemekteydi. Almanya'daki düzenlemelerin ülkemizdeki TCK m. 130/2'deki düzenlemeden çok daha detaylı bir düzenleme olduğu ve tartışmalı hususlarında büyük ölçüde burada çözüldüğü açıktır. Ne yazık ki bizde bu hususlar açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu konuda **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 522'deki görüşe aynen katılmaktayız.

[656] **ARTUK- GÖKCEN-ALŞAHİN-ÇAKIR**, Ceza Hukuku Özel Hükümler s. 365; **CENTEL-ZAFER- ÇAKMUT**, s. 271; **YEĞRİM**, s. 461; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 522

eşya sayılabileceği ve hırsızlık, bunun yanında güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği kanısındayız. Mumyalar açısından hâkim görüş bunlarında ceset sayılıp TCK m. 130/2'den yararlandırılması gerektiği yönündedir.[657] Aynı şekilde ölünün külleri açısından ise hâkim görüş bunların da TCK m. 130/2'ye göre ceset sayılıp bu maddeden yararlandırılması yönündedir.[658]

Neticede buralarda TCK m. 91 ve TCK m. 130/2'nin ilk önce uygulanıp uygulanamayacağının değerlendirilmesi ve suça ilişkin koşullarının oluşmadığının tespiti halinde ise TCK m. 155'deki güveni kötüye kullanma suçunun unsurları oluşmuşsa bu suçtan cezalandırma yapılması gerektiği kanısındayız. . Diğer taraftan insan vücuduna takılıp çıkarılabilen, vücuttan ayrılabilme yeteneğine sahip aygıt, suni uzuv ve protezlerin eşya olarak kabulü ile güveni kötüye kullanma suçuna konu olabileceği doktrinde kabul edilmektedir. [659]

baf. Senet ve Kıymetli Evraklar

Alacak hakları ve soyut nitelikte somutlaşmamış haklar, TCK'nın 155. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçunun kapsamı dışındadır. Bununla birlikte alacak hakkının da bu evraklar üzerindeki mülkiyet veya zilyetlik hakkı ile birlikte somutlaşabildiği sözgelimi kambiyo senetleri gibi kıymetli evrakların ve hisse senetlerinininde eşya veya mal kapsamı içinde güveni kötüye kullanma suçunun

---

[657] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Özel Hükümler s. 365; **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 271; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 522; Karşı görüş: **ÖNDER**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 22

[658] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Özel Hükümler s. 365; **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 271; **YEĞRİM**, s. 461; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 522 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 224, 225 ve 226. maddelerinde ölülerin yakılması ve bunun yöntemlerinin gösterilmesine, bunların özel kaplar içinde mezarlık dahilinde saklanmasının öngörülmesine dayanarak bu görüş insan küllerinin de ceset sayılacağını kabul etmektedir. Bu görüşe belki mantıkken hak verilse bile, buradaki yorumun artık zaten ceza hukukunda uygulanması sınırı tartışmalı olan amaçsal (gai) yorum niteliğinden çıkıp (bkz. **Asım KAYA**, Amaçsal Yorum, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:72, Sayı:4, (2014), s. 363- 383) kıyasa vardığı bile iddia edilebilir. 765 sayılı TCK sonrası 5237 sayılı TCK'da da bu hususa açıkça kanun koyucunun yer verilmemesi 765 sayılı TCK m. 178/2'deki hataların burada da tekrarlanması kabul edilemez bir durumdur. Yasa koyucunun bu tür hukuki tartışmalara yer vermemek babında TCK m. 130/2'yi daha açık düzenlemesi ve bu hususa da yer vermesi şarttır.

[659] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 300; Bununla birlikte burada da bir tartışma insanın doğal organlarının dışında ancak vücutla kaynaşmış organların örneğin takma organların eşya sayılıp sayılmayacağı hususundadır. Örneğin takma diş, sabit diş protezleri gibi. Bunlar bir görüşe göre eşya olarak sayılmazlar. (bkz. **ALŞAHİN**, s.12) Kanaatimizce ölüm neticesi bunlar insan bedeninden ayrılabildiğinden eşya olarak kabul edilip güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilmelidir. Buna karşın başka bir insandan alınıp, ilgili kimseye ölümü öncesi nakledilen böbrek gibi doğal organlar ise artık o insanın ayrılmaz doğal bir parçası olduğundan cesedin içinde ele alınıp TCK m. 130/2 kapsamında değerlendirilmelidir.

konusunu oluşturabileceği hem Yargıtay hem de doktrin tarafından kabul edilmektedir.[660]

bag. Fikri ve Sınai Haklar

Ceza Hukuku açısından fikri ve sınai hak kategorisinde yer alan marka, patent, telif vs. haklara ilişkin olarak, bu hakların güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturamayacağı doktrinde büyük ölçüde savunulmaktadır.[661] Zira bunlar yazılı hale getirilmiş ancak maddi yapıya kavuşturulmamış yani gayrimaddi mallar üzerinde kurulu olan haklardandır. İnsan zihninin, hayal gücünün meydana getirdiği eser niteliği taşıyan ürünlerdir.[662] Özel hukukta da eşya hukuku bağlamında bugün hâkim olan görüş fikir ve sanat eserleri ve buluşlar (icatlar) üzerinde bir mülkiyet değil, fikri ve sınai hak adı verilen başka bir kategori mutlak hakkın varlığını kabul etmektedir. Bu sebeple de bunlar eşya kavramının dışında tutulmaktadır.[663] Bu haklara ilişkin olarak da pek çok ülkede ayrı bir suç ihdası yapılmıştır.[664] Uluslararası

---

[660] Örneğin **Yargıtay 23. CD E: 2015/8119 K: 2016/7293 T: 6.6.2016** *"Sanığın katılanla akdetmiş olduğu bayilik sözleşmesi kapsamında üçüncü kişilere ciro edilmemek kaydıyla teminat maksatlı olarak almış olduğu 6 adet çeki, sözleşmedeki kayda aykırı olarak üçüncü kişilere ciro ettiği ve bu şekilde kendisine zilyetliği devrolunan çekler üzerinde devir maksadının haricinde tasarrufta bulunduğu iddia olunan olayda; Sanığın eyleminin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir...* (www.Kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 31.01.2017))*"* ; **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 298; **BULUTOĞLU** s. 44, 45; **HOHMANN**, StGB§246 Unterschlagung (bkz. Kn:§1), https://beck-online.beck.de/ ?vpath=bibdata/komm/MuekoStGB_3 _Band4/StGB/cont/MuekoStGB.StGB.p246.glI%2Ehtm#Y-400-W-MuekoStGB-G-StGB-P-246-GL-I-1(Erişim Tarihi: 15.12.2017) Karşı görüş için bkz. **AYTEKİN İNCEOĞLU**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, s. 52 Yazar hem hisse senetleri hemde bono poliçe gibi kıymetli evrakların bu suça konu olamayacağını savunmaktadır.

[661] **Faruk EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt III, Seçkin Kitabevi, Ankara, (1993) s. 2469; **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 299

[662] **Savaş BOZBEL**, Fikri Mülkiyet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, (2015), s. 4

[663] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 6

[664] Örneğin; bkz. Almanya'da Alman Telif Hakları Kanunu (UrhG) m. 106-111a (https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/ Erişim Tarihi: 20.04.2017); İngiltere'de Copyright, Design and Patents Act (1988) m. 107- 110 (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents Erişim Tarihi: 20.04.2017); Fransa'da Code de la propriété intellectuelle m. L-343-4, L-335-4, L-521-10 vd. Ayrı suç ihdası nedeniyle Fransa'da fikri ve sınai mülkiyet hakları, hırsızlık suçuna konu olmaz. Ancak güveni kötüye kullanma suçuna ülkemizin aksine konu olabilir. (Bkz. **ELIOTT**, French Criminal Law, s. 195; **PRADEL- JUAN**, s. 539) Hatta Fransız Yargıtay'ı zilyetlik ve mülkiyet kurmaya elverişli bütün taşınır gayri maddi eşyaların bu suça konu olacağını kabul etmektedir. Örneğin; **Fransız Yargıtay'ının. (Cass.crim.) 22 Eylül 2004 tarihli 04-80.285 nolu kararı**: Bir bilişim teknolojileri şirketinde işverenin mülkiyetindeki bir projenin üçüncü kişinin yararına olarak bu işyerinden ayrılan ve bu projeden sorumlu kadroda yer alan işçi tarafından yeni işyerinde kullanılmasını güveni kötüye kullanma suçu olarak değerlendirmiştir. Esasında 1810 Fransız Ceza Kanunu zamanında meşhur 408.madde bu suç açısından belli eşyanında maddi bir varlığa sahip olmasını şart koşmaktaydı. Bu sebeple buna benzer bir olayda Fransız Yargıtay'ı 9 Mart 1987 tarihli bir kararında güveni kötüye kullanma suçun şartlarının oluşmadığına hükmetmiştir. Ancak şimdiki Fransız Ceza Kanunu bu konunda böyle bir sınırlama öngörmemiştir. Bu durum bazılarınca küçük bir devrim olarak adlandırılmaktadır. (**OLLARD**, L'extension de l'abus de confiance aux choses fongibles ou l'histoire d'une petite révolution (tout en douceur), s. 493 https://www.lextenso.fr

Sözleşmelerle de bu konuda ülkelere yükümlülükler getirilmiştir.[665] Ülkemizde de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK), Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, Türk Ticaret Kanunu'nun da fikri ve sınai haklar yönünden ayrı suçlar ihdas edilmiştir. Buna göre kendisine emanet olarak bırakılan kitap taslağını; telife aykırı şekilde izinsiz olarak kopyalayıp satan kimse güveni kötüye kullanma suçundan değil, FSEK'in 71. maddesinde öngörülen suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Aynı şekilde bir bilgisayar programını da kopyalayıp satan kimse bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Yetkisi olmadığı hâlde marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletilmesi veya bu hakları üçüncü kişilere devredilmesi; başkasına ait marka hakkına iktibas veya iktibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet

---

/lextenso/ud/urn%3ARDC114n3 Erişim Tarihi:20.12.2017) Ancak tabii bu karara bir eleştiri de vardır. **VERON**, kafası fikirlerle dolu bir işçinin eski işyerinden ayrıldıktan sonra yeni çalıştığı işyerinde geçmişte elde ettiği mesleki deneyimlerden yararlanabilmesinin hapis riskini göze almadan olmayacağını söylemeli miyiz? sözleriyle eleştirmektedir. (Bu karar ve eleştirisi için bkz. **Michel VERON**, Le détournement d'un « projet », Droit pénal n° 12, Décembre 2004, comm. 179, Commentaire par Michel VÉRON http://www.lexisnexis.com/fr/droit/auth/checkbrowser.do;jsessionid =336E5EF964B577DDB666D88CD0811A45.ewyMX9a9SYch6kmFXpqnDA?ipcounter=1&cookieState=0&rand=0.4066176424029043&bhcp=1 (Erişim Tarihi: 20.12.2017) Hatta bilgiden bir müşteri listesinin bağlı olduğu işverenden sisteme gerilip gizlice alınması veya kopyalanmasında bile eğer maddi kazanç elde edilecekse ve işverenin ilgili eşyadan yararlanması engelenecekse bu suç oluşabilecektir. Örnek Cass. Crim., 22 Ekim 2014, n° 13-82630 (Bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi &idTexte=JURITEXT000029631597 Erişim Tarihi:20.01.2018 ayrıca **Guillaume BEAUSSONIE**, La dématérialisation de l'abus de confiance, AJ Pénal (2017) s. 218 bu makaleye http://www.dalloz.fr adresinden ulaşılabilir. Erişim Tarihi 20.01.2018) bahse konu kararda çalıştığı işyeri, müşteri topluluklarına ait mesleki bilgileri kopyalayıp kendi menfaati için kullanan kişi için güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna hükmetmiştir. Bununla birlikte burada bilgi mahiyeti taşımayan bir telekomünikasyon şirketi müşterilerinin yönlendirilmesine yönelik çalışan eylemleri bu suçu oluşturmaz. Zira müşteri topluluklarının (clientèle) bizzat kendisi eşya olarak kabul edilmez. (bu yönden güveni kötüye kullanma suçunun oluşmayacağına dair karar için bkz.**Fr.Yrgt. (Cass.Crim.) 16 Kasım 2011, n° 10-87.866 nolu karar** ve bu kararın değerlendirildiği **Michel VÉRON**, Détournement de clientèle ou d'informations sur la clientèle? Commentaire par Michel Véron, Droit pénal no:1, comm. 1, Janvier, (2012), https://www.lexisnexis.com/fr/droit/auth/ checkbrowser.do?ipcounter=1&cookie State=0&rand=0.24827124160742742&bhcp=1 (Erişim Tarihi:27.12.2017) Buradaki eşya malvarlığı bu müşteri topluluklarına ilişkin bilgilerdir. Almanya ve Avusturya'da ise suçun nitelikli hali diyebileceğimiz (Av.CK m. 153 ve Alman CK. m.266) maddelerde açıkça "malvarlığı" ifadesine yer verildiği için bu durumda gayri maddi eşya olarak kabul edilen fikri ve sınai mülkiyet hakları güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilecektir. İsviçre'de ise güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini düzenleyen İsv.CK. m. 138/2. Maddeye gayrimaddi eşyaların, fikri mülkiyet haklarının konu olabileceği de kabul edilmektedir.Bkz. **Günter STRATENWERTH- Guido JENNY- Felix BOMMER**, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil-I: Straftaten Gegen Individualinteressen (bkz. Kn: §55), Stampfli Verlag AG Bern, Siebente Auflage, (2010), s. 312- 313

[665] **BOZBEL**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 9,22. Bu alandaki hakları koruma anlamında Wipo, Unesco, Trips ve AB Bünyesinde yer alan Patent ofisi (Epoi), Marka ve Tasarım Ofisi (OHIM), Avrupa Adalet Divanı (ATAD) çatı kuruluş olarak görevlidir. 1883 tarihli Paris,1886 tarihli Bern, Dünya Ticaret Örgütü anlaşmasına ek Trips, Wipo Sözleşmesi (1996),1961 Roma Sözleşmesi,1952 Dünya Telif Hakları Sözleşmesi en önemli uluslararası temel anlaşmalardır. Almanya'da ise 1965 tarihli "Telif Hakkı ve Komşu Hakların Korunması Hakkındaki Kanun" bu konudaki karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere örnektir.

sunulması halinde de Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 29. ve 30.maddesindeki hükümler çerçevesinde işlem yapılacaktır. Bunun dışında Sınai Mülkiyet Kanunu ve FSEK'te cezai hüküm bulunmaması halinde izinsiz kullanıma ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 55. ve 62.maddesindeki haksız rekabet hükümleri çerçevesinde de cezalandırma yapılabilecektir. Buna karşın bu türden fikri veya sınai haklar bir firmanın ekonomik, ticari sırrı niteliğindeyse bu sırrı içeren bilgi ve belgeler yetkisiz olarak bilgi ve belgeler açıklanmış veya üçüncü şahıslara verilmişse "ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu" (TCK m. 239) oluşacak olup[666] bu yönden de cezalandırma yapılabilecektir.

Ancak bir fikri ve sınai hakkın somutlaştığı eşya varsa bu durumda bu maddi eşya güveni kötüye kullanma suçunun konusunu pekâlâ oluşabilir. Örneğin, bir fikri hak içeren depolama aygıtının veyahut prototipin veya kâğıdın, sahibinden izinsiz olarak birine verilmesi halinde veyahut aynı zamanda FSEK bağlamında korunan güzel sanat eseri sayılan tablonun, bir başkasına sahibinden izinsiz satılması halinde[667] ise maddi bir varlık niteliği kazanmış bir eşya söz konusu olduğundan güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. [668]

bb. Misli Eşyalar.

Özel hukuk bağlamında alışverişlerde sayma veya tartma veya ölçme ile belirli hale gelen eşyaya misli eşya[669], buna karşın alışverişte ferden tayin edilmesi gereken eşyaya gayri misli eşya[670] adı verilmektedir. Buğday, pirinç, portakal, zeytin yağı misli eşyaya örnektir. Para da misli eşya olarak değerlendirilir. Buna karşın araba, tablo, elbise ve taşınmazlar gayri misli eşyaya örnektir.

Gayri misli eşyalarda, misli eşyalar da hırsızlık, mala zarar verme gibi çeşitli malvarlığına karşı suçların konusu olabilir. Gayri misli eşyalar güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturmakla beraber, misli eşyanın bu suçun konusu

[666] **İlker TEPE**, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK M. 239/1-3), Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:14 Aralık, (2010), s. 106, 112 İlgili makaleye ulaşım için bkz. https://jurix.com.tr/article/2974 (Erişim Tarihi:25.01.2018)
[667] **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt III, s. 2469
[668] Bununla birlikte güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinde özellikle failin mağdur olan gerçek veya tüzel kişinin mallarını idare etme yetkisinden kaynaklanan güveni kötüye kullanma suçunda fikri ve sınai hakların, alacak hakkının bu suçun kapsamı dışında tutulması kanaatimizce çok hatalıdır. Bu konudaki eleştirimizin nedenleri suçun nitelikli hallerinde belirtilmiştir. (Bkz."Suçta Cezayı Ağırlaştıran Nitelikli Haller" başlığı altındaki kısım)
[669] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 11
[670] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 11

olabileceğine ilişkin ne 765 sayılı ne de 5237 sayılı TCK'da bir açıklama bulunmaktadır. Bununla birlikte mülga 765 sayılı TCK'nın 1889 tarihli İtalyan CK'sından hazırlandığı ve bu yasada misli eşyanın suç konusu olabildiği kabul edildiğinden Türk hukuku açısından da durumun aynı olduğu kabul edilmektedir.[671] Diğer taraftan 765 sayılı TCK'nın 508. maddesinde değişiklik yapan 1933 tarihli 2275 sayılı kanunla ilgili değişiklik gerekçelerini açıklayan Adliye Encümeni Mazbatasında misli eşya olan paranın emniyeti suiistimal suçuna konu teşkil edebileceği açıkça belirtilmiştir.[672] Yargıtay içtihatları da aynı yöndedir.[673] Bu

---

[671] **CENTEL- ZAFER– ÇAKMUT**, s. 435

[672] 765 sayılı TCK'da 508. maddede değişiklik yapan 1933 tarihli 2275 sayılı kanun ile ilgili bu tadilatın sebebini gösterir Adliye Encümeni Mazbatası*: "…emanet ve vedia olarak bir şahsa teslim edilen* ***para olsun sair mal olsun*** *bir şeyin satılması, rehnolunması ve sarf ve istihlâk edilmesi ketim ve inkâr olunması yahut tahvil ve tağyir edilmesi emniyeti suiistimal cürmünü teşkil edeceği yolunda açık ifade ile 508 inci madde kaleme alınmıştır…"* İlgili mazbata için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c016/tbmm04016066.pdf (Erişim Tarihi:31.07.2016); ayrıca bkz. **DURSUN**, s. 15-16

[673] **Yargıtay CGK E: 1984/9-212 K: 1984/414 T: 3.12.1984** *"…Şikayetçinin ücret vererek öğüttürüp geri getirmesi için çiftçi olan sanığa teslim ettiği buğdayların bir bölümünü, sanığın kendi hesabına satmasından oluşan eylemine TCK'nın 508. maddesi* (5237 sayılı TCK m. 155) *uygulanmalıdır…*" (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 06.01.2015)

Yargıtay 5.CD E: 2013/9189 K: 2015/12013 T: 1.6.2015 *"İddianame içeriğine göre özetle; "Sanığın Yukarıyapıcı köyü muhtarı olarak görev yaptığı, 2004 yılında Yukarıyapıcı, Aşağıyapıcı, Belkıs, Çeltikçi, Hamamlı köylerinin katılımı ile kooperatif kurulduğu, kooperatife üye köy halkından hane başı 25 TL para topladıkları, kooperatifin 2009 yılı Temmuz ayında fesh edildiği, hesabında bulunan paraların üye köylere dağıtıldığı, Yukarıyapıcı köyüne de 11.507 TL pay düştüğü, sanığın bu payı köy halkına dağıtmak yerine köye ait borçların ödenmesinde ve köye ait bir binanın onarımında kullandığı," iddia edilmiş ve sevk maddesi olarak 5237 sayılı TCK'nın 257/1. maddesi gösterilmiş ise de, niteleme ve anlatımın güveni kötüye kullanma suçuna ait olduğu, Yargıtay Kanununun 14. maddesi ve yukarıda açıklanan Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu kararlarında ortaya konan ilkeler doğrultusunda, tesis edilen hükmün incelemesini yapmakla görevli dairenin belirlenmesinde, yanlış gösterilen sevk maddelerinin değil vasfı iddianame metninde açıkça anlatılan güveni kötüye kullanma suçunun dikkate alınması gerektiği…"*(www.kazanci.com Erişim Tarihi:19.12.2015)

Yargıtay 5. CD E:1980/4026 K: 2980/4370 T: 30.12.1980 *"… Görev nedeniyle olmayıp, gördüğü hizmet nedeniyle kendisine başkalarınca teslim edilen parayı kendi yararına harcayan muhtarın eylemi; zimmet suçunu değil, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur…"*

Yargıtay 6.CD E: 1976/7232 K: 1976/7194 T:16.12.1976 *"…03/06/1976 tarihli bilirkişi raporuna ve tanıkların iddiayı doğrulayan beyanlarından anlaşılan oluşa göre sanığın müdahil adına sattığı ekmekler için aldığı paraları müdahile vermeyerek, ekmek bedeli verenleri borçlu göstermek suretiyle müdahilin inancını kötüye kullanma suçu gerçekleştiği halde isabetli bulunmayan düşüncelerle olayın hukuki mahiyette bulunduğundan bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi…"*

Yargıtay 6. CD E: 1976/1475 K: 1976/1392 T: 26.2.1976 *"…DAVA : Kendisine Z. tarafından verilen vekâlete dayanarak sattığı arazi bedellerini teslim etmeyerek adı geçenin inancını kötüyle kullanmaktan sanık M. hakkında yapılan duruşma sonunda : Olay hukuki mahiyette görüldüğünden sanığın beraatine dair Adapazarı 1 inci Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 22/01/1976 tarihli hükmün temyizen tetkiki müdahil Z., A., M. tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığı yüksek makamından bozma isteyen 18/02/1976 tarihli tebliğname ile 24/02/1976 gününde daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü:*
Karar: Müdahile ait gayrimenkulü parselleyerek satmasına tevkil edilmek suretiyle yetki verilen M.'nin sattığı parsellerden aldığı parayı davacıya vermeyerek şahsi yararına kullanmış olduğu şikâyeti doğrulayan sanığın açık ikrarı, tanık beyanları ile anlaşıldığı halde isabetli bulunmayan düşüncelerle anlaşmazlığın hukuki nitelikte olduğundan bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi…"

şekilde teslim edilen malın belli bir miktarında dahi rıza hilafında tasarrufu güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Bununla birlikte kendisine verilmiş misli malı harcayıp da bunun yerine talep zamanı gelince aynı miktarda, değerde ve aynı kalite de malı birebir teslim eden kimse için bir zarar veya zarar tehlikesi meydana gelmediğinden güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. [674]

Örneğin 5 ton fındığı bir arkadaşına emanet eden kimse için, emanet edilen kimse bu 5 ton fındığı veya bir kısmını satıp, talep zamanında aynı kalitede, aynı değerde aynı miktarda fındığı temin ve teslim ederse olayda suç oluşmayacaktır. Ancak talep zamanı aynı kalitede malı temin etmezse suç oluşacaktır.

Diğer taraftan aynı miktar, aynı değerde ve evsafta malın temin edilmesinin imkânsız olması veyahut teslim edilen misli malın hem maddi hem de manevi anlamda paha biçilemez değerinin olması halinde bu suç oluşacaktır. Bir arkeoloğun kazısında bulduğu dört kilogramlık 4.000 yıl öncesine ait Hititlerden kalan buğday tohumlarını resmi makamlar gelene kadar bir arkadaşına emanet etmesi halinde bahse konu misli eşyanın kısmen veya tamamen aykırı kullanımı buna örnek verilebilir. Zira bahse konu eşya misli eşya olsa bile bilimsel manada yeri doldurulmayacak, paha biçilemeyecek niteliktedir. Yerine maddi ve manevi anlamda bu nitelikte bir malın temin edilmesi imkânı bulunmamaktadır.

bc. Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmiş Eşyaların Durumu

Türk Hukuku'nda, Alman Hukuku'ndakine benzer şekilde kanunen üzerinde mülkiyet ve zilyetlik kurulması yasaklanan veya ahlaka aykırı kabul edilen kumar,

---

(Bu yukarıdaki son 3 içtihat içinde bkz. **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 410 ve www.kazanci.com Erişim Tarihi: 06.12.2015) Karşı görüş için bkz. Değişik bir görüş için bkz. **AYTEKİN İNCEOĞLU,** s. 51 Yazar paranın, bir paranın bir zarf içerisinde teslimedilmesi ve aynen geri istenmesi durumu haricinde güveni kötüye kullanma suçuna konu olamayacağını savunmaktadır. Zira yazara göre tahsil yetkisi verilen bir kimsenin tahsil ettiği parayı iade etmemesi durumu da dahil kişi parada karışma ile paranın mülkiyetini kazandığından güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz.

[674] Aynı görüşte **CENTEL- ZAFER – ÇAKMUT**, s. 436; Karşılaştırmalı hukuk açısından bakarsak Fransız Yargıtay'ı da aynı görüştedir. Örneğin**, Fr. Yrgt**.**(Cass.crim.), 22 Şubat 2017 tarihli ve N°: 15-85799 sayılı kararına** konu olayda bir çift bir yatırım firmasına konut proje finansmanında kullanılmak 4 ay sonra geri alınmak ve %5 faizli 660.000-Euro para yatırmış ancak ne bu parayı ne de faizini belirtilen sürede alamamışlardır. Bu paranın çiftin arzuladığı şekilde değerlendirilmediği ortaya çıkmış ve mahkeme amaç dışı kullanım nedeniyle firma yetkilisini parayı anlaşıldığı şekilde kullanılmadığından bahisle bu suçtan mahkûm etmiştir. Yüksek mahkemede kararı onamıştır. Karar için bkz. https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn%3AJURITEXT000034086079 (Erişim Tarihi: 25.12.2017); **Romain OLLARD**, L'extension de l'abus de confiance aux choses fongibles ou l'histoire d'une petite révolution (tout en douceur), Issu de Revue des contracts, septembre, (2017), s. 493 https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn:RDC114n3 (Erişim Tarihi:26.12.2017)

fuhuş, uyuşturucu ticareti gibi amaçlara hizmet eden değerler malvarlığı içinde değerlendirilemez. Bu değerler güveni kötüye kullanma suçuna konu olamaz.[675] Ancak kanunlar dâhilinde mülkiyet hakkına konu olup, üzerinde zilyetlik kurulabilecek fakat somut olayda idari işleme tabii bir suçun konusunu oluşturan eşyalar güveni kötüye kullanma konusunu oluşturabilir.[676]

Bununla birlikte buradaki esas tartışmalı husus kanunen üzerinde mülkiyet veya zilyetlik kurulmaya elverişli bir eşyanın hukuka aykırı bir amaç gözetilerek faile devri halinde bu suçun oluşup oluşmayacağı sorunudur. Örneğin kanunen alımı satımı yasak uyuşturucu madde güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Ancak bir kimsenin kapsülünden uyuşturucu yapıp kullanmak amacıyla ekip, büyütüp, hasat etmek üzere 5 kg haşhaş tohumunu faile devri, failin bu tohumları ekmeyip ekmek yapımında kullanması durumunda ne olacaktır? Ekmek, kurabiye, çörek yapımı için haşhaş tohumunun ticareti ve satımı serbesttir. Ancak ülkemizde bu tohumların ekilmesi, dikilmesi devlet iznine tabii ve haşhaş kapsüllerinin devletten izinsiz satımı, ticareti yasaktır. (TCK m. 188,191 ve 3292 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun m. 2,4)

Bir görüşe göre, böyle bir durumda güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Zira Borçlar Kanunu'na göre bir sözleşmenin konusu yasanın emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişisel haklara aykırı olamaz. Aksi halde sözleşme batıl olacaktır. Dolayısıyla zilyetlik devri de gerçekleşmeyecektir. Bu nedenle bu görüşe göre hukuk düzenine aykırı düşen güven ilişkisi korunamaz.[677]

---

[675] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 633

[676] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 633 "*Örneğin yurtdışından getirilip gerekli gümrük işlemleri yapılmadan yurda sokulan eşyalar, ruhsata tabii olarak değerlendirilecek silah bu kapsamda değerlendirilebilir…"*

[677] **M. Kemal OĞUZMAN**, Emniyeti Suistimal Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, Ekim 1951 Cilt: XXV Sayı:10 Ayrı Bası s. 8 Yazar bu görüşü savunmakla birlikte ayrıca bu konuda Yargıtay'ında aynı görüşte olduğunu belirtmektedir. Yargıtay 4.CD 29.11.1949 E:13740 K:15206 *"...Döviz kaçakçılığı yapmak için gayrimeşru, gayri kanuni maksat uğruna tevdi edilmiş olan paranın emniyeti suiistimal suçunu teşkil etmeyeceği ciheti düşünülmeden yanlış şekilde mahkûmiyet kararı verilmesinin yolsuz olduğuna… oy çokluğuyla"* Aynı dairenin bu şekilde benzer içtihatlarının bulunduğu **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler kitabında s. 508 zikredilmekle birlikte bu kararlar bu yazarca **OĞUZMAN**'ın aksi yönde eleştirilmektedir. Buna karşın **OĞUZMAN** ile aynı görüşte **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt:1, s. 438; **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler" s. 633; **DURSUN**, s. 20; **ELÖVE**, Emniyeti Suiistimal Cürmü, s. 276; İlaveten Almanya'daki hukukçularda, yüksek mahkemesi de benzer görüştedir. bkz. **Al. Yrgt. (BGH) 3.Ceza Dairesi (3 StR) 137/03 -7 Ağustos 2003 tarihli kararı** https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/03/3-137-03.php3 (Erişim Tarihi: 15.12.2017) Ayrıca hırsızlık suçu için Alman MK 859/2'de bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaktadır. Eğer zilyedin malı hukuka aykırı şekilde elinden alınmışsa zilyet suçüstü yakaladığı ya da takip ettiği kişiden malı almak için güç kullanabilir.

Diğer bir görüşe göreyse bu suçla korunan hukuki değer olan güven ilişkisi kaynağını hukuki değil, insanlar arasındaki fiili ilişkiden almaktadır. Bu yönden de hukuki ilişkiden bağımsızdır. Bu anlamda ceza hukuku koruması fiili ilişkiye bağlı olup hukuki ilişkinin geçersizliğinin bu durumu etkilemesi düşünülemez. Bu bağlamda korumanın bu şekilde kaybedilmesi ceza hukukunun mantığına ters düşer. Bu nedenle bu halde dahi güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.[678]

Bu ikinci görüşe katılmak kanımızca mümkün değildir. Zira ceza hukuku bağlamında güven ilişkisi hukuki ilişkiden bağımsız olsa da güven ilişkisi kanunca hukuki değer olarak korunmaktadır. Oysaki böyle bir ilişkinin bu hukuk bağlamında korunması ve himayesi hukuki değere uygun değildir. Toplum nezdinde zarara neden olacak ve kamu düzenini bozacaktır. Yine böyle bir korumayla hukuka aykırı işlemlerde teşvik edilmiş olur ki bunun ceza hukukunun amacıyla bağdaşır bir niteliği bulunmamaktadır.[679] Bu nedenle kanaatimiz ikinci görüşün aksine bu durumda, güveni kötüye kullanma suçunun oluşmayacağı yönündedir.

Diğer taraftan bir tartışmalı hale daha bakmak gerekir. Hukuk düzeni ile çatışma halinde olmayan kimi hallerde, ceza kanununda düzenlenmese dahi hukuka aykırılık söz konusu olabilir. Örneğin ruhsatlı tabancasını bir kimseye emanet eden malikin sonradan depresyona girip intihar etmek amacıyla tabancayı verdiği kimseden istemesi; bu durumu sezen emanetçinin tabancayı vermemesi buna örnek gösterilebilir. Bu durumda bir kimsenin intiharı TCK'ya göre suç olmamakla birlikte hukuka aykırı bir fiildir. Bu halde de kanımızca güveni kötüye kullanma suçu

---

(bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3584) Ancak **Al.Yrgt. (BGH) 4.Ceza Dairesi (4 StR) 92/15 – 21 Nisan 2015 tarihli kararında** kanunen yasak narkotik maddeyi elinden alan kişiye karşı bu maddenin dayanak olarak kullanılamayacağını, kanunen yasak uyuşturucu maddelerinin ceza normları ile himaye edilemeyeceğini belirtmiştir. (bkz. https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/15/4-92-15.php Erişim Tarihi:15.12.2017) Ayrıca **Roland SCHMITZ**, StGB § 242 Diebstahl (bkz. Kn:§18), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB Band 4: §§ 185-262, 3. Auflage, (2017) s. 1571- 1638 Kitabın internet sürümüne ulaşılmıştır. bkz. https://beck-online.beck.de/
?vpath=bibdata/komm/MuekoStGB_3_Band4/StGB/cont/MuekoStGB.StGB.p242.glA.glI.gl1.gld.htm (Erişim Tarihi: 15.12.2017)

[678] **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hükümler, s. 695; **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 508; **MERAKLI**, s. 1680, 1681; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 413; **BULUTOĞLU**, s. 118, 119

[679] **DURSUN**, s. 21 *"...örneğin; mafya tipi bir örgütlenmede, mafya lideri, üyelerine hukuka aykırı işlerini yaptırmak için para tevdi veya teslim ettiğinde, mafya üyesi, cezalandırılma korkusu içinde, parayı tevdi amacına uygun kullanacak, ihanet kaygısı taşımayan mafya lideri, bu himaye sayesinde, işlerini daha kolay yürütebilecektir..."*

oluşmaz.[680] Zira burada hareket kendisine veya bir başkasına menfaat temini için yapılmıştır. Öte yandan bu olayda öne sürdüğümüz düşüncenin aksine olarak suç unsurlarının meydana geldiği kısacası güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu ancak kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak TCK m.25/2'de öngörülen üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin oluştuğu da[681] ileri sürülebilir.

Buna karşın hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olsa bile bir paranın yasanın izin verdiği bir işi görmek üzere ilgilisine teslimi halinde örneğin bir mafya liderinin suçtan, uyuşturucudan elde ettiği para ile bir oteli satın almak turizme yatırım yapmak üzere parayı kendi adamına parayı teslimi onun ise bu parayı alıp amaç dışı tasarrufta bulunması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

Aynı şekilde toplumda ahlaka aykırılık tartışmalarına konu olsa bile kanunun izin verdiği bir kısım hallerde bulunmaktadır. Örneğin piyango, şans ve bahis oyunlarının ahlaka aykırılığı ülkemizde kimi çevrelerde tartışma konusuyken yasal mevzuat buna izin vermektedir. Bu durumda kendisini adına bahis oyunu oynamak üzere mağdurca faile bir paranın teslimi ancak failin hukuka aykırı tasarrufta bulunması halinde de güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

Son olarak tartışılması gereken husus transit olarak yasal yollarla bu malların geçişlerine ilişkindir. Örneğin Hollanda gibi bazı ülkelerde esrar, marihuana gibi uyuşturucu maddelerin belli şartlarda kullanımı ülkemizin aksine serbesttir. Bu durumda Afganistan veya Kolombiya'dan resmi ithalat belgeleri ile Hollanda'ya gidecek bir mamülü üreticinin bir şoföre teslimi, bu şoföründe Türkiye'den (yasal transit rejimine tabii) transit geçmesi gerekirken bu malı alıp üretici veya alıcı ile sözleşmesine aykırı şekilde Türkiye içinde satışa sunması veya hukuka aykırı tasarrufta bulunması veya malın Türkiye'de çalınması, bu kişilerinde Türk makamlarına ilgililerin cezalandırılması için başvurması halinde ne olacaktır. Bu

---

[680] **ANTOLISEI**, Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar, s. 81; Öte yandan TBK m. 81'e göre *"hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen eşyada geri istenemez. Bu durumda adam ölüdürmek için verilen bir silah fiil icra edildikten sonra geri istenirse silahı elinde bulunduran iade etmezse bu suç oluşmaz "*(Bkz. **Zafer İÇER**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu (m. 155), Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141- 169), Adalet Yayınevi, Ankara, (2018), s. 171

[681] Bu konuda bkz.**Zeki HAFIZOĞULLARI**, Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma, Cilt:28,Sayı:1,1971, s.121,122,124-125; **Çağrı KAN**; Üçüncü Kişi Lehine Zorunluluk Hali, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3,(2015), s. 51,52,61

durum tartışmalıdır. Bir kısım Alman hukukçularının kanaati[682] bu halde mevzuattaki açıklar nedeniyle her ne kadar geçtiği ülkede yasak mamül bile olsa bu kişinin haklarının korunacağı ve bu hareketi yapan kişinin duruma göre hırsızlık veya güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılacağı yönündedir. Bu görüşü bizde benimsemekteyiz.

bd. Taşınmaz Malların Durumu

TMK m. 704'de taşınmaz mülkiyetine konu taşınmaz mallar arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olarak belirtilmektedir. Doktrinde yalnızca taşınır malların güveni kötüye kullanma suçu konusu olabileceğine dair görüşler bulunmaktadır. [683] Bu görüş gerekçe olarak taşınmaz malların zilyetliğinin devredilemediğini ve mülkiyet devrinin ancak tapu siciline tescil ile mümkün olduğu için bu suçun oluşmayacağını iddia etmektedir. Nitekim pek çok ülkenin ceza kanunlarında güveni kötüye kullanma suçunun ancak taşınır mallarda işlenebileceği belirtilmektedir. Brezilya, Almanya, Romanya ve İsviçre ceza kanunları buna örnektir.[684]

Avusturya'da ise aynen TCK'da olduğu gibi güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi açısından taşınır ve taşınmaz mallar yönünden herhangi bir ayrım bulunmamaktadır. Buna karşın Avusturya'da doktrinde bu suçun taşınmaz mallar için işlenemeyeceği kabul edilmektedir.[685]

Ülkemizde ise tapulu ve kadastrolu taşınmazlar için zilyetlik devri mümkün değildir. Ancak yine de doktrindeki çoğunluk ve Yargıtay taşınmazların güveni kötüye kullanma suçu oluşturmayacağına ilişkin görüşe katılamamaktadır. Zira

---

[682] **SCHMITZ**, StGB § 242 Diebstahl (bkz. Kn:§18), https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MuekoStGB_3_Band4/StGB/cont/MuekoStGB.StGB.p242.glA.glI.gl1.gld.htm (Erişim Tarihi: 15.12.2017)

[683] Örneğin **YAZICIOĞLU**, Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, s. 774 *"...hemen söyleyelim ki maddede belirtilen "zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde" deyimi ancak taşınır mallar için söz konusu olabilir, zira taşınır malların zilyetliği devrolabilir; taşınmaz malların zilyetliğini devretmek mümkün değildir..."* **DÖNMEZER** , Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 510; **ELÖVE**, s. 452 ;**OĞUZMAN**, s. 5; **Zeki HAFIZOĞULLARI**, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt:-II ,Turhan Kitabevi, Ankara, (2010), s. 2765; **Zeki HAFIZOĞULLARI- Günal KURŞUN**, Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı" ,Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul (2008) s. 145-176 Ayrıca bu makaleye diğer ulaşım adresi için bkz. www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/mal.doc (Erişim Tarihi: 03.08.2015)

[684] **ÖNDER**, s. 409

[685] **ÖNDER**, s. 409

ülkemizde tapulu taşınmazlar yanında kadastrosuz ve tapusuz taşınmazlar da mevcuttur. Bu taşınmazlar için zilyetlik devri mümkündür. Tapusuz ve kadastrosuz taşınmazlar, taşınır eşya hükümlerine tabiidir.[686]

Kaldı ki mesela tapulu ve parselli bir tarlanın kısmen de olsa mülkiyet hakkı dışında işletmesinin devri mümkündür. Bir taşınmazın anlaşmaya aykırı şekilde kullanımı da güveni kötüye kullanma suçu teşkil edebilecektir.[687] Nitekim kanunun gerekçesinde de (bkz. TCK m. 155.gerekçesi) hem taşınır hem taşınmaz malların güveni kötüye kullanma suçu konusu olabileceğini açıkça belirtmektedir. Bu sebeple kanımızca güveni kötüye kullanma suçunda taşınırlar yanında, taşınmazlar özellikle tapusuz taşınmazlar da suça konu olabilir. [688]

Buna karşın Yargıtay'ın doğrudan tapulu taşınmazlarda, üstelik mülkiyet hakkının da zilyetlikle tapuda faile devrine karşın, güveni kötüye kullanma suçuna konu olabileceğine ilişkin katılmadığımız bazı kararları bulunmaktadır. Mesela Yargıtay 15.CD E. 2013/15297 K. 2015/30352 T: 21.10.2015 sayılı ilamına[689] konu olayda sanığın bankadan kredi çekmek istediği fakat teminatı yetmediğinden mağdurdan teminat maksatlı tapudaki taşınmazını kendisine devrini istediğinden

---

[686] Aynı görüşte **DURSUN,** s. 14 *"İleri sürülen gerekçelerin en önemlisi, gayrimenkullerde mülkiyetin tapa sicili ile korunması, dolayısıyla emniyeti suiistimal suçunu oluşturan fiillerin gayrimenkul mülkiyetini ihlal kabiliyetini haiz olmamasıdır. Ancak, bu neden, ülkemizdeki tapulu gayrimenkuller açısından geçerli sayılabilirse de tapusuz gayrimenkuller için geçerli değildir. Bu nedenle tapusuz gayrimenkuller, bu suça konu olabilirler…"*

[687] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 435 *"… örneğin bir tarlanın bir kişiye kiralanması halinde zilyet anlaşmaya aykırı olarak başka bir ürün eker ve malikin birkaç sene sonra ekmeyi düşündüğü ürün için toprağı verimsiz kılarsa güveni kötüye kullanma suçu gerçekleşmiş sayılmalıdır…"*

[688] **MERAKLI**, s. 1667; **BULUTOĞLU**, s. 56

[689] **Yargıtay 15.CD E: 2013/15297 ve K: 2015/30352 T: 21.10.2015** *"…Sanık ile katılanın daha öncesinde komşu oldukları, sanığın ticari işlerinin kötü gitmesi sebebiyle kredi çekmek istediği, gösterecek teminatı olmadığı için katılandan Atatürk Mahallesi Timaş Yapı Kooperatifinde bulunan dairesini çekeceği krediye teminat olarak göstermek amacıyla kendi üzerine geçirmesini istediği, bunun üzerine söz konusu dairenin önce sanığın annesi Gülsüm üzerine daha sonradan sanık üzerine devredildiği, bir süre sonra katılanın, dairesinin bir başkasına satıldığını öğrendiği, bu şekilde sanığın katılana ait olup bankadan çekeceği kredi için teminat olarak göstermek üzere kendisine devredilen daire üzerinde dairenin devri amacı dışında tasarrufta bulunduğu anlaşılan olayda, güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiş, TCK'nın 73/2. maddesine göre, altı aylık şikayet süresinin şikayet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren başlaması, katılanın da sanığın suça konu daireyi 23.07.2009 tarihinde Sultan Mişe isimli şahsa satması ve sonrasında Erdal Mişe'nin katılandan dairenin anahtarını istemesi üzerine, durumdan haberdar olan katılanın 01.09.2009 tarihinde altı aylık süre içerisinde şikayetçi olması karşısında, tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.*
*SONUÇ: Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanığın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün ONANMASINA, 21.10.2015 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi… "*Üyelerden biri karara işbu eylemin cezai değil hukuki bir mahiyet arz ettiğinden bahisle muhalefet etmiştir. (www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:02.07.2016)

bahsedilmiştir. Neticede sanık mülkiyeti tapuda önce annesine sonra kendisine devredilen taşınmazı mağdurla anlaşmasına aykırı olarak bir başkasına satmıştır. Yargıtay'da yerel mahkeme gibi sanığın bu eylemini oy çokluğu ile "güveni kötüye kullanma suçu" olarak değerlendirmiştir. İşbu Yargıtay kararının açıkça hukuka ve kanunlara aykırı olduğu kanaatini taşımaktayız. Zira tapulu bir taşınmazın bir başkasına tapuda devri ile mülkiyet o kimseye geçeceğinden eylemin güveni kötüye kullanma suçu olarak değerlendirilmesine imkân bulunmamaktadır. Devrin geçersizliği öne sürülebilse de resmi senet niteliğindeki tapu kayıtlarının aksi sabit olana kadar geçerli olduğu kabul olunur. (TMK m.7) [690]

Kaldı ki işbu olayda mağdur tarafından, sanığa fiili bir teslimde yapılmamış, bahse konu taşınmaz fiilen mağdurun üzerinde kalmıştır. Fiili teslim şartı gerçekleşmediğinden güveni kötüye kullanma suçunun oluşamayacağı açıktır. Bu sebeple de bu olayda ve bu tapulu taşınmazda TCK'nın 155. maddesinde bu şekilde geniş biçimde de yorumlanamaz. Ancak sanığın hile ile karşı tarafı hataya düşürdüğü (aldattığı) hususu düşünülerek bu eylem dolandırıcılık suçu olarak (TCK m. 157) değerlendirilebilir veya muhalefet şerhine aynen iştirakle bu yapılan eylemin cezai değil, hukuki mahiyet arz ettiği, özel hukuk bağlamında tazminat talebinde bulunulması gerektiği düşünülebilir.

be. Eklenti veya Bütünleyici Parça Niteliğindeki Eşyalar

Eklenti ve bütünleyici parçanın tanımı TMK.'da yapılmıştır. Bu kanuna göre *"Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır."* (TMK m. 684/2)

Eklenti ise *"asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülenen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır."* (TMK m. 686)

Bütünleyici parçanın, eklentiden başlıca farkı bu parçanın ilgili taşınır veya taşınmaz mal yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe

[690] **Yargıtay 2. HD E: 2002/1085 K: 2002/1739 T: 11.2.2002** *"…Türk Medeni Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca resmi sicillerin aksi ispat edilmedikçe onlara göre işlem yapmak gerekir..."*

ondan ayrılamamasıdır. Bir evin pencereleri, kapısı, ağaçlık bir arsada bulunan ağaçlar, bir arabanın kapıları bütünleyici parça niteliğindedir. Ancak asıl eşyaya zarar vermek suretiyle bunları ayırmak mümkündür. Örneğin bir evin penceresi o evin duvarlarına zarar vermek suretiyle bir ağaçlık arsadaki ağaçlar ise o arsada kökünden ağaçları sökmek veya balta ile kesilip taşınmazdan ayırmak, bir arabanın kapısı ise arabanın belli yerlerindeki vidaları söküp gövdeden ayırmak suretiyle bağımsız taşınır bir eşya haline getirilebilir.

Eklenti ise ilgili taşınır veya taşınmaz maldan bağımsız niteliktedir. Ancak bu malın korunması, yarar sağlaması veya işletilmesi için o mala özgülendiğinden bütünleyici parçadan ayrılmaktadır. Bu eşyaları asıl eşyadan ayırmak için herhangi bir kuvvete gerek bulunmamaktadır. Örneğin bir kapının anahtarı, bir arabanın örtüsü, bir evdeki sökülebilir, portatif dolaplar vs. Bu türden eşyalar istenirse asıl taşıır veya taşınmaz eşyadan ayrı olarak değerlendirilebilir.[691]

Taşınır ve taşınmazın bir parçası niteliğinde olup, sökülüp çıkarılan ve koparılan eşyalar da güveni kötüye kullanma suçu konusu olabilecektir.[692] Bu durumda bütünleyici parça ve eklentiler de suçun konusunu oluşturabilirler. Doktrinde ***Centel-Zafer- Çakmut*** ayrıca ***Önder*** zilyetliğin devrinin açıkça gerçekleşmesinin şart olmadığını, örtülü devir ve kabulün yeterli olduğunu belirtmektedir.[693] Bu görüşten hareket edilirse açıkça zikredilmese bile bir malın teslimi sırasında fail ve mağdurun bildiği teslim edilen veya örf adet gereği olması

---

[691] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 235-237

[692] **SOYASLAN**, s. 433
"...Ancak taşınmaz şeylerden çıkarılan ve koparılan eşyalarda suçun konusunu oluştururlar. Mesela bir araziyi kiralayanın arazi üzerindeki ağaçları keserek götürmesi, bir evi kiralayanın pencereleri kapıları sökerek götürmesi gibi. Bunun anlamı taşınmazların anlaşmaya aykırı olarak kullanılmasıdır. O halde taşınmazlarda suçun konusunu oluştururlar…" (Aynı görüşte: **MERAKLI**, s. 1667) İtalya'da her ne kadar bu suç taşınır malları kapsamış olsa da bu türden ayrılma, parçalanma ile taşınır özelliği bulunmayan eşyanın taşınır hale getirilmesi bu özelliğin kazandırılması halinde İt.CK 646.maddedeki suçun oluşabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda İtalyan Yargıtay'ı 2.Ceza Dairesi'nin 1 Haziran 2010 tarihli ve 20647 sayılı kararı için bkz. **Dario Primo TRIOLO**, I reati contro il patrimonio, Keyeditore, (2017), s. 243
Buna karşın ülkemiz Yargıtay'ının aksi yöndeki kararları da bulunmaktadır. **Yargıtay 11.CD E: 2002/614 K: 2002/1024 T: 07.02.2002***"Emniyeti suiistimal suçunun, ev ile birlikte teslim edilen menkul eşyalara karşı işlenebileceği, gayrimenkulü oluşturan parçalara karşı işlenen eylemlerin hırsızlık suçunu oluşturacağı, sanığa atılı eylemin TCK'nın491/3. maddesinde yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek, eylemin emniyeti suiistimal suçunu oluşturduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması…"*(www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 01.07.2015) Yargıtay'ın bu kararına katılmamaktayız.

[693] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 438, 439; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar s. 411

gereken eklentileri, bütünleyici parçaları da fail teslim almış sayılmalıdır. Örneğin, bir evi kiralayan kişinin kiraladığı evde eklenti niteliğinde portatif dolapların olabileceği ve bunu bilmesi gerektiği açıktır. Hazineden bir kimsenin bir araziyi kiralaması halinde bu arazinin üstünde bütünleyici parça niteliğinde ağaçların olabileceği devirle birlikte failin bunları da teslim aldığının kabulü gerekir.[694] Nitekim TMK m. 686[695] hükmü gereği özel hukukta bir taşınmazın kanunen veya örf adet gereği bütünleyici parçası veyahut eklentisi olarak adlandırılacak eşyalar için ayrıca özel bir sözleşme yapılması gereği bulunmamaktadır. Kısaca zilyetlik devrine konu bir sözleşmede, mesela taşınmazın kiralanmasıyla aksi eğer belirtilmemişse bu bütünleyici parça ve eklentilerde teslim edilmiş olur.[696] Buna karşın dayalı döşeli olmayan bir dairenin kiralanmasında, kira sözleşmesinde yer almayan bir halının dairede bulunması gibi kanunen veya örf adet gereği bir eşyanın bütünleyici parçası veya eklentisi olması beklenmeyen parçalar üzerinde failin rıza dışı tasarrufları güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Güveni kötüye kullanma suçu teşkil etmesi için bu eşyaların ya özel bir sözleşme ile teslimi veya teslim sözleşmesinde bu eşyanın da teslim edilen eşyalar arasında zikredilmesi gerekir.

Ancak ***Yargıtay*** kimi kararlarında özellikle de taşınmazdan sökülüp satılan TMK.'nın 686. maddesine giren eklenti niteliğindeki eşya parçalarında güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için ayrıca faile özel bir sözleşme ile zilyetlik devri şartını aramaktadır.[697] Neticede hırsızlık suçundan kişinin cezalandırılması yoluna gitmektedir. Yargıtay'ın bu görüşüne katılmamaktayız. Zira, hırsızlık suçunun oluşabilmesi için zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır malın

---

[694] **Yargıtay 6. CD 22.04.1975-1971/1941** *"...hazineden kiralanan tarla üstündeki palamut ağaçlarının sökülüp götürülmesi emniyeti suiistimaldir."* (Bkz. **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 412)

[695] TMK m. 686/1 *"Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar. Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülenen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır. Eklenti, asıl şeyden geçici olarak ayrılmakla bu niteliğini kaybetmez."*

[696] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 237" *... Eklentinin hukuken asıl şeyden ayrı bir varlığı bulunmakla beraber eklenti asıl şeyin ekonomik amacına hizmet ettiği için Medeni Kanun "bir şeye ilişkin tasarruflar aksi belirtilmedikçe eklentisini de kapsar, hükmünü kabul etmiştir. (Medeni Kanun m.686) Maddede yer alan tasarruflar deyimi" tasarrufi işlem" anlamındadır..."*

[697] **Yargıtay 11. CD E: 2005/11731 K: 2007/9547 T: 31.12.2007**
"...Dairemizin 18/09/1996 gün ve 1399/1474 sayılı kararı ile benzer kararlarında belirtildiği üzere, katılana ait evin sanığa kiralanması sırasında "özel olarak teslim ve tevdiye" konu edilmeyen mutfak dolaplarının, rıza dışında ve faydalanmak amacıyla alınıp götürülmesi halinde eylemin "hırsızlık" suçunu oluşturacağı da gözetilerek..." (www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi 07.01.2016) Ayrıca bkz. **MERAKLI**, s. 1667)

alınması yani elde bulundurulması gerekmektedir. Diğer deyimle hırsızlık suçunda fail, başından beri mala zilyet değildir. Hırsızlığa konu eylemi yapması sonrasında ise ancak malı kanuna aykırı olarak elinde bulunduran konumundadır. Oysaki bir taşınmazda herhangi bir sözleşme ile hukuka uygun olarak zilyetliği devralan kimse, hukuken o mal ile birlikte eklentilerinin de kullanım hakkı kendine fiili olarak tanındığından, onların da zilyedi konumundadır. Rıza ile bunların da teslimi söz konusudur. Bu durumda hırsızlık suçu kanımızca oluşmaz.[698] Kaldı ki bu suçla ilgili ceza hukuku bağlamında karar verilecek olsada, yalnızca TCK'nın değil, bu yönde düzenleme getiren özel hukuk bağlamındaki kanunlarında, Yargıtay kararlarında gözetilmesi bir gerekliliktir. Bu yönden de bu suçun oluşması için ayrıca bir sözleşme yapılması gereği yoktur. Diğer taraftan Yargıtay'ın son kararlarında bu görüşünden dönme eğilimine girdiği görülmektedir.[699]

bf. Diğer Bazı Özel Durumlar

. Mülkiyet, zilyetlik, üst hakkı gibi haklar, alacak ve borçlardan doğan öznel haklar malvarlığı hakları içinde değerlendirilebilir. Örneğin üst hakkı kapsamındaki bir yer hak sahibince kiraya verilirse, kiracının burada hak sahibinin rızası dışındaki tasarrufları güveni kötüye kullanma suçuna konu teşkil edebilir.

Ancak alacak hakkı, sadece talep hakkı sağladığından ve somut belirlenebilir bir malvarlığıyla ilgili olmadığından güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturamaz.[700] Fakat yukarıda belirttiğimiz şekilde bu hakkı temsil eden, somut ve

---

[698] **MERAKLI**, s. 1667

[699] **Yargıtay 23. CD E: 2015/6025 K: 2015/7550 T:2.12.2015** "*Katılanın satın aldığı dairede önceden kiracı olan sanığın, ev sahibi tarafından kullanılmak ve tahliye sırasında iade edilmek üzere kendisine bırakılan doğalgaz kombisi, mutfak dolabı, aspiratör, mutfak kalorifer peteği, balkon kapatma camları, vestiyer ve banyo musluklarını evi boşaltırken alıp götürmekten ibaret eyleminin, katılan ile sanık arasında hizmet ilişkisinin bulunmaması karşısında, TCK'nın 155/1. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin, suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle ceza tayini…"* (www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi 07.01.2016)

[700] Bununla birlikte özellikle bu suçun TCK'nın 155/2.maddesindeki nitelikli hali açısından alacak hakkının ve fikri sınai hakların bu suçun konusu haline getirilmesi yönünde düzenleme yapılması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Buna karşın ikinci bölümde incelediğimiz kimilerine göre bu suçun nitelikli hallerinden biri olarak belirtilen bize göre ayrı bir suç olarak değerlendirilmesi gereken Ser.PK m. 110-1 (c) bendindeki örtülü kazanç aktarım suçu açısından şirketin bütün aktifleri suça konu olabileceğinden sadece buradaki duruma mahsus olarak dolaylı da olsa şirket karını azaltıcı veya engelleyici işlemlere kanaatimizce alacak hakkı da konu olabilir.

talep edilebilir hale getiren, ispatı niteliğindeki eşya, belge, kıymetli evrak ve senetler güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturabilir.[701]

Bir şirketin hisseleri maddi bir bünyeye sahip olmamasına rağmen belirli bir malvarlığı değeri kapsamında değerlendirilebildiklerinden bu suçun konusunu oluşturur. Aynı şekilde bu hisseleri somutlaştıran hisse senetleri de bu suçun konusunu oluşturabilir.[702] Bunun yanında bir işverenin işçisinin ücretinden yaptığı kesintilerde bu suça konu olabilir.[703]

Bir bankanın internet şubesine girip, başkasına ait bir hesapta belli bir hukuki işlem yapmak üzere yetkilendirilen banka görevlisi olmayan bir kimsenin, sözleşmeye aykırı şekilde işlemde bulunup bu hesaptaki parayı kendi veya üçüncü şahıs hesabına havalesi halinde TCK m.244/4'de belirtilen suçun değil güveni kötüye kullanma suçunun oluşması gerekir. Örneğin işveren A'nın sekreteri B'ye internet şifresini, kullanıcı adını, cep telefonunu verip bu hesaptan faturalarını ödemesini istemesi ancak B'nin bunun aksine bu hesaptaki paraları kendi hesabına aktarması halinde burada TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Zira TCK m.244/4 ile TCK m. 155 arasında asal norm- yardımcı norm ilişkisi vardır. Burada bilişim sistemini değil, kişinin malvarlığını hedef alan bir eylem söz konusudur. TCK m.244/4'te de başka bir suç oluşmadığı takdirde, bu suçtan cezalandırma yapılacağı açıkça belirtilmiştir.

---

[701] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, s. 627; **ELÖVE**, s. 452 vd.

[702] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 73; **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku özel Hükümler s. 632

[703]**STRATENWERTH- JENNY- BOMMER**, (bkz. Kn: §55), s. 313-314 burada zikredilen **İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi** (**BGE) 94 IV 137 sayılı ve 16 Aralık 1968 tarihli karar (**Frey Kararı**):** Bahse konu kararda işveren şirket banka kredisi temini ile iki işçisinin otomobil sahibi olmasını sağlamıştır. İşçilerde alınan otomobillere karşılık kendi ücretlerinin olduğu banka hesaplarından işveren şirketçe her iki haftada bir 100 franklık kesinti yapılmasını kabul etmiştir. Kesilen bu paralar işverence işçilerin otomobil kredilerine yönlendirilecektir. Aradan geçen zamanda işçilerin otomobil kredileri biter. Ancak işçiler ücretlerinde hala kesinti yapıldığını fark ederler. Gerek işçilerce gerek savcılık ve yerel mahkemece yapılan araştırmada işveren yetkilisi bu konuda yetkilendirilen Frey'in işçilerin ücretlerinden kesilen fazla bedeli, şirketin kendi işleri için kullandığı anlaşılır. Yerel mahkeme, işçilerin ücret hesaplarına ulaşmada yetkilendirilen işveren şirket yetkilisi ve muhasebe müdürü Frey'in hareketini kötü yönetim olarak değerlendirir. Ancak kendisinin emanet edilen sıfatına haiz olmadığından bu suçtan beraatine karar verir. Ancak savcılık bu karara karşı üst mahkemeye ve çeşitli kanun yollarına başvurur. En sonunda yüksek mahkeme, önüne gelen dosyada işçilerin ücretindeki kesintilerin güveni kötüye kullanma suçu oluşturduğunu kabul eder. Burada emanet ve emanetçilik açısından da yüksek mahkemece çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. Mahkemeye göre bu ve benzer olaylarda emanet olarak nitelendirilecek bir şeyin, elden ele verilmesine bu şekilde bir teslime gerek yoktur. Şahısların aralarında kurdukları güven ilişkisi baz alınmalıdır. Bundan ötürü de yüksek mahkeme Frey'i emanetçi olarak kabul etmiştir. Bunun alt mahkemecelerce gözetilerek hüküm kurulması gereğine işaret etmiştir. Bu şekilde yüksek mahkeme ve yerel mahkemenin kararının hatalı olduğunu belirterek ve tekrardan davanın görülmesine karar vermiştir. (Karar için bkz. http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4094137.html (Erişim Tarihi: 01.01.2018)

Bunun yanında varlığı ekonomi çevrelerinde tartışma konusu olan sanal paralar ve BITCOIN tarzı kripto paranın kullanımı[704] da dünyada hızla artmaktadır. Bir ülke parasının ilgili parayı yaratan kurum veya aracılarına rehin verilmesi suretiyle kripto paralar ve sanal paralar alınmaktadır. Sanal paraların aksine kripto paralar, bir para gibi kullanılması yanında ayrıca belli koşullar altında değerlenebilmekle bu yönden de bazı kişilerce ayrıca yatırım aracı olarak da kullanılmaktadır. Bazı kripto paralar açısından bunu yaratan kuruluşların hisse senetleri bile ABD borsasında işlem görmektedir. [705] ABD, Danimarka, Estonya, İsveç gibi bazı ülkelerde bu türden paraların kullanımı serbesttir. Öte yandan bu türden paralar pek çok devletin korumasından yoksundur. Hatta bazı devletlerce de kullanımı yasaklanmıştır.[706] Ülkemizde bu konuda bir yasaklama bulunmamaktadır. Bazı mağazalar bu türden kripto para ödemelerini kabul etmekle birlikte, ülkemizde de kripto paralar devlet korumasından yoksundur. Paranın yerini tutan varlık olarak bir yatırım aracı olarak şu an için ülkemizde tanınmamaktadır. Bankalarca da resmi bir ödeme vasıtası olarak değerlendirilmemektedir. Ancak bu türden kripto veya sanal paraların kullanımı ilerleyen zamanda yaygınlaşabileceğinden yasal düzenleme yapılması zorunludur. Bir kimsenin emanet veya belirli bir şekilde kullanmak üzere yönetim amaçlı olarak bırakılan bir kripto para veya sanal para hesabında zilyedin malikle aralarındaki anlaşmaya aykırı tasarrufta bulunması halinde bu suçun oluşup oluşmayacağı tartışılabilir. Klasik güveni kötüye kullanma suçu düşüncesi temelinde, buradaki eşyanın fiziki varlığının olmaması gerekçe gösterilerek bu suçun oluşmayacağı iddia edilebilir. Ancak maddi bünyeye sahip olmamasına karşın bunlar belirli bir malvarlığı kapsamında değerlendirilebilmektedir. Kanımızca hukuka aykırı kullanım neticesinde örneğin bir kimsenin o kişiye ait kripto parayı bozdurarak paraya çevirip kendi hesabına bu parayı transferi veyahut haksız şekilde Türkiye'de bunu geçerli

---

[704] **Abdurrahman ÇARKACIOĞLU**, Kripto Para Bitcoin, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi Araştırma Raporu, (2016), s. 8 http://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/1130 (Erişim Tarihi:14.12.2017)"…*Kriptografik/şifreli olarak güvenli işlem yapmaya ve ek sanal para arzına olanak sağlayan dijital değerlere kripto-para denir. Kripto-paralar alternatif para birimidirler, dijitaldirler ve aynı zamanda sanal paradırlar. Ancak o sanal parada olsa bundan farklıdır zira dijital ve sanal paralar, kendi başlarına para birimi değillerdir, temsil ettikleri ülkenin ulusal para birimine dayalıdırlar ve o ülkenin merkezi otoritelerince düzenlenip denetlenebilirler. Bitcoin ise kendiliğinden bir para birimidir, hiçbir merkezi otorite tarafından düzenlenip denetlenemez…"*

[705] bkz. http://www.haberturk.com/tarihin-en-buyuk-yatirim-balonu-bitcoin-oldu-1753971-ekonomi (Erişim tarihi:14.12.2017)

[706] bkz. http://www.yenisafak.com/ekonomi/asya-ulkesinden-bitcoine-yasak-geldi-2905560 (Erişim Tarihi:08.12.2017) https://www.eticaretgunlugu.com/kripto-para-bitcoini-resmi-olarak-kabul-eden-10-ulke/ (Erişim Tarihi:08.12.2017)

kabul eden bir mağazada para olarak kullanması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.[707] Bunun yanında kripto paranın kullanılması için gerekli şifreler, soğuk cüzdan denen yöntemle özel bir depolama aygıtı veya bilgisayarda saklanabilmekte ve bir bilgisayardan bu vasıta ile doğrudan giriş yapılabilmektedir. Bu durumda bu şifreleri içeren depolama aygıtı veya bilgisayarın alınması da bu suçu oluşturabilecektir.

İlaveten devlet güvencesine ve banka korumasına da haiz ödeme aracı olarak kabul edilen ininal, Bkm Express, Payoneer gibi adlarla bilinen emanet olarak teslim edilen kartların alınıp kullanılması veya bunlarda biriken sanal para niteliğindeki para puanların kullanılması halinde bu suçun oluşup oluşmayacağı da tartışılabilir. Bu kartlarda banka kartı gibi değerlendirilebileceğinden güveni kötüye kullanma suçu bununda yanında banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu (TCK m.245) oluşabilecektir.

Son olarak özel hukukun aksine somut hale gelmemiş bir eşya niteliği taşımayan üretim olanakları ve işgücü de güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusu olamaz. Ancak üretimi sağlayan alet ve makineler bu suçun maddi konusu olabilir.

---

[707] Bu hususstaki açıklamalarımız ABD'de ödeme aracı kabul edilmesine karşın Türk hukukunda henüz normal çeklerle aynı şekilde muamele görmeyen çek olarak değerlendirilmeyen elektronik çekler içinde geçerlidir. Elektronik çek klasik anlamda kâğıt çeke benzer bir fonksiyona sahiptir. Çeki düzenleyen keşideci çeki elektronik ortamda doldurup, elektronik imza ile imzalayıp bilişim sistemi, elektronik araç ile alacaklıya sanal ortamda göndermektedir. Alacaklı bu çeki yine elektronik ortamda bankasına göndermektedir. Alacaklının bankası çeki düzenleyen borçlunun bankası ile irtibata geçer, borçlunun hesabı çek bedelini ödemeye yeterli ise, alacaklının bankasına bu miktarda para aktarılır ve alacaklının hesabına aynı miktarda artı değer kaydedilir. (**Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL,** Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden dolarına Hukuki Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:73, Sayı:2, (2015), s. 181) ABD'den kendisine teminat maksatlı gönderilen bir elektronik çeki keşideci ile anlaşmasına aykırı olarak paraya çeviren kullanan kişi kanımızca güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılabilir. Bir de sanal paralar bulunmaktadır. Sanal paralar üç türlüdür. İlk türünün gerçek paraya çevrilme, gerçek para gibi kullanılabilme imkânı bulunmamaktadır, sanal bir oyunda bölüm atlama, sanal malzeme alma amacı taşımaktadır. Bu paralar güveni kötüye kullanma suçuna konu olamazlar. İkinci gruptakiler ise para ile satın alınabilirler ancak tekrar geri paraya çevrilemezler. Bunlar açısından bir kimsenin kendisine emanet edilmiş gerçek parayı doğaldır ki bu türden bir paraya sahibinden izinsiz çevirmesi halinde geride parayı iade edemiyorsa güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Üçüncü türden paralar ise second life adlı bilgisayar oyunundaki Linden doları gibi hem gerçek para ile satın alınabilirler, oyun içinde kullanılabilirler, hem de kripto paraya veya gerçek paraya çevrilebilirler. (**BOZKURT YÜKSEL**, s.198) Bu türden emanet edilen sanal paraların gerçek paraya çevrilip veya kripto paradan gerçek paraya çevrilmesi yoluyla kullanılması veyahut gerçek paranın bu türden bir sanal paraya çevrilip oyun içinde kullanılması, harcanılması halinin ikisi birden kanımızca güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır.

C) Eşyanın Sözleşme ile Yalnızca Zilyetliğinin Devredilmesi

a. Eşyanın Zilyetliği

aa. Zilyetlik Kavramı ve Mülkiyetten Farkı

Medeni Kanun'da mülkiyet hakkı *"*hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi*"* olarak tanımlanmaktadır. (MK.m. 683) Doktrindeki görüşlerden hareket edersek, *"*mülkiyet hakkı, sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin tamamını veren ve herkese karşı dermeyan edilebilen tam mutlak, münhasır bir ayni haktır*."*[708]

Mülkiyet ile zilyetlik birbirinden farklıdır. Mülkiyet korunan bir hakkı belirtirken, zilyetlik yalnızca korunan bir hukuki durumu ifade eder.[709]

---

[708] **OĞUZMAN -SELİÇİ- OKTAY**, s. 222; **Fikret EREN**, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2.Baskı, (2012), s. 21

[709] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 55; **REİSOĞLU**, Türk Eşya Hukuku, s. 25 Ancak zilyetliği mülkiyet hakkı gibi ayni hak sayan görüşlerde mevcuttur. Örneğin Yargıtay 09.10.1946 gün ve 12 sayılı eski bir İçtihadı birleştirme kararında zilyetliğin bir ayni hak olduğundan bahsedilmektedir. Ancak bu görüşe doktrinde çoğunluk katılmamaktadır. Sonraki Yargıtay içtihatlarında bu tartışmalara hiç girilmeden zilyetliğin eylemli bir durum olduğundan bahsedilmektedir. **Yargıtay HGK E: 1979/8-589 K: 1982/482 T: 12.9.1982** *"Çözümlenmesi gereken sorun bu olunca da zilyetlik kavramı, niteliği, hukuki fonksiyonları (veya etkileri) üzerinde kısaca durulmasında yarar vardır. Bilindiği gibi, Medeni Kanun'un 887. maddesinde zilyetlik "... bir şey üzerinde fiilen tasarruf sahibi olmak." biçiminde tanımlanmıştır. Burada sözü edilen (fiilen tasarruf) sözü (fiili kudret, iktidar) (fiili hakimiyet) diye anlaşılmalıdır. Zilyetlik, eşya ile şahıs arasında eylemli (fiili) bir bağ, yani ilişkidir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki zilyetliğin bu şekilde tam olarak tanımlandığı iddia edilemez. Çünkü zilyetlik öyle değişik görünüşleri olan bir kavramdır ki, onu bütünüyle düz ve basit bir tarifin çatısı altına almak hemen hemen imkansızdır. Zilyetlik, manzarası ve niteliği bakıştan bakışa değişen çok yönlü ve kaypak bir kavramdır. Bu bakımdan inceleme konusu olan bu davada bu tartışmalara girilmeden özellikle zilyetliğin ana hatları ile niteliği ve hukuki fonksiyonları (etkileri) üzerinde durulması yeğlenmiştir. Çünkü zilyetlik, ister bir kısım hukukçuların ve 09.10.1946 gün ve 12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının kabul ettiği veçhile a.... bir hak karakterine sahip bulunsun..." (Bu yazarların fikirleri için bakınız: Zahit İmre- Ayni Haklar Üzerinde Düşünceler- Samim Gönensay'a Armağan- İstanbul 1955- Sayfa 339 vd.), ya da "...zilyetlik aynı zamanda eşyayı fiili kudret, fiili hakimiyet altında bulundurmaktan doğan hukuki yetki ve vecibeleri de gösteren ve düzenleyen hukuki bir müessese..." olarak kabul edilsin (Bu görüşte olanlar için bakınız. Selahattin Sulhi Tekinay- Eşya Hukuku- Üçüncü Bası- Cilt 1- Sayfa 38, Dipnot 9 ve orada anılan yazarlar), bu davada sonucu etkilemeyecektir. Yasamız yukarıda da kısaca değinildiği veçhile zilyetliği "bir şey üzerinde fiilen tasarruf (hakimiyet- egemenlik) sahibi olma" şeklinde tanımladığına göre, bu unsur, zilyetliğin yegâne, hiç değilse en esaslı unsuru olarak gözükmektedir. Bu unsur, Yasamıza göre, malik olma niyetiyle (animus rem sibi habendi) elde bulundurma unsurundan önemli surette ayrılmış, bir şey- niteliğine göre- hâkim olabilme, onu emir ve kumandası altında bulundurma, zilyetliğin varlığı için, gerekli ve fakat yeterli görülmüştür. Hakimiyet (tasarruf- egemenlik) den amaç, şeyin maliki veya üzerinde sınırlı ayni bir hak sahibi gibi, onu kudreti altında bulundurma, onu arzu ettiği yerde bulundurma onu dilediği gibi kullanabilme yeteneğidir (Kemal T. Gürsoy- Fikret Eren- Erol Cansel- Türk Eşya Hukuku- Ankara 1978- Sayfa 81). O halde fiili bir hakimiyetin meydana geliş şekli önemli değildir; bunun bir gasp sonucu elde edilmiş olması da mümkündür. Bu bakımdan hakka dayanmayan zilyetlik- hırsızın zilyetliği- hukuk nizamınca korunmaktadır. Ne var ki bu korunmanın, hırsızın*

Zilyetlik, TMK.'da doğrudan doğruya tanımlanmış bir kavram değildir. TMK.'nın 973. maddesinde *"*Bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir*"* denilmektedir. Buradan kanunun zilyetliği *"*bir şey üzerinde fiili hâkimiyet (corpus*)"* olarak tanımladığı sonucuna ulaşılabilir.[710] Buradaki fiili hâkimiyet fiilen elinde bulundurma anlamına gelmemektedir. Nitekim aynı kanunun 974. maddesinde zilyedim bir sınırlı ayni hak veya kişisel hakkın kurulmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim etmesi halinde teslim edeninde, teslim alanın her ikisinin birden aynı eşya üzerinde zilyet olacağı açıkça belirtilmiştir. Bu maddeden de kanun koyucu nazarında, fiili hâkimiyetin fiilen elinde bulundurmadan ibaret olmadığı açıkça ortaya konulmaktadır. [711] Burada fiili hakimiyet "fiili kudret, iktidar, fiilen tasarruf olarak anlaşılmalıdır"[712]. Yani eşya üzerinde elinde olmasa da fiilen tasarruf yapabilen kimse de eşyanın zilyetlerinden biridir.

Ancak zilyetlik için yalnızca fiili hâkimiyet tek başına zilyetlik tanımı için yeterli değildir. Zilyetlik için aynı zamanda bir kimsenin "zilyet olma niyetini (animus)" içermesi gerekir. Diğer deyimle eşya üzerinde kişinin zilyet olmak niyetiyle fiili hâkimiyet kurması lazımdır.[713] Aynı zamanda bu hakimiyet aynı eşya

---

yararını [menfaatini] korumak için değil, sosyal huzur ve sükunun korunması ve sağlanması için kabul edilmiş olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Zira Kohler'in deyimi ile "...hukuk düzeninin yanında bir de barış düzeni vardır. Hukuk, hareketi; barış ise sükunu ifade eder. İşte zilyetlik, bu barış düzeninin vücut verdiği bir müessesedir..." (Tekinay – age. Sayfa 39 Dipnot 11) (Kemal Oğuzman- Özer Seliçi- Eşya Hukuku- İstanbul 1978- Sayfa 50 vd. 88) (Gürsoy, Eren, Cansel- age- 104) ... Zilyetlik hukuken korunmuş eylemli bir durum olduğuna göre, bu durumun bir hakka dayanıp dayanmaması önemli değildir. Bu bakımdan hukuk düzeni, zilyetlik adı verilen hukuki duruma, hakka dayanıp dayanmadığını nazara almaksızın bazı himaye olanakları sağlamış, zilyetliğe bazı hukuki sonuçlar bağlamıştır. ..." (www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 06.02.2015)

[710] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 48

[711] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 49

[712] **Yargıtay HGK E: 2004/20-148 K: 2004/148 T: 10.3.2004** *"...Bilindiği gibi MK:887 (TMK:973) maddesinde zilyetlik kavramı "...bir şey üzerinde fiili hakimiyet sahibi olmak..." biçiminde tanımlanmıştır. Burada belirtilen "fiili hakimiyet" sözü "fiili kudret, iktidar, fiilen tasarruf" şeklinde anlaşılmalıdır. Zilyetlik, eşya ile şahıs arasında eylemli (fiili) bir bağ, yani ilişkidir. Zilyetliğin fonksiyonlarından biri "koruma" fonksiyonu olmakla beraber, diğer önemli fonksiyonu da "huzur ve sükunu sağlama" fonksiyonudur. Zilyetlik davalarında asıl amaç toplumda daha önce teessüs etmiş fiili durumun bozulmasını önlemek, bozulmuş ise vakit geçirmeden eski hale iadesini sağlamaktır."* (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 05.04.2016) Ayrıca bkz**. Yargıtay HGK E: 1979/8-589 K: 1982/482 T: 12.9.1982 sayılı içtihadı**.

[713] **REİSOĞLU**, Türk Eşya Hukuku, s. 27 *"Başta İsviçre Medeni Kanununu kaleme alan Prof. Dr. Eugene Huber olmak üzere diğer hukukçulara göre ise "fiili hakimiyet onu kullanma iradesiyle birlikte ortaya çıkar. Böyle bir irade yoksa fiili hâkimiyette yoktur. Cebine para konan kimse ondan haberdar olmadıkça, vagonlarına kaçak eşya gizlenen demiryolları idaresi bu eşyaları bulmadıkça zilyet değildir. Fiili irade hususunda umumi iradenin varlığı yeterlidir. Evinin kapısına mektup kutusu konan kimse kutuya atılacak mektupların zilyedidir. Zira kutuya atılacak mektuplar için zilyetlik iradesi vardır. Buna karşılık çantaya habersizce konulacak kitap için aynı iradenin varlığından bahsedilemez..."* Ayrıca bkz**. WESSELS- HILLENKAMPF**, Strafrecht Besonderer Teil-2 Strafrecht gegen Vermögenswerte, s. 45 Zilyetlik iradesi esasında sadece gerçek kişilere aittir. Tüzel kişiler

üzerinde daha büyük yasal bir güç avantajına sahip olan şahısların malikin veya asli zilyedin doğrudan denetimini dışlayan, özerk bir ilişkiye dayalı bir hakimiyet olmalıdır. Yoksa evin sahibinin gözlerinin önünde çatal bıçak takımını kullanan misafirin, malikin yanında yük taşıyan hamalın, kütüphanenin okuma salonunda ödünç yoluna başvurmadan başvuru amaçlı raftan aldığı kitabı okuyan bir kişinin zilyetliğinden söz edilemez.[714]

Öte yandan zilyetlik iradesinin sürekliliği de aranmamaktadır. Bu iradenin zilyetliğin tesisi anında bulunması yeterlidir. *"*Örneğin kütüphanede unutulmuş kitaplar üzerinde de zilyetlik devam eder.*"*[715] Diğer taraftan zilyetlik iradesi sahibi kişinin tam ehliyetli olması da gerekmemektedir. Ancak temyiz kudretinden tamamen yoksun kişilerin zilyet olması da mümkün değildir. Bu duruma göre kanımızca zilyetlik *"*bir veya birden çok kimsenin, bir eşya üzerinde fiili hâkimiyeti bu amaçlı irade ile elde etmesi ve bunu kaybetmemesine yönelik hukuken korunan bir durumu*"* ifade etmektedir.

ab. Güveni Kötüye Kullanma Suçu Açısından Önemli Zilyetlik Türleri

Zilyetlik, çeşitli ayrımlara tabi tutulabilir. Zilyetliğin bir hakka dayanmasına göre hakka dayanan zilyetlik ve haksız zilyetlik; zilyedin iyi niyetli olup olmamasına göre iyi niyetli zilyetlik, kötü niyetli zilyetlik; zilyetlikteki davranışına göre kendisi için zilyetlik, başkası için zilyetlik vs. ayrımları bulunmaktadır. Bununla birlikte zilyetlikte şu beş kategorideki ayrımı konumuz açısından önemli olduğu için değerlendirmeyi uygun görmekteyiz.

aba. Tek Başına Zilyet, Müşterek Zilyet, İştirak Halinde Zilyet

Bir kimse bir mala "tek başına zilyet" olabileceği gibi birden çok kişinin zilyetliğinin söz konusu olduğu "müşterek zilyetlik" veya ancak birlikte hareket etmek suretiyle o eşyayı kullanabilecekleri "iştirak halinde zilyetlik" de mümkündür.[716] Birden çok kişiye bir arada veya birlikte kullanmak üzere bir malın

---

veyahut yetkili merciiler, kurumlar açısından bu iradenin gösterilmesini bu konuda tüzel kişinin yönetimini ve temsilini üstlenen gerçek kişiler yapmaktadır.

[714] **FIANDACA- MUSCO**, s. 104; **ANTOLISEI,** Manuale di diritto penale. Parte speciale, s. 350

[715] **REİSOĞLU**, Türk Eşya Hukuku, s. 28

[716] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 59; **SİRMEN**, s. 48

teslimi halinde bu ayrım, güveni kötüye kullanma suçunun oluşup olmayacağının ve failin değerlendirilmesi açısından önemlidir.[717]

abb. Doğrudan Zilyet-Dolaylı Zilyet

Bir kişi zilyetlik sıfatı ne olursa olsun mal üzerinde araya girmeksizin hâkimiyete sahipse zilyetliği "doğrudan zilyetliktir. "[718] Buna karşın kişi mal üzerinde başka bir kişi aracılığıyla hâkimiyete haiz ise bu "dolaylı zilyetliktir" . .[719] Bir malın maliki aynı zamanda malı fiilen elinde bulundurduğundan "doğrudan zilyettir". Buna karşın iş bu malı alacaklısına rehin verirse malik "dolaylı zilyet" iken, alacaklı "doğrudan zilyet" olur. Eğer alacaklı iş bu malı bir başka kimseye rehin olarak verirse, kendisi "dolaylı zilyet"; alt rehin verdiği kişi ise "doğrudan zilyet" olur.[720] Güveni kötüye kullanma suçunda mağdur dolaylı zilyet, yani mal üzerinde başka bir kişi aracılığıyla hâkimiyete haiz kişi olduğu için mağdurun doğrudan zilyet olması mümkün değildir.

abc. Asli Zilyet- Fer'î Zilyet

Güveni kötüye kullanma açısından bu ayrım çok önemlidir. Özel hukuk açısından bir eşya üzerinde malik sıfatı ile zilyet olan kişi "asli zilyet", bir ayni hakka dayanmadan kira vs. gibi bir şahsi hakka dayanarak zilyet olan kişi ise "fer'î zilyet" tir. Diğer bir deyimle bir malın örneğin bir arabanın malikinin, aracını üçüncü bir kimseye para karşılığı kiraya verdiğini düşünelim. Bu halde araç maliki asli zilyettir ancak aracı başkasına kiraya vererek hakkını kullandığından dolaylı zilyettir. Buna karşın aracı kiralayan kişi şahsi bir hakka dayandığından fer'î zilyettir. Fakat araçtan doğrudan doğruya aracısız yararlandığından doğrudan zilyettir. Ancak, öğretideki

[717] Örneğin malik (M) parasını koruma kasası ile (B) ve (C)'ye emanet etmiş ve iki anahtarla açılabilir kasanın bir anahtarını (B)'ye bir anahtarını (C)'ye bırakmış ise (B)'nin bir gün (C)'nin kasada anahtarını unutmasından yararlanıp, kendi anahtarıyla kasayı açıp paraları almışsa (B) açısından güveni kötüye kullanma suçu değil, hırsızlık suçu oluşacaktır. Zira tek başına değil iştirak halinde zilyetlik söz konusudur.
[718] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 59; **SİRMEN**, s. 48
[719] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 60; **SİRMEN**, s. 50
[720] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 62; **SİRMEN,** s. 50

hâkim görüş asli zilyet olmak için malik sıfatıyla zilyetliği şart koşmamaktadır.[721] Ancak bu hâkim görüşe çok sayıda karşı olan da bulunmaktadır.[722]

Güveni kötüye kullanma suçunu, suça konu eşyanın zilyetliği açısından incelememizde özel hukukta yukarıda zikrettiğimiz hâkim görüşü esas almaktayız. Bu görüş, bir zilyedin herhangi bir zilyede yeni bir "fer'î zilyetlik" kuracak şekilde bir eşyayı teslimi halinde eşyayı teslim alan, teslim edene karşı fer'î zilyet, buna karşın teslim edenin teslim alana karşı asli zilyet olduğunu savunmaktadır. Örneğin malik (M)'nin (K)'ya malını kiralaması onun da alt kiracı olarak (AK)'ya aynı malı kiralaması halinde (AK)'ya karşı (K) asli zilyet olacaktır.[723]

Bununla beraber belirtmek gerekir ki asli ve fer'î zilyet ayrımı için en az iki kişinin eşya üzerinde zilyetlik durumunun söz konusu olması gerekir. Bahsedildiği üzere "malik sıfatıyla zilyetlik" ile "asli zilyetlik" birbirinden farklı kavramlardır. Zira bir malı örneğin bir kitabı çalan bir hırsız kitap üstünde "malik sıfatıyla zilyettir". Fakat bu malda "fer'î zilyet" olmadığından "asli zilyet" olarak değerlendirilemez.

Zilyetlik açısından asli ve fer'î zilyet ayrımı yönünden özel hukuk bağlamındaki zilyetlik anlayışı ile ceza hukukunda ve güveni kötüye kullanma suçundaki zilyetlik anlayışı hukuk uygulaması açısından neredeyse aynı çizgiye gelmiştir.

Aslında bu konuda farklı görüşlerin benimsenmesinin bir diğer sebebi de güveni kötüye kullanma suçunda zilyetlik açısından sadece ayni hak sahibinin korunmasının amaçlandığını öne süren görüştür. Zira bu görüşten hareket edilirse bir eşyanın maliki asli zilyet olarak değerlendirilecek; bu eşya üstünde şahsi hak sahibi,

---

[721] **Selahattin Sulhi TEKİNAY- Sermet AKMAN- Haluk BURCUOĞLU- Atilla ALTOP**, Eşya Hukuku, Cilt: I, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, Filiz Kitabevi, (1989), s. 52, 53; **Hüseyin HATEMİ- Rona SEROZAN- Abdülkadir ARPACI**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul ,(1991) s. 250; **Haluk Nami NOMER- Mehmet Serkan ERGÜNE**, Eşya Hukuku Zilyetlik ve Tapu Sicili, On İki Levha Yayınları,2 bası (2015), s.13

[722] Bu karşı görüşler için bkz. **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, Eşya Hukuku, s. 57 Yazarlar böyle bir "asli zilyetlik" düşüncesinin MK 974 ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığını ve sadece bir ayni hakka sahip olan kişinin fer'i "zilyetlere" karşı "asli zilyet" olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca bkz. **SİRMEN**, s. 49 Yazar eserinde malik olan bir kimsenin (M) bir fer'i zilyede eşyasını vermedikçe asli zilyet olamayacağını belirtmektedir. Devamla malik ve asli zilyet olarak M'nin (I) ya intifa hakkı tanıması, (I)'nında başka bir kimseye bu malı kiralaması (K) halinde dahi asli zilyedin sadece (M) olacağını; (I)'nın (K)'ya karşı bir asli zilyetliğinin söz konusu olamayacağını iddia etmektedir. Aynı görüşte **Şeref ERTAŞ- İlknur SERDAR- Damla GÜRPINAR**, Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 11. Baskı, İzmir, (2014) s. 34

[723] **TEKİNAY- AKMAN- BURCUOĞLU- ALTOP**, s. 52,53

mesela bu eşyanın kiracısı "fer'î zilyet" olarak kabul edilecektir. Fer'i zilyedin tasarrufları neticesinde o malı elinde tutan diğer kişi örneğin (alt kiracı, bu kişinin evinde bu eşyayı korumakla görevli hizmetli) "zilyet yardımcısı" olarak değerlendirilecek, yani zilyet sayılmayacaktır. Bu durumda bu kişilerin fer'i zilyede ve asli zilyede karşı öngörülen sözleşme dışı eylemlerinin de güveni kötüye kullanma suçu değil belki hırsızlık suçu olarak değerlendirilebileceği kabul edilebilir. Güveni kötüye kullanmayı hukuki değer olarak sadece mülkiyet veya bir ayni hakkı korumaktan ibaret sayan bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Bu manada bir malın zilyetliğini, mesela kira sözleşmesiyle malikinden devir alan bir kimse bu malın aynı zamanda asli zilyet olan malikine karşı fer'î zilyet konumundadır. Yine fer'î zilyedin üçüncü bir kimseye malın zilyetliğini (alt kira sözleşmesi vs. ile) devretmesi halinde kendisi bu kişiye karşı asli zilyet konumunda olurken, üçüncü şahısta bu kimseye karşı fer'î zilyet konumunda olacaktır.

Kısacası suçun maddi konusu eşyanın, malik sıfatıyla zilyet tarafından fer'î zilyete devri gerekli değildir. Sadece malik olmayan kişi tarafından zilyetlik kurulmasına elverişli eşyaların devri dahi, bu suçun oluşması açısından yeterlidir. Zira "malvarlığına karşı suçlara ilişkin hükümler ile sadece mülkiyet hakkı ve bu hakka konu olan eşyadan yararlanılmasına engel durumlar değil; bir kişiye ait olan malvarlığının aktif unsurlarının tamamının kişiye sağladığı yararın yok edilmesi ya da azaltılması durumları da korunmaktadır..."[724]

Örneğin devletçe özel mülkiyete konu edilmesi yasaklanmış Orman Bölge Müdürlüğü'ne ait hazine arazisinin bir kimse (A şahsı) tarafından kiralanması mümkün olabilmektedir. Bu kimsenin bu kiraladığı arazinin işletme hakkını başka bir üçüncü şahsa (B şahsına) devri ancak bu şahsın araziyi anlaşmaya aykırı olarak kullanması, örneğin arazideki ağaçların bir kısmını kesip satması hali düşünülebilir. Bu durumda B şahsının eylemlerinden ötürü, yani kaçak ağaç kesimi nedeniyle Orman Bölge Müdürlüğü'ne karşı Orman Kanunu'na göre (m. 91) sorumluluğu bulunacaktır. Ayrıca malik sıfatıyla zilyet olmayan A şahsına karşı da güveni kötüye kullanma suçu nedeniyle TCK çerçevesinde sorumluluğu vardır. Zira, kanundaki düzenleme göz önüne alındığında B şahsı bu eylemiyle aynı zamanda bahse konu

[724] **SARSIKOĞLU**, s. 83

araziyi kullanan A şahsının yararının yok edilmesine ya da azaltılmasına neden olmaktadır.

Bir eşyanın özel mülkiyete konu edinilmesi yasağı her zaman eşyanın niteliğinden kaynaklanmayabilir. Güveni kötüye kullanma suçunun mağduru açısından da bu yönde yasaklar söz konusu olabilmektedir. Mesela Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kimselerin askeri yasak bölge olarak ilan edilen alanlardan taşınmaz mal satın almaları mümkün değildir. (Tapu Kanunu m. 35) Ancak izne tabii olarak bu alanlar bu kişilere geçici süre ile kiralanabilmektedir. Örneğin bir İngiliz vatandaşı (İ)'nin devletten izin alarak bir askeri bölgedeki evi ve araziyi yazlık olarak kiraladığını; ancak kışın memleketine döneceğinden bu araziye ve eve bakması için (B) ile anlaştığını varsayalım. Bu durumda, (B)'nin anlaşmaya aykırı olarak evin pencerelerini, kapılarını sökerek satması veya tarıma elverişli araziyi toprağını paketleyerek satıp artık tarım yapılamayacak hale getirmesi halinde (İ)'ye karşı güveni kötüye kullanma suçu meydana gelmiş olacaktır.

abd. Kendisi İçin Zilyet- Başkası İçin Zilyet

Başkası için zilyet kavramına girmeden önce özel hukukta da olan ve ceza hukukuna da yansıması görülen bir görüş farklılığının açıklanması gerekir. Doktrinde, ***Oğuzman, Seliçi ve Oktay*** ülkemizde "zilyet yardımcısı" ve "başkası için zilyet" kavramları arasında hiçbir fark bulunmadığını ve bazı ülkelerde bu iki kavramın farklı değerlendirildiğini savunmaktadır.[725] Neticede garaj işleten bir kimseye kısa süreliğine emanet edilen aracın üstünde malik olduğunu bildirmesi halinde özel hukukta bunların başkası için zilyet sayılıp, zilyet olarak değerlendirilmediği yönünde bir kanaat oluşmuştur.

---

[725] Ayrıntılar için bkz. **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 60,61
Yazarlara göre, ülkemizde "başkası için zilyet" kavramı ve böyle bir zilyetlik türüne Medeni Kanun veya Borçlar Kanunu yer vermemiştir. Zilyet yardımcısı ile başkası için zilyet aynı kavramlar olarak değerlendirilir. İsviçre'de ise her ikisi arasında bir ayrım Federal Mahkeme içtihatları çerçevesinde mevcuttur. Başkası için zilyet, İsviçre'de ülkemizin aksine meşru müdafaada dâhil çeşitli zilyetlik hükümlerinden kısmen de olsa yararlandığından hukuka aykırı tasarrufları ile güveni kötüye kullanma suçunun faili olması mümkündür. Zira "başkası adına zilyet" başkası adına sahip olduğu fiili hâkimiyeti zilyedin talimatına bağlı olmaksızın belirtilen çerçevede kullanabilir. Ancak zilyet yardımcısının böyle bir durumu söz konusu olmayıp fiili hâkimiyeti ne tarzda kullanacağına dair karar verme yetisi bulunmamaktadır. Her şeyiyle tamamen zilyedin talimatlarına bağlıdır. Ülkemizde ise bu iki kavram aynı olarak değerlendirildiğinden zilyet yardımcısı da başkası için zilyette güveni kötüye kullanma suçunun faili olamazlar

Bunun yansımasını ceza hukukunda da görmekteyiz. Ceza hukukunda ***Soyaslan***, eşya hukukundaki zilyetlik kavramı ile özel hukuktaki zilyetlik kavramının birbirinden farklı olduğunu iddia etmektedir. Bu görüşe göre eğer özel hukuktaki zilyetlik kavramı buraya uygulanırsa, garaj işleten kişi teslim aldığı otomobili kendine mal etmişse, güveni kötüye kullanma suçundan değil, hırsızlık suçundan cezalandırılmalıdır. [726] ***Hafızoğulları*** 'da Soyaslan ile benzer görüştedir. Ona göre de özel hukuk alanında emanetçi, kiracı, ödünç alan, vekil vs. zilyet bile değildir. Ancak bir şeyi salt elinde tutandır. Özel hukuktan hareket edilirse bu kişilerin güveni kötüye kullanma suçundan değil hırsızlık suçundan cezalandırılmaları gerekir. Bu sebeple bu konudaki özel hukuk doktrini dikkate alınmamalıdır. Sonuç olarak, bu yazarlara göre ceza hukukundaki zilyetlik, özel hukuktaki zilyetlikten farklıdır ve daha geniş manada yorumlanmalıdır. [727]

Oysaki özel hukuk, ceza hukuku gibi bir gelişim içindedir. ***Oğuzman, Seliçi ve Oktay'ın*** kitaplarında zikredilen başkası için zilyet kavramı, farklı ve yanlış şekilde kullanıldığından bahisle özel hukuk doktrininde eleştirilmiştir. Türk özel hukuk

---

[726] **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 361; **ALŞAHİN**, s. 17

[727] **Ahmet GÖKCEN- Selim ERDİN- Büşra ŞENERDOĞAN,** Hırsızlık Suçu (m. 142), Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141- 169), Adalet Yayınevi, Ankara, (2018), s. 7- 8: Özetle bu yazarlara göre ceza hukukunda zilyetlik özel hukuktan daha geniş kapsamlıdır. Zira ceza hukukunun aksine, özel hukuk bağlamında, zilyetliğin hakimiyet unsuru yanında irade unsuru da esastır. Bu bağlamda fiili hakimiyet söz konusu olsada irade unsuru bulunmadığı için özel hukukta bir hamal kendisine teslim edilen valiz ile ilgili zilyet değil zilyet yardımcısı olarak değerlendirilirken, ceza hukuku bağlamında sadece fiili hakimiyet esas olduğundan zilyet olarak değerlendirilebilir. Bu durumda hırsızlık suçu dışında güveni kötüye kullanma suçu söz konusu olabilir. Aynı şekilde **Zeki HAFIZOĞULLARI- Muharrem ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, Ankara, (2015), s. 316 Oysa ki bu görüşü savunan ceza hukukçuları şunu unutmaktadır. Özel hukuk bağlamında irade unsuru olmasa bile siz bir kişiye eşya konusunda belli bir otonomi, karar verebilme, gerekli önlemleri alma yetkisi tanırsanız bu durumda bu kişiler zilyet yardımcısı olarak değil, başkası için zilyet olarak değerlendirilir. Örneğin bir hamalın eşyanın maliki ile yanyana giderken malı alıp kaçması hırsızlık suçunu oluşturur. Zira burada hem tam bir fiili hakimiyet mevcut değildir, hem irade unsuru yoktur, hamalın mal üzerinde tasarruf yetkisi yoktur, hamal burada zilyet yardımcısıdır. Buna karşın eşyanın maliki bir eşyayı hamala teslim etmiş ve hamala "ben şimdi yanından ayrılıyorum, bu eşyaları şu güzargaha ne yap et, topla, taşı senle bir saat sonra orada buluşalım" demişse artık bu hamal zilyet yardımcısı olmaktan çıkmış, başkası için zilyet konumuna gelmiştir. Zira bize göre malikçe kendisine malı oraya götürme konusunda bir yetki (otonomi) verilmiştir. Bu yönden bu yazarların görüşüne katılmamaktayız. Esasında bu görüşü sadece ülkemizdeki hukukçular savunmamaktadır. Ceza hukukundaki zilyetlik kavramının özel hukuktaki zilyetlik kavramından farklı olduğu yolundaki bu görüş kaynaklarından birini ünlü merhum İtalyan hukukçusu Antolisei'den almaktadır. (**ANTOLISEI**, Manuale di Diritto Penale Parte Speciale Vol:1, s. 298- 299; **ANTOLISEI**, Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar, s. 87) Ancak 1960'lardan kalan bu düşünceye katılabilme imkânı bulunmamaktadır. Zira günümüzce özel hukuk doktrininde bu kişilerde başkası için zilyet statüsünde değerlendirilip, uzun bir süreden beri zamanaşımı ve hak kazanma kuralları dışında yetkilendirildikleri konu ve eşya yönünden tıpkı bir zilyet gibi muamele görmektedir.

doktrininin çoğunluğu bu görüşe karşıdır benimsememiştir.[728] Hal böyle iken ceza hukuku doktrini, hala bu son 30-40 yıldaki gelişmelerden bihaber ve eşya hukukunu Oğuzman, Seliçi ve Oktay'dan ibaret sayar şekilde hareket etmektedir.

Özel hukuk babında, zilyet kavramı bir eşya üstünde kendisi adına fiili hâkimiyet kurmayı ifade etmektedir. Eğer bir kimse kendini malik addederek bir eşyayı elinde tutuyorsa, malik sıfatıyla zilyettir. Eşyadan kendisi yararlanmak için bu manada bir hak iddiasıyla malı almışsa, kendisi için zilyettir. Buna karşın özel hukuk bağlamında, kendini malik addetmeden, eşyanın başkasına ait olduğu bilinciyle, onun adına işçi veya temsilci sıfatıyla bir malı elinde bulunduruyorsa, başkası için zilyettir. [729]

Örneğin (A) eğer (B) den kullanmak üzere bir aracı kiralamışsa (A) kendisi için zilyettir. Buna karşın (T), taşıyıcı sıfatıyla (A) 'ya teslim etmek üzere (B)'den bir eşyayı teslim almışsa başkası için zilyettir.[730]

Başkası için zilyet aşağıda belirttiğimiz zilyet yardımcısından tamamen farklı niteliktedir. Onu, zilyet yardımcısından ayıran eşitli temel kıstaslar bulunmaktadır. Başkası için zilyetlik eşyaya onun başkasına ait olduğu bilinciyle zilyet olmayı ifade eder.[731] Genelde bu kişiler profesyonel, bağımsız iş gören kişi, meslek erbabıdır. Asli zilyedin (malikin) emir ve talimatlarına uysalarda, zilyetliği nasıl kullanacakları konusunda belirli inisiyatifleri bulunmaktadır. Zilyet yardımcısından farklı olarak kendisi için zilyet ile aralarında dıştan üçüncü şahıslar tarafından görülebilir açık bir bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır.[732] Örneğin bir otoparkçı park edilen kendisine teslim edilen aracı malik adına korumak için gerekli tedbirleri alabilir veyahut araç zarar görmesin diye teslim edilen anahtarla aksine talimat yoksa yerini değiştirebilir. Aynı şekilde bir anonim veya limited şirkete seçilen yönetim kurulu üyeleri ve sorumlu müdürlerde başkası adına zilyettir. Bu kişilerde şirket adına şirketin mallarını yönetmektedirler. Diğer yandan bu kişiler aynı zamanda emin sıfatıyla zilyettir. Özel hukuk açısından zilyet olarak değerlendirilmekte ve zilyetliğin sağladığı korumadan yararlanmaktadırlar. Başkası için zilyet olanlar, sadece medeni

[728] Bu yöndeki eleştiriler için bkz. **SİRMEN**, s. 48; **TEKİNAY- AKMAN- BURCUOĞLU-ALTOP**, s. 64
[729] **SİRMEN**, s. 48; **ERTAŞ- SERDAR- GÜRPINAR**, s. 36
[730] **Gülşah Vardar HAMAMCIOĞLU- Gülşah Sinem AYDIN**; Eşya Hukuku Pratik Çalışmalar (Açıklamalı-Şematik-Çözümlü), On İki Levha Yayınları, (2016) s. 231
[731] **SİRMEN**, s. 48
[732] **ERTAŞ- SERDAR- GÜRPINAR**, s. 36

hukuk açısından mülkiyet karinesinden; taşınırlarda hukuki işlemle kazanma (TMK m.767) ve zamanaşımı (TMK m.777) ile hak kazanma kurallarından istifade edemezler. Haksız zilyedin özel hukuk açısından sorumluluğu, kendisi için zilyet veya başkası için zilyet olmasına göre değişir.[733] Neticede bu kişiler için özel hukuk açısından da yukarıda ele aldığımız ceza hukukçularının iddialarının aksine önemli bir farklılık bulunmamaktadır.

Başkası için zilyetliği fer'i zilyet veya asli zilyet; dolaylı veya doğrudan zilyet ayrımları ile de karıştırılmamalıdır. ***Hatemi- Serozan- Arpacı' ya*** göre[734] genellikle kendisi için zilyet olan asli- doğrudan zilyet, başkası için zilyet ise fer'i ve dolaylı zilyettir. Ancak her zaman böyle olmayabilir. Bir arazinin maliki kendisi için zilyet ve aynı zamanda asli zilyettir bu arazinin intifa hakkını başkasına devrederse dolaylı zilyet olur. Bu arsaya sonradan kiracı olarak yerleşirse vasıtasız fer'i zilyet olur. Bu arazide intifa hakkı sahibi olan kişi başkası için zilyettir aynı zamanda doğrudan zilyettir. Eğer bu araziyi kiraya verirse kiracısına karşı asli ve dolaylı zilyet olur. Buna karşın ***Ertaş*** ise başkası için zilyetlerin dolaysız (vasıtasız) zilyet olsada; ayni ve şahsi bir hakları olmadığından fer'i zilyet olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir.[735] İster fer'i zilyet olarak kabul edilsin ister edilmesin, başkası için zilyedin devir olgusunu inkâr veya rıza dışı tasarruf olarak yaptığı hareketler, TCK'nın özellikle 155/2. maddesi bağlamında güveni kötüye kullanma suçu olarak değerlendirilmektedir. Zira TCK'nın 155. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen kanuni tanıma uygun şekilde hangi sebeple olursa olsun başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak kendisine eşya tevdii veya teslim edilen fail, aynı zamanda özel hukuk çerçevesinde de başkası için zilyettir.

abe. Zilyet ve Zilyet Yardımcısı

Zilyet bulundurduğu eşyayı hiçbir hâkimiyet iddia etmeksizin sadece kullanma imkânına sahip olanlar ise "başkası için zilyet" dahi sayılmayıp "zilyet yardımcısı" veya "hizmet zilyedi" olarak anılırlar.[736] Örneğin evde buzdolabını kullanan aşçı ve

---

[733] **SİRMEN**, s. 48,49
[734] **HATEMİ- SEROZAN- ARPACI**, s. 250, 251
[735] **ERTAŞ- SERDAR- GÜRPINAR**, s. 36
[736] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 60,61 Bunun dışında bkz. **HATEMİ- SEROZAN- ARPACI**, s. 252 Ülkemize zilyet yardımcılığı ile ilgili TMK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Karşılaştırmalı hukukta ise Alman Medeni Kanunu'nun 855. Maddesinde zilyet yardımcısına ilişkin bir düzenleme getirmekle ülkemizdeki hukuk doktrini zilyet yardımcısının tanımında bu düzenlemeden yararlanmaktadır. Bu hükme göre bir şeyi, eşya ile bağı bulunan diğer bir kimsenin evinde veya ticari

hizmetli, zilyet yardımcısıdır. Zilyet yardımcısı ile zilyedi birbirinden ayıran dört önemli kriter bulunmaktadır.

Bu kriterler sırasıyla şunlardır:

- İlki zilyet yardımcısının asli zilyedin emir ve talimatları ile hareket etmesi ve aralarında altlık üstlük ilişkisinin olmasıdır. Malikin kontrolü tamamen teslim etmediği, mal üzerinde denetim ve gözetimi sürdürdüğü hallerde de malı kullanan, kullanmada aracı kılınan kimse zilyet yardımcısıdır. Yine malikin hemen yanında onun bagajlarını taşıyan hamal veyahut malikle birlikte ona ait otomobil içinde seyahat eden şoför zilyet yardımcısıdır. Bu kişiler sadece malikin veya asli zilyedin talimatları doğrultusunda hareket edip, eşya üzerinde tasarruf yönünde herhangi bir inisiyatifleri bulunmamaktadır.
- İkincisi bu altlık üstlük ilişkisinin üçüncü kişilere karşı da görünür olmasıdır. Eğer bu ilişki görünür değilse o zaman zilyet yardımcılığı değil, başkası için zilyetlik söz konusudur. [737]
- Üçüncüsü kişiye görünür bir bağlılık ilişkisine karşın geniş bir tasarruf yetkisi, kullanma yönünde bir otonomi verilmişse bu durumda da zilyet yardımcılığı değil, başkası için zilyetlik durumu söz konusu olur[738], işlenen fiil güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabilir. Örneğin bir arabanın şoförüne sadece şirkette patronu yanındayken araba kullanma yükümlülüğü dışında, patronunun yokluğunda arabayı gerekli yerlere bakım için götürme, muhafazası için gerekli tedbirleri alma gibi çeşitli yetkiler verilir ve/veya muhafaza için araba da kendisine zimmetlenirse şoför artık zilyet yardımcısı değil, başkası için zilyet konumunda değerlendirilecektir. Bu yönden de zilyet yardımcıları, başkası için zilyetten ayrılırlar. Zilyet yardımcısı eşyayı kendisi için değil, asli

(işyerinde) veya buna benzer bir ilişki çerçevesinde, onun talimatları kapsamında ve onun namına fiili kontrolünde bulundurma durumunda, sadece talimat veren kimse zilyet sayılır.

[737] **ERTAŞ- SERDAR- GÜRPINAR**, s. 32; **NOMER- ERGÜNE**, s. 21 Yazarlar Alman Federal Mahkemesi'nin (BGH 13.12.2013 V ZR 58/13 sayılı kararı) kararına da atıfla bağlılık ilişkisi çerçevesinde malı kullandığının dışarıda üçüncü kişiler nazarında görünür olmaması halinde kişinin zilyet olarak değerlendirileceğini belirtmektedir.

[738] **ERTAŞ- SERDAR- GÜRPINAR**, s. 32; **ANTOLISEI**, Manuale di diritto penale. Parte speciale vol.1, s. 351

zilyedin bir hizmetini ifa etmek için kullanır. Bu sebeple aracı değildirler, ancak zilyetliği kullanmada araç kabul edilebilirler.[739]

- Son olarak zilyet yardımcısı bir şey üzerinde ayni veya şahsi hak iddiasında bulunamaz. Eğer bulunuyorsa zilyet yardımcısı değil, eşya üzerinde kendisi için zilyet kabul edilir.

Zilyet yardımcısı, özel hukuktaki zilyetlik hükümlerinden yararlanamaz. Ancak TBK (m. 64) çerçevesinde meşru savunma hükümlerinden yararlanabilir. Bu ayrımın güveni kötüye kullanma suçu yönünden önemi büyüktür. Zira bu kişilere bir zilyetlik devri ve malın bu amaçlı teslimi söz konusu değildir.[740] Sonuçta zilyet yardımcısının mal üstünde zilyetlik, mülkiyet iddiası güveni kötüye kullanma suçunu değil; ancak hırsızlık suçunu teşkil edecektir.

ac. Yalnızca Zilyetliğin Devredilmesi ve Eşyanın Teslimi

Belli başlı suçlarda kanuni, maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarının dışında bazı unsurlar da kanunca failin cezalandırılması için aranmaktadır. Örneğin; birden çok hileli evlilik yapma suçunda failin veya faillerin evli olması şartında olduğu gibi, kanun bir suçun gerçekleşmesi için çeşitli şartlar öngörmektedir. Bu şartlara "ön şart" adı verilmektedir. Doktrinde bir görüş ön şartın bağımsız niteliğinin olduğunu kabul etmektedir.[741] Diğer bir görüşse ön şartın olmadığını ve suçun unsurlarının bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiği savunmaktadır.[742] Kanaatimiz "ön şart" denen hususların, suçun maddi unsuru içinde değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.

---

[739] **HATEMİ- SEROZAN- ARPACI**, s. 252; **ERTAŞ- SERDAR- GÜRPINAR**, s. 32

[740] **OĞUZMAN**, Emniyeti Suiistimal Suçu, s. 7

[741] Örneğin Yargıtay CGK E: 2012/5-1275 K: 2013/419 T: 22.10.2013 içtihadında güveni kötüye kullanma suçu ve zimmeti karşılaştırırken önşart kavramına yer vermiş ve bunları suçun maddi unsurundan bağımsız ele almıştır. Ayrıca bkz. **Mustafa ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, Adalet Yayınları, Ankara, (2017), s. 529

[742] **ZAFER,** Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, s. 154; **Hakan HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 20.bası, (2017), s.153; **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 692; **Uğur ALACAKAPTAN**, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, (1975), s. 6; **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 13, 14 Ancak Dönmezer-Erman "önşartların suçun unsurlarından bir farkı olmadığını savunmakla birlikte biçimsel ve uygulama yönünden bu ayrımın yapılmasını savunmaktadır."

Ön şartı savunanlar açısından güveni kötüye kullanma suçunda, zilyetliğin devredilmiş olması ön şarttır.[743]İster ön şart olarak görülsün, isterse suçun maddi unsuru içinde düşünülsün zilyetliğin faile devri güveni kötüye kullanma suçunun oluşumu için gerekli şarttır. Bu şartın gerçekleşmemesi halinde hırsızlık, dolandırıcılık, mala zarar verme gibi malvarlığına karşı suçlardan biri oluşabilir, ancak, güveni kötüye kullanma suçunun oluşması mümkün değildir.[744]

İlgili kanun maddesinde zilyetliğin devredilmesi hususu *"*...muhafaza etmek veya belirli şekilde kullanılmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan*"* (TCK m. 155) şeklinde, bu kanundan önceki 765 sayılı TCK'da ise *"…iade veya muayyen bir suretle istismal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne nam olursa olsun teslim bulunan…"* (765 sayılı TCK m. 508) şeklinde ifade edilmektedir. Bu terimlerden eşya üzerindeki zilyetliğe ilişkin hakların aralarındaki güven ilişkisine dayanarak belirli amaçlarla faile devredilmesi hususu anlaşılmaktadır.[745] Tevdii ve teslim maddi olarak tevdii veya teslim anlamında değil, üzerinde mutlak olarak fer'î zilyetlik tesis edilecek surette hukuki teslim (hukuki tevdii) manasında kullanılmıştır.[746] Bu

---

[743] **DÖNMEZER**, Mala Karşı Cürümler, s. 503; **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 165; **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 629; **CENTEL- ZAFER-ÇAKMUT**, s. 437; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 584

[744] **KOCA-ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 629 Ayrıca **Yargıtay 6. CD E: 1976/3955 K: 1976/1011 T: 24.6.1976 "…***İnancı kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için başkasına ait olup muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi edilen malı kendisinin veya başkasının menfaatine satması gerekmektedir. Burada önemli olan unsur, mağdurun malın mülkiyetini (asli zilyetliğini) elinde bulundurması ve mala fer`i zilyet hakkı tanınan sanığın kendisine verilmeyen ve asıl malike (mağdura) ait olan hakkı kullanmasıdır. Başka bir deyişle; mal mağdura aittir, sanık ise; bu malı fiilen elinde bulundurduğu süre içinde asıl malikin tanıdığı hakları kullanmaya yetkili olup bunun dışına çıkamaz. Mal aleyhine işlenen cürümlerden bulunan inancı kötüye kullanma suçunun tarafların mal ile hukuki ilişkilerini böylece tespit ettikten sonra hükme konu olayı incelemek gerekir. Sanığın mağdur Zirai Donatım Kurumu temsilcisi ile 14.1.1974 tarihinde borçlar yasası hükümlerine göre düzenledikleri "satıcılık" anlaşmasında malın alım ve satışının kapsamı ve koşulları tespit edilmiş, satıcının sözleşme hükümlerine uymaması halinde bunun hukuki sonuçları gösterilmiş ve bu meyanda malın sözleşmenin 1. maddesinde gösterilen bölgenin dışında bir kimseye satılması halinde kuruma anlaşmayı bozma hakkı tanınmıştır. Sanık bedelini ödemek suretiyle kurumdan satın aldığı on ton kükürt ve 2,5 ton göztaşını anlaşma gereğince Topraklı mülki hudutları dahilindeki çiftçilere satması gerekirken İstanbul`da satmak üzere naklederken İzmit civarında yakalanmıştır. Şu hale göre; kurum sözü edilen malları bedeli karşılığında sanığa satıp teslim etmekle mülkiyeti ona devretmiş ve mal üzerinde asli zilyetlikten doğan haklar da kaybetmiş ve ancak; anlaşma hükümlerine aykırı hareketten dolayı sözleşmeyi bozma hakkını elde etmiş ve bunun sonucu olarak sanığa mal satma yükümlülüğünden kurtulmuştur. Yukarıda belirtildiği üzere kurum satış sureti ile malı sanığa teslim etmekle asli zilyetliği de devretmiş sayılmasına ve bu itibarla sanığın malın sahibi olma hakkını kazanmış olmasına göre; gübrelerin başka yere götürülmesinin anlaşmanın birinci maddesine aykırı ve 14. maddesi ile de kuruma sözleşmeyi bozma hakkını veren hukuki nitelikte ve suç unsurlarından mahrum bir hareket olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. SONUÇ: Açıklanan nedenlerle C. Savcılığının düzeltme isteği yerinde görüldüğünden…hükmün BOZULMASINA…*" (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 27.01.2016)

[745] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 75

[746] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 507

sebeple kanunun verdiği görev gereği başkalarının mallarını idare ile görevli olan tasfiye memuru, vasi, şirketlerdeki yönetim kurulu başkan ve üyeleri, şirket müdürü, ticari temsilci vs. nin muhafazalarına bırakılmış fakat fiilen teslim edilmemiş bulunan malları üzerinde TCK m. 155/1 ve 2'deki fiillere girişmeleri halinde de güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.[747] Mülga kanundaki "tevdii ve teslim" ibaresi ile de zilyetliğin devri ifade edilmektedir. Bu manada kullanılmaktadır.[748] Bu yönden gerek mülga 765 sayılı gerekse güncel 5237 sayılı TCK arasında, bir anlam farklılığı bulunmamaktadır.[749] Buna göre bu devir ilgili eşyanın faile maddi olarak teslimi veyahut otomobil gibi bir eşyaysa yerinin söylenip üzerinde hakimiyet sağlayacak anahtar gibi araçların faile teslimi suretiyle (TMK m. 977) gerçekleşebilir. Aynı şekilde malikçe failin eşyayı almasına durumun müsait hale getirilmesi imkân sağlanmasıyla da teslim yapılabilir. Örneğin; malikin faile kendi arazisinde duran koyunu alabilmesi için, arazisine girme imkânı tanıması veya bir garajda duran aracı failin teslim alırken zorluk çıkarmaması için garajdaki güvenlik görevlisine talimat vermesi, tapusuz bir tarlanın faile gösterilerek burayı failin ekip dikebileceğinin söylenmesi de[750] teslimdir. Burada önemli olan eski zilyedin ayrıca bir fiiline gerek kalmadan fiili hakimiyeti failin ele geçirebilme imkânının sağlanmasıdır.[751]

Bununla birlikte fail veya mağdur atayacakları temsilciler vasıtasıyla da zilyetlik devrini gerçekleştirebilirler. Bu durumda temsilciye yapılan teslim, temsil edilene yapılmış gibi zilyetliği geçirir. (TMK m. 978) Ancak burada tartışılması gereken bir husus daha vardır. Burada temsilcinin temsil sınırını aşması malı kendi zilyetliğine geçirmesi halinde güveni kötüye kullanma suçunun mu yoksa hırsızlık

---

[747] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 505; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 548 Ayrıca bkz. **ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 531 Yazar zilyetlik iradesinin bulunmasını yani öznel zilyetliği suçun oluşumu için yeterli görmektedir.

[748] **Yargıtay 11. CD E: 2000/1712 K: 2000/1756 T: 27.04.2000** *"...Ancak: Orman içindeki Ağıllıca orman deposunda istif edilen emvallerin atık kısımlarının alınması şeklinde oluşan eylemin* ***teslim ve tevdiinin*** *söz konusu olmaması nedeniyle TCK'nın 491/3. maddesindeki suç tipine uygun düşeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi, ..."* İşbu kararında görüleceği üzere Yargıtay teslim ve tevdiiyi zilyetlik devri olarak 765 sayılı TCK'da da kabul etmektedir. Benzer karar için bkz. **SARSIKOĞLU**, s. 78 (**Yargıtay 11.CD E:1996/351 K:1996/425 T: 16.04.1996** *"Sanığın; müdahile satıp, üç ay sonra teslim ettiği apartman dairesinin mütemmim cüzü olan kombi ve radyatörleri satış vaadi sözleşmesi ve satış akdinde satım konusu dışında tutmaksızın rıza hilafına söküp götürmekten ibaret olan eyleminin,* ***özel teslim ve tevdii söz konusu bulunmaması*** *nedeniyle hırsızlık olarak nitelendirilmesi gerektiği gözetilmeden, unsurları itibariyle oluşmayan inancı kötüye kullanmak suçundan yazılı biçimde hüküm kurulması.."*)

[749] **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 586; **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 441

[750] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 69

[751] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 69

suçunun mu oluştuğu noktasında toplanmaktadır. Bu kişilere sadece devralan veya devreden kişi adına temsil yetkisi olarak devir sözleşmesine imza yetkisi verilmiş başkaca herhangi bir tasarruf yetkisi verilmemiş ise bu kişiler ancak zilyet yardımcısı olarak kabul edilebilir. Bu sebeple de bu kişilerin haksız şekilde malı elde etmeleri halinde güveni kötüye kullanma suçu değil, hırsızlık suçu oluşacaktır. Buna karşın temsilciye sadece imza yetkisinin dışında zilyet devredilen mal üzerinde tasarrufta bulunma veyahut fer'i zilyet kılınana eşyanın nakli için gerekli tedbirleri alması yönünde bir kısım yetkiler temsil sözleşmesi ile veyahut kanunen verilmişse bu durumda temsilcinin başkası için zilyet olduğunun, zilyetliğin devredildiğinin kabulü zorunludur[752]Bu halde temsilcinin rızaya aykırı tasarrufları güveni kötüye kullanma suçu teşkil edebilecektir.

Bununla birlikte zilyetlik devri faile kimi hallerde teslimsiz olarak da sağlanabilir. Kısa elden teslim yoluyla devir bu teslim şekillerinden biridir. Bu teslimde zaten eşyaya zilyet olan kişiye, bu defa başka bir sıfatla zilyetlik tesis edilmesi durumu (TMK m. 979/1) söz konusudur.[753] Örneğin bir taşınır malı kiralayan kimseye, sonradan malik olan, bu kişiden aldığı borca binaen rehin hakkı tesis ederse veyahut kiracı olan kimseye, malik intifa hakkı tesis ederse zilyetlik teslimsiz şekilde devredilmiş olur. Buna benzer şekilde aynen TMK'nın 979. maddesi kapsamına giren "hükmen teslim" denen bir başka zilyetlik devir şekli de söz konusudur. Bu halde eski malik bir malı yeni malike satmakta ancak aralarındaki bir başka özel bir hukuki ilişki sebebiyle mal eski malikte kalmaya devam etmektedir. Örneğin bir ev malik (A) tarafından (B)'ye satılmış ancak (B), (A)'nın bir yıl daha kiracı olarak satılan evde oturmasına izin vermişse (A) burada evin teslimsiz şekilde zilyetliğini devralmıştır. Yine zilyetliğin havalesi denen diğer bir yolda ise mal üzerinde bir hak sahibi olan kişi mal, bir başka kişinin elindeyken, teslimsiz şekilde bu hakkını başkasına devretmektedir. Örneğin kiracı (A) kiraladığı televizyon bozulduğu için tamirci (T)'ye bırakmış ve televizyon onarımdayken kendi kira hakkını (B)'ye devretmişse zilyetliğin havalesi hali söz konusudur. Bunun

[752] Zilyet yardımcısı ve başkası için zilyet arasındaki farklar için bkz. s. 266- 270
[753] **SİRMEN**, s. 62 TMK m. 979/1: *"Bir üçüncü kişi veya zilyetliği devreden, özel bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyet olmakta devam ederse zilyetlik, teslim gerçekleşmeksizin kazanılmış olur…"*

yanında bir mal için emtia senetleri söz konusuysa bu emtia senetlerinin devri suretiyle de zilyetliği devredilebilir.[754]

Diğer taraftan, zilyetlik devrinin güvene dayalı olarak yapılması esastır. Bu sebeple Yargıtay bazı içtihatlarında asli zilyedin belli tazminat maddeleri ile belli bir teminat alarak yaptığı zilyetlik devrinin bir güvensizlik karinesi oluşturduğunu belirtmektedir. Sonuçta devredilen eşyanın devir amacı dışında kullanılmasının, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağı kanaatindedir.[755] Yine de her olayda duruma bağlı olarak mahkemelerce incelenecektir.

Bununla birlikte güveni kötüye kullanma suçunda fail, fer'î zilyet veya başkası için zilyet değil; sadece malı elinde bulunduran konumunda ise artık bu suçtan bahsedilemez. Yargıtay ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi çok kısa süreli olarak konuşmak veya bir müzik parçası dinlemek amaçlı cep telefonu teslimini rızaya dayalı bir zilyetlik devri olarak görmemekte ve bu kişileri sadece eşyayı elinde bulunduran gibi değerlendirmektedir.[756] Diğer yandan aynı Yargıtay saatlik bisiklet

---

[754] **SİRMEN**, s. 63

[755] **Yargıtay 11. CD E: 2000/1287 K:2000/1544 T: 20.04.2000** *"...Sanık ile müdahil arasında yapılan sözleşmenin 8. maddesinde ariyet olarak verilen malların iade edilmemesi halinde bedellerinin nakden ödeneceğinin kararlaştırılmasına, 9. maddesin de ise ödemenin bono ve senet verilip alınması suretiyle teminat altına alındığı belirtilmesine göre suça konu derin dondurucuların teslim ve tevdiinin güven esasına dayalı olarak gerçekleştirilmediği ve esasen bölge bayii olan sanığın işin gereği olarak derin dondurucuları tali bayilere dağıttığının anlaşılması nedeniyle emniyeti suiistimal suçunun unsurları itibariyle oluşmadığı, uyuşmazlığın hukuki nitelik taşıdığının kabulü ile beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesisi,…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:28.03.2015)

[756] **Yargıtay 23. CD E: 2015/5830 K: 2015/6258 T: 9.11.2015 "...***Sanığın, yolda karşılaştığı katılandan, müzik dinlemek amaçlı cep telefonunu istediği, katılanın verdikten kısa bir süre sonra sanıktan cep telefonunu geri istemesi üzerine, sanığın "...git lan, telefonu yarın vereceğim" diyerek katılanın yanından ayrıldığı ve cep telefonunu bir daha iade etmediği olayda, zilyetliğin devrinin söz konusu olmaması karşısında; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12/06/2012 tarih ve 2011/15-440 Esas ve 2012/229 Karar sayılı kararı gereğince; eylemin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 141/1 maddesinde öngörülen hırsızlık suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılgıya düşülerek, güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyet kararı verilmesi…"*

Yargıtay 2. CD E: 2014/15387 K: 2015/18869 T: 22.10.2015 "*…Sanığın, müştekiden kısa süreliğine görüşme yapmak için isteyerek aldığı cep telefonunu iade etmemesi biçimindeki olayda, suça konu cep telefonunun zilyetliğinin devri amacıyla teslim edilmemesi ve dolayısıyla zilyetliğin sanığa geçmemesi karşısında, eyleminin bina içinde gerçekleşmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 142/1-b maddesine uyan hırsızlık suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfının tayininde hataya düşülerek yazılı biçimde güveni kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması..*,"(Kararlar için bkz.www.kazanci.com Erişim Tarihi: 17.04.2016)

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 21. CD E: 2017/48 K: 2017/80 T: 11.1.2017 "*…KARAR : Yargıtay 18.Ceza Dairesinin 27/06/2016 gün, 2015/17757 Esas, 2016/14213 sayılı Karar, Yargıtay 3.Ceza Dairesinin 03/12/2013 gün, 2013/3888 Esas, 2013/43531 sayılı Kararlarında açıklandığı gibi, takibi şikayete bağlı atılı basit güveni kötüye kullanma suçunda;mağdurun şikayetinden vazgeçmesi sonucu sanığın vazgeçmeyi kabul etmesi halinde kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi gerekirken, sanığa vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulmadan ve savunması alınmadan, TCK'nin*

veya at kiralanması ve bu bisiklet veya atın teslim edilmemesi, satılması halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağına hükmetmiştir.[757] Diğer taraftan mağdurun faile güvenmeyip bir eşyayı teslim ettikten sonra yanında bulunması gibi hallerde de yine bir zilyetlik devri söz konusu olmayıp burada malı tutan kişi sadece elinde bulunduran (zilyet yardımcısı) konumundadır. Örneğin bir yolcuya eşlik eden valiz taşıyıcısı sadece malı elinde bulunduran konumunda olup, valizi alıp kaçması halinde güveni kötüye kullanma değil, hırsızlık suçu oluşacaktır. Aynı şekilde *"*değerli bir taşı huzurunda incelemesi için müşterisine veren kişide zilyetliği devretmiş değildir.*"*[758] Diğer taraftan yolcu valizini eve götürmesi için bir taşıma ajansına bırakır ve ajans bu malı sahiplenirse bu durumda güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Zira ajans burada mal üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir.[759]

Bu konuda zilyetliğin devri ve emanet edilen kişi kavramı açısından uygulamada başkaca sınırlamalarda bulunmaktadır. Mesela bir zilyetlik devri olmadan eşyanın mülkiyeti faile devredilmiş olabilir. Ancak devredilen kişinin ahlaki olarak, sözleşme ile veya kanunla bir yükümlülüğü yerine getirmesi istenebilir. Bu durumda da bu suçun oluşması beklenemez. Mesela İsviçre'den örnekler vermek

---

73/6. maddesine aykırı olarak yokluğunda düşme karar verilmesi ile savunma hakkının kısıtlanması, Kabule göre de;
Dakikası olmadığından bahisle mağdurdan kullanmak üzere aldığı suça konu cep telefonunu alıp satan sanık ile mağdur arasında zilyetliğin devrine ilişkin, tarafların aldatılmamış özgür iradeleriyle kurulan ve hukuken geçerli olan bir sözleşme, dolayısıyla hukuksal anlamda geçerli bir zilyetlik devri ile ve sözleşme sonucu meydana gelmiş olan güvenden söz edilememesi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun oluşmayacağı ve sanığın basit bir yalandan ibaret olan sözünün hileli davranış olarak kabulü olanaklı olmadığından dolandırıcılık suçunu da oluşturmayan sanığın eyleminin "hırsızlık suçunu" oluşturduğunun gözetilmemesi suretiyle suç vasfında yanılgıya düşerek yazılı şekilde hüküm kurulması,.." (www.kazanci.com Erişim Tarihi:06.06.2017)
Bunun yanında buna benzer olayda Almanya'da da yaşanmıştır. **BGH, 12 Ekim 2016 - 1 StR 402/16 nolu kararına** konu olayda sanık cep telefonunu mağdurdan konuşmak ve geri vermek üzere istemiş bunun üzerine mağdur sanığın sim kartını koyup cep telefonunu sanığa vermiştir. Burada sanık sonrasında kaçmak istemiş, mağdur da onu kovalamıştır. Sanık -yakalanma sonrası ceket cebinde sakladığı anlaşılan 15 cmlik bıçağa rağmen- mağdurun ısrarlı takibi ve polisin gelmesi neticesinde yakalanmıştır. Burada yerel mahkeme dolandırıcılık suçunun oluştuğu kanısındadır. Buna karşın Alman Yargıtayı ise zilyetlik devrinin gerçekleşmediği burada hilenin sadece işi kolaylaştırma maksatlı yapıldığı dolandırıcılık suçunda hile ile mağdurun iradesinin tam olarak etkilenip telefon tesliminin sağlaması gerekirken burada böyle bir durumun söz konusu olmadığından mağdurun kendisinin kendi arzusuyla cep telefonunu teslim ettiğinden bahisle dolandırıcılık değil, Alman CK m.242/1'deki yan kesicilik suretiyle hırsızlık suçunun (trickdiebstahl) oluştuğuna hükmetmiştir. Alman CK m.246/2'deki güveni kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmadığı ise tartışılmamıştır. Sadece Alman CK m. 252'deki yağmaya dönüşen hırsızlık ve yağma suçunun oluşup oluşmadığı tartışılmıştır. Bu durumda ülkemizdekine benzer şekilde bu türden fiillerin Almanya'da da hırsızlık suçu kapsamında cezalandırıldığını söyleyebiliriz. (Karar için bkz. https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/16/1-402-16.php (Erişim Tarihi:20.12.2017)

[757] Yargıtay CGK 29.03.1937 E:255/2 K.39 ve Yargıtay 4.CD. 03.03.1951 E:1352 K:1405 Bu Yargıtay içtihatları için bkz. **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 508

[758] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 629

[759] **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 359

gerekirse bir klinikte tedavi olup da tedavisi tamamlandıktan sonra ücret alınmadan sonra ücreti alınmak üzere taburcu edilen sigortalı hastaya sigortanın bu parayı ödemesi ancak hastanın bu parayı kliniğe ödememesi halini Federal Mahkeme güveni kötüye kullanma suçu olarak değerlendirmemiştir.[760] Kanaatimizce de burada bir zilyetlik değil müllkiyet devri söz konusu olup bu suç oluşmaz.[761] Bir benzin istasyonunda, işveren çalışan personeline aldıkları bahşişi diğer personelle birlikte paylaşmak üzere bahşiş kutusuna atma mükellefiyeti yüklemiştir. Pompada çalışan bir personelde gelen müşterinin arabasına benzin doldurup diğer araçtaki bazı işleri görmüş hizmetten memnun kalan müşteri de bu personelin kendisine bahşiş bırakmıştır. Ancak bahse konu personel bu aldığı bahşişi kutuya atmamıştır. Neticede açılan davada Federal Mahkeme bu suçun oluşmadığına hükmetmiştir.[762] Bunun gibi bir şirketin yönetim kurulu başkanına çalıştığı kurumun kendisine gelen

---

[760] **STRATENWERTH- JENNY- BOMMER**, (Kn:§56), s. 313

[761] **İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi Ceza Dairesi'nin 6 Eylül 1991 tarihli ve 256 sayılı kararı (BGE 117 IV 256)** Bahse konu olayda sanık hastalığı nedeniyle 1988 Ağustos'unda bir klinikte tedavi görmüştür. 13.058,55 Frank sağlık harcamasında bulunmuştur. Bu bedeli ödemeden klinikten tedavisi tamamlanıp ayrılan sanık, bedeli ödemesi gereken sigorta şirketinden talep etmiştir. Sigorta şirketi kesilen fatura mukabili bu bedeli sanığa ödemiştir. Ancak sanığın başka yerlere borçlarının olması sonucunda kendisine gelen bu ödemeyi bu borçlarını ödemede kullanmıştır. Neticede klinikçe sanığa karşı icra takibinde bulunulmuştur. Ayrıca klinikçe sanık hakkında güveni kötüye kullanma suçundan suç duyurusunda bulunulup dava açılmıştır. Sanık neticede bu faturaya konu bedeli kliniğe ödeyerek bu suçtan yerel mahkemede beraat etmiştir. Ancak bu sefer bu işin peşini bırakmayan Vaud Kantonu kamu bakanlığı istinaf başvurusunda bulunmuş ve istinaf mahkemesi sanığı İsviçre CK m. 138'deki güveni kötüye kullanma suçundan hapis cezasına mahkûm etmiştir. Bunun üzerine sanık en üst makam olan Federal Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusunda bulunmuştur. Temyiz başvurusunun temel gerekçelerinden biri kendisine sağlık nedeniyle sigorta kapsamında verilen paranın kliniğe ödenme amaçlı özel bir şartla verilmediği yani bu paranın kendisine emanet ve belli bir yerde kullanma amaçlı verilmediğidir. Federal Yüksek Mahkeme bu konuda sanık ve sigorta şirketi arasındaki sözleşme ve ilgili mevzuatı da incelemiş yapılan ödemenin sanığın sağlık harcamasına binaen yapıldığını tespit etmekle beraber bu durumun sanığın bu parayı kliniğe ödeme şartlı verildiği anlamına gelmediği bu yönde bir şarta sözleşmede rastlanmadığını belirtmiştir. Neticede sanık açısından güveni kötüye kullanma suçunun oluşmadığından bahisle hükmü bozmuştur. (Kararın Fransızcası için bkz. http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F117-IV-256%3Ade&lang=de&type=show_ document (Erişim Tarihi: 23.01.2018)

[762] **STRATENWERTH- JENNY- BOMMER**, (Kn: §56), s. 313 Ayrıca bu kitapta da **zikredilen İsviçre Federal Mahkemesi (BGE) 98 IV 22 sayılı 3 Mart 1972 tarihli kararı** için bkz. http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4098022.html (Erişim Tarihi:20.01.2018) Ayrıca buna benzer başka örnek **BGE 80 IV 53 sayılı 21 Mayıs 1954 tarihli kararı** için bkz. http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4080053.html (Erişim Tarihi:20.01.2018) Ülkemize dönersek, bir serbest meslek sahibi olan kişiye görevi gereği kanunen verilmiş olan komisyon ücretinin sonradan görevini yerine getirmediğinden bahisle geri istenmesi ancak failin bunu iadeden kaçınması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz. Ancak bu olay bir özel hukuk davasına konu edilebilir. Örneğin **Yargıtay 11.CD 26.09.2002 tarihli 6066-7415 sayılı kararı** *"Emlak komisyoncusu olan sanığın şikayetçinin evini satmak ve başka bir ev bulmak amacıyla komisyon bedeli olarak aldığı parayı iade etmediği iddia olunmasına yüklenilen hizmet için verilen para olmasına göre güveni kötüye kullanma suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı ve uyuşmazlığın hukuki nitelikte bulunduğu gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı gerekçelerle mahkumiyetine karar verilmesi…"* (Karar için bkz. **Ali PARLAR- Yekta ÇOBANOĞLU**, Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Aristo Hukuk Yayınevi, (2018), s. 27)

pahalı hediyeleri şirkete bağışlama yükümlülüğü yüklemesine karşın bunu başkanın yerine getirmemesi halinde bu suçun oluşması beklenemez. Burada da başkana bir zilyetlik değil mülkiyet devri söz konusudur. Olsa olsa burada bu yükümün yerine getirilmemesi bir özel hukuk davasına konu olabilir.[763]

Ancak bahşiş örneğine tekrar geri dönersek burada müşteri, pompada görevli kişi yanında bir başka kişiye de bir bahşiş bırakıp bunun pompacı tarafından o kişiye teslimini istese pompacı bu parayı da kendisine mülk edinse veya pompacı korumakla yükümlü olduğu bahşiş kutusundan bahşiş paralarının bir kısmını alsa bu durumda güveni kötüye kullanma suçunun varlığından elbette ki bahsedilir. Zira burada bir zilyetlik devri ve koruma yükümlülüğünün ihlali söz konusudur.

Son olarak güveni kötüye kullanma suçunda zilyetlik devri mağdurun hilesiz şekilde rızası ile yapılmış olmalıdır. Mağdurun rızası olmadan veya hileli şekilde rızası alınmak suretiyle yapılan zilyetlik devri, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır.

[763] Bu yönden özel hukuktaki güveni kötüye kavramı ile ceza hukukundaki güveni kötüye kullanma suçu birbirinden ayrılmaktadır. Özel hukuktaki güveni kötüye kullanma kavramı kanımızca kapsam yönünden ülkemizde ceza hukukundaki suçtan çok daha geniş kapsamlıdır. Kişi için öngörülen bir mükellefiyetin yerine getirilmemesi şeklindeki haksız fiiller de özel hukuk bağlamında güveni kötüye kullanma olarak değerlendirilip tazminat gerektirebilir. Yine özel hukukta iş bu maddi veya manevi tazminat istemi için haksız fiile konu işlemi yapan kişinin bir eşyanın zilyedi olması şart değildir. Malik de olabilir, eşyanın başkasına ait olması da şart değildir. Ayrıca özel hukuk bağlamında sadece manevi değeri bulunan hiçbir ekonomik değeri olmayan bir eşya için bu durumun tartışılmasının bir gereği bulunmamaktadır. Zira malikin bu durumdaki bir eşya üzerinde aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak tasarrufta bulunan kişiden (zilyedinden) en azından manevi tazminat talep etme imkânı bulunmaktadır. Öte yandan ceza hukukunda bu suça konu olamayan eşyalar hatta fikri ürünler üzerindeki emanet edilen kimsenin tasarrufları dahi özel hukukta güveni kötüye kullanma terimi içinde değerlendirilmektedir. Hatta eşya niteliğine haiz olmayan bir ticari sırrın veya kişisel sırrın açığa vurulması özel hukuk bağlamında güveni kötüye kullanma olarak nitelendirilip tazminat gerektirmektedir. Oysaki bu tür hareketler, ceza kanunumuzda doktrinde ve yargı organlarında TCK m. 239 veya FSEK.m. 71 gibi ayrı suçlar olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda öncesinde Ser.PK m. 110/1'deki güveni kötüye kullanma suçunu incelerken ele aldığımız üzere bir kısım ceza hukukçularının zilyetlik konusunu özel hukuk bağlamında değerlendirirken içine düştüğü yanılgılar gibi, özel hukukçular da ceza hukuku bağlamında değerlendirme yaparken suçların hukuki tasnifinde çeşitli yanılgılara düşmektedir. (Örn. bkz. **Ali İhsan KARACAN,** Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar, Cilt I, Legal Yayınları, (2017), s. 648 ayrıca bkz."Ser.PK'daki Diğer Bazı Tartışmalı Haller" kısmı ve 429 nolu dipnot)

b. Zilyetlik Devrinin Malı Muhafaza ve Belirli Şekilde Kullanma Amacı Taşıyan Geçerli Bir Sözleşme İlişkisine Dayanması

ba. Sözleşmenin Tanımı

Özel hukuk açısından sözleşme koşullarına uyulması yasalarca güvence altına alınmış, en az iki veya daha fazla taraflı hukuki işlem[764] olarak tanımlanabilir. Bir sözleşmenin kurulması için öncelikle birbirine uygun karşılıklı iradenin açığa vurulması" ve bu irade beyanları neticesi sunulan hukuki şart ve önerilerin taraflarca kabul görmesi; yasalarda sözleşmelerin kurulması için özel bir şekil şartı öngörülmüşse bu şekil şartına uyulması, gerekmektedir.

Sözleşmeyi doğuracak irade açıklaması "bir kişinin bir hakkı ya da hukuksal ilişkiyi kurma, değiştirme ya da ortadan kaldırma iradesini dış dünyaya yansıtması, açıklaması ya da bildirmesi bu yolla yürürlüğe koymasını*"* [765]gerektirmektedir. Bu yönde bir bildirimi içermeyen örneğin sadece bir duyguyu ifade eden, irade açıklamaları doğal olarak bir sözleşmeyi kurma amacı taşımaz. Diğer taraftan irade açıklamasının tek değil çok taraflı yapılması gerekmektedir. Elbette ki tek taraflı hukuki sonuç ve borçta doğurabilen takas beyanı (BK m. 139), "mirasın reddi" (MK m. 605), vasiyetname (MK m. 531) veya fesih bildirimi gibi işlemler hukukta bulunmaktadır.[766] Ancak bu işlemlerle borç doğurma sadece yasaların imkân tanırsa olabilir. Oysaki iki taraflı sözleşmelerde yasalarca herhangi bir sınırlama getirilmedikçe her zaman bir borç yaratılabilir ya da değiştirilebilir.[767] [768] Ancak sözleşmelerde kimi zaman iki tarafın eşit güçte olması söz konusu olmayabilir.

Bir taraftan gelecek bir önerinin (TBK m. 3) karşı tarafça kabulü sözleşmeyi doğurabilmektedir. Sözleşmelerde kural tarafların öneri ve kabul şeklindeki irade beyanlarının açık şekilde yapılması gerektiği yönündedir. Aksine bir durum öngörülmemişse bir önerinin karşı tarafça kabulüyle sözleşme kurulur. Ancak kimi hallerde karşı tarafça susma şeklinde yapılan kabul beyanı da sözleşmeyi geçerli hale

---

[764] **Safa REİSOĞLU**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 23.Bası, (2012), s. 62
[765] **Mustafa Reşit KARAHASAN**, Sorumluluk Hukuku -Sözleşmeler, Cilt:1, Beta Yayınları, (2003) s. 101
[766] **REİSOĞLU**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 51
[767] **KARAHASAN**, s. 103
[768] **REİSOĞLU**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 52
Diğer taraftan sözleşmelerde eğer tek tarafa sadece borç yükleniyorsa "tek taraflı sözleşme" (örn. bağışlama (BK m. 288), kefalet (BK m. 581)) eğer her iki tarafta birbirine karşı borç altına giriyorsa "iki taraflı sözleşme" (örn. vekâlet (BK 502/3), vedia (BK:561/2)) olarak ikiye ayrılmaktadır.

getirebilir.[769] "Öneren kanun, işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde sözleşme kurulmuş sayılır.*"* (TBK m. 6) Bir kimsenin tatile giderken evindeki çiçekleri sulaması ve hayvanlarına bakması için önceden haber vermeden evin anahtarını komşusuna bırakmak istemesi buna örnek verilebilir. Bu halde bu kimsenin bir not yazıp komşusunun kapısının paspasının altına anahtarı bırakması halinde komşunun sessiz bir şekilde anahtarı alıp iki gün sonra eve girip çiçekleri sulaması ya da hayvanlara bakması halinde bu durum "kabul" manasında değerlendirilmelidir.[770]

Diğer taraftan karşı karşıya olmayanlar arasındaki sözleşme kabul haberinin gönderildiği andan itibaren (BK m. 11/1); eğer açık kabule ihtiyaç bulunmuyorsa (TBK m. 6) önerinin ulaşmasıyla hüküm ifade edecektir.[771]

Bununla birlikte esaslı noktalarda tarafların uyuşup, tali nokta olarak kaydedilen şartlarda uyuşmaması ve bu şartların görüşülmesinin sonraya bırakılması halinde de sözleşme kurulmuş sayılabilecektir. Bir kimsenin diğer kimseye, bir malını iki haftalığına 1.000-TL para karşılığı emanet etmesi ancak sürenin iki haftayı geçmesi halinde bir ek ücret ödeneceğinin ve ek ücret miktarının taraflarca kararlaştırılmaması, sonradan kararlaştırılacağının belirtilmesi veyahut ücretin ileride bir bilirkişi tarafından yapılacak tespitle belirleneceği yönünde tarafların anlaşması buna örnek gösterilebilir. Bu yönde sözleşmeye bir madde eklenmesi halinde, bu ek ücretin miktarı belirtilmese bile sözleşme geçerli olarak kabul edilecektir. Zira sözleşmenin esaslı koşullarında bir uyuşma mevcuttur.

Öte yandan bir önceki bölümde ele alacağımız üzere istisnai olarak hukuk kuralları gereği veya idari sözleşme ile veya mahkeme kararı ile sözleşme ilişkisi tesis edilebilmektedir. Bu hallerde bir tarafa hiç veya çok az yükümlülük yüklenirken diğer tarafa ise neredeyse bütün sorumluluğun yüklendiği sözleşmelerde söz konusu olabilir. Ayrıca bir hizmeti yapmayı üstlenen bunu kabul eden bir kimseye kanunlar ek yükümlülükler getirip diğer bir tarafın onayına gerek kalmadan tek taraflı borç

---

[769] **KARAHASAN**, s. 103

[770] Yine benzer bir örnek olarak **REİSOĞLU**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 69 "*Örneğin A bir kitabevinin sahibi olan B'den Anayasa Hukukuna ilişkin bütün yeni yayınları düzenli olarak yollamasını (bedellerini ay sonunda toptan ödeyeceğini beyan ederek) istemişse (öneriye davet); B'de, yeni yayınlanan bir kitabı yollayarak öneride bulunduğu zaman açık bir kabul haberini beklemek zorunluluğunda değildir. Uygun bir süre içinde A öneriyi reddetmediği takdirde sözleşme kurulmuş sayılır..."*

[771] **REİSOĞLU**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 69

doğuran sözleşmesel yükümlülükler yükleyebilmektedir. Bunlarda sözleşme ilişkisi olarak değerlendirilmelidir.

Bunun yanında kimi sözleşmelerde kanunlar ve hukuki mevzuat, örneğin bir sözleşmenin yazılı olması gibi şekil şartları öngörmektedir. Bu şarta uyulmaması halinde sözleşme yine geçersiz kabul edilecektir. Dolayısıyla bu halde güveni kötüye kullanma suçu da oluşmayabilecektir.

Güveni kötüye kullanma suçunda da zilyetlik devrinin, aynen yukarıda zikrettiğimiz gibi özel hukuk kuralları nazarında geçerli ve hukuki bir sözleşme ilişkisine dayanması gerekir. Bu hukuki sözleşme ilişkisinin sadece zilyetliği geçirme amacı taşıması gerekmektedir. Ancak zilyetlik devrine ilişkin eşyanın örneğin uyuşturucu madde veya kullanımı satışı yasak nükleer madde gibi hukuka aykırı olması halinde güveni kötüye kullanma suçu söz konusu olamaz. Zilyetlik devrine ilişkin sözleşme, geçerli olmasına karşın hukuka aykırı bir amacı gerçekleştirmeye yönelikse örneğin devrin uyuşturucu madde taşınması için yapılması durumunda güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.[772]

Diğer taraftan, mülkiyeti geçirmeye dayalı sözleşmelerle yapılan devirler, güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturamazlar.[773]

bb. Zilyetlik Devri İçin Sözleşme İlişkisi Zorunluluğu

Güveni kötüye kullanma suçu açısından, TCK m. 155'in gerekçesinde zilyetlik devrinin bir sözleşme ilişkisine dayanması gereği açıkça belirtilmektedir.[774] Ancak doktrinde bunun aksini iddia eden bir görüşe de rastlanmaktadır. Bu görüşe göre güveni kötüye kullanma suçu için fail-mağdur ilişkisi sadece kanunda açıkça belirtilen sözleşme ilişkisinden ibaret sayılamaz. Sözleşme ilişkisi dışında yasa hükmü gereğince veya mahkeme kararıyla veya idari bir kararla zilyetlik devrinin yapılmış olması da güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabilecektir[775], Yargıtay

---

[772] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler," s. 631

[773] **DURSUN**, s. 4

[774] TCK m. 155 gerekçesi *"...güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı gereklidir. Bu hukukî ilişki, örneğin kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, karz sözleşmesi, vedia sözleşmesi, istisna sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, rehin sözleşmesi ile tesis edilmiş olabilir. Bu akdi ilişki, karma veya sui generis bir sözleşme ile de tesis edilmiş olabilir…"*

[775] **Osman YAŞAR- Hasan Tahsin GÖKCAN- Mustafa ARTUÇ**, Açıklamalı Yorumlu Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2.Baskı, (2014), s. 5008; **KÖSE**, s. 65

da[776] bu görüştedir. Bu görüşe katılmamaktayız, doktrinde sözleşme ilişki dışı olarak ileri sürdüğü ilişkiler de kanımızca bir sözleşme ilişkisidir. Zira özel hukuk bağlamında sözleşme ilişkisinde, tarafların serbest iradesi ile kurulmakla birlikte bu genel kuralın istisnaları bulunmaktadır. Doktrinin bahsettiği husus da bu istisnalardır.

Kimi hallerde kanuni bir hükümle de sözleşme kurulabilir ve zilyetlik devri yapılabilir. Taraflara böyle bir yükümlülük yüklenebilir. Örneğin Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 35. maddesinin (J) fıkrası seçilen yöneticinin *"*topladığı paraları ve avansları yatırmak ve gerektiğinde almak üzere muteber bir bankada kendi adına yönetici sıfatını göstermek suretiyle hesap açabileceğini*"* belirtmektedir. Bu durumda bir sitede yönetici seçilen bir kimse çeşitli kanuni yetki ve sorumluluklara, yönetime aday olup yönetici seçilerek haiz olmaktadır ve bu durum kat malikleri nazarında da sözleşme hükmündedir. Yönetici de bu hükümleri doğrudan doğruya kabul etmiş sayıldığından ayrıca bir anlaşmaya gerek yoktur. Yöneticinin kat maliklerinden topladığı parayı bu banka hesabı yerine kendine ait hesaba yatırıp çıkarlarına göre kullanması halinde güveni kötüye kullanma suçu işlenmiş olacaktır.

Hatta bazı hallerde kanun koyucu, taraflardan birine veya birkaçına kanunla sözleşme yapma zorunluluğu getirmiştir. 6502 sayılı Tüketici'nin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6. maddesinde belirtildiği üzere vitrinde sergilenen bir mal eğer üzerine "satılık değildir" ibaresi koymazsa satıcı bu malın satışından kaçınamaz ve gelen her tüketiciyle sözleşme yapma zorunluluğu doğacaktır.

Sözleşme ilişkisi bir mahkeme kararı ile de kanunların elverdiği ölçüde kurulabilir. Örneğin bir şirkete mahkeme kararıyla kayyum atanması halinde yöneticinin yetkisine sahip kayyum şirketi dürüstlük kuralları dâhilinde yönetmek

[776] **Yargıtay 11. CD. 03.10.2006, E: 4479, K: 7725,** *"Çağdaş sitesi olağan üstü genel kurulunun, 13.04.2003 tarihinde yapılan toplantısında 3 nolu kararla, eski yönetimin siteye ait defter ve belgeleri yeni seçilen yönetime teslim etmesinin kararlaştırıldığı, toplantı kararlarını altında sanığın da imzasının bulunduğu, zaman içinde müt,/eaddit kez sözlü uyarılara rağmen (karar defteri hariç) defter ve belgelerin yeni yönetime devir ve teslim edilmemesi üzerine, yeni yönetimce alınan 30.06.2003 tarihli karar doğrultusunda çıkarılan 01.07.2003 tarihli ihtarnamenin tebliğ edilmesine rağmen, defter ve belgelerin alıkonulmaya devam olunduğu dosya kapsamından anlaşıldığından; yüklenen suçun unsurları itibariyle oluştuğu gözetilerek sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde beraat hükmü tesisi…"* (**KÖSE**, s. 65; **YAŞAR- GÖKCAN- ARTUÇ** ,s. 5008) Yargıtay'ın bu kararının yazarların görüşü doğrultusunda olduğuna dair olan düşünceye katılmamaktayız. Zira sözleşme ilişkisi en az 2 taraflı bir hukuki ilişki olup bu ilişkide illa tarafların mali bir yükümlülüğe girmesi şartı aranmamaktadır. Bu ilişkinin maddi yükümlülük getirmesi bu yönde kişinin bir borç altına girmesi yeterlidir. Yargıtay kanaatimizce bu olayda sanığında imzasının bulunduğu genel kurul kararını çok taraflı bir sözleşme ve bu sözleşmeye imzasını atarak sanığın bu defterleri teslime dair bir maddi yükümlülük altına girdiğini kabul ederek bu yönde bir karar vermiştir.

zorundadır. Bunun için ayrıca bir hükme gerek bulunmamaktadır. Kayyum atanan kimsenin mahkemece kendisine emanet edilen şirketin kasasındaki parayı zimmetine geçirmesi halinde güveni kötüye kullanma suçu tabiatıyla hatta nitelikli haliyle birlikte oluşacaktır. (TCK m. 155/2)

Sözleşme ilişkisi kanunların elverdiği ölçüde idari bir kararla da kurulabilir. İdare bazı hallerde özel hukuk kişilerinin kurduğu ilişkilere bile kamu yararını gerekçe göstererek müdahale edebilmektedir. Örneğin idari bir kurum olan "Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), elektronik haberleşme ve iletişim sektöründe olduğu gibi, özellikle doğalgaz ve elektrik sektöründe faaliyet gösteren üreticiler ve dağıtım şirketlerinin kendi aralarında veya dağıtım şirketleri ile aboneler arasında söz konusu olan ve özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmelere müdahale edebilmektedir. Yine bu kurum çıkardığı düzenlemelerle tarafların kabul ettiği sözleşme şartlarını değiştirebilmektedir. Taraflara da yeni yükümlülükler koyabilmektedir. [777] Bu durumda EPDK'nın koyduğu yükümlülüklere aykırı davranmak suretiyle kendisine zilyetliği devredilen bir malı amacı dışında kullanan bir abonede, dağıtıcı şirkette eğer başkaca bir suç söz konusu değilse, güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılabilecektir.

Hatta bazı haller içinde, bazı fiili davranışlarla dahi sözleşmenin kurulabileceğini doktrin kabul etmekte ve bu türden sözleşmelere "fiili sözleşme ilişkileri" adı verilmektedir. Örneğin ulaşım aracına biletsiz olarak binen kişi bilet almak suretiyle sözleşme yapma isteğini açığa vurmaktadır. [778] Aynı şekilde otogardaki bir emanetçiye bir kimsenin adını sadece söyleyip bavulunu bırakması halinde de bir sözleşme ilişkisi kurulabilecektir.

Bu yönden de kanımızca kanundaki "sözleşme ilişkisinin" varlığı iki tarafın özgür iradesiyle kurulduğu ve sadece özel hukuk kapsamında olduğu şeklinde dar anlamda yorumlanamaz. Kanun'un bahsettiği sözleşme ilişkisi kanımızca özel hukuk sözleşmeleri yanında idare hukukundaki sözleşmeleri; kanunlardan, yargı kararlarından veya failin yapmış olduğu mesleğindeki sorumluluklarından kaynaklanan bir tarafa istese de istemese de sözleşme yapma mükellefiyeti yükleyen

[777] **Murat SEZGİNER**, İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri Birleşik İradeli Sözleşmeler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı: 1-2, (2013), s. 1602-1604
[778] **Ahmet KILIÇOĞLU**, Fiili Sözleşme İlişkileri, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:5-6, (1985), s. 739

bütün düzenlemeleri de içermektedir. Bu sebepler sözleşme terimi yukarıda belirttiğimiz halleri de kapsayacak şekilde en geniş manada değerlendirilmelidir.

bc. Sözleşmenin Malı Muhafaza Etmek, Belirli Şekilde Kullanmak Üzere Yapılması Zorunluluğu

Sözleşmenin malı muhafaza etmek veya belirli şekilde kullanmak üzere yapılması zorunluluğu TCK m. 155'te ki güveni kötüye kullanma suçunun olmazsa olmaz şartlarından biridir. Malın zilyetliğinin bu amaçlar dışında kalan amaçlarla karşı tarafa devri halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşması beklenemez. Mesela zilyetliğin devri bir sözleşmeden doğan yükümlülüğe karşılık gelmek üzere, ileride doğması beklenen bir edaya karşılık yapılmışsa bu yükümlülük karşı tarafça yerine getirilmeyecek olursa veya zilyetliği devreden tarafın yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle karşı tarafın hukukun himaye ettiği haklarını kullanmışsa bu suç oluşmayacaktır. [779] Örneğin bir işi yapması için işçinin para alıp da bu işi yapmaması bu suçu oluşturmaz. Aynı şekilde borç ödenmediği için kendisine rehin bırakılan bir malı paraya çeviren alacaklının hareketi de güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır.[780] Diğer taraftan alacağın çok düşük olmasına ve bunun başka yollarla alınabilmesi imkânına karşın, bu değerin çok daha üstünde kıymete sahip rehne konu malın, sırf aradaki farkında elde edilmesi amacıyla alacaklı tarafından paraya çevrilerek satılmasının bu suçu oluşturacağını doktrinde iddia eden görüşler bulunmaktadır.[781]

bd. Çeşitli Sözleşme Türlerinin ve Hukuki İşlemlerin Devir Açısından Değerlendirilmesi

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşumu için zilyetlik devrinin bir sözleşme çerçevesinde faille yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte her sözleşme, bu suçun oluşumuna elverişli değildir. Mülkiyetin devredildiği sözleşmeler güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır.

Aynı şekilde muhafaza etmek belirli şekilde kullanmak üzere yapılmamış sözleşmeler bu suçu oluşturmaz. Malın teslimi suretiyle mal üstünde zilyetliği devralana kullanma ve yararlanma hakkı veren kira sözleşmesi bu sözleşmenin alt

[779] **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 168
[780] **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN**, s. 380
[781] **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN**, s. 380

türleri olan konut ve çatılı işyeri kiralama; ürün, hasılat ve hayvan kiralama sözleşmeleri (TBK m.299- 385) ; finansal kiralama sözleşmesi (6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 18 ve devamı); bir malı saklama mükellefiyeti yükleyen vedia sözleşmesi (TBK m.561-580); bir malı belirli şekilde kullanma yükümü içeren kullanım ödüncü (ariyet) sözleşmesi (TBK m.379-385) güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilecek muhtemel sözleşmeler arasındadır.

Ayrıca eser (TBK m.470- 486) veya hizmet sözleşmesi (TBK m.502 ve devamı ile İş Kanunu m.8 ve devamı) kapsamında mukabili bir işçi veya müteahhite zilyetlik devri suretiyle eşya teslimi veyahut zilyet kılınan bu kimselerin teslim edilen eşyayı korumak veya belirli şekilde kullanmak ile mükellef kılınması neticesi tasarrufa aykırı eylemleri de güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilir. [782] Aşağıda belirttiğimiz sözleşmeler doktrinde tartışmalı olan sözleşmelerdir.

bda. Tüketim Ödüncü (Karz) Sözleşmesi

TBK m.383'te tüketim ödüncü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Tüketim ödüncü sözleşmesi misli eşyalar üstünde kurulmaktadır.

Tüketim ödüncü sözleşmesinde misli mal üstünde zilyetlik yanında mülkiyette devralana geçirilmektedir.[783] Bu mal tüketilmekte ancak ödüncü alan talep edilen tarihte ödünç konusunu mislen aynı şekilde geri vermeyi borçlanmaktadır. Misli malın zilyetlikle birlikte mülkiyetinin de geçirilmesi karşısında fail, borcunu ifa etmeyeceğine dair sözleşme kurulmadan önce bir düşünce içerisinde olsa dahi, mülkiyetin intikalinin, güveni kötüye kullanma suçunun oluşmasına engel teşkil

[782] TCK m. 155 gerekçesi *"...Bu hukukî ilişki, örneğin kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, karz sözleşmesi, vedia sözleşmesi, istisna sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, rehin sözleşmesi ile tesis edilmiş olabilir. Bu akdi ilişki, karma veya sui generis bir sözleşme ile de tesis edilmiş olabilir. Örneğin, bir bankada açılan cari hesaba veya bir "özel finans kurumu"nda açılan "katılım ortaklığı hesabı"na ilişkin sözleşme ile de bu hukukî ilişki tesis edilmiş olabilir. Keza, örneğin bir anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile şirket tüzelkişiliği arasındaki hukukî ilişki, hizmet ve/veya vekâlet sözleşmesine dayanmaktadır. Hatta mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alınmış olan eşyanın meselâ bir üçüncü kişiye satılması durumunda dahi, güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu kabul edilmelidir..."*

[783] **Cevdet YAVUZ**, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınları 13.Bası İstanbul (2014), s. 386

edeceği yönünde doktrinde görüşler belirtilmiştir.[784] Ancak TCK m. 155 gerekçesinde bu suçun tüketim ödüncü (karz) sözleşmesinde de oluşacağının açıkça belirtilmesi karşısında kanaatimiz bu sözleşmenin güveni kötüye kullanma suçuna konu suç olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.

Bununla birlikte bu sözleşmede güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için paranın veya misli eşyanın nerede ne amaçla sarf edileceğinin belirtilmesi ve bu amaca aykırı bir kullanımın[785] veya bu konudaki devri inkâr olgusunun söz konusu

---

[784] **BULUTOĞLU**, s. 92

[785] Karşılaştırmalı hukuk açısından bakarsak **İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin (BGE) 23 Ocak 2018 tarihli (6B_279/2017) kararında** güveni kötüye kullanma suçunun özellikleri ve bu suça konu hareketlerin niteliği yanında karz sözleşmesinde bunun nasıl gerçekleşebileceğini özetlenmiştir. Bu karara konu olayda kısaca şöyledir. Bir sigorta acentesi faaliyetlerini de yürüten X sekiz kadar yatırımcıyı ikna eder. Buna göre Fransa'da J ve K bölgelerinde iki konut ve yenileme projesi yapılacaktır. Bununla ilgili İsviçre'de bir şirket yanında Fransa'da üç şirket kurulur. Projeleri yürüten ve paraları yönlendiren en önemli kişilerden biri X'dir. Ancak X bu sekiz yatırımcıdan gelen paraların önemli bir kısmını paranın kullanım amacı dışında kendi şahsi ve ailevi işleri için kullanıp bu konut projelerinin bitirilmesini zora sokunca durum değişir. Bu 8 kişi X'e İsviçre'de dava açar. X İsviç.CK m. 138'deki güveni kötüye kullanma suçundan mahkûm olur ancak kararı Federal Yüksek Mahkeme'de temyiz eder. Federal Yüksek Mahkeme X'in temyizini ve temyiz istemlerini reddeder. Gerekçeli kararında da İsviçre hukuku bağlamında güveni kötüye kullanma suçunun oluşumunu ve şartlarını şu şekilde ifade etmiştir. *"…2.1-İsviçre CK 138/1 ve 2.maddeleri bağlamında güveni kötüye kullanma suçunun oluşumu için fail kendisine emanet edilmiş olunan malvarlığı değerlerini kendisi veya üçüncü kişi yararına haksız şekilde kullanmalıdır.Objektif unsur olarak bu suç emanet edilen bir kıymet üstüne atfedilir, diğer deyimle fail bu kıymet üzerinde tasarruf edebilme imkanına sahip olmalıdır fakat bu bir anlaşmaya (açık veya zımni) yada diğer bir kanuni ilişkiyle uyumlu olarak o belirlenen amaç dışında değeri kullanmamalıdır diğer deyimle bu kıymeti üçüncü kişinin nazarında koruma, yönetim veya teslim yükümü altında tasarruf edebilmek için teslim almalıdır. Belirtilen kullanım amacını gözardı ederek teslim şartlarına aykırı olarak eşyadan yararlanma suça konu harekettir. Subjektif unsur olarak fail haksız zenginleşme niyetiyle ve kasten hareket etmelidir. Her kim kendisine emanet edilen ve hak sahibinin hükmü altında her daim tutmakla yükümlü kılındığı onun rızasının bulunmadığı ve kararlaştırılan zamanda mevcut durumu tekrar tesis etme iktidarı bulunmayan eşyayı kendisi veya üçüncü kişi yararına tasarruf ederse haksız zenginleşir. Diğer taraftan fail malvarlığı değerini haksız şekilde kullanıyorken, bu değerin karşı değerini; gerektiğinde, kullanımın gerçekleştiğinin öngörüldüğü zamanda istek halinde veya yapabilme iktidarında veya tazmin hakkına sahip iken her daim ödeyebiliyorsa, haksız zenginleşme amacı eksiktir. Haksız zenginleşme amacı olası kast ile de oluşabilir, istemese de bu ortaya çıkacak durumu değerlendirmek için failin haksız zenginleşmenin oluşabileceğini öngörebilmesine rağmen bu duruma kayıtsız kalması hali buna örnektir. Karz sözleşmesinde eğer ödeme borç verenin arzusuyla ilişkili olarak belli bir kararlaştırılan amacın gerçekleşleştirilmesi için yapılmış ve failce borç alanın karşılıklı sözleşmeden anlaşılabilecek ulaşan meblağ kadar karşı miktarın saklanması ödevine karşın, başka bir amaçla kullanmışsa emanet edilen paranın haksız kullanılması söz konusudur. Karşı miktarda borç verenin zararını karşılayacak ya da en azından kayıp riskini indirecek kadar olmalıdır…"*(karar için bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/ttp/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=01.01.2017&to_date=06.02.2018&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=str&query_words=abus+de+confiance&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F23-01-2018-6B_2792017&number_of_ ranks =37 Erişim Tarihi:28.01.2018) Kararda katılmadığımız tek nokta bu suçun olası kastla işlenebileceğine dair tespittir. Kanaatimizce bu suç olası kast ile işlenemez. Verilen örnekte de kendisi veya başkasına menfaat temini amacıyla hukuka aykırı hareketin yapılması suçun oluşumu için tek başına yeterli olmakla ortada olası kast değil, doğrudan kast hali söz konusudur. Karşı menfaat değerine gelince ayrıca şu örnek de verilebilir. Bir kişiye 5000-TL parayı emaneten bırakmanıza karşın bu kimse bu parayı kullanmış ancak o sırada bankada bir 5000-TL parası varsa veya her an paraya çevrilmeye müsait aynı miktarda bir bankada fonu varsa, parayı emanet bırakana veya üçüncü kişiye teslim vakti geldiğinde buradan çekip hemen

olması gerekir.[786] Aksi takdirde borçlunun zor duruma düşmesi nedeniyle borcunu ödememesi halinde bu suçun oluşması beklenemez.

bdb. Satış Sözleşmeleri ve Mülkiyeti Muhafaza Kayıtlı Satış Sözleşmeleri

Satış sözleşmeleri[787] zilyetlik yanında mülkiyeti de alıcıya geçirmektedir. Bu sebeple bir kimseye satış sözleşmesiyle devredilen bir eşya, güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturmayacaktır. Taksitle satışlarda aynı durumdadır. Zira mülkiyet, bu satışlarda da taksitlerin ödemesi tamamlanmasa da eşyanın teslimi sonrası alıcıya geçmektedir. Satıcı ancak özel hukuk hükümlerinden istifade edebilir.[788] Aynı durum satış sözleşmesine benzer trampa sözleşmesi içinde söz konusudur.

Ancak bedeli tamamen ödenene kadar, mülkiyeti muhafaza hakkının saklı tutulduğu satış sözleşmeleri bunun istisnasıdır.[789] Bu halde satıcı malı alıcıya teslim etmesine rağmen asli zilyetliğini ve malik konumunu devam ettirmektedir. Fer'î zilyet ise mal bedelini ödeyememesi halinde, eşyayı geri vermekle yükümlüdür. Diğer deyimle bu sözleşmeler alıcı olan tarafa aynı zamanda belirli bir süre boyunca bir muhafaza mükellefiyeti yüklemektedir. Bu sebeple mülkiyeti muhafaza kayıtlı satış sözleşmelerinde alıcının sözleşmeye aykırı tasarrufları güveni kötüye kullanma suçu konusu olabilmektedir. [790]

Ele alınması gereken bir diğer husus da beğenme koşuluyla satış sözleşmelerine ilişkindir. Bu satış şekli mülga 818 sayılı BK'nın 219. maddesinde tecrübe veya muayene şartıyla satım adıyla yer almaktaydı. Bu satış sözleşmesi şekli 6098 sayılı TBK.'nın ise 249 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TBK.'nın 249.maddesinde alıcının satılanı deneyerek veya gözden geçirerek beğenmesi

---

verebilecekse bu suçun ve bu suçtaki kendisine veya başkasına menfaat sağlama saikinin gerçekleştiği söylenemez.

[786] **CANPOLAT**, s. 114

[787] Satış sözleşmesinin özel hukuk babında ne olduğu hususunu ayrıca ilerleyen bölümde "fiil" bahsinde ayrıca ele aldığımızdan tekrara mahal vermemek için burada tekrar ele almıyoruz.

[788] **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt: III, s. 2473; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 410, 416

[789] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 74; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 416

[790] Karşı görüş bkz. **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN**, s. 381 Yazarlar her ne kadar mülkiyet devredilmesede zilyet olan alıcıya malın rıza ile teslim edilip alıcının malik gibi tasarruf imkanına sahip olduğundan bahisle mülkiyeti muhafaza kayıtlı satımlarda alıcının rıza dışı kullanımının ne güveni kötüye kullanma suçunu ne de hırsızlık suçunu oluşturmayacağını iddia etmektedirler. Yazarların bu görüşüne katılmamaktayız.

koşuluyla yapılan satış olarak tanımlanmıştır. Bu satış şeklinin de çeşitli alt türleri vardır. Satıcı yanında beğenme şartlı satış bu alt türlerden biridir. Eğer satıcı yanında beğenme şartı ile satış yapılmışsa eşya satıcıda olduğu için eşyanın zilyetliği de mülkiyeti de alıcı kararı verilene kadar satıcıda kaldığı için güveni kötüye kullanma suçuna bu satış şekli elverişli değildir. (TBK m.251) Diğer taraftan beğenme şartı bir bozucu şart olarak da kararlaştırılabilir. Bu durumda bozucu şart olarak, alıcıya satın aldığı malı belli süre kullanması ve beğenmemesi, bir sorun çıkması halinde iade imkânı getirilmiştir. Beğenme bozucu şart olarak kararlaştırılmışsa, teslim ile mülkiyet de alıcıya geçtiğinden[791] güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilecek bir durum yine oluşmayacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçu açısından tartışmalı husussa alıcı yanında beğenme şartlı satış sözleşmelerinde bulunmaktadır. Zira, bu durumda TBK m.250'ye göre alıcı tarafından beğenme bildirimi yapılana kadar satışa konu malın zilyetliği teslim ile alıcıya geçerken, mülkiyeti satıcıda kalmaya devam edecektir. Buna karşın TBK.'nın 252.maddesine göre satılan, denemeksizin veya gözden geçirilmeksizin alıcıya verilmişse, sözleşme veya âdete göre gereken süre içinde veya böyle bir süre yoksa, satıcının ihtarı üzerine alıcı, satılanı beğenmediğini hemen bildirmez veya onu geri vermezse, beğenme koşulu gerçekleşmiş olur. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında malı zımni kabul ve beğenme babında bir başka hükümde sevk edilmiştir. Buna göre alıcının, herhangi bir çekince belirtmeksizin satış bedelinin tamamını veya bir kısmını ödemesiyle ya da satılanı deneme veya gözden geçirme amacını aşacak biçimde kullanmasıyla da beğenme koşulu gerçekleşmiş olur. Alıcının itirazi kayıt beyan etmeksizin satış parasını, tamamen veya kısmen ödemesi, satılanı başkasına temlik etmesi veya eşyayı deneme veya gözden geçirme için zorunlu olanda başka surette tasarruf eylemesi halleri de kabul anlamına gelecektir.[792] İçerdiği bu hükümler sebebiyle beğenme şartlı satışın güveni kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı çeşitli tartışmalara sebep olmuştur.

[791] **YAVUZ**, s.140
[792] **YAVUZ**, s. 140

Yılmaz, bu satış şeklinin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabileceğini, failin beğenme konusundaki beyanını satıcıya iletmeden malik gibi tasarrufta bulunmasının güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağını belirtmektedir.[793]

Diğer bir görüş ise bu satış şeklinde de güveni kötüye kullanma suçunu oluşmayacağı uyuşmazlığın özel hukuk kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Bu görüşün savunucularından ***Erem***'e göre bu tür satımlarda her ne kadar sözleşme hükümleri geciktirici şartın gerçekleşmesinden itibaren doğuruyor olsa da, alıcıya yapılan tevdi ve teslim mülkiyetin geçirilmesi amacını taşımaktadır; bu sebeple de güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz.[794] ***Canpolat,*** TBK.'nın 252/2. maddesindeki (mülga BK m. 221/son) hükümde herhangi bir çekince belirtmeksizin satış bedelinin tamamını veya bir kısmını ödemesiyle ya da satılanı deneme veya gözden geçirme amacını aşacak biçimde kullanmasıyla da beğenme koşulunun gerçekleşeceği belirtildiğinden bu suçun oluşmayacağı kanaatini taşımaktadır.[795]

Kanaatimizce de TBK.'nın 252/2.maddesine göre failin rıza dışı tasarrufları ve malı belli bir zaman zarfında iadeden kaçınması malı örtülü olarak beğenmesi anlamına gelip malın mülkiyetini ona geçireceğinden bu suçun oluşması beklenemez. Ancak bir istisna olarak alıcı failin açıkça malı beğenmediğini söyleyip satıcıya bu yönde bildirimde bulunmasına karşın malı iadeden kaçınması veya rıza dışı tasarruflarda bulunması halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşabileceği kanaatini taşımaktayız.

Ancak **Yargıtay,** yakın tarihli bir kararında Yılmaz'ın görüşünü destekler mahiyette bu satış şeklinin de güveni kötüye kullanma suçuna konu olabileceğini kabul etmiştir.[796]

---

[793] **Mehmet Şerif YILMAZ**, Emniyeti Suistimal Suçu (Suçun Basit Hali), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mali Hukuk Bölümü, İstanbul, (1988) s. 45; **İsa ÇELİK**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, (2005), s. 87

[794] **EREM**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt: III, s. 2473

[795] **CANPOLAT**, s. 122

[796] **Yargıtay 2. CD E: 2014/32562 K: 2014/27829 T: 25.11.2014** "Somut olayda; Batman'da cep telefonu ticareti ile uğraşan katılanın dükkânının karşısında pastane işleten sanık Servet'in, beraber yaşadığı diğer sanık Belkisa ile birlikte 15.09.2006 günü sabah saatlerinde müdahilin dükkânına giderek, aynı yerde esnaflık yapmanın sağladığı güvenden de yararlanmak suretiyle, *Nokia 6600 ve Motorola V600 model iki adet cep telefonunu bir gün deneyip kullandıktan sonra beğenmeleri halinde anlaştıkları bedelini ödemek, beğenmedikleri takdirde iade etmek üzere katılan ile anlaştıkları,* ancak aynı günün gecesinde Batman'daki iş yerlerini kapatarak katılandan aldıkları iki adet cep telefonunu iade etmeden ve bedelini ödemeden Batman'dan ayrıldıkları geçen süre içerisinde de iki adet cep

bdc. Satış Vaadi Sözleşmeleri

Satış vaadi sözleşmelerinde kanunen bazı yükümlülükler bu sözleşmelere bağlansada, gerçek bir satışı değil, gelecekteki bir satışı isteme hakkı vereceğinden bir ayni hak doğurmayacaktır. Aynı şekilde bir mala müştereken zilyet olan kimselerden birinin diğer zilyede kendi payını ileride vereceğini söylemesi ve bu konuda satış vaadi sözleşmesi yapması da bu payın diğer zilyede geçtiği anlamına gelmeyecektir. Bu sebeple satış vaadi sözleşmesine rağmen, bir mala müştereken zilyet bir kimsenin kendisine koruması veya saklaması için bırakılan bir malı diğer zilyedin payı ile birlikte rızasız şekilde satması da kanımızca güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.[797]

bdd. Taşınır Rehni

Taşınır eşyanın rehininde, rehin eşyanın teslimi ile kurulur. Rehin hakkı sahibinin (rehin alacaklısının) yalnızca alacağını güvence altına almak için eşyayı elinde bulundurma yükümlülüğü vardır. Bu bakımdan eşyanın aynen geri verilmesi yükümlülüğü altındadır. Eşyayı kullanma ve yararlanma yükümlülüğü yoktur. Bir görüş rehin alacaklısının borcu ifa etmediği dönemde, özel hukuk kuralları uyarınca rehnin kötüye kullandığının tespitinin mümkün olmadığını[798] ve rehin alacaklısının eşyayı satması, kullanması gibi tasarrufa yönelik fiillerinin güveni kötüye kullanma değil, hırsızlık suçu oluşturacağını ileri sürmektedir.[799]

Bu görüşe katılmanın olanağı yoktur. Zira taşınır rehin sözleşmelerinde, rehin alacaklısı, yalnız malı sadece borç ödendiğinde aynen teslim ile mükellef değil, rehin kaldığı süre boyunca aynen muhafaza ve korumayla yükümlüdür.[800] Bu yönde de her

---

telefonunu katılana iade etmeyip bedelini de ödemediklerinin anlaşılması karşısında; *sanıklar ile yakınan arasında yasa koyucu tarafından güveni kötüye kullanma suçunun oluşması amacıyla aranan nitelikte, zilyetliğin devrine ilişkin, tarafların özgür iradeleriyle kurulan ve hukuken geçerli olan bir sözleşme, dolayısıyla hukuksal anlamda geçerli bir zilyetlik devrinin bulunduğu ve sanıklar ile katılan arasında sözleşme sonucu meydana gelmiş bir güvenin mevcut olduğu, bu itibarla sanıkların eyleminin TCK'nın 155/1. maddesine uyan güveni kötüye kullanma suçuna uyduğu gözetilmeden suç vasfında yanılgıya düşülerek hırsızlık suçundan hüküm kurulması..."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 27.04.2017)

[797] **SARSIKOĞLU**, s. 93

[798] **Ebru ŞENSÖZ - Arif Barış ÖZBİLEN - Burcu SAVAŞ**, Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı", İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi Yıl:4 Sayı:8 Güz, (2005/2) s. 238

[799] **SARSIKOĞLU**, s. 92

[800] **Hanife DOĞRUSÖZ**, Türk Hukukunda Koşullu Menkul Rehninde Rehin Alanın Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:14, Sayı: 3, (2008), s. 253

türlü tedbiri almakla, korunması için gerekli tasarrufta bulunmakla mükelleftir. Aksi takdirde özel hukuk açısından da sorumluluktan kurtulamayacaktır. Zira TMK.'nın 945. maddesinde alacaklı rehinli taşınırın kaybolması yok olması veya değerinin azalması yüzünden meydana gelen zararlardan kusuru olmaksızın doğduğunu ispat etmedikçe sorumludur denilmek suretiyle bu durumu açıkça belirtmektedir. Borcun ödenmesine gerek bulunmadan, eşya malikinin, gerekli tedbirleri almayan alacaklıya karşı bu durumu tespit ettirip, ihtarın ardından, hâkim marifetiyle rehin konusu malın emin üçüncü bir kimseye tevdiini isteme imkânı da bulunmaktadır.[801] Bu durumda rehin hakkı sahibinin rızasız şekilde malı satması, kiralaması gibi tasarruflar aynı zamanda koruma yükümünde ihlali niteliğindedir. Bu sebeple, bu fiillerin hırsızlık suçunu değil, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı kanısındayız.

Diğer taraftan, hacizli bir eşya, borçlu malike bırakılmışsa bu durum mülkiyetin ve asli zilyetliğin kaybına yol açmayacaktır. Buna göre hacze konu eşya üzerinde yalnızca mülkiyet hakkı açısından bir sınırlama etkisi söz konusu olacaktır. Bu durumda hacizli eşya üzerinde tasarrufta bulunan borçlu açısından güveni kötüye kullanma suçunun veya hırsızlık suçunun oluşması mümkün değildir.[802] Ancak bu durumda TCK'nın 289. maddesinde muhafaza görevini kötüye kullanma suçu düzenlendiği için kişinin bu suçtan cezalandırılması imkânı bulunmaktadır.[803] Aynı şekilde Amme Alacakları Kanunu, İİK. vs. herhangi bir özel kanuna, bir mahkeme kararına dayanarak hacze konu olan ya da el konulan bir eşyanın korunması için alacaklı veya yediemin sıfatıyla üçüncü şahsa bırakılması ve bu kimselerin hukuka aykırı tasarrufları halinde de güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz. TCK'nın 289. maddesinde öngörülen suç oluşacaktır. Zira bu suçla, güveni kötüye kullanma suçu arasındaki ilişki genel norm ile özel norm ilişkisi olup; TCK'nın 289. maddesi özel hüküm olarak uygulanma önceliğine sahiptir. [804]

bde. Vekâlet Sözleşmesi

TBK m. 502 hükmüne göre vekâlet sözleşmesi vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Yine TBK.'nın 502/II. maddesi uyarınca eğer iş görme sözleşmeleri ile ilgili kanunda bir düzenleme yoksa

[801] **DOĞRUSÖZ**, s. 257
[802] **SARSIKOĞLU**, s. 92
[803] **Reha SÜMER**, Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu, TBB Dergisi, Sayı:75, (2008), s. 110; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 695
[804] **SÜMER**, s. 111; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 695

niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilecektir. Bu sözleşmede vekil iş görme borcunu üstlenirken herhangi bir sonuç taahhüt etmemektedir. İş görmenin akabinde istenen netice gerçekleşmezse iş sahibinin bunun sonucuna katlanması gerekir. Bu vekâlet sözleşmesi kurala bağlı bir sözleşme değildir. Vekilin ücret alması şart değildir. Ancak sözleşmede bir hüküm, kanunda veya teamülde varsa ücret alınır. Vekil, iş sahibine karşı sadakat, talimata uygun hareket etme, sır saklama, aksi sözleşmede bulunmadığı veya teamül gereği olmadığı sürece işi şahsen yapma ve hesap verme borcu altındadır. [805] Sahip olduğu eşyalar yönünden başkası için zilyet konumundadır.

Bu bağlamda mesela bir avukatın vekilinden gerekmediği halde iş görmek üzere fazladan masraf istemesi[806], sonrasında iş sahibinin karşı çıkmasına karşın bunu ödememesi, iş görürken elde ettiği para veya eşyaları iş sahibine iade etmemesi gibi eylemleri güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabilecektir.

bdf. Çeşitli Atipik Sözleşmeler

İçeriğinde tipik sözleşmelerin içeriğindeki herhangi bir öğeye kısmen de olsa yer vermeyen, tamamen özgün, sırf kendinde bulunan öğeler ve özelliklerle tanımlanan sözleşmeler ile TBK vs. ilgili mevzuatta düzenlenmeyen sözleşmelere atipik sözleşmeler (kendine özgü yapısı olan sözleşmeler) denmektedir.[807]

Bu sözleşmelerden biri franchising sözleşmesidir. Tek satıcılık; marka, patent, lisans haklarından yararlanma; acentelik, vekâlet ve eser sözleşmesi gibi pek çok sözleşmenin iç içe geçtiği bir sözleşmedir. TBK.'da bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak temel unsurları şu şekilde sıralanabilir:

---

[805] **Murat AYDOĞDU- Nalan KAHVECİ**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Adalet Kitabevi, 2. Bası, (2014) s. 784-787

[806] **Yargıtay 15. CD E: 2016/4482 K: 2017/976 T: 25.1.2017** *"...İzmir Barosuna kayıtlı avukat olarak çalışan sanığın, suç tarihinde katılan ... ile anlaşarak katılan aleyhine verilen İzmir 12. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2005/110 Sayılı kararını temyiz edip dosyayı Yargıtay'da takip etmek üzere vekâlet ücreti ve masraf olarak 1000 Euro aldığı, ancak daha sonra gerekmediği halde ek masraf adı altında katılandan 3.767 Euro daha istediği, katılanın da sanığın söylediklerine inanarak söz konusu parayı banka havalesiyle sanığa gönderdiği, katılanın bilahare vermiş olduğu paranın gerekli olmadığını öğrenip geri istemesine rağmen sanığın parayı iade etmediği, bu şekilde sanığın üzerine atılı hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; taraflar arasındaki uyuşmazlığın hukuki ihtilaf niteliğinde kaldığı anlaşıldığından, suçun yasal unsurları itibariyle oluşmadığı gerekçesiyle mahkemenin sanığın beraatine dair kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 27.04.2017)

[807] **YAVUZ**, s.15-16

- *Mevzuatça korunan bir fikri hak (patent, marka, lisans vb.) kapsamında franchising veren tarafından geliştirilen ve/veya üretilen bir hizmet ve/veya ürünün franchising alanın ticari faydasına sunulması,*
- *Sözleşme ilişkisi süresince franchising verenin, franchising alan üzerinde sözleşme konusu ticari faaliyetine ilişkin belirli derecede kontrol yetkisine sahip olması ve yine sözleşme ilişkisi süresince franchising verenin franchising alana, sözleşme konusu ticari faaliyetine ilişkin teknik ve/veya ticari destekte bulunması,*
- *Franchising alanın franchising verene sözleşme başlangıcında ve/veya sözleşme ilişkisi süresince ücret ödemesi*[808] ; doktrin ve Yargıtay'da bu yukarıdaki üç unsur dairesinde sözleşmeyi tanımlamaktadır.[809]

Bu sözleşmeye konu ve sadece zilyetliği devredilen eşyaların sözleşmeye uygun kullanılmaması, belirtilen bölgenin haricinde bir alanda kullanılması veyahut sözleşmenin sona ermesine rağmen iadeden kaçınılması hallerinde güveni kötüye kullanma suçu söz konusu olabilecektir.[810] Buna karşın franchising sözleşmesine konu marka ve patent haklarının sözleşme sona ermesine karşın alan tarafından halen kullanılması halinde ise güveni kötüye kullanma suçundan değil Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında marka hakkının ihlali ve TTK. 'daki haksız rekabet hükümlerinde düzenlenen suçlardan cezalandırma yapılabilecektir.

Diğer bir atipik sözleşme örneği de satış için bırakma sözleşmesidir. "Konsinye sözleşmesi" olarak da bilinen bu sözleşmede malını satmak isteyen kişi, malını satış için bir kişiye bırakmakta, o kişide kararlaştırılan süre içinde kararlaştırılan satış parasını ödemeyi veya malı aynen geri vermeyi üstlenmektedir. Satış için bırakma

---

[808] **Hikmet KOYUNCUOĞLU**, Franchise Alanın Denkleştirme İsteminin (Portföy Tazminatı) Türk Ticaret Kanunu Madde 122 Hükmü Karşısında Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 164, (2016), s. 4299

[809] **Yargıtay 19.HD E: 2001/819 K: 2001/4917 T: 25.6.2001** *"Franchising, bir ürün veya hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın belirli bir süre şart ve sınırlamalar dahilinde işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli bir iş ilişkileri bütünü olup, birbirinden bağımsız iki taraf arasında meydana getiren sözleşmesel ilişkidir. Franchise veren ürüne, hizmete veya bilgi birikimine ve bunlara ait denenmiş kalitesi kanıtlanmış ve başarılı bir markaya, isme sahip ve bunların satış, dağıtım veya işletme hakkını belirli bir bedel karşılığı veren taraftır. Franchise veren isim, marka ve diğer ayırt edici özelliklerinin sahibi olmalı veya yasal olarak kullanım hakkına sahip bulunmalıdır. Ayrıca tescili tüm ticari marka, logo, sembol ve isimler ile ilgili tüm bilgileri Franchise alana vermesi gereklidir. Eğer herhangi bir hususta hukuki bir problem varsa bu yön ayrıca açıklanmalı ve Franchise veren o konularda taraf olduğu tüm hukuki davaları Franchise alana bildirmelidir."* (**CANPOLAT**, s.125)

[810] **CANPOLAT**, s.125

sözleşmesinde bırakılan (koltukçu, gezginci) belirtilen süre içerisinde mal satmışsa, kararlaştırılan satış parasını teslim etmekle yükümlüdür. [811]Bu kararlaştırılan satış parasının üstü, satış için bırakılana aittir. Bu sözleşme komisyon sözleşmesinden farklıdır zira komisyonda satış parasından komisyoncu, bir yüzde alır, burada ise bırakılan herhangi bir ücret masraf talep etmeyip kardan pay almaktadır.[812] Vekâlet sözleşmesinden de bu sözleşme farklıdır. Zira burada vekilin aksine koltukçu kendi nam ve hesabına satışı yapmaktadır. Ayrıca malın üçüncü kişiye satılması durumunda eşyanın mülkiyet bırakanın işlemine gerek kalmadan satın alan kişiye geçer. Bununla birlikte bu sözleşmede bırakılan dilerse bedelini ödeyerek, malı üçüncü kişiye satmaksızın alıkoyma hakkı vardır. Bu seçimlik hakkı kullanma kararı bırakılana aittir.[813] Bu durumda bırakılan malı alıkoyacağını bırakana bildirdiği anda, mülkiyet bırakılana geçecektir.[814] Eşya hukuku açısından bırakana eşyanın teslimi ile eşyanın mülkiyeti değil, sadece zilyetliği geçecektir. Bu sebeple bırakılanın malı teslim alıp satmamasına ve el koyma hakkını kullanmamasına bu konuda bir bildirimde bulunmamasın rağmen malı iade etmemesi; malı satmak yerine başka birine kiralaması, kullanması veya malı satmasına rağmen satım parasını eşyayı teslim edene vermemesi hallerinde de güveni kötüye kullanma suçu hatta ticari mahiyeti de düşünülerek nitelikli hali bile oluşabilecektir.[815]

Bunun yanında diğer bir tartışmalı hususta cari hesap sözleşmesi üzerinedir. Cari hesap sözleşmesi ile ilgili her ne kadar TTK. ve TBK.'da çeşitli düzenlemeler

---

[811] **AYDOĞDU- KAHVECİ**, s. 33 Ayrıca bu sözleşmenin diğer bir tanımı da **Haluk TANDOĞAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, (2008) s. 19'da şöyle yapılmaktadır:*"Satış için bırakma sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, bununla, taraflardan biri (bırakan, tevdi eden) kararlaştırılan bir bedel karşılığında, bir malı diğer tarafın kendi adına ve hesabına satması için ona teslim eder ve diğer taraf (satış için alan) da muayyen bedeli ödemeyi veya malı geri vermeyi taahhüt eder."*

[812] **TANDOĞAN**, s. 22

[813] **TANDOĞAN**, s. 27

[814] **AYDOĞDU- KAHVECİ**, s. 33

[815] **Yargıtay 15. CD E: 2013/22405 K: 2016/1777 T: 2.3.2016** *"..Dosya kapsamına göre, olay tarihinde katılan ... ile sanık ...'in kuyumculuk yaptıkları, temyiz dışı sanık ...'in ise babasının yanında zaman zaman çalışarak yardımcı olduğu, katılan ve sanık ...'nin 15.1.2009 tarihinde aralarında yaptıkları anlaşmaya göre, katılanın 184.348 USD'lik ziynet eşyasını konsinye olarak sanık ...'ye verdiği, sanık R.'nin 20.2.2009 tarihine kadar bu ziynet eşyalarından sattığı malın parasını, satamadığı malın kendisini katılana iade etmesi gerektiği, sanık R.'nin bahsi geçen tarihe kadar malları sattığı ancak 20.2.2009 günü geldiğinde sattığı malların parasını başka borçlarını ödemekte kullanarak katılana iade etmediği, sanık ...'nin bu şekilde hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanma suçunu işlediği gerekçesine dayanan kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 23.04.2017)

bulunsa da [816]bu sözleşme sui generis nitelikli sözleşmelerden biri olarak[817] kabul edilmektedir. TCK'nın 155.maddesinin gerekçesinde cari hesap sözleşmesi ile yapılan devirlerin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı belirtilmektedir. Ancak buradaki temel sorun cari hesap sözleşmesinin bu suça elverişliliği değil, bu suçun ne zaman gerçekleşebileceği ve cezalandırılabileceği hususundadır. Zira cari hesap kat edilmeden önce fail güveni kötüye kullanma suçuna konu teşkil edebilecek hareketlerde bulunabilecektir. Özel hukuk açısından cari hesaba ilişkin alacaklar, cari hesap dönemi sonunda hesabın kat edilmesiyle veya cari hesaba ilişkin anlaşmanın sona ermesi veya taraflardan birinin sözleşmeyi feshi ile istenilip talep edilebilir hale gelecektir. [818] Bu durum düşünüldüğünde kanaatimizce ancak bu özel hukuk açısından saydığımız hususlardan birinin gerçekleşmesi ve bu konudaki talebe rağmen alınan sözleşmeye konu para vs. eşyanın[819] iade edilmemesi halinde ancak

---

[816] Cari hesap sözleşmesi TTK m.89/1'de *"iki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutarı isteyebileceklerine ilişkin sözleşme"* olarak tanımlanmaktadır.TTK bu sözleşmelerin yazılı olmasını (TTK m.89/2) şart koşmuştur.sözleşmede yükümlülük altına giren her iki tarafında imzasının bulunması bir diğer geçerlilik şartıdır. **Hüseyin ÜLGEN- Mehmet HELVACI- Abuzer KENDİGELEN- Arslan KAYA- Füsun NOMER ERTAN**; Ticari İşletme Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, (2015), s. 643; **Ramazan DURGUT**, Cari Hesap Sözleşmesi, Vedat Yayınları, İstanbul, (2012), s. 57 **Ali BOZER- Celal GÖLE**; Ticari İşletme Hukuku, Türkiye İş Bankası Vakfı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 3.bası (2015), s. 301- 303; **Mehmet BAHTİYAR**, Ticari İşletme Hukuku, Beta Yayınları, 16.bası (2015), s. 218- 219

[817] Bu konuda geniş bilgi için **DURGUT**, s. 32-36 Yazar burada sözleşmenin sui generis nitelikler taşıdığını belirtmektedir. Cari hesap hem bir ödeme aracı hem bir güvence hem de bir ölçüde tartışmalıda olsa kredi işlevi görmektedir.

[818] **ÜLGEN- HELVACI- KENDİGELEN- KAYA- NOMER ERTAN**, s. 648, 649, 663; **BAHTİYAR**, s. 220- 221; **BOZER- GÖLE**, s. 305-307 Ayrıca TTK m. 9*4 "(1) Sözleşme veya ticari teamül uyarınca, belirli hesap devreleri sonunda devre hesabı kapatılır ve alacak ile borç kalemleri arasındaki fark belirlenir.*

(2) Hesap devresi hakkında sözleşme veya ticari teamül yoksa, her takvim yılının son günü taraflarca hesabın kapatılması günü olarak kabul edilmiş sayılır. Saptanan artan tutarı gösteren cetveli alan taraf, aldığı tarihten itibaren bir ay içinde, noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza içeren bir yazıyla itirazda bulunmamışsa, bakiyeyi kabul etmiş sayılır." Cari hesap sözleşmeleri belirli ve belirsiz süreli diye ikiye ayrılır. Ayrıca birde bu süreler arası bir hesap dönemi vardır. Belirli veya belirsiz süreli cari hesapta taraflar cari hesaba ilişkin bir süre belirlememişse hesap devresi 1 yıl olarak kabul edilir ve her yılın son günü hesap kapatma günü sayılır. Buna karşın bankaların ticari teamül gereği hesap devreleri üç ayda birdir.

[819] TTK'nın 93.maddesi gereğince takas edilemeyen alacaklarla, belirli bir amaca harcanmak veya ayrıca emre hazır tutulmak üzere teslim olunan para ve mallardan doğan alacaklar cari hesaba geçirilemez. Bu durumda TBK 139. ve 144., 145.maddeleri de değerlendirmeye alınmalıdır. TBK 139.maddeye göre muaccel hale gelen para ve özdeş edimler takasa konu edilebildiğinden cari hesap sözleşmesine konu olabilir. Muaccel olmayan, önceden feragat edilmiş, veyahut örneğin bir sigorta şirketi tarafından acentesine vergi borcunun ödenmesi gibi amaç için gönderilen para veya nafaka alacağı, işçi ücreti veya diğer tarafın onayı olmadan TTK 90.maddesi gereği cari hesap öncesi doğmuş alacak ile aksine bir anlaşma yoksa TTK'nın 92.maddesinde yer alan komisyon ücreti ve giderler cari hesaba geçirilemez. Bununla birlikte TTK m. 90/1-c'ye göre kambiyo senedi bedelinin alınmış olması hâlinde geçerli olmak şartıyla cari hesaba kaydedilebilir. **ÜLGEN- HELVACI- KENDİGELEN- KAYA- NOMER ERTAN**, s. 643-647; **BOZER- GÖLE**, s. 303, 304; **BAHTİYAR**, s. 219-220

güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Zira zilyetliği devralan kimse mesela aldığı suça konu teşkil edebilecek cari hesaba ilişkin aldığı para veya eşyaları kaydetmese de alacak muaccel (istenilip talep edilebilir) hale gelene kadar bunları geri kaydedebilme, kullanılan misli eşyaları da yerine koyabilme imkanına sahiptir.[820] Bunun yanında eğer teminat vs. göstermişse bu teminatların, alacaklarından düşülebilmesi imkânı da mevcuttur.[821]

Diğer taraftan güveni kötüye kullanma suçuna konu olamayacak atipik sözleşmelerde bulunmaktadır. Buna örnek olarak tek satıcılık sözleşmesi verilebilir. Doktrindeki kabul edilen bir tanımına göre *"tek satıcılık sözleşmesi, yapımcı ile tek*

[820] Yargıtay içtihatları bağlamında bir örnek vermek gerekirse bir sigorta acentesinin müşterilerden topladığı primleri aldıktan hemen sonra sigorta şirketine aktarması gerekir. Aksi takdirde güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Ancak sigorta şirketi ile aralarında bir cari hesap sözleşmesi varsa ve acente tarafından şirkete teminatta verilmişse bu durumda hesabın kat edildiği dönemin ve cari hesaptaki borç ve alacak dökümlerinin incelenmesi gerekir. Bir zarar mevcutsa da acente tarafından verilen teminatında borcu karşılayıp karşılamadığının tespiti gerekir. Bu hususlar açığa kavuşturulmadan ve ortada bir zarar yoksa güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinden bahisle hüküm kurulamaz.
Yargıtay 15. CD E: 2014/12603 K: 2017/25 T: 9.1.2017 "*…Sanığın aşamalardaki tüm savunmalarında, ödemelerini düzenli olarak yapmasına rağmen sözleşmesinin feshedildiğinin kendisine bildirildiğini, fesih tarihinden sonra herhangi bir tahsilat yapamadığını, tahsilatları sigortanın kendisinin yapması gerektiğini, fesihten sonra 100.000,00 TL'ye yakın ödemeyi iki ay içerisinde yaptığını, kredi kartı ile yapılan taksitli poliçelerin kendi hesabına yattığını, bunları şirkete ödediğini, kendilerine her ay taksit cetveli geldiğini ve bunları düzenli ödediklerini, ödemelerin poliçe bazında değil, cari hesap bazında yapıldığını belirterek suçlamaları kabul etmemesi karşısında; maddi gerçeğin hiçbir kuşkuya yer vermeksizin ortaya çıkarılması bakımından, katılan şirket yetkililerinin beyanlarına başvurularak, sözleşmeye rağmen aralarındaki fiili uygulamaya göre poliçe bedellerinin hangi sürelerle ödenmesi gerektiği, yine ödemelerin poliçe bazında mı yoksa cari hesap doğrultusunda mı yapıldığı, müşterilerin taksitle ödeme yapmaları halinde taksit sonu beklemeden tüm poliçe bedelinin sanıktan tahsil edilmek istenilip istenilmediği hususlarının sorulması; ayrıca sanığın yetkilisi olduğu acente ile katılan şirkete ait muhasebe kayıtlarını içerir defter ve belgeler, tahsilât makbuzları, ödeme dekontları, haftalık ve aylık hesap özeti mutabakatları yanı sıra aralarında görülmekte olan dava dosyaları varsa getirtilerek, dosya içerisine konulması ile sanığın savunmalarında belirttiği üzere, sanığın katılan şirkete ne miktarda teminat verdiği, poliçe bedellerinin ödenmesi hususunda süregelen fiili uygulamanın ne şekilde olduğu, peşin olarak tahsil edilen paraların iade edilmeme sürelerinin sözleşme ya da oluşan fiili uygulamaya göre makul süreyi aşıp aşmadığı, müşteriler tarafından taksitle yapılan ödemelerin sanıktan peşin olarak mı tahsil edilmek istenildiği, mükerrer tahsilat yapılıp yapılmadığı, müşterilerden tahsil edilemeyen poliçelerin bulunup bulunmadığı, bu kapsamda sanığın ödeme yapmakla yükümlü olduğu tarihler ile toplam ödenmesi gereken meblağın ne kadar olduğu hususlarında muhasebeci ve sigorta uzmanlarından oluşan bilirkişi heyetine dosyanın tevdi edilerek, sanığın katılan şirkete vermesi gereken paranın ne kadar olduğu, parayı vermemesinin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı, 2005 ve 2007 yıllarına ait ödenmemiş poliçe bedellerinin fesih ya da şikayet tarihine kadar tahsilatı yoluna neden gidilmediği, 18.04.2008 tarihinden sonra sanığın tahsilat yapamaması sebebiyle sözleşmenin başında yatırdığı teminatın borçlarını karşılayıp karşılamadığı, yine tüm ödemeleri fesihten kısa bir süre sonra ödeyip ödemediği hususlarının kesin surette saptanıp, dosyadaki diğer delillerle birlikte bir bütün halinde değerlendirilerek sonucuna göre sanığın suç işleme kastıyla hareket edip etmediği de karar yerinde tartışılarak hukuki durumunun takdir ve tayini yerine, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:14.06.2017)

[821] Ancak bu durum cari hesapta alacağa karşılık gösterilen teminatın aksi kararlaştırılmadıkça dönem sonu beklenmeden paraya çevrileceği anlamına da gelmeyecektir. Bu durumda doğal olarak TCK'nın 155.maddesindeki güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve içerisinde öyle bir sözleşmedir ki bununla yapımcı ürünlerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekele sahip olarak satmak üzere tek satıcıya bedeli karşılığında göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi nam ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmayı üstlenir." [822] Yapımcı, diğer müşterilere satışı için bırakılan teslimiyle eşyanın zilyetliği yanında mülkiyetini de tek satıcıya geçirdiğinden [823], bu suçun güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilmesi son derece zordur. Tek satıcının malı kendisine satan kimseyi diğer müşterilere önünde temsil yetkisi de yoktur. Bütün işlemleri kendi nam ve hesabına tek satıcı yapmaktadır. Ancak tek satıcılık sözleşmesi ekinde taraflardan biri, satın alacağı veya verilmesi taahhüt edilen mala karşılık gelecek teminat niteliğinde senet, eşya vs.nin teslimini öngörmüşse, bu eşyalar yönünden bu sözleşme de güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilir.

bdg. Muvazaalı İşlemler

Diğer bir sözleşmelerdeki hukuki sorun da muvazaalı işlemler üzerinedir. Muvazaa *"*tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmaları fakat görünürdeki işlemin kendi aralarında geçerli olmayacağı hususunda anlaşmalarıdır.*"*[824] Muvazaalı işlemlerde üçüncü kişileri aldatma amacı taşıyan "görünürde bir işlem" ve bu işlemin taraflar arasında hüküm ifade etmeyeceğini belirleyen "muvazaa anlaşması" bulunmaktadır. Bu iki unsurun yanında üçüncü unsur olarak hemen hepsinde olmasa da tarafların gerçek iradelerine uyan bir başka işlem yani "gizli işlem"de muvazaada bulunabilir.[825] Bu gizli işlem eğer muvazaada bulunmuyorsa bu muvazaa hali "mutlak muvazaa" adını alır. Eğer bu gizli işlem varsa, "nisbi muvazaa" söz konusudur. Yargıtay da bu ayrımı kabul etmektedir.[826] "Görünürdeki işlemin" her zaman geçersiz olduğu özel hukukta kabul

---

[822] **YAVUZ**, s. 18,19

[823] **Salih Önder YEŞİLTEPE**, Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Cilt:13 Sayı:1-2, (2007), s. 182

[824] **REİSOĞLU**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 105

[825] **REİSOĞLU**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 105

[826] **Yargıtay HGK E: 2008/4-399 K: 2008/408 T: 28.5.2008** *"…İrade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluk şeklinde tanımlanan muvazaa, pozitif hukukumuzda Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede, "bir akdin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır" hükmüne yer verilmiştir. O halde muvazaa; tarafların üçünü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine*

edilmektedir. Bununla beraber, "görünürdeki işlem" aksine "nisbi muvazaa"da ki "gizli işlemin" kanunun aradığı şartları taşıması halinde geçerli olacağı da kabul edilmektedir.[827]

Ceza Hukuku açısından ise önemli olan husus "gizli işlem" değil görünürdeki işlemdir. Zira bir kimse hacizden malını kaçırmak için bir başka kimseyle anlaşmalı olarak malını satılmış gibi gösterir ve ona sadece teslim ile yetinirse, burada bir muvazaa söz konusudur. Bu durumda satış işlemi gerçekleşmemiş olmaktadır. Sadece zilyetlik geçirilmiş olacaktır. Bu işlem özel hukuk kuralları gereği muvazaa olarak değerlendirilecektir. Bu durumda bu kimsenin kendisine teslim edilen malı diğer bir kimseyle aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak satması halinde kanımızca güveni kötüye kullanma suçunun oluşması gerekir[828] Nisbi muvazaa halinde ise görünürdeki işlemin geçersizliğine rağmen "gizli işlemin" niteliği suçun oluşumuna

---

uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarıdır, şeklinde tanımlanabilir. Bir başka ifadeyle, irade açıklamasında bulunan taraflar bu açıklamanın kendisine yapıldığı kişi, irade açıklamasının sonuç doğurmaması konusunda anlaşmışlar, yalnız gerçek bir hukuki işlemin bulunduğu görüşünü yaratmayı istemişlerse, muvazaadan söz edilir. Muvazaa daha çok sözleşmenin yorumuyla ilgili olduğundan, öğreti ve uygulamada muvazaa kapsamlı olarak incelenmiş ve belirli kurallara bağlanmıştır. Gerek öğretide gerek uygulamada muvazaa, mutlak ve nispi muvazaa olarak iki gruba ayrılmaktadır; mutlak muvazaada taraflar herhangi bir hukuki işlem yapmayı (oluşturmayı) istemezler, yalnız görünüşte bir hukuki işlem için gerekli irade açıklamasında bulunurlar; nispi muvazaada ise taraflar gerçekten belli bir hukuki işlem yapmak isterse, ancak onu saklamak amacıyla, bir başka hukuki işlemin kurulduğu görüşünü yaratmak üzere irade açıklamasında bulunurlar. Taraflar ister yalnız bir görünüş yaratmayı ister ikinci bir gizli işlem yapmayı arzu etmiş olsunlar, görünüşteki (zahiri) işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığından, ilke olarak herhangi bir sonuç doğurmaz. Muvazaada görünüşteki işlemin her türlü hukuki sonuçtan yoksun olması, tarafların ortak iradelerinin bu yolda olmasından kaynaklanmaktadır. Şu hâlde, özellikle mevsuf (nispi) muvazaada ilke olarak görünüşteki işlemin altına saklanan ve tarafların içerik ve sonuçlarıyla birlikte gerçekleştirmek istedikleri işlem (gizli sözleşme) geçerlidir. Bu geçerliliğin, tarafların gerçek ve uygun iradelerinin bu yolda olmasından kaynaklandığı ve onun, muvazaalı hukuki işlemin altına gizlenmiş olmasının, ilke olarak geçerliliğini etkilemediği her türlü duraksamadan uzaktır. Ne var ki; muvazaada, gizli işlem şekle bağlıysa ve bu gizli işleme ilişkin irade açıklamaları şekle uygun yapılmamışsa, görünüşteki işlem, yapılırken yoların öngördüğü şekle uyulmuş olması, gizli işlemdeki şekle aykırılığı gidermez. Bu durumda, görünüşteki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığından herhangi bir sonuç doğurmadığı gibi, gizli işlem dahi şekle aykırılıktan dolayı geçersizdir…" (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 06.06.2016)

[827] **Somay TÜMERKAN**, Emniyeti Suiistimal Cürümlerinde Mülkiyet Geçişinin Değerlendirilmesi Sorunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Doğumunun 100.Yılında Atatürk'e Armağan Cilt:45, Sayı:1-4, (1981), s. 337

[828] Aynı görüşte **TÜMERKAN**, Emniyeti Suiistimal Cürümlerinde Mülkiyet Geçişinin Değerlendirilmesi Sorunu, s. 338. Diğer taraftan Fransız hukukunda ise durum farklıdır. **Pradel, Danti Juan** aynı zamanda Fransız Yargıtay'ı (**Cour de Cassation, Chambre criminelle, 10 mai 1990, 89-83.004**) bir sözleşmenin geçersizliği veya hukuka aykırılığının fail tarafından yapmış olduğu hukuka aykırı eylemler için bir beraat, aklanma gerekçesi olarak öne sürülemeyeceği kanaatindedir. Buna göre fail sözleşmede muvazaa veyahut hukuka aykırılık olsa da fail hukuka aykırı olarak bulunduğu eylemden ötürü güveni kötüye kullanma suçundan mahkûm edilebilecektir. Bu ceza hukukunun kendi otonomisinden kaynaklanmaktadır. (Bkz. **PRADEL- DANTI JUAN**, s. 633; Ayrıca iş bu Fransız Yargıtay kararı için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte =JURITEXT000007064567 Erişim Tarihi: 21.06.2017)

etkili olabilecektir. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi hacizden mal kaçırmak için A malını B'ye satılmış gösterir ama belli bir ücret mukabilinde B ile aralarında vedia sözleşmesi imzalamış olursa, gizli işlem vedia sözleşmesi B'ye sadece zilyetliği geçireceğinden güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Ancak A mirasçılarından mal kaçırmak için kızı B'ye otomobilini belli bir para mukabili satılmış gösterirse fakat amacı kızına aracını ücretsiz bağışlama ise bu durumda suç oluşamaz. Zira bağış sözleşmesi mülkiyeti geçireceğinden, artık kızı B malik olacağından, babası A'nın aracını satmasını istemediği C'ye B'nin sonradan aracını satması güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır.[829]

bdh. İnançlı Temlikler

Özel hukukta az rastlanan durumlardan biri de inançlı temliklerdir. İnançlı temliklerde bir hak (alacak veyahut mülkiyet hakkı) karşı tarafa devredilir, fakat taraflar arasındaki inanç anlaşması ile hakkı devralan kimsenin hakkını nasıl kullanacağı ve hangi şartlarla iade edeceği tespit edilir.[830] Örneğin A, B den 1.000.000-TL borç alır buna karşılık olarak İstanbul'daki bir taşınmazının mülkiyetini B'ye devreder. Aralarında yaptıkları anlaşma gereği A borcunu bir yıl içinde ödediğinde B A'ya daireyi geri satacaksa bu iki kişi arasında bir inançlı temlik söz konusudur.

Bununla birlikte B, A'dan bir otomobil almak ister ancak kendisinin hacze uğraması tehlikesi nedeniyle bu otomobili kendisi değil, verdiği para ile C alırsa ve C ile B aralarında bu otomobilin ileride kendisine verilmesi yolunda bir anlaşma yaparlarsa o zaman C ile B arasında bir inançlı temlik ilişkisi söz konusu olacaktır.[831] İnançlı temlikler muvazaalı işlemlere benzese de aralarında önemli farklar bulunmaktadır. Bu farklardan biri tarafların gerçek niyetine yapılan anlaşmaların uygun olması ve ikincisi de bu nedenle dış dünyaya karşı geçerli hukuki sonuçlar doğurmalarıdır. Diğer deyimle yukarıdaki iki örnekte de olduğu gibi yapılan işlemlerle dairenin mülkiyet hakkı B'ye; buna karşın otomobilin mülkiyeti ise C'ye hukuki manada geçmiştir. Yapılan işlemler hukuken geçerlidir. Bu durumda C'nin ve B'nin sonrasında inanç anlaşmalarına aykırı hareketleri halinde güveni kötüye

[829] **SARSIKOĞLU**, s. 99
[830] **REİSOĞLU**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 114
[831] **SARSIKOĞLU**, s. 100

kullanma suçunun oluşmasına imkân bulunmamaktadır. Ancak özel hukuk manasında karşı tarafa bir tazminat yükümü doğabilecektir.[832]

Buna karşın ülkemizde ancak daha yeni akademik çalışmalara konu olan ancak milletlerarası özel hukuk bağlamında önemli bir yer teşkil eden inançlı temlik veya İslam hukukundaki vakıflara benzetilebilecek başkaca kurumlarda bulunmaktadır. Bu kurumlardan en önemlilerinden biri İngiltere'de "trust", Almanya'da "treuhand" denen kimi yazarlarca "servet yönetimi" olarak da adlandırılan[833] kurumlardır. Her ne kadar bu kurumlarla ilgili ülkemiz hukukunda tam anlamıyla düzenlemeler bulunmasa da Türk hukukunda karşımıza çıkması kaçınılmazdır. Zira bu türden kurumlar için şu an için ülkemiz taraf olmadığı 1985 tarihli Uluslararası Lahey Trust Antlaşması bulunmaktadır. Bu anlaşmaya Avustralya, Kanada, Çin, İtalya, İsviçre, Lüksemburg, Birleşik Krallık, Fransa ve ABD gibi pek çok ülke taraftır. [834]Almanya da bu sözleşmeye taraf değildir. Ancak Avusturya ile birlikte bu kuruma benzer "treuhand" kurumuna sahiptir. Bu sebeple bir kısım konulan ek düzenlemelerle birlikte uygulamada şu an için fazla bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Ancak ileride ülkemiz hukukunda ve bu uluslarası anlaşmaya imza atmayan ülkelerde tam olarak düzenlenmeyen bu tür kurumların, özel hukuk, ceza hukuku manasında sorunlar çıkarması kaçınılmazdır.

Zira, Uluslararası Lahey Trust Antlaşması'nın 6.maddesi, bu tür kurumlarda taraflara irade özerkliği tanımıştır. Buna göre trust'ı kuran kurucu hangi hukuk kuralının uygulanmasını öngörmüşse o hukuk kurallarına göre trust idare edilecektir ve taraf ülkelerde trust'ın faaliyetlerinde seçilen ülke hukuku kuralları uygulanacaktır. Bu anlaşmaya imza atıp bu kuralı benimseyenlerden biri de -ülkemiz özel hukuk mevzuatının hazırlanmasında temel ülkelerden biri olarak yararlanılan- İsviçre'dir. Tam olarak doktrinde tanımı konusunda doktrinde birlik olmamakla birlikte[835] trust denen bu kurumda üçlü bir ilişki vardır. Kurucu olan bir kimse belli

---

[832] **TÜMERKAN**, Emniyeti Suiistimal Cürümlerinde Mülkiyet Geçişinin Değerlendirilmesi Sorunu, s. 339

[833] **Türkben PEDÜK**, Servet Yönetimi Hizmetleri (Trust/Fiduciary Services), Maliye Finans Yazıları Dergisi, Sayı:83, Yıl:23, (2009), s.131

[834] **Eylem APAYDIN**, Common Law'da Trust Kavramı ve Civil Law'da Trust Alanında Güncel Gelişmeler, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:12, (2016), s.1792,1793 Ayrıca yazarın belirttiği gibi Romanya ve Fransa gibi ülkelerde bu kurumları fiducia adıyla kendi iç hukuklarına adapte etmişlerdir.

[835] Doktrinde trust'ın tanımıyla ilgili tam bir görüş birliği yoktur ancak unsurları ile ilgili temel noktalarda bir ortak görüş söz konusudur. Konumuzu sınırlama bağlamında Trust'ın tanımıyla ilgili doktrindeki tartışma ve görüşlere değinmemekteyiz. Bu konudaki tartışma ve görüşler için bkz. **APAYDIN**, s.1793,1794

malvarlığı haklarını ve/veya mülkiyet hakkını bir gerçek veya tüzel kişi olan güvenilene süreli veya süresiz olarak devretmektedir. Güvenilen ise devredilen malvarlığını yönetip bu malvarlığından veya semerelerinden belirli kişileri bundan yararlandırmayı üstlenmektedir. Kurucunun bunun ardından fazla bir işlevi kalmamakla, trust yararlanan ve güvenilen arasında ikili ilişki olarak devam etmektedir. Ancak yararlanan başka kişilerde olabileceği gibi kurucu kimse de olabilir. [836]

Diğer yandan bir yardım derneği, vakıf şeklinde trust kurulacağı gibi özel ekonomik amaçlı olarak mesela borsada bir yatırım fonu veya bir malı saklanma değer kaybetmesini engelleme amaçlı idare etmeye yönelik olarakta kurulabilir. Kısacası bu kurumlar yapısı itibariyle pek çok amaca hizmet eder mahiyettedir.

Trustta eğer kurucuya ait malvarlığının mülkiyeti devredilmişse bu malvarlığının mülkiyeti yüklenicinin diğer malvarlığından ayrı olarak değerlendirilir. Buna göre ikili bir mülkiyet sistemi geçerlidir. Çıplak mülkiyet güvenilene aittir, malın nasıl kullanılacağına karar verilmesi ve korunması da güvenilenin yetkisi ve görevi arasındadır. Ancak malı fiilen kullanma ve yararlanma yetkisi yararlananlara aittir bu yönden özel bir mülkiyet şeklidir. Ayrıca güvenilen kendisine bırakılan malları kendi mallarından ayrı tutmak, bunlardan kişisel bir çıkar sağlamamakla yükümlüdür sadece yönettiği için ilgililerden bir ücret talep edebilir. [837] Daha da ilginci burada malların yasal maliki güvenilendir. Yani trust'ın bir vakıf gibi tüzel kişiliği yoktur. Yararlananlar equitable malik olarak adlandırılan pozisyonda olmalarına rağmen güvenilenin yasal malikliği ve hakları dolayısıyla malı kullanımları sınırlandırılmıştır. Bunun yanında güvenilen kendi şahsi borçlarından ötürü iflas etse, icra takibine uğrasa bile sadece kendi malları hacze iflasa konu olabilir. Güvenilenin yönettiği mülkiyetine sahip olduğu kurucuya ait malvarlığı bir tüzel kişiliğe haiz olmasa bile hacze, iflasa tabii değildir. [838]

Buna karşın Alman treuhand'ı Anglosakson trust'ından farklı olarak böyle ikili mülkiyet ayrımını kabul etmemektedir. Üç yol vardır. İlk yol bildiğimiz inançlı temlike benzer yoldur. Doğrudan mülkiyet hakkı bir kişiye mallarını yönetmek üzere

[836] **APAYDIN**, s. 1800, 1805; **Onur Can SAATCIOĞLU**, Uluslarası Özel Hukukta Trust Kavramı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, (2010), s. 39, 40
[837] **SAATCIOĞLU**, s. 90
[838] **APAYDIN**, s.1806,1807

(fiduziarische Treuhand) devredilir. Neticede mülkiyet devredildiği için aralarındaki anlaşmaya aykırı bir tasarrufta artık devredenin sadece tazminat isteme hakkı doğacak ve ülkemiz hukuku açısından güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. İkinci yol bir kişiye geçici süreliğine mülkiyet değil yönetim yetkisi devredilir (Ermächtigungstreuhand) ve sözleşme sona erince yöneten kişi bu yetkisini kaybeder. Neticede vekalet hükümlerinden hareketle devredilen kimsenin anlaşmaya aykırı tasarruflarında güveni kötüye kullanma suçu oluşabilir. Öte yandan devletin izni alınıp bildiğimiz tüzel kişiliğe haiz vakıf tipinde bir kuruluş kurulup (Stiftungstreuhand/unselbständige Stiftung) malvarlığı bu şekilde yönetilir. [839]

Ancak Anglosakson trustları açısından durum tamamen farklıdır. Ceza hukuku açısından değerlendirirsek trustta, güvenilen kurucu tarafından zilyetliği devredilen eşya üzerinde hukuka aykırı tasarrufta bulunursa elbetteki TCK m. 155'deki güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Ancak Anglosakson trust'ındaki kendine özgü nitelik ikili mülkiyet anlayışı karşısında kurucu kendi malvarlığının mülkiyetini tamamen güvenilene bırakmış, güvenilen aralarındaki anlaşmaya aykırı tasarrufta bulunmuş olabilir. Bu durumda özel hukuk açısından güvenilene bir sorumluluk atfedilebilsede, bu yönde yasal ve gerekli düzenlemeler yapılmadıkça ceza hukuku yönünden TCK m. 155'teki klasik suç kalıbına göre bu suçun oluşması beklenemez. Zira Medeni Kanunumuzda böyle ikili bir mülkiyet anlayışı yoktur. Burada güvenilen yasal maliktir neticede zilyetlik değil mülkiyet devredilmiştir. Hem yararlananların hem güvenilenin ikisinin müşterek malik olarak kabulü yönünde bir sistem oluşturulmuş olursa, aralarındaki sözleşme ilişkisine dayalı yararlananların payı üzerinde güvenin kötüye kullanıldığı düşünülebilir. Ancak bu konuda bir sonraki konu olan "Suçun faili ve mağduru" kısmında açıkça eleştirdiğimiz üzere Yargıtay ve TCK m. 155'in gerekçesinde ortaya koyduğu üzere kanun koyucu, müşterek maliklik halinde maliklerin birbirine karşı bu suçu işleyemeyeceği gibi

[839] Alman ve Avusturya treuhandleri arasında farklılıklar bulunması yanında ayrıca bu iki ülkedeki treuhand kurumu ile Anglosakson hukukundaki trust kurumu arasında gerek tarihi gelişim ve gerekse unsurları yönünden çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. Konumuzu aşmamak bağlamında ve incelememizin dışında kalması nedeniyle bu farklılıkları fazla detaylı ele almadık. Bu farklılıklarla ilgili şu kaynaklardan detaylı bilgi edinilebilir: **Hans WÜRDİGER**, The German Trust, Journal of Comparative Law and International Law Third Series, Vol: 33, No: 3/4, (1951), s. 31- 40; **Irina GVELESIANI**, "Treuhand" And "Fiducie" (Terminological Problematics), University of Craiova-Revue Des Sciences Politiques (RSP), University of Craiova Publications, No:49, (2016), s. 170- 175; **Irina GVELESIANI**, German "Treuhand" Vis-Á-Vis Austrian "Treuhand" (Termınologıcal Study), European Scientific Journal, April, (2015), s. 133- 138; Ayrıca bkz. **Erich HUBER**, Karşılaştırmalı Hukuk İsviçre Hukukunda "Trust" ve "Treuhand" (Çeviren: Eylem Apaydın), Küresel Bakış Dergisi, Yıl:12, Sayı:6, Temmuz, (2012), s. 1- 3 vd.

kabul edemediğimiz bir düşünce içerisindedir.[840] Öte yandan ülkemiz eşya hukuku manasında yararlananların hakkı bir intifa hakkı; güvenilenin hakkı ise çıplak mülkiyet olarak düşünülebilir. Buna göre bu intifa hakkı gemi, taşıt veya taşınmaz malllar gibi sicile tabii mallar üzerine şerh verilirse durum değişebilir. Bu halde sözleşmeye aykırı olarak korumakla yükümlü olduğu yararlanıcılara ait bu intifa hakkını kendisi veya başkasının menfaatine anlaşmaya aykırı tasarruflarla kullanılamayacak hale getirmesinden hareketle failin bu suçtan sorumlu tutulabileceği iddia edilebilir. Ancak bu konuda özel hukuk yanında ceza hukuku yönünden düzenleme yapılması gerekliliği ortadadır.

2) Suçun Faili ve Mağduru

A) Fail

Kanunen suç teşkil eden hareketi yapan kimseye fail denilmektedir. Çağdaş hukuk düzeninde suç faili olabilmek için iki temel şart gereklidir. Bunlardan biri insan olmak diğeri ise hayatta bulunmaktan ibarettir.[841] Bu duruma göre eşya ile hayvanların ve ölü kimsenin suç faili olmasına imkân bulunmamaktadır.

Kanundaki bu konudaki önemli bir tartışma da tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olup olmaması hakkındadır. 765 sayılı TCK'da bu konudaki boşluk nedeniyle doktrinde farklı görüşler ve hukuki tartışmalar bulunmaktaydı.[842]

---

[840] Bkz. Suçun Faili ve Mağduru kısmı s. 138 ayrıca Yargıtay 9.CD E:1984/4681 K:1984/5082 sayılı ilamı (karar için bkz. **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 508)

[841] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku- 2.cilt, (2019) s. 700

[842] Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Muharrem ÖZEN**, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 52 Sayı: 1, (2003), s. 63- 88; **Duygun YARSUVAT**, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 8: Prof. Dr.Sahir Erman'a Armağan, Alfa Yayınları, İstanbul, (1999), s. 889- 918; **Zeynel T. KANGAL**, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, İstanbul, (2003), s. 141- 147; Özetle tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna taraf olanlar tüzel kişilerin suçun vazgeçilmez iradesi olan kişisel iradeden yoksun oldukları; belli kanuni ve hukuki amaçla kurulup bu amacın dışına çıkamayacakları; onları sorumlu tutmanın, tüzel kişilerin bütün üyelerini de sorumlu tutmak, başkasının eylemlerinden 3.kişileri sorumlu tutmak şeklinde bir objektif ceza sorumluluk ve kollektif ceza sorumluluğu anlamına geleceği bunun cezaların kişiselliği ilkesine aykırı olduğu ve tüzel kişilere gerçek kişilere yönelik cezaların uygulanmasının mümkün olmadığı yönündedir. Karşı görüş ise tüzel kişilerin kollektif bir iradeye haiz olup bilinçli bir iradeyle hareket ettiği; tüzel kişilerin kanuni amacı yanında kanunun himaye etmediği gizli bir amaçla da kurulabilecekleri; gerçek kişilere yönelik hapis cezası uygulanamasa da haklarını kısıtlayıcı veya ortadan kaldıran veya malvarlığına yönelik yaptırımların uygulanabileceği; uygulanan yaptırımların kollektif ceza sorumluluğuna dönüşü ifade etmediği; kaldı ki tüzel kişilerin faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan tehlike ve zararların, ekolojik felaketlerin olabileceği onları sorumlu tutmamanın gerçek suçluları ve organize suçluluğu cesaretlendirdiğini;

Ancak her ne kadar TCK'nın 169. maddesinde *"hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarına ilişkin haksız menfaat sağlanan tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanacağı"* belirtilmişse de malvarlığına ilişkin suçlarda şu an TCK'nın 20. maddesinde, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanmayacağı ve sadece güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlar uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu açık hüküm karşısında maddi bir bünyesi ve hareket kabiliyeti olmayan tüzel kişilerin, suçun faili olamayacağı ve ayrıca cezai sorumluluğunun bulunmadığı kanaatindeyiz. Sadece TCK 169. madde ve 20. madde babında tüzel kişilere faaliyet izninin iptali, elde edilen kazancın müsaderesi tarzında güvenlik tedbirleri ile İdare hukukundan kaynaklı idari para cezası gibi yaptırımlar uygulanabilecektir. Bunlar dışında tüzel kişilere cezai sorumlulukları kabul edilmediğinden adli para cezası uygulanamamaktadır.[843] Ayrıca belirtmek isteriz ki, dünyada TCK'daki düzenleme yönünde tüzel kişilere ceza sorumluluğu atfetmeyen pek çok ülke bulunmaktadır. Ancak Kara Avrupasında trend tüzel kişilerin cezai yönden sorumlu tutulması yönünde gelişmektedir.[844]

---

bazen tüzel kişi içindeki gerçek faili bulmanın güç olduğu bu yolla suçun cezasız kalmasının da engellendiği yönündedir.

[843] Bu konudaki eleştiriler için bkz. **Nur CENTEL**, Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu ve Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, (2016), s. 3325- 3326

[844] Bkz. **KANGAL**, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, s. 72- 123; **CENTEL**, Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu ve Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması, s. 3316; Ayrıca Kara Avrupasında bu duruma ilişkin temel değerlendirmeler için **Klaus TIEDEMANN**, Avrupa Birliği Hukukunda Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar ve Ceza Hukukunun Avrupalaşması (Çeviren: Ayşe Nuhoğlu), Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011) s. 31-40; **Luis Arrayo ZAPATERO**, İspanya'da Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu (Çeviren: Ali Kemal Yıldız), Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s. 49-54; **Silvio RIONDATO**, İtalya'da İktisadi veya İktisadi Olmayan veya Kamusal Güç Kullanan Kamu Kurumunun Cezai Sorumluluğu (Çeviren: Vesile Sonay EVİK), Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s. 67- 76; **Atillo NISCO**, İtalyan Sistemi Örneğinde Tüzel Kişilerin Cezalandırılabilirliği (Çeviren: Ayşe Nuhoğlu), Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s. 97- 114; **Raimo LAHTİ**, Finlandiya Hukukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu (Çeviren: Feridun Yenisey), Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s.121- 124; **Johanna RINCEANU**, Societas delinquere potest: Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunda Romanya Perspektifi (Çeviren: G. Hande Ulutürk), Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s. 137- 148; **Zeynel KANGAL**,Türk Ceza ve Kabahatler Hukuku Açısından Tüzel Kişilerin Sorumluluğu, Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s. 201- 208; **Ayşe NUHOĞLU**, Sonuç: Tüzel Kişilerin Sorumluluğu Hakkında, Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011) s. 227- 230 Yazarların belirttiği üzere Almanya, İtalya, Lüksemburg, Polonya, Yunanistan ve Rusya hukuk sistemleri aynen ülkemiz gibi tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olmadığı ancak idari yaptırım, güvenlik tedbiri uygulama görüşünü benimserken, Fransa, Hollanda, İngiltere, Kanada, Belçika, ABD, Danimarka, Avustralya, Çin ve kısmen Japonya hukuk sistemleri ise tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmektedir. Öte yandan Avrupa birliğinde de tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul eden

Kanaatimiz de tüzel kişiler açısından ceza sorumluluğu öngörülmemesi, Anayasa'nın 38.maddesinde yer alan açık hüküm ve ceza hukuku ilkeleri gereği yerinde olsada[845], malvarlığına karşı suçlar, çevreye karşı suçlar ekonomik suçlar ile bireyin korumasının hedeflendiği sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi gibi suçlar açısından, idari yaptırım bağlamında daha caydırıcı düzenlemelere başvurulması gerektiği yönündedir.[846]

Eğer bir suç, her failce işleniyorsa "genel suçlar[847] (herkes tarafından işlenen suç)" olarak adlandırılmaktadır. Bunun dışında ceza hukukunda yer alan her suçun, her failce işlenmesi mümkün değildir. Bazı suçların kanunda ancak belirli kimseler için işlenebileceği öngörülmüştür. Bu türden failin insan olması dışında özel yükümlülüklerin arandığı suçlara ise "özgü suç" adı verilmektedir. Sadece suçun nitelikli halinde fail açısından özel yükümlülükler aranıyorsa o suç "görünüşte özgü suç" tur. Buna karşın suçun temel şeklinde bu nitelikler aranıyorsa bu suç "gerçek özgü suç" olarak adlandırılmaktadır. Örneğin TCK'daki zimmet (TCK m. 247) ve işkence (TCK m. 94) suçları sadece kamu görevlileri tarafından işlenen

---

düzenlemeler bulunmaktadır. Avrupa Komisyonu 20.08.1988 tarihli R (88) 18 sayılı tavsiye kararı ile tüzel kişilere kriminal cezalar ile diğer idari cezalar yaptırım açısından seçim yapma hakkı tanımıştır. Bundan daha da ileri olarak Avrupa Birliği 19.05.2009 tarihli ve 2 numaralı ek protokol ile tüzel kişilerin cezalandırılması yönünde üyelere yükümlülük yüklemiştir. Neticede bir zamanlar tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmeyen İsviçre (2003), Avusturya (2006), Romanya (2006), ilaveten Portekiz (2007), ve İspanya (2010)'da tüzel kişilerin ceza sorumluluğu yönünde düzenlemeler yapmıştır. Finlandiya'da her suç için olmasa da belli suçlar için tüzel kişinin ceza sorumluluğunu kabul etmiştir. İtalya'da her ne kadar Almanya ve ülkemiz gibi tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmese de 2001 yılında 231 numaralı Kanun Hükmünde Kararname ile idari ceza hukuku alanında tüzel kişilerin sorumluluğunu kabul etmiştir. Bu duruma göre şu anda kabul etsekte etmesekte temel eğilimin karşılaştırmalı hukukta tüzel kişilerin belli suçlar için fail olarak cezai yönden sorumlu tutulması yönünde olduğunu söylersek herhalde yanlış olmayacaktır.

[845] Ülkemizde tüzel kişiler için ceza sorumluluğu öngörülmesinin Anayasanın 38.maddesinde cezaların şahsiliği ilkesine aykırılığı da tartışma konusu olmuştur. Bu konuda Anayasa Mahkemesi E: 1988 / 15 K: 1989/9 T: 14.2.1989 sayılı ilamında (bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/ kd_26.pdf Erişim Tarihi: 30.07.2017), E: 1991/2 K:1991/30 T:19.09.1991 sayılı ilamında ve mülga 1961 Anayasası'nda bu maddeye benzer düzenleme içeren 33. maddeye ilişkin E: 1963/101 K: 1964/49 T: 16.06.1964 sayılı ilamında (bu iki ilam için bkz. **KANGAL**, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, s. 188- 190) tüzel kişilere ceza sorumluluğu öngörülmesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir. Mahkemenin bu kararları ise doktrinde çeşitli eleştirilere uğramıştır. (Bu eleştiriler için bkz. **ÖZEN**, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, s. 72- 73, 84- 85) Kanaatimiz de Anayasa'nın 38.maddesindeki açık hüküm karşısında tüzel kişilere cezai sorumluluk atfedilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu yönündedir.

[846] Aynı görüşte **ÖZEN**, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, s. 85; **KANGAL**, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, s. 208- 209; Tüzel kişilere adli para cezası uygulanması yönündeki karşı görüş için bkz. **CENTEL**, Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu ve Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması, s. 3326

[847] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 724

suçlardandır."[848]Bütün bu açıklamalardan hareketle güveni kötüye kullanma suçu, muhafaza etmek veya belirli şekilde kullanmak üzere başkasına ait mala zilyet olan, bu amaçla mağdurca kendisine zilyetlik devri gerçekleştirilen herhangi bir kimse tarafından işlenebilir.[849]

Bu zilyetlik ilişkisi sözleşmeye dayalı olmalı ve fail bu sözleşme ilişkisinin taraflarından biri olmalıdır.[850] Hak sahibinin rızası dışında elinden çıkan mal üzerine bir başka kimsenin zilyetlik kurması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Örneğin sele kapılıp sürüklenen bir sabanı arazisi üstünde bulan kimsenin, bu eşya üzerinde zilyetlik kurması bu suçu oluşturmaz. Yine bir hırsız tarafından malikten çalınan bir eşyanın, çalan kişi tarafından bir başka kimseye satılması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz. Bu halde satın alan kişi bakımından TCK'nın 165. maddesinde yer alan "suça konu eşyayı satın alma ve kabul etme" suçu oluşacaktır.[851] Bu bakımdan güveni kötüye kullanma suçu, herkes tarafından işlenen genel bir suç özelliği göstermemektedir. "Gerçek özgü suç" niteliği taşımaktadır.[852] Buna göre, icra hareketlerini gerçekleştiren birden fazla kişiden, sözleşmeye taraf olan "fail" olarak sorumlu tutulabilecekken, sözleşmeye taraf olmayan diğer kimseler ancak "şerik" olarak sorumlu tutulabilecektir.[853] Ancak aksi yönde doktrinde görüşler bulunmaktadır. **Özbek- Doğan- Bacaksız- Tepe** bu suçun "gerçek özgü suç" olmadığını failin devir sözleşmesine taraf zilyetliği devralan kimse olmasının bu suçu özgü suç haline getirmediği düşüncesindedir. Bu görüşe katılmamaktayız.[854]

Güveni kötüye kullanma suçunda fail suç konusu malın maliki değildir. Kendisine eşya teslimi yapılan meşru zilyettir. Failin "başkasına ait eşya" üzerine zilyet olması gerekir. Eşyanın başkasına aidiyeti kavramı ise hukuk gereği hiç kimsenin mülkiyetine girmesi kabul olunmayan eşyalar haricinde, bir suçta çalınan,

---

[848] **ARTUK- GÖKCEN-ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 291
[849] **ARTUÇ**, s. 294
[850] **CANPOLAT**, s. 58
[851] **YAŞAR- GÖKCAN- ARTUÇ**, s. 584
[852] **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 584
[853] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 84; **Necati MERAN**, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, (2008), s. 188
[854] Bkz. **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku- Özel Hükümler, s. 693, 700, 1056 Özellikle zimmet ve güveni kötüye kullanma suçu ile ilgili kitabın 1056.sayfasında yapılan karşılaştırmada yazarlar güveni kötüye kullanma suçunun zimmet suçunun aksine olarak özgü suç niteliği taşımadığını açıkça beyan etmektedirler.

gasp edilen, zarar verilen kullanılan bir eşyanın suça konu hareketi yapan failden başka bir kimseye ait olmasını ifade eder.[855] Bundan hareketle bu kavramı dar olarak yorumlayan şimdiki ceza kanunumuzun gerekçesine göre mala birden fazla malikin iştirak halinde mülkiyeti (elbirliği ile mülkiyeti), söz konusu ise, bu malikler, birbirine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işleyemez.[856] Zira iştirak halinde mülkiyette ortakların payları belli olmayıp her birinin hakkı ortaklığa giren malların tamamına yaygındır. (TMK.m.701) Bu sebeple tarafların hepsi birden sözkonusu mala malik olarak değerlendirilmektedir. Yine, TCK'nın bu maddeye ilişkin gerekçesinde müşterek mülkiyet halinde de maliklerin birbirine karşı bu suçtan sorumlu tutulamayacağı belirtilmektedir.[857] Ancak eşyanın başkasına aidiyeti kavramını bu derece sınırlayan bu gerekçe ve düşünceye katılmamız mümkün değildir.

Zira müşterek mülkiyette (paylı mülkiyette) bir malik maddi olarak paylara bölünmemiş bir eşyanın tamamına belli oranda bir payla maliktir. (TMK.m. 688) Bu durumda bir mala ortak paydaşın kendi payını diğer bir paydaşa devretmesinin ardından malı anlaşılan amacın dışında kullanması halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerekir.[858] Kanaatimizce malın başkasına aidiyeti hususu mülkiyetinin tamamı malike ait olmayan malları da ifade etmektedir. Zira bu mülkiyet türünün geçerli olduğu eşyalarda tek bir kişi tam anlamı ile mala malik olmayıp malın kontrolü tek başına elinde değildir, kişinin ancak eşyada kendi hissesi üstünde kontrolü tasarruf imkânı vardır. Bunun yanında hem iştirak halinde (elbirliği ile mülkiyet) hem de müşterek mülkiyet durumunda maliklerden birine bir malı idare veya tasarrufta bulunma konusunda diğer maliklerin yetki vermesi halinde, malik bu malın idaresi ile ilgili başkası için zilyet konumundadır. Bu durumda buradaki hukuki ilişki, mülkiyet hakkından değil, bir malvarlığının idare edilmesine dair sözleşme ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan başkası için zilyet olan malikin neticede kendisi veya üçüncü kimse yararına menfaat amacı

[855] Benzer bir tanım için bkz. **ANTOLISEI**, Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar, s. 73,74

[856] Bkz. Kanundaki madde gerekçesi; Aksi görüş, **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 508

[857] TCK m. 155 gerekçesi *"...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."*

[858] Aynı görüşte **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 508; Buna karşın bu kitapta zikredilen, yazarın eleştirdiği Yargıtay 9.CD E:1984/4681 K:1984/5082 sayılı ilamı aksi görüştedir. Yargıtay'ca ortaklık suretiyle ekilen tarladan elde edilen mahsul bedelinin ödenmemesinin emniyeti suiistimal suçunu değil hukuki nitelikte bir ihtilaf oluşturduğu belirtilmektedir.

taşıyan haksız tasarruflarından dolayı bu suç nedeniyle sorumlu tutulmamasının kabul edilebilir bir yanı yoktur.

Dahası kanunun gerekçesindeki düşünceden harekete edilirse bu durumda bir anonim şirkette pay sahibi olan yönetim kurulu üyesinin de şirket malları üstünde müşterek malik olduğu düşünülerek güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulamayacağı da iddia edilebilir ki bunun bu suçun ihdas edilme amacıyla bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır.

Nitekim doktrinde ***Meraklı*** ve ***Özbek- Doğan- Bacaksız- Tepe***'de TCK'nın 155. maddesinin gerekçesinde belirtilen bu kanaati taşımamaktadır. Aynı yazarlar belli durumlara çeşitli olaylarda malikin de suçun faili olacağını belirtmektedirler. Ancak bu yazarların görüşüne tam olarak katıldığımız da söylenemez. Zira bu yazarlara göre bir başkasına kiraya vererek zilyetliğini devrettiği taşıtı, kiracısından acil bir ihtiyacı öne sürerek ödünç alan ancak sonrasında geri teslim etmeyen kiraya veren malik de[859] bu suçun faili olabilecektir. ***Meraklı*** 'ya göre malikin bu olayda bu suçtan sorumlu tutulması, bu suçla korunan hukukî değerin sadece mülkiyet olmayıp bunun yanında zilyetlik ve kişiler arasındaki güvenin de olduğunu düşüncesinin doğal bir sonucudur. [860] Bizce de iş bu hukukçuların belirttiği gibi bu suçta eşyanın başkasına aidiyeti kavramı dar olarak [861] değil, iştirak ve müşterek mülkiyet hususlarının tamamını içine alacak şekilde geniş biçimde yorumlanmalıdır. Ancak bu güveni kötüye kullanma ilişkisinde salt güven ilişkisine odaklanarak diğer korunan hukuki değerlerden mülkiyet hakkının gözardı edileceği, önemsiz bir formalite gibi görüleceği anlamına gelmemektedir.

Özel hukukta malvarlığı hususunda ayni haklar özellikle de mülkiyet hakkı, tapuda vs sicilde şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş halde olmadığı müddetçe şahsi haklardan TMK m. 987 ve TBK m. 310'e göre üstün konumdadır. Ancak kira ilişkisi kiraya verene karşı ileri sürülerek kiraya verenden bir tazminat talep edilebilir. Korunan hukuki değerler bağlamında kanun koyucunun mülkiyet hakkını

---

[859] **MERAKLI**, s. 1682; **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku- Özel Hükümler, s. 693

[860] **MERAKLI**, s. 1682

[861] Karşı görüş için bkz. **ANTOLISEI**, Manuale di Diritto Penale Parte Speciale Vol:1, s. 288; **ANTOLISEI**, Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar, s. 76 Yazar Petrocelli ve diğer bazı İtalyan yazarlara atıfla İtalyan Ceza Kanunu'nda 334.madde de yer alan malikin başkalarının zilyetliğindeki kendi malını almasının hırsızlık suçu olarak cezalandırılmayacağı belirten hükmünü esas alarak başkalarına aidiyet kavramında dar yorumu savunmaktadır.

koruduğu TCK m.155'in gerekçesinde daha en başında ve özel olarak vurgulanmıştır. Madde gerekçesinde TCK m.141 hırsızlık suçundaki gerekçe de olduğu gibi mülkiyetten çok zilyetlik durumuna doğrudan bir vurgu yoktur. Sadece bu suçun oluşumu için fail ile mağdur arasında bir zilyetlik ilişkisi tesisi gereğinden söz edilmektedir. Bu durumda hırsızlık suçunun aksine bu suç açısından, mülkiyet hakkı karşısında zilyetlik hakkı ve güven ilişkisini korumak ikileminde kalan bir ceza hakiminin mülkiyet hakkını en başta gözetmesi gereği ortadadır. Bir malikin kiraya verdiği taşıtı zilyedinden ödünç alıp sonrasında kiracısına mülkiyet hakkına dayanarak keyfi olarak geri vermemesi hali bize göre olsa olsa TCK m.155 bağlamında suç değil ancak özel hukuk bağlamında haksız fiil teşkil eden bir hareket kısaca tazminat gerektiren bir fiildir. TCK m.155'teki mülkiyet hakkını yok sayarak veya önemini gözardı ederek, salt güven ilişkisine odaklanarak, kanundaki özel hukuk alanına girmesi gereken her türden haksız fiili, bu suçun kapsamına sokmanın kanun metnindeki "başkasına ait olma" ibaresini bu derece yok saymanın ne ceza hukukunun son çare olması prensibiyle ne de kanunilik prensibiyle ne kıyas yasağı ile bağdaşır bir yanı yoktur.

Ancak malik karşısında özel hukuk manasında mülkiyet hakkı ile neredeyse eşdeğer şekilde korunan resmi sicillere şerh vermek vs. suretle üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecek kuvvetlendirilmiş bir şahsi hak veyahut intifa gibi sınırlı ayni hakkı bulunan mağdura bu yazarların bahsettiği olaydaki durumun gerçekleşmesi halinde kanaatimizce iş bu TCK m. 155 bağlamındaki suçun varlığı belki düşünülebilir. Örneğin bir arazinin kullanımı yani intifa hakkı (sınırlı ayni hak) 10 yıllığına tapuda malik (M) tarafından üretici (İ)'ye verilmiştir. (İ) bir iş gezisine çıkmak zorundadır ve (M)'ye iş bu araziyi 1 haftalığına bırakır ondan arazide dikili ağaçlarındaki meyveleri toplamasını ve sonrasında kendisine teslimini ister. (M) bunu kabul eder. Ancak (İ) iş gezisinden döndüğünde ağaçlardaki bütün meyvelerin (M) tarafından satıldığını görür. (M) sattığı meyvelerin parasını da (İ)'ye vermediği gibi böyle bir durumun hiç aralarında gerçekleşmediğini iddia eder. Bu olayda arazinin sahibi (M), ağaçların yanında meyvelerin sahibi gibi gözüksede esasında değildir. Zira intifa hakkı tam yararlanma durumu içerdiğinden TMK.m.794 ve devamı maddelere göre ağaçların semeresi yani ağaçların üzerindeki meyvenin mülkiyeti esasında İ'ye aittir. Bu olayda başkasına aidiyet unsuru açıkça söz konusu olduğundan kanaatimizce güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Öte yandan malikin bu olayda meyvelere değilde intifa hakkına konu ağaçlara yönelerek bu

kendine ait ağaçları kesmesi ve kerestesini satması halinde ise ağaçların mülkiyeti malike ait olduğundan kanımızca güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacak, özel hukuk açısından olay tazminata konu olabilecektir. Ancak ağaçların dışarından intifa hakkı sahibi tarafından getirilip dikilmesi halinde ise söz konusu hareket bu suçu oluşturabilecektir.

Son olarak güveni kötüye kullanma suçunda fail suç konusu eşya üzerine zilyetlik tesis edilmiş olan kişidir. Ancak bu zilyetliğin mutlaka malik tarafından tesis edilmesi gerekmez. Kanunen bir malın zilyedi olan bir kimsenin bu malın zilyetliğini başka bir kimseye devretmesi ve devredilen zilyedin bu suça konu hareketleri yapması halinde de devredilen zilyet açısından güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.[862]

B) Mağdur

Ceza hukuku bağlamında, suçlar bireyin, kamunun veya toplulukların menfaatini ihlal eder. Bu menfaatleri koruyan devletin suçun dolaylı olarak mağduru olduğu da öğretide belli bir kesimce ileri sürülmektedir.[863] En geniş anlamıyla mağdur veya suçtan zarar gören kimse doğrudan veya dolaylı şekilde zarara uğratılan veya tehlikeye maruz bırakılan hak sahibini veya yararın sahibini ifade eden terimlerdir.[864] En dar anlamıyla mağdur ise suçtan doğrudan doğruya etkilenen gerçek kişi veya kişilerdir. Tüzel kişilerin, toplum, devletler topluluğu gibi sosyal toplulukların, hukuken tanınmış insan ve mal topluluklarının mağduriyeti ise tartışmalıdır. Bir görüş bunların da suçun mağduru olabileceğini belirtmektedir.[865] Diğer bir görüş ise bu kişilerin mağdur olarak değil, ancak suçtan zarar gören olarak

---

[862] **MAJNO**, Ceza Kanunu Şerhi, s. 123; **MERAKLI**, s. 1677

[863] **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), s. 151; **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 727 Bunun aksi yöndeki görüş ise suçun mağdurunun ancak gerçek kişiler olabileceğini; devletin doğrudan veya dolaylı mağdur olamayacağını savunmaktadır. Bkz. **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 305 *"Devletin mağdur olarak kabul edilmesi Ceza Hukukunun amacı ve çağdaş hukuksal değerlerle de örtüşmemektedir. Hizmet etmek ve birey lehine kullanılmasını sağlamak üzere görev almak anlamında devletin toplumun veya toplulukların taşıyıcılık ve temsilciliğini yaptığı tüm hukuksal değerlerin sahibi yalnızca bireydir. Aynı gerekçelerle birey dışında tüzel kişilere tüzel kişiliği olmayan aile, toplum, devletler topluluğu vs. ye de mağdur sıfatı tanınamaz. Şu hâlde geniş anlamda mağdurun devlet değil ama toplumu oluşturan bireyler olduğunu belirtmeliyiz."*

[864] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 726

[865] **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), s. 152; **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 727 vd.

değerlendirilebileceği yönündedir. [866] Bizim kanaatimiz ise tüzel kişiler fail olamasalar bile belli suçlarda mağdur olduklarının ve mağdur sıfatıyla değerlendirilmelerinin yerinde olacağı yönündedir. Her suç açısından tüzel kişilerin mağduriyeti kabul edilemez. Örneğin kasten insan öldürme suçu gibi sadece insan aleyhine işlenebilen suçlarda tüzel kişinin mağduriyeti söz konusu değildir. Buna karşın bir hırsızlık, güveni kötüye kullanma suçu, hakaret suçu gibi belli bazı suçlarda kanunlarla bir gerçek kişi gibi hak ve fiil ehliyeti sahibi olduğu düşünülen tüzel kişinin mağdur olabileceği kabul edilmelidir.

Kaldı ki, bir şirkette bir çalışan işçi tarafından işlenen tek bir güveni kötüye kullanma suçunda tüzel kişinin değil de şirketteki pay sahiplerinin mağdur olduğu kabul edilecek olursa; bu durumda aynı nitelikte fikri içtima hükümlerinin de (TCK m.43/2) uygulanarak failin cezasının arttırılmasının tartışılması gerekir. Oysaki ortada tek bir güveni kötüye kullanma suçu söz konusudur ve bu yöndeki bir uygulama haksız cezalandırmaya neden olacaktır. Mahkemelerce de bu hallerde bir artırım yerine, tek bir güveni kötüye kullanma suçundan ceza verilmektedir.

Öte yandan tüzel kişilerin ortakları arasında işlenen güveni kötüye kullanma suçlarında örneğin anonim şirkette yönetici ortağın, diğer hissedar olan ortağın emanet ettiği şirkete ait hisse senetlerini kendi üzerine geçirmeye çalışılması durumunda ise şirketin doğrudan bir zararı söz konusu olmayıp dolaylı bir zarar durumu vardır. Bu durumda hissedar ortak suçun mağduru, yönetici ortak suçun faili, buna karşın anonim şirket ise suçtan zarar gören olarak değerlendirilebilir.[867]

Bununla birlikte suçun mağduru ile suçtan zarar gören kimse arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Bir suçun işlenmesi neticesinde suçun mağdurundan başka hukuken korunan bir hakkın ihlali neticesi ile bir başka kimse de zarara uğramış olabilir. Örneğin kasten öldürme suçunda öldürülen kişi mağdurdur. Buna karşın, mağdurun desteğinden yoksun kalan akraba ve mirasçıları suçtan zarar görendir. Burada hukuken korunan bir menfaatleri zarar görmüştür. Buna göre suçun mağduru suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafıdır. Suçtan zarar gören kimse ise sadece

---

[866] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 304-305; **ELMALICA,** s.117-118 Yine bu görüşleri benimseyenlerden bir olan **İçer**'e göre bir şirkette güveni kötüye kullanma suçu işlenmişse şirket yöneticileri mağdur, şirketin kendisi ise suçtan zarar gören olarak değerlendirilip buna göre işlem yapılmalıdır. (Bkz. **İÇER**, s. 173) Bu görüşlere katılmamaktayız.

[867] Aynı görüş **ELMALICA**, s. 118

zarar ziyana ilişkin hukuk ilişkisinin tarafıdır.[868] Mağdur, suçtan zarar görenin aksine dolaylı değil, suçtan doğrudan etkilenmektedir.[869]

Güveni kötüye kullanma suçunda, mağdur, muhafaza etmek veya belli surette kullanmak üzere malın zilyetliğini faile devreden maliktir. Ancak belirttiğimiz üzere bu suç da hukuki konu olarak yalnızca mülkiyet değil, zilyetlik de korunmaktadır. Zira faile zilyetlik devrini malın maliki değil, malik olmayan bir kimse de yapabilir. Sözleşme ilişkisine malik değil bu kimsede taraf olabilir. Bu durumda hem malın malikini hem de o sırada hukuki ilişki gereği malı elinde tutan, faile devri yapan kişiyi -yani zilyedi- mağdur kabul etmek gerekir. Öte yandan zilyedin mağdur kabul edilmesi için dolaylı zilyetliğinin devamını sağlamak üzere malı teslim etmesi gerekir. Örneğin bir kurye eşyayı teslim ederken dolaylı zilyetliğini sürdürmek için alıcıya teslim etmediğinden mağdur olamaz.[870] Buna karşın bir işverenin kendi aracını, muhafaza için şoförüne bırakmasının ardından şoförün aracının bakımı için bir oto servisine emanet etmesi durumu buna örnek gösterilebilir. Bu halde eğer aracın teslim edildiği oto servisi, gelen aracı parçalarına ayırıp satarsa, mağdurun hem işveren malik hem de malı muhafaza için elinde tutan şoför olduğunun kabulü gerekir. Bununla birlikte doktrinde aksi görüşlerde bulunmaktadır.[871]

3) Suça Konu Fiil

Suçun maddi unsuru denilince ilk akla gelen fiildir. Fiil, ceza hukukunda sadece suç teşkil eden hareketi (davranışı) veya neticeyi değil her ikisini de kapsar. Aynı zamanda hareket ile netice arasındaki bağlantıyı ifade eden "nedensellik bağı" da fiilin kapsamı içindedir.[872] Bu sebeple güveni kötüye kullanma suçunda bu üç alt unsur etrafında fiili inceleyeceğiz.

---

[868] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 727
[869] **CANPOLAT**, s. 65
[870] **AYTEKİN İNCEOĞLU**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, s.48
[871] Karşı görüş için bkz. **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 162 *"...Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere güveni kötüye kullanma suçunun gerçek pasif sübjesi malın malikidir. Malın zilyetliğini devretmiş olan ancak o malın maliki ise bu suçun pasif sübjesi olabilir..." ..."* **İçer** ise böyle bir durumda asli zilyet sıfatına haiz olan kişinin mağdur, buna karşın malın malikinin asli zilyetten başka bir kimse olması halinde bu kişinin suçtan zarar gören olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir. (Bkz**. İÇER**, s. 174)
[872] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,2.cilt, (2019), s. 81

A) Hareket

Ceza Hukuku alanında hareket (davranış) kanunun suç saydığı neticeye sebep olan müspet veya menfi eylem olarak tanımlanabilir.[873] Suçlar hareketin şekline göre müspet bir hareketle işlenirse "icrai suç"; ihmali bir hareketle işlenirse ihmali suç adını alacaktır.[874]Eğer müspet bir hareketle işlenen bir suçun menfi hareketle de işlenebilmesi kabul edilmişse bu durumda görünüşte ihmali suç adını alacaktır.[875] Hareket eğer suçlar tarif edilirken gösterilmemişse bu kanunun harekete ayrıca bir önem atfetmediğinin göstergesi olup o suça "serbest hareketli suç" denir. Buna karşın suçlar tarif edilirken netice yanında hareket de tarif edilmişse bu suça "bağlı hareketli suç" denir. Hareketin sayısı yönünden ise tek bir hareketle suç meydana geliyorsa "tek hareketli suç" söz konusudur. Diğer taraftan suç kalıbında gösterilen birden çok elverişli hareketten biri ile bu suçun meydana gelebileceği öngörülmüşse "seçimlik hareketli suç"; buna karşın birden fazla hareketin yapılmasının arandığı hallerde "birden fazla hareketli suç" söz konusu olacaktır. Diğer taraftan kanun bazı hallerde bazı suçlar açısından aynı hareketin birden fazla tekrar edilmesini şart koşmuşsa "itiyadi suç" söz konusu olacaktır.[876]

Güveni kötüye kullanma suçunu bu açıdan değerlendirirsek bu suç "*zilyetliği devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkâr etme"* hareketiyle işlendiği için müspet bir hareket gerektirdiğinden "icrai suç" niteliğindedir. Maddede geçen "devir olgusunu inkâr etme" tümcesi her ne kadar ihmali bir hareketi gösteriyor gibi görünsede; inkâr etme olgusunun gerçekleştirilmesi icrai (müspet) bir hareketi gerektirmektedir. Bununla birlikte bu durum, aşağıda hareketleri incelerken göstereceğimiz üzere güveni kötüye kullanma suçunun ihmali hareketle gerçekleştirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu yönden bu suç hem icrai hemde ihmali hareketle işlenebilen karma hareketli bir suçtur.[877]

---

[873] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,2.cilt, (2019), s. 82
[874] **ARTUK- GÖKCEN**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s. 269 vd.
[875] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s. 269, 270 vd. **Kayıhan İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, (2016) s. 269 Yazar, "İhmal Suretiyle İcrai Suç" kavramını kullanmayı tercih etmektedir.
[876] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,2.cilt, (2019), s. 87
[877] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 440; **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 637; **İÇER**, s. 169 *"Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma yalnızca icrai davranışla işlenebilirken, devir olgusunu inkâr etme hem icrai hem ihmali davranışla gerçekleştirilebilir."*

Diğer taraftan güveni kötüye kullanma suçu için kanunda birden çok gösterilen hareketten biri ile bu suçun gerçekleştirilebileceği belirtildiğinden bu suç "seçimlik hareketli suç"tur.[878] Bununla birlikte şimdiki Türk Ceza Kanunu'nda, suça konu hareketlerin mülga 765 sayılı TCK'dan önemli farklılıkları da söz konusudur. 765 sayılı TCK'da bu hareketler sınırlı olarak sayılmaktaydı. *"Tevdi ve teslim olunan malın satılması, rehnedilmesi, sarf ve istihlak edilmesi, saklanması, inkâr edilmesi, tahvil ve tağyir edilmesi"* şeklinde suça konu hareketler seçimlik ama aynı zamanda bağlı hareketli olarak düzenlenmekteydi. Bu durum da öğretide çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Hâkim görüş sayma ilkesinin benimsenmesinin sınırlayıcı nitelikte olduğu, bu sebeple belirtilen haller dışındaki tasarrufların bu suçu oluşturmayacağıdır.[879] Diğer azınlık görüşü ise bu hallerin sadece örneklendirici tadadi sayma niteliğinden olduğunu belirtmekteydi.[880] Maddi ceza hukukunda suç ve cezada kanunilik ilkesi egemen olup ayrıca kıyasa dayalı bir yorum yapılması imkânı bulunmamaktadır.[881] Bu nedenle mülga 765 sayılı TCK'nın 508. maddesindeki sayılan hallerin sadece örneklendirici olduğu yönündeki azınlık görüşüne katılmamaktayız.[882]

5237 sayılı TCK'da ise bu tasarruf hallerini sayma yönündeki uygulamadan vazgeçilmiştir. "Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma ve devir olgusunu inkâr etme olarak" olarak yapılan düzenleme ile bütün tasarruf biçimleri ile güveni kötüye kullanma suçunun işlenebilmesi olanaklı hale getirilmiştir. Öyleki zilyetlikle öngörülmeyen yeni tasarruf hallerinin dahi bu madde kapsamında değerlendirilmesi

---

[878] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 440;

[879] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 511; **Mustafa EKİNCİ- Sinan ESEN**, Açıklamalı ve İçtihatlı Sahtecilik Dolandırıcılık, Gasp, Hırsızlık, Emniyeti Suistimal, Bilişim Suçları ile Müşterek Hükümler, Adalet Yayınevi, (2003), s. 740

[880] **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 414

[881] Aynı görüşte **DURSUN**, Emniyeti Suistimal Suçu, s. 23;**BULUTOĞLU,** s. 121 ;**ELMALICA,** s. 94

[882] Bkz.**DÖNMEZER- ERMAN**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 511 Kaldı ki 765 sayılı TCK *"…508. madde 2275 sayılı kanunla değiştirilmeden önce maddi unsurun hareket kısmı böylece teker teker sayılmış değildi, maddede "temellüke kıyam" olunması ibaresi kullanılmıştı. Sözü geçen tabir yerine yukarıda belirtilen tasarruf şekillerini teker teker sayan 2275 sayılı kanuna ait Adliye Encümeni mazbatasında şu gerekçe vardır: "Meri kanunun emniyeti suiistimal cürmünün unsurlarını tayin eden metnine göre bu cürmün mevcut bulunması için failin temellük iddiasına kıyamı meşrut bulunmuş ve tatbikatta bilhassa kendisine emanet edilmiş olan bir parayı sarf ve istihlak ettikten sonra bunu para sahibine karşı zimmetinde borcu olduğunu söylemesi üzerine temellük kastına mukarrin olmadığı sebebiyle hareketi cürüm sayılmamaktadır…"* Bu kitapta zikredilen bu olgu da açıkça bu maddedeki hareketlerin tahdidi olması için kanun koyucu tarafından belirlendiğini ortaya koymaktadır.

artık mümkündür.[883] Bu yönden bu suç, doktrindeki çoğunluğun kanaatine göre[884] "serbest hareketli suç" olarak düzenlenmiştir. Biz de bu kanaatteyiz. Ancak bu suçun serbest hareketli değil bağlı hareketli bir suç olduğunu iddia eden bir görüş de[885] bulunmaktadır.

a. Zilyetliğin Devri Amacı Dışında Tasarrufta Bulunma

Suça konu eşya üzerinde malik veya ayni hak sahibi bir kişinin hak ve yetkilerinin, fer'î zilyet olan fail tarafından izinsiz kullanılması, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma olarak anlaşılmalıdır.

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın aksine her türlü tasarruf şeklini kapsayacak şekilde düzenleme yapılmış ve suç, serbest hareketli suç haline getirilmiştir. Bununla birlikte 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'daki tasarruf şekillerini de kapsamaktadır. 765 sayılı TCK'daki tasarruf şekilleri de uygulamada en çok karşılaşılan tasarruf şekillerindendir. Bu sebeple öncelikle 5237 sayılı kanunun kapsadığı 765 sayılı TCK'daki tasarruf şekillerini ve bunun ardından diğer örnek tasarruf şekillerini ele almakta yarar görmekteyiz.

---

[883] Yargıtay içtihatlarında da hareket unsuru şöyle tarif edilmektedir. **Yargıtay 15.CD E:2013/17217 K:2015/32356 T:17.12.2015** "*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 inkâr etmesi şeklinde, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:09.05.2016)

[884] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler," s. 633; **Ali PARLAR-Muzaffer HATİPOĞLU**, Açıklamalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınları, 3.Bası (2010), s. 2483; **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 694; **CENTEL- ZAFER-ÇAKMUT**, s. 418 Almanya'da da Alman CK. m.246 da düzenlenen suçun serbest hareketli suç olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **HOHMANN**, StGB§246 Unterschlagung (bkz. Kn: §3), s. 1705- 1728 https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MuekoStGB_3_Band4/StGB/cont/MuekoStGB.StGB.p246.glI%2Ehtm#Y-400-W-MuekoStGB-G-StGB-P-246-GL-I-1 (Erişim Tarihi: 15.12.2017)

[885] Suçun serbest hareketli suç olmadığı yönünde görüş için bkz. **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar, s. 381 Yazarlar bütün bu sayılan hususların devir olgusunun inkârından başka bir şey olmadığını, bu sebeple bu suç seçimlik hareketle işlenen bir suç olsa da serbest hareketli bir suç olarak değerlendirilemeyeceğini savunmaktadırlar.

aa. 765 sayılı TCK'da Yer Alan Örnek Tasarruf Şekilleri

aaa. Satma

Güveni kötüye kullanma suçunda, "satma" hareketinin, ne olduğu ve sınırlarının belirlenmesi açısından öncelikle Türk Borçlar Kanunu'ndaki (TBK) satış sözleşmesine değinmek gerekir.

Taşınırlar açısından satış sözleşmesi, TBK'nın 207 ve 209. maddelerinde tanımlanmıştır.[886] TMK.'nın 704. maddesinde ve devamında ise nelerin taşınmaz mal hükmünde olduğu belirtilip, taşınmaz satımı düzenlenmektedir. Satış sözleşmesi kısaca "*alıcı tarafından ödenecek satış bedeli karşılığında satıcının satılanın alıcıya kesin olarak devrinin borçlandığı sözleşme*"[887] olarak tanımlanabilir. İki tarafa borç yükleyen ve amaçlanan satılanın kesin olarak alıcıya devrini öngören temlik borcu doğuran bir sözleşmedir. TBK çerçevesinde satış sözleşmesi kanunlarda aksi öngörülmediği müddetçe iki tarafın sözleşmeyi akdetmesi ve anlaşmalarıyla tamamlanmakta ve ayrıca satılan malın teslimine gerek kalmamaktadır.[888] Bununla birlikte satım sözleşmesinin imzalanmasıyla satılanın mülkiyeti alıcıya geçememektedir. Sadece mülkiyetin alıcıya devri hususunda kanuni bir yükümlülük doğmaktadır. Bu sebeple ceza hukuku açısından zilyetliğin devri amacı dışında suça konu eşyanın satış sözleşmesinin akdi sonrasında mı; üçüncü kişiye tesliminden sonra mı, güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağı konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır.

Oğuzman, satış sözleşmesinin akdedilmesinden sonra ancak zilyetliğin üçüncü kişiye devri ile güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağını ileri sürmektedir. Bunun yanında satış sözleşmesi akdedilse dahi eşyayı üçüncü kişiye devretmeyip, malikine geri veren kişinin suçun unsurlarının oluşmaması nedeniyle

---

[886] TBK m.207 *"Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir. Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler. Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir."*
TBK m.209*" Taşınır satışı, Türk Medenî Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışıdır. Ürünler, bir yapının yıkıntıları ve taş ocağından çıkarılacak taşlar gibi, taşınmazdan ayrıldıktan sonra mülkiyeti devredilecek bütünleyici parçaların satılması da taşınır satışıdır."*

[887] **Mustafa Alper GÜMÜŞ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık 3.Bası İstanbul (2013) Cilt:1 s. 16

[888] **YAVUZ**, s. 30-31

cezalandırılamayacağını savunmaktadır. [889] ***Dönmezer***[890] ve öğretideki çoğunluk da aynı görüştedir. Bu görüşe göre satış sözleşmesinde mülkiyet teslim ile rehin sözleşmesinde zilyetlik teslim ile geçeceğinden satan veya rehnedenin sözleşmeyi yerine getirmemesi daima mümkün alacağından suç satma veya rehnetme hallerinde eşyanın teslimi ile oluşur.[891] Satış sözleşmesinin imzalanması ise ancak suçta hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilir. Yargıtay'ın pek çok içtihadı da bu yöndedir.[892]

Bu görüş karşısında özellikle ***Önder, Dursun ve Özgenç***'in savunduğu azınlık görüşüne göre, güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer mülkiyet ve zilyetlik yanında, taraflar arasında sözleşmeden doğan güven ilişkisidir. Bundan hareketle kişinin zilyetliğin devrine aykırı şekilde herhangi bir tasarrufunu gösteren bir sözleşmeyi kabul etmesi veya imzalaması bu suçun oluşumu için yeterlidir. Zira sözleşmedeki güven ilişkisi bu hareketle zarar görmüştür. Ayrıca suça konu eşyanın üçüncü kişiye teslimine gerek kalmamaktadır.[893] Kanaatimizce de güveni kötüye kullanma suçunda yalnızca zilyetlik ve mülkiyet değil; aynı zamanda güven ilişkisi de korunduğu için zilyetliği devralan failin bu hukuki ilişkiye aykırı bir sözleşmeyi akdetmesi bu suçun oluşması için yeterlidir. Ayrıca suça konu eşyanın üçüncü kişiye teslimi şartının aranmasına gerek bulunmamaktadır. Bu sebeple Yargıtay ve doktrindeki çoğunluk ile aynı görüşü paylaşmamaktayız.

Diğer bir tartışılması gereken husus bir borca karşılık rehin sözleşmesi ile alacaklıya teslim edilen bir taşınır malın borç ödenmediğinden bahisle alacaklı tarafından satılması üstünedir. Bu halde alacaklı hukuka uygunluk nedeni olarak kanunen var olan bir hakkını kullandığı için suç oluşmaz. Ancak verilen teminatın borcun çok üstünde olması ve alacaklının başka türlü alacağını rahatlıkla elde edebilme imkânı mevcutken sırf kıymet farkını ele geçirmek için bu rehni satması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.[894] Ancak bu durumun fiilen ispatı gerekir.

---

[889] **OĞUZMAN**, s. 9
[890] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 511
[891] **ELÖVE**, s. 282; **BULUTOĞLU**, s. 135
[892] Yargıtay CGK 06.01.1928 tarih 21 sayılı kararı, Yargıtay 4.CD 17.11.1955 E:12092 K:18279 "Alındığını inkâr edilmeyen eşyanın mücerret iade edilmemesi sebebi emniyeti suiistimal suçunun tekevvüne kâfi olmadığına" …karar vermiştir. (Karar için bkz. **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 511)
[893] **DURSUN**, Emniyeti Suiistimal Suçu, s. 25; **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 77; **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 416
[894] **MAJNO**, s. 124

aab. Rehnetme

Hak sahibine, borçlusu tarafından sözleşme ile öngörülen mükellefiyetleri yerine getirilmediği takdirde, bir taşınmaz veya taşınırın mülkiyetini veya başka bir hakkı paraya çevirmek ve ele edilen meblağdan öncelikle alacağını alma yetkisini veren hakka "rehin hakkı" yapılan bu işleme de "rehin işlemi" adı verilmektedir.[895] Gerek mülga 765 sayılı TCK gerekse 5237 sayılı TCK'da, zilyetliğin devri amacına aykırı olarak eşya üzerinde zilyetliği devralan failin bir borcuna karşılık kendine bırakılan eşyayı malikin veyahut asli zilyedin rızası olmadan bir başka kimseye rehnetmesi hali de güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.[896]

Bununla birlikte bu suçun eşyanın teslimiyle mi yoksa sözleşmenin kabulüyle mi oluşacağı hususuna değinilmesi gerekir. TMK m. 939'da (Mülga MK m.853) taşınır (menkul) rehninin kanunda aksi öngörülmediği müddetçe ancak zilyetliğin rehin alana devri ile eşyanın teslimi ile geçerlik kazanacağını belirtilmektedir. Nitekim Yargıtay hukuk dairelerinin içtihatları da bu yönde olup diğer hallerde taraflar aksini kararlaştırsa dahi rehin sözleşmesi gerçekleşmemiş sayılmaktadır.[897] Bu durumda ceza hukuku manasında da güveni kötüye kullanma suçunun taşınır rehini açısından oluşması için zilyetliğin devri amacı dışında fer'î zilyedin taşınır malı rehnetmesi yanında bu rehine konu taşınır malı rehin alan üçüncü kişiye teslimi gerekmektedir.[898] Aksine durumda rehin sözleşmesi geçersiz olacağından güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.

Ancak taşınır mal olarak kabul edilen otomobil, motosiklet, iş makinası gibi bazı eşyalar için trafik sicili zorunluluğu bulunduğundan bunlara araç rehinlerinin

---

[895] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 677

[896] **Yargıtay 11.CD E: 1998/9237 K:1999/1704 T: 19.02.1999** "*…Aracı kurumun, banka ve bir başka kurumdan aldığı nakit ve krediler için müşterilere ait hisse senetlerini rızalarını almadan rehnetmesinin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilerek, sanık, kurum yönetim kurulu üyesi Alev'in hissesini devrettiği 15.8.1995 tarihinden önce rehin işlemi yapılıp yapılmadığının araştırılması ile sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi…"* (www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:17.06.2015)

[897] **Yargıtay 21. HD. E:2001/7845 K:2001/7563 T:12.11.2001** *"…Söz konusu rehin sözleşmesi dava dilekçesinde kabul edildiği ve sözleşmenin 7. maddesinde gösterildiği gibi MK'nın 853. maddesinde"* (-Şimdiki MK 939. madde-) öngörülen *menkul rehnidir. Anılan Yasa maddesi gereği menkul rehninin geçerliliği için rehnedilen malın (rehin alacaklısına) teslimi koşuldur. Bu koşul rehin sözleşmesinin kurucu unsurlarından olup eksikliği sözleşmeyi hükümsüz kılar. Somut olayda rehin sözleşmesinin 6. maddesinde rehnedilenlerin rehin verenin zilyetliğinde bırakıldığı açıklanmıştır. Bu halde davacının dayandığı rehin sözleşmesinin geçersiz olduğu açıktır…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:12.06.2015)

[898] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 77

tescili zorunludur. Bu türden eşyalar için ayrık olarak düzenlenen TMK.'nın 940. maddesi zilyetlik devri olmadan doğrudan rehnin sicile kaydı ile rehin kurulabileceğini bildirmektedir. [899] Kanımızca bu tür eşyalar için ceza hukuku açısından güveni kötüye kullanma suçu, iş bu rehnin trafik vs. sicile işlenmesi ile oluşacaktır. Bunun dışında bazı özel kanunlar da teslime de tabii olmayan sicilsiz taşınır rehinlerine imkân sağlanmıştır. Örneğin Tarım Kredi Kooperatiflerinin kredi alacakları için doğan rehin hakkında (1581 sayılı Kanun m. 13) ortakların kredilerine mesnet olarak gösterdikleri ürünleri, hayvanları ve üretimleri ile ilgili her türlü makina ve araçları üzerinde ortağı bulundukları kooperatiflerin mutlak rehin hakkı olduğu belirtilmiştir. İkinci fıkrasında ise bunların borçlu ortaklara yediemin sıfatıyla teslim edilmiş sayılacağı kanunda açıkça zikredilmiştir. [900] Bu tür durumlarda da zilyetliğin devri amacı dışındaki rehin sözleşmesinin fail ve üçüncü tarafça akdedilmesiyle kanımızca güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

Bununla birlikte failin rehnettiği eşyayı geri almayı düşünmesi ve buna maddi gücünün olması halinde suçun oluşmayacağı yönünde görüş beyan edilse de[901] buna katılmak mümkün değildir. Zira alacaklı malikmiş gibi zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunarak kanunda öngörülen eylemi "tipiklikte aranan özel kastı" gerçekleştirmiş ve neticenin doğmasını sağlamış olmakla suç oluşmuştur. [902] Sonrasında bu malı rehinden kurtararak, sahibine geri vermesi halinde TCK'da 168. maddede öngörülen "etkin pişmanlık" hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Bunun dışında maliki tarafından rehnedilen bir eşyanın, zilyetliği devralan kişi

---

[899] **Yargıtay 11. HD E: 2013/17403 K: 2014/386 T: 9.1.2014** *"…Öte yandan TBK'nın 586. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesinde müteselsil kefil hakkında icra takibi yapılmasına engel olan bir istisna öngörülmüştür. Bu hükme göre, alacağın teslime bağlı menkul rehni (TMK m. 939) veya alacak rehni (TMK m.954 vd.) ile güvence altına alınması halinde rehnin paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefil hakkında takip yapılamayacaktır. Mahkemece bu hükme istinaden alacağın taşıt rehniyle güvence altına alınmış olduğu belirtilerek ihtiyati haciz istemi reddedilmiştir. Ancak, TMK'nın 940. maddesinin II. fıkrasında "Gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir. Rehnin kurulmasına dair diğer hususlar tüzükle belirlenir." hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar bakımından, teslime bağlı rehin yanında, zilyetliğin alacaklıya devrine gerek olmaksızın, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile kaydedilmek suretiyle taşınır mal üzerinde rehin kurulabilir. Böyle bir rehin teslime bağlı taşınır rehni olmadığından, TBK.'nın 586. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesine göre müteselsil kefilin takibine engel teşkil etmez. Dosya içeriğinde rehin sözleşmesi ve sicil kaydı mevcut olup kurulan TMK.'nın 940. maddesine göre oluşturulan sicilli taşınır rehni olduğu anlaşılmaktadır…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:21.03.2016)

[900] **Murat DOĞAN**, Teslime Bağlı Olmayan Motorlu Taşıt Rehni, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12 Sayı:3-4 (2008) s. 185

[901] **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 416

[902] Aynı görüşte**, SARSIKOĞLU**, s. 50

tarafından alt rehni ancak rehin verenin izni ile olabilmektedir. (TMK m. 942) Bu durumda rehin olarak verilen bir eşyanın izinsiz olarak başka bir kimseye alt rehin olarak verilmesi de güveni kötüye kullanma suçu oluşturabilecektir.

Son olarak rehin, alacağı teminat altına alan bir hak olduğu için, alacağın sona ermesi ile rehne konu eşya malike iade edilmelidir.[903] Ancak borcun ödenmemesi halinde rehin alan ancak malı satışa çıkarabilir. Özel hukuk kurallarına aykırı dahi olsa sözleşmede borcun ödenmemesi halinde malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair bir hüküm konulmuşsa durum tartışmalıdır. Bir görüşe göre kanuna aykırı bu türden bir hüküm bulunup da borcun ödenmemesi üzerine fer'î zilyedin rehine konu malı satıp alacağının tahsili yerine eşyayı mülk edinmesi güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabilecektir. [904] Kanaatimiz ise bunun bu suçu oluşturamayacağı sadece hukuki uyuşmazlık teşkil edeceği yönündedir. Zira böyle bir durumda her ne kadar butlan ile mahkemece iptal edilebilecek bir sözleşme hükmü bulunsada borçlunun önceden alınmış rızasına dayalı olarak bu işlemin yapıldığı ortadadır. Ceza hukukundaki rıza ile özel hukuktaki rızanın benzer olması aynı oldukları anlamına gelmemektedir. Aynı şekilde ceza hukukundaki hukuka aykırılık, özel hukuktaki hukuka aykırılıkla da aynı değildir. Örneğin bir kimsenin malını kendisinden habersizce almanın hırsızlık suçunu teşkil etmesi, özel hukuk bağlamında tazminatı gerektirdiğinden hukuka aykırıdır; ceza hukukunda da suç olarak düzenlendiğinden hukuka aykırıdır. Ancak bir kimsenin zina yapması halinde borçlar hukuku bakımından eşe karşı tazminat gerektiren, Medeni Kanun bakımından boşanma davası açılmasına sebep olabilecek bir hukuka aykırılık söz konusu olsada, ceza hukuku bakımından bir hukuka aykırılık söz konusu değildir.[905] Burada da rehin borçlusunun rızası özel hukuktaki emredici hükümlere aykırıdır. Ancak ceza hukuku bağlamında hukuka uygun şekilde alınmıştır. Yine emredici bir hükme aykırılıktan mutlak butlan her daim ileri sürülebilirsede bunun tespiti için mahkemeye bir davanın açılması gerekir. Ancak bu tespit davası akabinde rehin borçlusu malını tam olarak geri isteyebilir. Bu durumda kanımızca ortada ceza hukuku bağlamında bir

[903] Eski Roma hukukundan kaynaklanan bu yasağa Lex Commisoria yasağı adı verilmekle hukukumuzda TMK m. 949'a bu yasak düzenlenmiştir. Buna göre borcun ödenmemesi halinde taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören bir rehin sözleşmesi hükmü aksi kanunda öngörülmedikçe geçersizdir.
[904] Bu görüşün savunması için bkz. **SARSIKOĞLU**, s. 51
[905] Bkz. **Meral Ekici ŞAHİN**, Ceza Hukuku'nda Rıza, Oniki Levha Yayınları, (2012), s. 212

suç değil, ancak özel hukuk bağlamında bir hukuki uyuşmazlık söz konusudur. Bu sebeple bir tazminat yükümü doğabilecektir.

Kaldı ki tarafların her ikisinin de özel hukukta bulunan hukuka aykırılığı bilmediği düşünülürse bile bu durumda manevi unsur olan kast söz konusu olmadığından yine bu suçun oluşması mümkün değildir. Ancak TCK'nın 30. maddesindeki hata hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Taraflardan birinin, bu özel hukuktaki geçersizlik durumunu başından beri bildiğini, ödeyememe durumunu hesaplayarak haksız menfaat peşine düştüğünü buna karşın diğer tarafın ise bu hukuka aykırılık durumunu bilmeden sözleşmeye böyle bir madde konulmasına rıza gösterdiğini varsayarsak, elbette ki bir suç oluşabilecektir. Fakat burada da öncelikle güveni kötüye kullanma değil, dolandırıcılık suçunun varlığı tartışılmalıdır. Zira bu durumda rızayı sakatlayan bir hile ve karşı tarafın neticede hataya düşürülmesi durumu söz konusudur.

aac. Kullanma ve Tüketme

Bu terimler, 765 sayılı TCK'da "sarf ve istihkak" olarak ifade edilmekteydi. Sarf, harcamayı, eşya üzerinde tasarrufta bulunmayı ifade etmektedir.[906] İstihkak ise tüketme yani malın miktar ve değer yönünden eksilmesidir.[907] 765 sayılı TCK'da tüketme olmadan salt kullanma güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmazken şimdi kanunda bu durumu güveni kötüye kullanma suçu içinde düzenlemiştir. Tüketmenin tamamen olması şart olmadığı gibi kısmen manevi olarak tüketme, semerelerinden yararlanma da bu suçu oluşturabilmektedir. Örneğin bir makinenin taşımada para karşılığı kullanılması halinde hem yağ, benzin, aşınma payı gibi nedenlerle değerde azalma meydana gelmekte hem de kişi taşıma ile haksız kazancı elde etmekle güveni kötüye kullanma suçu oluşmaktadır.[908] Aynı şekilde bir aracın başka bir kimseye kiralanması, bir dişi hayvanın elde tutulup doğan yavrularından yararlanılması halleri de güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır. Yine emanet edilen bir paranın amacı dışında kullanılıp tüketilmesi halinde de bu suç oluşabilecektir.[909]

---

[906] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 76
[907] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 512
[908] Yargıtay 4.CD K:1945/6647 T:27.06.1945 sayılı kararı (Karar için bkz. **DÖNMEZER**, Mala Karşı Cürümler, s. 512)
[909] Burada da karşılaştırmalı hukuk açısından İsviçre'den bir olay örnek olarak verilebilir**. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi (BGE) 124 IV 9, 12 Kasım 1997 tarihli kararı** şöyledir. Bank X,

aad. Değiştirme, Dönüştürme

765 sayılı TCK'da "tahvil ve tağyir" olarak ifade edilen bu tasarruf şekli kısaca bir şey yerine bir şeyin koyma (tahvil), bir şeyden alınan kısım yerine başka bir kısmı koyarak, eşyanın vasfını değiştirmek (tağyir) [910] olarak tanımlanabilir. [911] Bu değiştirme ve dönüştürme neticesi eşyanın değerinde bir eksilme olması gerektiği doktrinde çoğunlukça savunulmaktadır. Yargıtay'da aynı görüştedir. [912] Bununla birlikte katıldığımız azınlık görüşü ise güveni kötüye kullanma suçunda kendisine veya üçüncü kişi yararına sadece dönüştürme ve değiştirilme fiillerinin gerçekleştirilmesini suçun oluşması için yeterli görmektedir. Zira iş bu suçta korunan hukuki değer güven ilişkisidir. Fer'î zilyedin kendisinde aynen muhafaza edilmek veya belli bir amaçla kullanılmak üzere teslim edilen bir mal üzerinde değiştirme veya dönüştürme işlemine girişmesi bu güven ilişkisini zedelemektedir. Bu şekilde

---

M'nin yönetici olduğu O AG, A ve F'nin parsellerinde onlar adına yapı işi için yapı kredisi temin etmiştir. O AG ise temin edilen bu kredinin amaca uygun şekilde değerlendirilmesini üstlenmiştir. Bu yönde sözleşmede bu banka hesabına yatan kredinin nasıl değerlendirileceği ve ne amaçla kullanılacağına dair bir madde bulunmaktadır. Ancak M burada A ve F adına temin edilen ve banka hesabına yatan bu kredileri inşaat işinde kullanmak yerine kendi firma alacaklılarına borç ödemek için kullanır. Neticede projede sorunlar hasıl olunca M hakkında güveni kötüye kullanma suçundan dava açılır. M bu suçtan alt mahkemede ceza alır. Sonrasında ise dosya yüksek mahkeme önüne gelir. Yüksek mahkemeye göre ortada bir karz sözleşmesi varsa veya bir ticari ilişkiye bağlı olarak mesela bir konut yapımı veya bir yerin dönüşümü için yatırımcılarca ödenen sarf edilecek paranın belli bir şekilde kullanımı öngörülmüşse bu paranın belirlenen şekilde kullanımı gerekmektedir. Bir müteahhit veya girişimci bu amaçla bir bankadan kredi almışsa ve karşılığında bu yapılacak yer veya konutları bankaya ipoteklemişse, bu amaçla yatırımcılardan para toplayıp bankaya paraları yönlendiriyorsa ve konutların yapımını bu paralarla ayrıca finansman ediyorsa sorumluluk yine bu kişiye aittir. Buna göre bu kimse para bir banka hesabına yatırılmışsa ve bir yere bu konut işinin yapımı esnasında ödeme yapılacaksa da ne kadar yatırımcılardan para almışsa o kadar karşılığının bir banka hesabında sürekli olarak tutulması gerekir. Ödünç alanın görevi budur. Bunun için ilgili eser veya karz sözleşmesinde ayrıca açık bir hüküm bulunmasına gerek bulunmamaktadır, sözleşmenin niteliğinden ve karşılığından da bu durum anlaşılabilir. (Bu Almanca kararın Fransızca özeti için bkz. https://www.bger.ch/ext /eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=01.01.2017&to_date=06.02.2018&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=str&query_words=abus+de+confiance&rank=0&azaclir=aza&highlight_docid=atf%3A%2F%2F124-IV-9%3Afr&number_ of_ranks=0#page9 Erişim Tarihi: 20.01.2018)

[910] **DURSUN**, Emniyeti Suistimal Suçu, s. 26

[911] **Yargıtay 6. Ceza Dairesi E: 1981/998 K: 1981/1114 T: 24.2.1981** *" Sanığın diplomasız ve ruhsatsız olarak dişçilik sanatını icra ederken kızına takmak üzere müştekinin ağzından söktüğü altın dişleri erittikten sonra bunları kendi yararına nezdinde alıkoyup kızın ağzına değersiz madenden imal edilen dişleri taktığı, böylece başlangıçta bir hile ve sania söz konusu olmadan muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi ve teslim olunan altını tahvil etmek suretiyle hizmete dayalı emniyeti suiistimal suçunu işlediği gözetilmeden bu yöne matuf fiilin dolandırıcılık kabulü ile yazılı şekilde uygulama yapılması…"* (www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:22.01.2016)

[912] **DÖNMEZER**, Mala Karşı Cürümler" s. 513 "…Yargıtay'ın 1946 tarihli kararında bu konuda: *"508'inci maddedeki (tahvil ve tağyir) teslim alınan miktar ile teslim edilen miktarda tehalüf (farklılık) olmamak veya teslim edilen miktar eksik olmak şartıyla daha kıymetli bir maddenin daha kıymetsiz bir maddeye karıştırılması suretiyle olacak tahvil ve tağyirlere mahmuldür"* denilmektedir…"

bir zarar oluşmasa bile zararın gerçekleşme ihtimalinin de söz konusu olabilmesi kanımızca suçun oluşumu için yeterlidir.[913] Bu değiştirme, dönüştürmeye örnek taşınmazlar içinde verilebilir. Bir taşınmazın kiraya verilmesi sonrası kiracının, kendi yararına veya üçüncü kişi yararına olarak ev sahibinden izinsiz tadilata girişmesi mesela evdeki odaları ikiye bölmesi veya birleştirmesi bize göre bu suçu oluşturabilecektir. Ancak bunun aksine görüşlere de rastlanmaktadır.[914]

bb. Suça Konu Olabilecek Diğer Bazı Tasarruf Halleri

bba. Salt Kullanma

Yukarıda belirttiğimiz tasarruf şekilleri dışında başkaca tasarruf şekilleri de güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabilecektir. Buna en önemli örneklerden biri salt kullanma halidir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi 765 sayılı TCK'da şimdiki kanundan farklı olarak eşyanın kullanılması (sarf) yanında tüketilmesi (istihkakı) yani değer yönünden eksilmesi şartı güveni kötüye kullanma suçu için aranmaktaydı. Eğer kullanılan malda bir aşınma ya da değer noksanı olmazsa güveni kötüye kullanma suçu oluşamazdı.[915] Ancak eşyanın kullanım sırasında zarar görmesi ya da değerinde bir eksilme olması halinde bu suç oluşabilirdi. 5237 sayılı TCK'da yapılan düzenleme ile bu salt kullanma hali dahi güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için yeterli olmaktadır.[916] Bununla birlikte salt kullanmanın güveni kötüye kullanma suçu oluşturmayacağını hala savunanlar bulunmaktadır.

Mesela doktrinde **İnceoğlu'na** göre güven ilişkisi korunan hukuki değer olmadığı için "yetkisi olmadığı halde malın kullanılması" (salt kullanma) veya "makul sürenin geçmesine karşın malın iade edilmemesi" gibi hareketler ceza

---

[913] Aynı görüşte **DURSUN**, Emniyeti Suiistimal Suçu, s. 26

[914] Aksi görüş için bkz. **HAFIZOĞULLARI**, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, s. 2765 Özetle yazara göre: taşınmazlar için güveni kötüye kullanma suçu söz konusu olamaz. Eğer bunun tersi düşünülürse zilyetliğin devri sonucunu doğuran her akdi ilişkiye muhalefet güveni kötüye kullanma suçunu düşündürecektir. Gerçekten oturduğu evin zilyediyse kiracı kira sözleşmesine aykırı olarak örneğin evde tadilat yaptığında veya bir odayı kiraya verdiğinde güveni kötüye kullanma suçunun işlendiğinin ileri sürülmesi yakışık almayacaktır. Ayrıca bu durum Anayasa'nın 38/8. maddesindeki "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz." hükmü ile de çelişmektedir. Kişinin borcunu yerine getirmemesini cezalandırmaktadır. Haddi aşan bir düşüncedir.

[915] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 512

[916] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 441

hukuku açısından güveni kötüye kullanma suçuna konu hareketlerden değildir. Bu tür hukuka aykırı hareketler ancak özel hukuk bağlamında cezalandırılabilir. [917]

Kanaatimizce salt kullanmanın, maddi kazandırma amacı ile gerçekleştirilmesi halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşturacaktır. Eğer fail veya üçüncü bir kimseye maddi bir menfaat kazandırma amacı taşımayan salt kullanmaların bu suç kapsamında kanaatimizce değerlendirilmeyecektir. Örneğin bir arkadaşının emanet olarak bıraktığı şık altın bir kolyeyi bir kimsenin ondan izinsiz veya habersiz bir davette takması halinde güveni kötüye kullanma suçu söz konusu olamaz. Zira maddi bir menfaat amacı bulunmamaktadır ancak özel hukuk bağlamında bir tazminat davasına konu olabilir.

Diğer taraftan bir kimseye bir banka tarafından bir ihaleye girmesi için faile verilen teminat mektubunun, bankanın tasvip etmediği bir amaç için örneğin bir başka bankadan kısa süreli kredi sağlamak için kullanılması halinde kanımızca bu suç oluşacaktır.

Bununla birlikte bir başka tartışılması gereken hususta bir lokantada yemek yiyip bedelini ödememe veyahut bir otelde kalıp bedelini ödememe durumunda bu suçun oluşup oluşmayacağı sorunudur. Zira burada da rıza çerçevesinde bir zilyetlik devrinin söz konusu olduğu değerlendirilebilir. Bu konuda 1991 yılına kadar mülga 765 sayılı TCK'da bir hükme yer verilmemiştir. Yargıtay'ın ise bu tarihe kadar böyle bir durumda uyuşmazlığın hukuki uyuşmazlık olarak değerlendirilemeyeceği bunun yanında güveni kötüye kullanma suçunun ve dolandırıcılık suçunun değil hırsızlık suçunun oluşacağı yönünde çeşitli içtihatları bulunmaktadır. [918] 1991 yılında ile 765 sayılı TCK'daki bu eksiklik, 3756 sayılı yasa ile eklenen 521/a ve 521/b maddeleri ile doldurularak, ilk defa karşılıksız yararlanma suçuna yer verilmiştir. Getirilen 521/a maddesinde [919] karşılıksız yararlanma başlığı altında ödeme yeteneğini

---

[917] **AYTEKİN İNCEOĞLU**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, s. 46

[918] **Yargıtay CGK 07.02.1977 gün 577/47 sayılı kararı**: *Lokanta' da yediği yemeğin bedelini ödemeden giden yolcunun eylemi hukuki anlaşmazlık niteliğinde kalan bir olay olmayıp, lokantacının yemek vermekteki rızası, bedelin ödenmesi koşuluna bağlı bir sunuş niteliğinde bulunmasına göre, koşulun gerçekleşmemesi halinde rıza ortadan kalkmış olacağından yolcunun eylemi TCK'nın 491/ilk maddesinde yer alan hırsızlık suçunu oluşturur. Güveni kötüye kullanma veya dolandırıcılık söz konusu olmaz"* demektedir. (Kararın tam metni için bkz. **Sedat BAKICI**, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri -1, Adalet Yayınevi, Ankara, (2008), s. 266)

[919] Mülga 765 sayılı TCK 521/a *"Ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde; 1. Ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan, 2. Ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen, 3. Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında*

olmadığını bildiği halde 1-ücreti karşılığından hizmet veren pansiyon, otel han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalanların; 2-ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içenlerin; 3-taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan ve ücret ödemeyenlerin on beş günden üç aya kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Fransız, İsviçre ceza kanunlarında, hatta İngiliz hukukunda da bu düzenlemelere benzer düzenlemeler bulunmaktadır.[920]. Ancak dünyada örnekleri olmasına karşın bu suçlarla ilgili bir düzenleme yapılmaması gerektiği zira, bunların dolandırıcılık suçunun bir türü olduğunu o dönemde de savunanlar vardı.[921] Nitekim bu hüküm, bu görüşü savunanların etkisiyle bu madde şimdiki karşılıksız yararlanma suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 163. maddesine alınmamıştır. Sadece telefon sistemleri, otomat ve makinelere karşı eylemlerin ve 2012 yılında 3. Yargı paketi ile hırsızlık suçu olarak kabul edilen kaçak elektrik, doğalgaz vs. kullanmanın karşılıksız yararlanma suçu içine alındığı görülmektedir.

Neticede restoranda yiyip içme, otelde kalma fiillerinin işlenmesinde güveni kötüye kullanma suçu mu, dolandırıcılık mı yoksa hırsızlık suçu mu oluşturduğu yönünde tartışmalar sürüp gitmektedir. Kanımızca buradaki hareketlerin güveni kötüye kullanma suçu içinde değerlendirilmesine imkân bulunmamaktadır. Zira; burada bir misafirin malikin kontrolü altında bir yerde çatal bıçak kullanıp yemek yemesi halinde çatal bıçak takımının zilyedi olmaması örneğinde olduğu gibi bir zilyetlik devri yoktur.

---

kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan ve ödemede bulunmayan kimseye on beş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir. Bu maddedeki suçların kovuşturulması şikâyete bağlıdır."

[920] Mülga 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesindeki karşılıksız yararlanma suçundaki düzenlemeye benzeyen bir düzenlemeye Fr. CK'nın 313-5. maddesinde hileli kazanım adı altında rastlanmaktadır. Buna göre; Ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde veya ödememe kararı vererek; -yiyecek ve içeceklerin satıldığı bir yerde kendisine yiyecek ve içecek ısmarlayan;- 10 günü aşmamak koşuluyla ücreti karşılığı hizmet veren konaklama tesisleri gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan,- yakıt, yağ gibi ürünleri dağıtan bir yerden kısmen veya tamamen bir vasıtaya yakıt veya yağı doldurtan,- Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan kimse hileli kazanım (haksız yararlanma) suçundan cezalandırılacaktır. Suçun cezası altı aya kadar hapis ve 7.500-euro adli para cezasıdır. (Bkz. https://www.legifrance.gouv.fr Erişim Tarihi: 22.04.2017) İs.CK'nın 149. maddesinde eski TCK'daki karşılıksız yararlanma suçuna benzeyen ödeyemeyeceğini bildiği halde veya ödeme gücünü gizleyerek otel veya restoranlar ve barlardan ücretsiz şekilde yararlanma karşılıksız yararlanma suçu olarak düzenlenmekle cezası 3 yıla kadar hapis ve adli para cezasıdır. (Bkz. https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html Erişim Tarihi: 22.04.2017) Benzer düzenlemeler İngiltere'de Theft Act (1978)'in 3. maddesinde ve Fraud Act (2006)'nın 11. maddesinde bulunmaktadır. (Bkz. http://www.legislation.gov.uk/ Erişim Tarihi:24.04.2017)

[921] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 65-66

Kaldı ki burada bir zilyetlik devri söz konusu olsa dahi bir bedelin ödenmesi vaadiyle devir olduğundan bir satış sözleşmesi var olduğundan, mülkiyetinde devirle birlikte geçtiği düşünüleceğinden yine bu suçun oluşması mümkün değildir. Yine bir otelde kalma halinde odanın zilyetliğinin faile devri düşünülse bile burada devir TCK'nın 155. maddesinin aksine muhafaza veya belirli bir şekilde kullanma amaçlı değil, para kazanma, gelir elde etme amaçlı olarak yapılmaktadır. Öte yandan belirli bir şekilde kullanma amaçlı devrin yapıldığı düşünülse dahi yine bu suç oluşmaz. Zira; burada failin malı kullanım şekli açısından bir aykırılık söz konusu değildir. Esas uyuşmazlık konusu bedelin ödenmesi hususundadır. Ancak failin devirden ve anlaşılan sürenin geçmesine karşın oteldeki odasını boşaltmadan imtina etmesi veya odada kendi menfaatine bir tadilata girişmesi veya kendisine teslim edilen eşyaları teslim etmemesi halinde bir güveni kötüye kullanma suçunun varlığından bahsedilebilir. Bunlar dışındaki haller ise kanaatimizce buradaki fiillere kanunda yer verilmemesi sebebiyle ancak özel hukuki uyuşmazlık olarak değerlendirilebilir.[922] Diğer taraftan 765 sayılı TCK'da ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde kişinin bu eylemlere girişmesi suç olarak belirtilmekle bunun ispatı son derece zordur. Masumiyet karinesi gereği kişinin ödeme yeteneği olduğunu bilmediği bir karine olarak değerlendirilmek zorunda olmakla bunun aksinin savcılıkça ve mağdurca ispatlanması gerekir. Nitekim Yargıtay son kararlarında bu türden uyuşmazlıkları hukuki uyuşmazlık mahiyetinde değerlendirmektedir.[923] Bununla birlikte karşı tarafı aldatıcı hareketlerde bulunulması halinde dolandırıcılık suçunun varlığı tartışılabilir. Mesela pahalı bir restoranda bu bedeli ödeyemeyeceğini bilmesine karşın kendisini varlıklı bir müşteri gibi gösterip bu konuda karşı tarafı aldatıp sonradan bedeli ödemeden ayrılmışsa; bir otelde sahte kimlik vs. kullanarak kalıp sonrasında bedeli ödemeden ayrılmışsa dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilebilir. Ancak kanaatimizce bu konudaki hukuki tartışmaları önlemek kabilinden TCK'da bu yönde özel bir düzenleme yapılmalıdır. [924]

---

[922] Aynı görüşte **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 489

[923] Yargıtay 6.CD E:2004/10496-K:2006/9966 T:17.10.2006 ve Yargıtay 6.CD E:2004/7762 K:2006/9892 T:17.10.2006 (Kararlar için bkz. **ARTUÇ**, s. 358)

[924] Bu konuda aynen Türkiye gibi eksik düzenlemelerin olduğu Almanya'da da bu türden olaylar hukukta çeşitli sorunlara neden olmaktadır. Örneğin **Al. Yrgt.'nin (BGH) 4 StR 254/09 28 Temmuz 2009 tarihli** ve **Al.Yrgt.'nin (BGH) 4 StR 632/11 10 Ocak 2012 tarihli kararları** bu duruma örnek verilebilir. Bahse konu kararlara konu olaylarda sanıklar bir benzin istasyonuna girerek arabalarına benzin doldurtturmuş sonrasında ise kasiyerlerin dalgınlığından yararlanıp hesabı ödemeden kaçmışlardır. Alman Yargıtay'ı bu iki olayda da hırsızlık (Alman CK m.242), güveni kötüye kullanma (haksız mal edinme) (Alman CK. m. 246) ve dolandırıcılık (Alman CK. m.263) mı oluştuğu yönünde

bbb. Bağışlama

Bu tasarruf şeklinin ne olduğunun açıklığa kavuşması için Borçlar Kanunu'ndaki "bağışlama sözleşmesi" hükümlerine bakmamız gerekir. Bağışlama sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda şu şekilde tanımlanmaktadır:*" Bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere malvarlığından bağışlanan karşılıksız olarak kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir."* (BK m. 285/1) Ancak bu sözleşme esas şu şekilde tanımlanmalıdır: *"bağışlama bağışlayanın bir edim olmaksızın kendi malvarlığından bir malvarlığı değeri ile bağışlananın malvarlığına yönelik sağlığında yaptığı bağışlama sebebine (causa donandi'ye) dayalı borç doğurucu veya tasarrufi kazandırmadır.* "[925] Henüz edinilmemiş bir haktan feragat etmek veya bir mirası reddetmek, ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi bağışlama olarak değerlendirilemez.[926] Bağışlamada bir kimse bir başkasına önerdiği malı, başka mallarından fiilen ayırmış olsa bile, bağışlananın kabulüne kadar bağışlama önerisini geri alabilir. (BK m. 293) Bağışlamanın çeşitli türleri bulunmaktadır. Bunlardan biri bağışlayanın bir taşınırı bağışlanana derhal teslim etmesiyle kurulan "elden bağışlama"dır. Bunun dışında bağışlamayı bozucu ya da geciktirici bir şarta bağlayan "koşullu bağışlama" (BK m. 290) ve bağışlamaya karşılık belli bir mükellefi yerine getirme ödevi yükleyen "yüklemeli (mükellefiyetli) bağışlama" (BK m. 291) vs. olarak bu sözleşmenin türleri bulunmaktadır.[927] Bunun dışında, bağışlama hemen yapılmayabilir. Zira *"bağışlanan malvarlığını bağışlanana belli bir zamanda geçirme sözü yükleyen sözleşme"* de borçlar hukukunda mevcut olup bu bağışlamadan bağımsız sözleşmeye "bağışlama vaadi" (bağışlama sözü verme)[928] denilmektedir. "Bağışlama vaadi"nin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Taşınmazlar veya taşınmazlar üzerinde ayni hak tesisi için ise bağışlama vaadinin sadece yazılı değil, resmi şekilde yani tapu memuru önünde ve bağışlanan kimsenin de imzası alınarak yapılması gerekir.[929] Aksi takdirde yapılan bağışlama vaatleri geçersizdir. (BK m. 288) Bununla birlikte resmi şekille yapılanlar haricinde

---

meseleyi tartışmak zorunda kalmış ve en sonunda ne hırsızlık ne de güveni kötüye kullanma suçunun oluşmadığına karar vermiştir. Dolandırıcılık suçu açısından ise burada bu suçun tüm unsurları ile gerçekleşmese de dolandırıcılık suçuna teşebbüsün söz konusu olabileceğine hükmetmiştir. (Bu kararlar için bkz. https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/11/4-632-11.php ve https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/ 4/09/4-254-09.php Erişim Tarihi: 18.12.2017)

[925] **GÜMÜŞ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler s. 203

[926] **SARSIKOĞLU**, s. 59

[927] **YAVUZ**, s. 169,170

[928] **YAVUZ**, s. 167

[929] **GÜMÜŞ**, s. 209

bağışlama sözünün bağışlayan tarafından yerine getirilmesi "elden bağışlama" hükmündedir. Resmi şekle bağlanan bağışlamalarda ise bu hüküm uygulanamayacaktır. (BK m. 288/III)[930] Burada da tartışmalı mesele, bağışlama sözleşmesinin yapıldığı anda mı yoksa bağışlamaya konu malın teslimi sonrasında mı güveni kötüye kullanma suçunun oluşabileceği yönündedir. Aynen satım sözleşmesinde olduğu gibi bağışlamada da bağışlama sözleşmesi akdedilmesi veya sözü verilmesi yeterli olmayıp mutlaka suça konu eşyanın teslim edilmesi gerektiği savunulmaktadır.[931]

Diğer bir görüş ise bağışlama sözleşmesinin akdedilmesini hatta bağışlama sözünün verilmesini güveni kötüye kullanma suçunun oluşumu için yeterli görmektedir.[932]

Kanaatimiz güveni kötüye kullanma suçunda korunan yararın güven ilişkisi olması ve bağışlama sözü verilmesi veya sözleşmenin imzalanmasının bu güven ilişkisinin zedelenmesi için tek başına yeterli olduğu yönündedir. Kaldı ki mülk edindirme dışında bir borçtan ibra veya alacak hakkının da bağışlama sözleşmesi ile devri mümkün olduğu için fiziki olarak suça konu eşyanın ayrıca zilyetliğinin devrine gerek kalmadan bağışlananın malvarlığında bir zenginleşme olmaktadır. Bu durumda bağışlama sözleşmesinin bu niteliği de göz önünde tutularak yapılması veya sözün verilmesi ile güveni kötüye kullanma suçunun işlenmiş olmasının kabulü gerekir.[933]

Bununla birlikte yüklemeli bağışlamada bağışlama konusu değer yüklemenin masraflarını karşılamıyorsa aşan kısım kendisine ödenmediği takdirde bağışlanan

---

[930] Kanuna göre resmi şekilde yapılması gerekip, yapılmayan bağışlama vaatleri tamamen geçersiz olup "elden bağışlama" vs. olarak da çevrilip değerlendirilemez. **Yargıtay 5. HD E: 2012/12342 K: 2012/17633 T: 26.9.2012** *"...Yapılan incelemede; dava konusu 855,38 m2'lik taşınmazın malikler tarafından 45,50 m2'lik bölümünün bağış suretiyle yola terkininin yapılmasının talep edildiği, 09.05.1985 gün ve 139 sayılı encümen kararı ile dava konusu parselden 45,50 m2'lik kısmın bağış sureti ile yola terk edilmesine karar verildiği halde, Tapu Sicilinde bu muamele gerçekleşmediği gibi, 20.11.2000 tarihli işlem ile de davacının 855,38 m2'lik taşınmazda cebri satış yoluyla 1/3 oranında pay sahibi olduğu, bağışlama isteminin resmiyet kazanmadığı anlaşılmıştır. Şöyle ki; TMK'nın 706. maddesi ve Tapu Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca, bağışlanan şey tapuda kayıtlı bir gayrimenkul ise, bu işlemin resmi şekilde tapu sicil muhafızı veya memuru tarafından düzenlenmesi gerekir. Borçlar Kanunu'nun 238/2. maddesi de (6098 sayılı Kanun'un 288/2. maddesi) bu şekil şartını zorunlu kılmıştır. Bu nedenle; geçerli bir bağışlama söz konusu olmadığından, işin esası yönünden inceleme yapılıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, davanın reddine karar verilmesi,"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:16.01.2017)

[931] **CANPOLAT**, s. 55

[932] **SARSIKOĞLU**, s. 60

[933] Aynı görüşte **SARSIKOĞLU**, s. 62

yüklemeyi yerine getirmekten kaçınabilecektir. (TBK m. 291) Bu yönden yüklemeli bağışlama da TBK'nın 291. maddesindeki şartların gerçekleşmesi durumunda -ortada mağdur veya suçtan zarar gören açısından bir zarar tehlikesi, fail açısından bir yarar söz konusu olamayacağından- bağışlananın üzerine düşen yüklemeyi yerine getirmemesi halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.[934]

bbc. Kullanım Ödüncü (Ariyet)

TBK'nın 379. maddesi "kullanım ödüncü sözleşmesini şöyle tanımlamaktadır. *"Kullanım ödüncü sözleşmesi, ödünç verenin bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını ödünç alana bırakmayı ve ödünç alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir."* 765 sayılı TCK hükmüne göre sözleşmeye aykırı kullanım ödüncü yapılsa dahi kullanmada eğer bir sarf veya değer noksanı olmaz ise bu durumda güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Buna göre fer'î zilyedin bir davette kullanılmak üzere kendine asli zilyet tarafından emanet bırakılan bir elmas kolyeyi bedelsiz olarak arkadaşına kısa süreliğine vermesi halinde de bu suç oluşmayacaktır. Ancak şimdi ceza kanununda yapılan düzenlemeyle bu halde dahi güveni kötüye kullanma suçunun oluşması mümkündür. Ayrıca kanaatimizce ariyet sözleşmesi yapılmışsa suça konu eşyanın ayrıca teslimine gerek bulunmayıp bu sözleşmenin akdedilmesi ile de güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Zira sözleşmenin akdedilmesi aynı zamanda fer'î zilyedin dürüst bir kimse olmadığını ortaya koyduğu için kanunen korunan güven ilişkisini de zedelemektedir.

bbd. Diğer Bazı Örnek Haller

Bunun yanında mesela başka bir kimseye bırakılmamak şartıyla saklama (vedia sözleşmesi) amaçlı teslim edilen bir eşyanın, fail tarafından masrafının çok olmasından bahisle kasten malikin veya asli zilyedin zararına olacak şekilde, saklama amaçlı (vedia) bir başka kimseye teslimi halinde de kanımızca bu suç oluşabilecektir.

Ayrıca ihmali hareketle yapılan tasarruf halleri dahi güveni kötüye kullanma suçu teşkil edebilecektir. Örneğin tüketilme süresi olan ve saklanması için emanet edilen bir malı süresi içinde kasti olarak geri vermeyip, tüketilme süresi sonrası teslim halinde malı kullanabilme olanağı azalacağından güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Bunun yanında emanet edilen bir mala karşı bulunulması gereken

[934] **SARSIKOĞLU**, s. 62

bakım yükümünün kasten maddi menfaat sağlama amaçlı yerine getirilmeyip malın kullanılmaz hale gelmesi halinde de bu suç oluşabilecektir.[935]

Kendisine veya bir başkasına maddi yarar sağlama amaçlı olarak bir malın tahrip edilmesi veya parçalanıp parçalarının alınması halinde de bu suç oluşabilecektir. Örneğin bir çalışanın kendisine teslim edilen Kamu İhale Kurumu'na teslim edilmesi gereken teminat mektubunu ihaleye girecek rakip şirketten aldığı menfaat karşılığı yok etmesi; bir kuyumcunun kendisine teslim edilen değerli bir kolyedeki bir kısım elmaslarını satıp menfaat sağlamak için sökmesi kolyeyi tahrip etmesi halinde de bu suç oluşabilecektir. Ancak burada kendisine veya bir başkasına maddi yarar sağlama amaçlı failin hareket edip etmediğine bakılmalıdır. Aksi takdirde kanımızca bu suçtan değil, mala zarar verme suçundan cezalandırma yapılmalıdır.

Bununla birlikte burada diğer bir tartışmalı husus kendisine emanet olarak bırakılan paltonun, kapalı dolu bir bavulun içindeki eşyaların zilyetliği devralan fail tarafından açılarak, bakılarak içindeki eşyaların alınması ve paltonun bavulunda iade edilmemesidir. Bu konuda ***Toroslu,*** bir kabın veya bavulun kapalı şekilde bir kimseye emanet edilmesi, onun zaruri olarak içeriğinin de emanet edilmesidir, görüşündedir. Yazara göre bu durumda fail ister kap veya bavulun içindekileri ister sadece kap veya bavulu isterse bütün hepsini sahiplensin tek bir güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır.[936] ***Tezcan- Erdem- Önok***'un savunduğu bir görüş ise emanet edilen kap veya bavul, palto için güveni kötüye kullanma suçu işlenirken, içindekiler içinse eğer bu konuda ayrıca mağdurun rızası yoksa hırsızlık suçundan cezalandırma yapılacağı düşündesindedir.[937] Son olarak ***Özbek- Doğan- Bacaksız- Tepe*** tarafından ileri sürülen görüşte ise mal içerisinde bulunan eşya arasında işlevsellik ve birliktelik bakımından bir bütünlük bulunuyorsa güveni kötüye kullanma suçu oluşacağı kanaatindedir. [938] Bu görüşe göre bir kapalı bavulun içindekiler emanetçiye birlikte teslim edildiğinden tek bir güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Bununla birlikte içi meyve dolu kasanın açılarak içindeki meyvelerin alınması halinde tek bir güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Aynı

[935] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 440
[936] **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 168; Aynı görüşte, **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar s. 381
[937] **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 693
[938] **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 695

şekilde römorku ile teslim edilen traktörün; dorsesi ile teslim edilen tırın, dorsesinin, römorkunun teslim edilmemesi, satılması, tesliminden imtina edilmesi halinde de bu suç oluşacaktır. Buna karşın kuru temizlemeciye bırakılan bir paltoda unutulan mücevherin alınması, teslim edilen paltonunsa verilmemesi halinde verilmeyen palto için güveni kötüye kullanma, unutulan mücevher için hırsızlık suçundan cezalandırma yapılacaktır. Zira burada gerek işlevsellik ve gerekse zilyetliğin devri bakımından bir bütünlük bulunmamaktadır. Mağdur bu eşyalarının o paltoda olduğunu bile bilmemektedir. [939] Bizim kanaatimiz de bu üçüncü görüş yönündedir.

Öte yandan bu konuda benzer bir tartışmada kilit altında tutulan eşya ile ilgili olarak İtalya'da yapılmıştır. *"Tizio, Caio'ya içinde bazı nesneler bulunan kapalı muhafaza* (kilitli kasa) *emanet eder; Caio, kapalı muhafazayı kırdıktan sonra, muhafaza içindeki eşyaları da kendine mal eder."* 8 Şubat 1954 tarihli İtalyan Yargıtay'ının 2.Ceza Dairesi'nin 334 sayılı eski bir kararı bu durumda kapalı muhafazanın teslim edilmesi nedeniyle sadece muhafazanın zilyetliğinin aktarılmış olacağını belirtmektedir.[940] Buna göre muhafazanın kapalılığının ise, muhafazanın içeriğinin tradens (teslim eden taraf) kapsamında zilyetliğinin korunmasını, teminat altına alabileceğini belirterek bir ayrım yapmıştır. Kısaca İtalyan Yargıtay'ına göre accipiens (teslim alan taraf), kapalı muhafazayı kırarak ve içinde muhafaza edilen şeyleri sahiplenerek hukuka aykırı mülk edinme suçunun değil de bir de hırsızlığın sorumlusu haline gelmelidir. **Fiandaca- Musco** bunun yapay bir ayrım olduğunu belirtmektedir. Zira Caio, kilit altındaki eşyaları sahiplenmek için, Tizio'nun eşyalarla uzaktan kurduğu ve muhafaza ettiği bir mülkiyet ilişkisini ortadan kaldırmak zorunda değildir, kilit ya da mühürlerin maddi varlığını ihlal etmesi yeterlidir. Bu durumda ortada ayrıca bir hırsızlık suçu değil güveni kötüye kullanma suçu oluşması gerektiği görüşündedir. Bu düşünceyi aynen bizde benimsemekteyiz.[941]

Yine Yargıtay bir kararında satış yaptığı ürünlerde aldığı bedeli katılana iade etmemesi yanında dağıtıcıların kullandığı el terminalinde birim fiyatlarda değişiklik yapmak suretiyle düşük bedeller okutarak oluşan fiyat farkını uhdesinde tutan sanığın güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılması gerektiğine

[939] **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 695
[940] Bu örnek ve ilgili Yargıtay kararı için bkz. **FIANDACA- MUSCO**, s. 105
[941] **FIANDACA- MUSCO,** s. 105

hükmetmiştir.[942] Bu durumda bu suça konu olabilecek hareketlerden biri olarak örnek verilebilir.

Bu suçla ilgili Fransız ve Alman hukukunda da ilginç uygulamalar mevcuttur. Örneğin **Fr. Yrgt.(Cass.Crim.) 19 Mayıs 2004 tarihli 03-83675 nolu kararına** konu olayda[943] bir şirkette iş için benzin almak üzere kredi kartı verilen şoför verilen bu kredi kartıyla kendi şahsi işlerinde kullanılmak üzere yakıt almıştır, bunu fark eden işverende durumu savcılığa bildirmiştir. Fransız yüksek mahkemesi bu olayda güveni kötüye kullanma suçunun gerçekleştiğinden bahisle sanığın temyizini reddetmiştir. Ülkemizde de bu olay meydana gelse yine sanık güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılırdı ancak bunun yanında banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçundan da ayrıca ceza alırdı.

Diğer bir örnek **Fr.Yrgt.(Cass. Crim.), 19 Mayıs 2004 tarihli 03-83953 nolu ve Cass. Crim., 3 Ekim 2007 tarihli 07-82098 nolu kararlarıdır**.[944] Bu kararlara konu olaylarda bir şirkette bulunan personele işverenler işte kullanılmak üzere bir bilgisayar vermişlerdir. Ancak bu kişiler bu bilgisayarla çalışma vakitlerinde internette pornografik sitelere girmişler, kendi adlarına işvereni taraf gösterip e-mail açmışlar bu e-maillerle çeşitli kişilerle cinsel içerikli yazışmalar yapmışlardır. Bunun yanında bu sitelerden video ve resim indirmişlerdir. Burada yüksek mahkeme iş saatlerinde kendilerinin anlaştığı şekilde çalışmayıp verilen ekipmanları sözleşmelerine aykırı şekilde kullandıklarından, işverenin adını lekelediğinden kendisine bu şekilde bir zarar oluşturduğundan bahisle güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna hükmetmiştir. Ülkemizde bu şekilde güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu zira amaç dışı kullanım sonucu işverenin zarara uğradığı ve

---

[942] **Yargıtay 15. CD., E. 2017/3246 K. 2019/662 T. 12.2.2019** *"...Katılana ait tavuk eti ve benzeri ürünlerin satışı yapılan iş yerinde, dağıtım elemanı olarak çalışan sanığın, çalıştığı dönem içerisinde satışını yaptığı ürünlerin bir kısmına ilişkin parayı iade etmediği gibi ayrıca dağıtıcıların kullandığı el terminalinde ürünlere ilişkin birim fiyatlarında değişiklik yapmak suretiyle düşük bedeller okutarak aradaki oluşan fiyat farkını uhdesinde tuttuğu, bu surette sanığın hizmet ilişkisinin gereği olarak kendisine teslim edilmiş olan eşyalar üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunarak katılanın 50.000 TL zarara uğramasına neden olduğu, sanığın soyut savunması, katılan ve tanık beyanları, makbuz ve faturalar ile tüm dosya kapsamından anlaşıldığından, sanık hakkında hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan verilen mahkumiyet hükmünde her hangi bir isabetsizlik görülmemiştir..."* (www.lexpera.com Erişim Tarihi: 05.04.2019)

[943] Karar için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007065996 (Erişim Tarihi:20.01.2018)

[944] Bu iki karar için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007065997; https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007637985 (Erişim Tarihi: 20.01.2018)

sanıkların manevi menfaat kadar maddi boyutta da ilgilinin bir çıkar elde ettiği bu amaçla hareketin yapıldığı internet bağlantısından yararlanıldığı düşünülebilir.

Buna karşın **Fr. Yrgt.**(**Cass. Crim.), 16 Haziran 2011 tarihli ve 10-83.758 nolu kararında**[945] ise yine değişik bir durum söz konusudur. Burada bir teknoloji şirketinde çalışan bir personelin, bu firmaya ilişkin işlerini yapmakla birlikte kendisine verilen bilgisayar üzerinde rakip bir firma için ücreti karşılığı bir yazılım geliştirmesi ve bunu bu firmaya göndermesi tartışma konusu olmuştur. Bu konuda bir ekran çıktısı delil olarak müşteki firma tarafından sunulmuştur. Sanık ise bunun işyerince verilen bilgisayarda kendisince bu firma için yazılımın geliştirildiği anlamına gelmediğini belirtmiştir. Sorgu hakiminin takipsizlik kararı verdiği olay Fransız Yargıtay'ına taşınmıştır. Yüksek mahkemeye göre teslim edilen işverene ait şahsi malın kişisel amaç için kullanılması tek başına güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır. Bu suçun oluşması için bu kullanımın mal sahibinin maldan yararlanmasını ortadan kaldırıcı veya mal sahibinin kendi haklarını kullanmasını engelleyici bir mahiyet arzetmesi gerekir. Ayrıca sunulan ekran çıktısı ile tek başına bu programın bu verilen bilgisayarda üretildiğinin ispatlanmadığını, bilgisayarın iç bağlantılarından yararlanılarak şahsi kullanımında mal sahibinin maldan yararlanmasını ortadan kaldırıcı veya kendi haklarını kullanmasını engelleyici bir mahiyet arz etmediğinden sorgu hakiminin fail için verdiği takipsizlik kararının aynen onamasına karar vermiştir.

Bir paranın eşyanın maddi menfaatin, elde edilmesi için bu amaçla keyfi şekilde emir talimat verilmesi görevlendirmeler yapılması veya bilenen kullanım ve işleyiş şeklinin, amacının değiştirilmesi kısacası Almanlarında ifade ettiği şekilde yetkinin kötüye kullanılması suretiyle de dolaylı yoldan bu suç işlenebilir. Örneğin Fransız doktrininde bir spor kuruluşunda üye ve ortaklarından habersizce takımın maçlarını satın almak veya satmak amacıyla hakemlere gizli menfaat temini bunun için kuruluşun kazancının bir kısmının gizlice ayrılması halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşabileceği kabul edilmektedir. [946] Ülkemiz açısından da

[945] Karar için bkz. http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.127982501 0904343&bct=A&service=citation&risb=21_T27076868758&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR% 23lnfr%23ref%25014795%25sel1%252011%25year%252011%25decisiondate%252011%25 (Erişim Tarihi:22.01.2018)

[946] **BONFILS- GALLARDO**, s. 93

fail/faillerin kendisi veya üçüncü bir kimseye maddi menfaat sağlama amaçlı bu hareketi yapması halinde kanımızca bu suç oluşacaktır.[947]

Son olarak Almanya'dan **Al.Yrgt.(BGH.) 27 Ağustos 2014 tarihli 5 StR 181/14 nolu kararına konu**[948] olayı örnek verebiliriz. Buradaki olayda Almanya ve Avusturya'daki güveni kötüye kullanma suçunu incelerken dipnotlarda ele aldığımız Siemens-Schwarzen Käse (Kara Kasa) davasına kısmen benzemektedir. (H), (Ş) adlı bir inşaat firmasında demiryolu bölümünde çalışmaktadır. Alt işveren firmalarından teklif alıp ona göre satış sözleşmesi ile demiryolları için ray almaktadır. 2000 yılında (H) ile alt işveren firmalardan birinin sorumlusu (S) bir araya geldiklerinde, (H) 'ye yardımlarına karşılık kendisinin yararlanabileceği bir tane rüşvet fonu kurmayı önerir. Zaman içinde geliştirdikleri mekanizma şu şekilde olmuştur. (H), (S)'yi aradığında (S), (Ş) şirketine kestiği ray faturalarını şişirmektedir. Sonrasında rayları satın alan (Ş) şirketi veya bu şirketi temsilen (H) bedeli ödediğinde aradaki fark bedeli (S) tarafından bir bankada (H) adına açılmış hesaba yatmaktadır. (H) aldığı bu rüşvete karşılık alım işlerini (S)'nin yetkilisi olduğu firmayla yapmakta ve eğer

---

[947] Ayrıca bir beşinci örnekte vermek mümkündür. **Fr. Yrgt. (Cass. Crim.), 16 Ekim 2013 tarihli ve 12-86241 nolu** bir başka ilamında yüksek mahkeme, bu suçun ihmali hareketle işlenebileceğine dair bir karar almıştır. Olayda bir tütün tekel bayii bir bahis firması ile anlaşmış bu firmaca bir bilişim sistemi destekli makine, bu bayiinin işyerine yerleştirilmiştir. Bayii bahis oynayacak kişileri kaydettirtip bahis oynatmakta sonrasında nakit yatırılan para meblağı oranına göre bu hesaptan yatan para kazanan bahisçiye ödenmektedir. Yine bu bahisler için bayiye özel banka hesabı bulunmaktadır. Buraya paralar yatırılıp sonrasında ise geri ödemede yatan bedeller buradaki paradan düşülerek yapılmaktadır. Sistemde tekel bayiinin kendisinin de adına borç şeklinde bahis oynaması elbetteki mümkündür; ancak bu durumda eksi bakiyedeki hesabına sonrasında derhal nakden oynadığı bahse göre para yatırıp kapatması gerekir. Burada ise tekel bayii kendi adına aylar boyunca yüklü miktarda sürekli bahis oynamış fakat oynadığı bahis parasını hesaba koymaktan imtina etmiştir. En sonunda da borç ödeyemeyeceği kapatılamayacak bir meblağa ulaşmıştır. Firmanın bahis oynadığı parayı geri koyması yönündeki ihtarlara aldırış etmeyen sanığa karşı firma aynı zamanda makinenin hileli şekilde kullanıldığından bahisle hukuk davası yanında ceza davası da açmıştır. Yüksek mahkeme sanığın yetkisini kötüye kullanarak kendi adına sürekli ve yüklü miktarda bahis oynaması buna karşın bu makinenin esas olarak bu amaçla verilmeyip esas amacının dışında kullanılması ve ihmali hareketle kasti olarak makineye para yatırmayıp firmayı zarara uğratmasını borcu ödenemeyecek hale getirmesini gerekçe gösterek sanığın güveni kötüye kullanma suçunu işlediğine hükmetmiştir. Ancak Fransız Yargıtay'ının bu kararında aşırıya kaçtığı doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Örn. Bkz.**Rodolphe MÉSA**, Abus de confiance: maintien de l'interprétation extensive de l'article 314-1'du Code pénal, Issu de Gazette du Palais- 12/12/2013- n° 346 bkz. https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn:GPL157j2 (Erişim Tarihi: 20.01.2018) Yazar bu kararı açıkça kanunilik ilkesine ve ceza hukukundaki kıyasa varan yorum yasağı ilkelerine aykırı bulmaktadır; aynı eleştirilere bu kararı anlatıp yorumlayan OLLARD'da katılmaktadır. (**Romain OLLARD**, Abus de confiance, propriété et inexécution contractuelle, Issu de Revue des contrats - 01/07/2014 - n° 02,s. 262- 267 https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn:RDC110p9 Erişim Tarihi: 20.01.2018) Bizde bu iki Fransız yazarla aynı kanaatteyiz.

[948] Kararın Almanca aslı için bkz. https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/14/5-181-14.php (Erişim Tarihi:20.12.2017); Kararın İngilizce özeti için bkz. https://globalcompliancenews.com/german-federal-court-of-justice-confirms-creating-an-external-slush-fund-constitutes-embezzlement-breach-of-trust/ (Erişim Tarihi:20.12.2017)

(S)'nin firmasından daha düşük teklif veren bir firma varsa bu durumu (S)'ye bildirip onun fiyat kırmasını sağlamaktadır. (H) ilk başta bu oluşturdukları rüşvet fonundaki paraları şirketi (Ş)'nin işleri için harcasa da ikili sonrasında Scuba dalış gezileri gibi gezilerde kısacası şahsi ihtiyaçları için bu parayı harcamıştır. Alman Yargıtay'ı burada (H)'nin Alman CK m.266'daki güveni kötüye kullanma suçunu işlediğine kanaat getirmiştir. Schwarzen Käse kararına da atıf yapan Alman Yüksek Mahkemesi'ne göre burada fona paranın aktarılması yani paranın kontrolünün şirket dışına çıkması ile suç tamamlanır. Paranın nasıl ve ne şekilde hangi amaçla kullanıldığının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak ülkemiz açısından durum farklıdır. Zira kanunumuz kendisi veya üçüncü bir kimseye menfaat sağlama amaçlı hareket etmeyi şart koşmuştur. Bununla birlikte bu olayda sanık sonrasında kendi menfaatine scuba diving gezilerinde bu parayı kullandığından ülkemizde de güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden cezalandırılacaktır.

b. Devir Olgusunu İnkâr Etme

765 sayılı TCK'da da bu duruma "ketim (saklama) ve inkâr" ifadeleriyle yer alan bu hal, şimdiki ceza kanunumuzda "devir olgusunu inkâr etme" olarak ifade edilmiştir. *"Devir olgusunu inkâr mağdurla arasındaki hukuki ilişkiyi yadsıması demektir. Mağdurun teslim ettiği eşyanın geri verilmesini istediğinde failin kendisine böyle bir eşyanın verilmediğini beyan etmesi devir olgusunun inkârıdır."*[949] Bununla birlikte bir kimsenin hukuki ilişkiyi inkâr etmeyip, finansal kiralama, karz sözleşmesi vs. ile kendisine devredilen bir malı, mali imkânsızlık nedeniyle geri verememesi halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşmayacağı kabul edilmelidir.[950] Bunun dışında inkâr olgusunun devir olgusuna ve/veya konu eşyanın alındığının tamamen reddi ile bu konudaki devrin inkârı şeklinde olması gerekmektedir. Yoksa devre konu sözleşme ve eşyanın inkâr edilmeyip sadece sözleşmeye ve devir hükümlerine karşı

[949] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 441

[950] **Yargıtay 11.CD E:2003/1091 K: 2004/1964 T: 16.3.2004** *"3226 Sayılı Finansal Kiralama Kanunu ve buna dayanarak taraflar arasında yapılan finansal kiralama sözleşmesinden doğan iade zorunluluğu yerine getirilmemiş ise de; kiralananın başkasına satıldığı ve rehnedildiğine dair iddia ve delil bulunmadığı, ketim ve inkârda edilmediği anlaşılmasına göre yüklenen suçun yasal unsurları itibariyle oluşmadığı uyuşmazlığın hukuki nitelik taşıdığı gözetilmeden sanığın beraati yerine suçun oluştuğundan bahisle mahkûmiyetine hükmolunması…"(www.kazanci.com Erişim Tarihi:18.01.2016)*
Yargıtay 11. CD E:2002/3809 K: 2002/4647 T: 23.5.2002 "…*Yorgan dikmek üzere şikâyetçiden yün ve para alan ancak işyerinin ruhsatsız olması nedeniyle kapatıldığından edimini yerine getiremeyen ketim ve inkârda bulunmayan ve daha sonra aldığı yünlerle yorganı dikerek şikâyetçiye teslim eden sanığın eyleminde, yüklenen suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden beraati yerine suç kastı ile hareket ettiğinden bahisle mahkûmiyetine karar verilmesi…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:18.01.2016*)*

sanığın çekinceleri üzerine malı teslim etmekten imtina hali, tek başına güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Örneğin sanığın taşıt kredisiyle araçları aldığını kabul etmesi ancak taşıt kredisindeki borcun ödenip bittiği yönündeki savunmasına dayanarak araçları teslim etmemesi hukuki ihtilaf mahiyeti arz etmektedir. Netice de güveni kötüye kullanma suçu oluşturmayacaktır.[951] Yine sanığın kendisine tamire bırakılan eşyayı, tamir esnasında verilen kartı müştekinin getirmediğinden bahisle teslimden kaçınması halinde de Yargıtay'a göre [952] olay hukuki bir mahiyet arz ettiğinden bu suç oluşmayacaktır. Öte yandan, eşyayı geri verme talebinin geri verme borcunun doğduğu anda asli zilyet ve/veya malik tarafından yapılması gerekmektedir. Geri verme borcunun doğmadığı zamanda yapılan veya ciddiyetsiz mahiyetteki talepler ve bunun reddi halinde de güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.[953] Bunun yanında birden çok kişinin faile eşyayı teslim etmesi ve sonrasında failin aldığı eşyayı ancak birlikte gelmeleri halinde iade edeceğini beyan etmesi de bu suçu oluşturmayacaktır.[954]

Diğer taraftan sanığın gerçek dışı, kurgulanmış olgular ileri sürerek teslimden kaçınması da inkâr olarak değerlendirilebilir. Örneğin sanığın nakliyeci olarak Tekel idaresinden bir yere götürmek için teslim aldığı sigaraları vermemek için Dinar civarında bir yerde park ettiği araçtaki sigaraları boşaltıp gizleyip, az miktarda sigarayı ise araçta bırakıp araçla birlikte yakması ardından kamyonun arızalandığını

---

[951] **Yargıtay 11. CD E:2002/2662 K: 2002/3426 T: 18.4.2002** *"...Sanığın İş Bankası Paşabahçe Şubesinden taşıt kredisi alarak şirketi adına müdahilden alınan iki otomobilin borcuna kefil olduğu ve yedi emin sözleşmesiyle de otomobilleri teslim aldığı, bankaya olan borcun bir kısmının ödenmemesi üzerine müdahil tarafından ödeme yapılarak alacağını devralıp, sanıkta bulunan araçların teslimini veya borcun ödenmesini istediği, sanığın ise borcu ödediğini savunduğu, oluşa uygun şekilde kabul edilmiş olmasına göre; otomobillerin satış, rehin veya inkârı söz konusu olmayıp eylemin taraflar arasında hukuki anlaşmazlık niteliğinde olduğu, atılı suçun yasal unsurlarının bulunmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine, araçları iade etmediğinden bahisle mahrumiyetine hükmolunması..." (www.kazanci.com Erişim Tarihi:18.01.2016)* İtalyan Yargıtay'ı da aynı görüştedir.Buna örnek olarak İtalyan Yargıtay'ının 2. Ceza Dairesi'nin (La Corte di Cassazione, sezione seconda penale) 18 Mart 2014 tarihli ve 12740 sayılı kararı verilebilir. Bu kararda özet olarak sözleşme süresi sona ermesine karşın failin hukuki ilişkiden kaynaklanan çekincelere dayanarak malı teslimden imtinasının İtalyan CK. m.646'daki suçu oluşturmadığından bahsedilmektedir. Ancak haksızlığına göre özel hukuka dayalı bir cezalandırmaya sebebiyet verebilir. Karar için bkz. **TRIOLO**, s. 242

[952] **Yargıtay 9. CD E: 1988/768 K: 1988/5523 T: 31.5.1988** *"Sanığın tamir için bırakılan el motorunu kart ibraz edilmeden teslim etmemekten ibaret eyleminin hukuki ihtilaf niteliğinde olduğu, müspet suçun unsurları itibariyle oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi..."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:18.01.2016)

[953] **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 417; **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 441

[954] Yargıtay CGK 21.01.1952-4-109/20 (Aktaran: **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 417 ve **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 441)

ve yandığını söyleyip teslimden kaçınması halinde Yargıtay bunu ketim ve inkâr olarak kabul edip sanığın güveni kötüye kullanma suçunu işlediğine hükmetmiştir.[955]

Yine failin mal edinme iradesinin varlığını üçüncü kişiler nazarında net ve açık olarak gösteren ve dış dünyaya yansıtan hareketlerde inkâr olarak nitelendirilebilir. Alman CK m.246'daki güveni kötüye kullanma suçu için Alman hukuk doktrininde kabul gören bildirim teorisi (Manifestationstheorie) bu görüşün kaynağını oluşturmaktadır. [956] Bu teoriye göre failin üçüncü kişiler nazarında iradesini dışa yansıtması bu suçun oluşumu için yeterlidir. Ayrıca üçüncü kişi ile bir sözleşme yapılmasına işlemde bulunulmasına gerek bulunmamaktadır. Üçüncü kişinin iyiniyetli veya kötü niyetli olmasınında bir önemi bulunmamaktadır.

Ancak failin almış olduğu eşyaları kendi eşyalarının arasına katması kimi durumda malı geri vermeyeceği anlamında yorumlanamaz. [957] Örneğin failin okumak için mağdurdan aldığı kitapları kendi kütüphanesine koyması inkâr olarak değerlendirilemez. Ancak ödünç aldığı kitaplar üzerinde mağdura ait adı silmeye

---

[955] **Yargıtay CGK E: 1993/9-295 K: 1993/333 T: 20.12.1993**... *Hizmet sebebiyle inancı kötüye kullanmak suçundan sanık Ahmet Elma'nın TCY.'nın 510, 522. maddesi uyarınca 7 yıl 6 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin Dinar Asliye Ceza Mahkemesi'nce 9.11.1992 gün ve 226/251 sayı ile verilen kararın, katılan tarafından temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 19.10.1993 gün ve 3268-4180 sayı ile;(Katılanın maddi tazminatı talebini belgelendirmesine karşın, TCY.'nın 37. maddesinin açık hükmüne aykırı olarak yasal olmayan gerekçe ile, bu tür suçlarda zarar ziyana hükmedileceğine dair ceza yasasında hüküm bulunmadığından bahisle katılanın hukuk mahkemesinde dava açmakta muhtariyetine karar verilmesi) isabetsizliğinden, suçun sübuta ermediği yolundaki karşı düşünceye karşın, oyçokluğuyla bozulmasına karar verilmiştir.Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 4.10.1993 gün ve 7760 sayı ile;(Sanığın savunmasının aksine yüklenen suçtan cezalandırılmasına yeterli, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilmeden mahkûmiyet kararı verilmesinin yerinde olmadığı) açıklamasıyla itiraz etmiştir.Dosya Birinci Başkanlığı gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü:KARAR: İncelenen dosyaya göre; Sanık aşamalarda, "Üzerine yüklenen suçu işlemediğini, Adana Tekel Başmüdürlüğünden yüklediği 470 kolide, 5,5 ton sigaradan oluşan yükü ile sevk ve yönetimindeki 1962 model kamyonu ile Adana ilinden hareket ettiğini, kamyonun arızalanması nedeniyle yolda geciktiğini Dinar civarında 80-90 Km. hızla seyrederken arka lastiklerden kamyonun yanmaya başladığını, fren yapıp sağa yanaştığını, kendi olanaklarıyla yangını söndürmeyince yakındaki bir köye gidip, itfaiyeyi haberdar ettiğini..." savunmakta ise de, dinlenen tanıklar Abdil Terlemez, Mehmet Sağlam, Ramazan Karaaslan, Süleyman Karaaslan ile yangını sündüren itfaiye görevlilerinin yeminli anlatımları, hazırlık soruşturması sırasında bilirkişi olarak dinlenen Seydi Çiçekdemir ve Tahsin Kaykal'ın beyanları, 4.5.1991 günlü olay yeri tutanağı içeriği, yangın raporu ve tüm dosya kapsamına göre sanığın belirlenemeyen bir yerde dörtyüzyetmiş milyon lira değerde olan sigaraların büyük bir bölümünü boşaltarak, kamyonda az miktarda sigara bıraktıktan sonra, Dinar civarında park halinde iken aracı yaktığı ve böylece üzerine yüklenen suçu işlediği anlaşıldığından itirazın reddine karar verilmelidir...."*(www.kazanci.com Erişim Tarihi:17.01.2016)

[956] **FISCHER**, (Rn: §7), s. 1757; **HOHMANN**, StGB§246 Unterschlagung, (Rn: §16-21) bkz. https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MuekoStGB_3_Band4/StGB/cont/MuekoStGB.StGB.p246.glII.gl2.htm (Erişim Tarihi:20.12.2017) Aynı şekilde İtalyan doktrininde de aynı görüş mevcuttur. İtalya'da failin mala ait zilyetliği kullanım amacını gösteren düşüncesini yansıtmasını yeterli sayan görüş için bkz. **TRIOLO,** s. 238- 239

[957] **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 699

kalkması veya bu kitaplara kendi kaşesini basıp, kendi kitaplarıymış gibi gelen misafirlere gösterimde bulunması inkâr olarak değerlendirilebilir.[958] Yine failin açıkça almış olduğu eşyayı vermeyeceğini söylemesi, kendisinden eşyayı talep eden mağdura karşı güç kullanıp, silah göstermesi kendi eşyasını geri almasını engellemeye çalışması eğer zilyetlik devri gerçekleşmişse güveni kötüye kullanma suçunu ancak bunun yanında tehdit ve cebir suçlarını oluşturabilecektir.[959]

Bunun dışında inkâr eyleminin icrai değil ihmali davranışla da gerçekleşmesi mümkündür. Malikin, asli zilyedin geri verme talebine karşın fer'î zilyedin bu talebe cevap vermeyerek malı teslim etmemesi hali de "örtülü inkâr" olarak değerlendirilebilir. Bu durumda da güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. [960] Aynı şekilde eşyanın çalındığını, ortadan kaybolduğunu belirtip eşyayı gizleme ve iade etmeme hali de örtülü inkâr mahiyetinde olup güveni kötüye kullanma suçu oluşur. Yine eşyanın devrinin kabul edilmesine rağmen makul bir süre geçmesine karşın talebe rağmen eşyanın geri verilmesinden imtina edilmesi de kanımızca devir

---

[958] **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 699

[959] Burada bir başka sorunun da tartışılması gerekir. Güveni kötüye kullanma suçu, yağma suçundan teoride yapılan zilyetlik devrinin maddi bir cebire dayanmaması ve bu suçun aksine yapılan hareketin hem icrai hem de ihmali hareketle gerçekleştirilmesi ile açıkça ayrılmaktadır. Teorideki bu açık ve kesin ayrıma karşın fiilen yağma suçu ile güveni kötüye kullanma suçunun birbiri ile karıştırıldığı olaylara rastlanmaktadır. Örneğin **Yargıtay 11.CD E:2006/9034 K:2007/2136 T:27.03.2007** *"...Şikayetçinin kullanılıp iade edilmek üzere sim kartını çıkarıp cep telefonunu sanığa verdiği sanığın kendisinde bulunan sim kartı taktığı telefonun iadesi istendiğinde hakkında ek takipsizlik kararı verilen ve sanığın yanında bulunan fikir ve eylem birliği içinde olduğu iddia edilen Veli Namal adlı çocuğun şikayetçiye hitaben "telefonun bizde kalacak, vermeyiz" diyerek ona vurduğu ve bıçak çektiği şikayetçinin aşamalarda değişmeyen beyanlarında belirtilmekle eylemin "yağma" suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususundaki delilleri takdir görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu düşünülerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılmaya devamla yazılı şekilde hüküm tesisi..."*(Karar için bkz. **Necati MERAN**, Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma,Seçkin Yayınları, 4.bası, (2016), s. 27) Bu olayda ilk başta telefon rızai olarak sanığa verilmiştir. Sanığa sadece çok kısa bir kullanım için mağdurun hakimiyet alanından çıkmayarak telefon verilmişse ortada zilyetlik devri yoktur, sonrasında cebir ve tehditle eşya verilmiş olacağından yağma suçundan cezalandırma yapılacaktır. Eğer daha uzun süreli bir kullanım için telefon verilmiş ve mağdurun hakimiyet alanının dışında bir kullanım söz konusuysa bu durumda bir zilyetlik devri söz konusu olacağından yağma değil, güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Bu durumda sanığın yanındaki kişi ile birlikte malikin zilyetliğini devrettiği malı geri almasını önlemek için bıçak gösterme, vurma niteliğindeki hareketlerinden sanık ve yanındaki kişi ayrıca tehdit (TCK m. 106) ve/veya cebir (TCK m. 108) suçlarından cezalandırılacaktır. Kanımızca Yargıtay'ın hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçu ile ilgili bu yöndeki içtihatlarını gözetirsek burada çok kısa süreliğine ve malikin gözetiminde, hakimiyet alanından çıkmamak üzere cep telefonu verildiğinden, malikçe tehdit ve/veya cebir öncesi faile bir zilyetlik devri söz konusu olmadığından, yağma (TCK m. 148) suçundan cezalandırma yapılmalıdır. Yağma suçu güveni kötüye kullanma suçunun aksine ağır ceza mahkemesinde yargılanmayı gerektirir bir suçtur, bu iki suç arasındaki ayrımın zorlaştığı bu tür olaylarda suçun fiilen tespiti dikkatli bir yargılamayı gerektireceğinden Yargıtay'ın böyle bir durumda yağma mı yoksa güveni kötüye kullanma suçumu olduğu yönündeki tespiti ağır ceza mahkemesinin yapması yönündeki kararına da katılmaktayız. Aynı durum zimmet mi yoksa güveni kötüye kullanma suçunun mu işlendiğinin tespiti açısından da düşünülebilir.

[960] Aynı görüşte **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 441; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 696; **MERAKLI**, s. 1685

olgusunun inkârı mahiyetindedir.[961] Ancak bu yapılan hareketlerinde ihmali değil icrai mahiyet arz ettiği bu suçtaki devir olgusunun inkârı hareketinin ihmali davranışla işlenemeyeceğine dair katılmadığımız farklı görüşler de bulunmaktadır.[962]

B) Netice

Netice, kısaca *"suçun kanuni tanımında yer alan dış dünyada meydana gelen*[963] *insan hareketine bağlı olan değişiklik*[964] *"* olarak tarif edilebilir. Eğer kanunda zarar şeklinde belirli bir dış değişiklik tanımlanmışsa o zaman bir "zarar suçu (maddi suç)" söz konusudur.[965] Bu suçlara "neticeli suçlar" da denmektedir. Ancak doktrindeki görüş neticenin sadece zarar suçlarına özgü olarak nitelendirilmesinin kabulünün mümkün olmadığı yönündedir.[966] Zira zarar dışında ikinci bir netice çeşidi bulunmaktadır ki bu da tehlikedir. Bazı suçlarda kanun koyucu netice olarak tehlikeye suç tanımında yer vermiştir veya kanun metninden bu durum anlaşılabilmektedir. Bu suçlara "tehlike suçları" adı verilmektedir. Kanun koyucu hareketten doğacak insan ve nesneye yani maddi konuya yönelik tehlikeye suç tanımında yer vermişse ve neticede bu tehlikenin oluşup oluşmama şartının gerçekleşmesinin araştırılması zorunluysa bu suça "somut tehlike suçu" adı verilmektedir. Bazı suçlar açısından ise maddi konuya yönelik nesne veya eşyaya suçun kanuni tanımında yer verilmemekte, bu durumda ise hareketin yapılması ile tehlikenin oluştuğu kabul edilmektedir. Bu suçlara "soyut tehlike suçu"[967] adı verilmektedir. Bu suçlar açısından hareketin yapılması ile tehlikenin oluştuğu kabul edilir. Ayrıca hâkim hareketin tehlike oluşturup oluşturmadığını araştırmak zorunda değildir.

5237 sayılı TCK'daki güveni kötüye kullanma suçu açısından, suçun oluşması için *"failin kendisi veya başkasının yararına olarak zilyetliğin devri amacı dışında*

---

[961] Aynı görüşte **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 441; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 696; **MERAKLI**, s. 1685

[962] Bkz. **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 381 Yazarlar doktrindeki bu görüşten farklı olarak inkâr eyleminin yapmamak biçimde değil, yapmak biçimde değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle bu suçun ancak icrai hareketle işlenebileceği kanısındadırlar.

[963] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 97

[964] **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), s. 199

[965] **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), s. 199

[966] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 100-101; **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), s. 199

[967] **ARTUK- GÖKCEN-ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 252,287; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 276

tasarrufta bulunma veya devir olgusunu inkâr" şartı aranmakta, zarar kelimesi maddede zikredilmemektedir. Yarar sağlama yönünde bir neticede maddede yer almamaktadır.

Mülga TCK 508.maddeki hükümde de bu yönden benzer bir düzenleme bulunup zarar kelimesi yine madde metinde yer almamaktaydı. Ancak mutazarrırın (suçtan zarar görenin) şikâyeti soruşturma ve kovuşturma şartı olarak yer almıştır. Bu hükmün maddede yer almasından hareketle ***Dönmezer***'e göre güveni kötüye kullanma suçunun şikâyete tabii bir suç olarak öngörülmesi ve bunun da suçtan zarar gören veyahut mağdur olan kimse tarafından yapılabilmesi zarar koşulunun da suçta aranmasını gerekli kılmaktadır. [968] Ayrıca *"kendisi veya başkasının yararına tasarrufta bulunma"* şartı maddede bulunmakla bu durumda karşı tarafta bir zarar oluşturacaktır. Yine bu görüşe göre zarar oluşmadan veyahut gerçekleşmesi muhtemel bir zarar tehlikesi meydana gelmeden güveni kötüye kullanma suçu oluşamaz.[969]

Önder'e göre bu suçta mağdurun zarar görmesi şarttır. Ancak burada zarar bir cezalandırılabilme şartıdır.[970]

Bu görüş karşısında olan çoğunluğun savunduğu fikir ise kanundaki ifadelerin failin lehine tesis edilen zilyetliğin mülkiyete dönüşmesi durumunda suçun oluşacağı şeklinde anlaşılması gerektiği yani zararın bu suçun oluşması için bir şart olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönündedir [971] Bu görüşe göre TCK 'daki 155. maddenin ifadesindeki "yarar" ibaresi sadece manevi unsura ilişkin failin iradesinin yöneldiği hedefi belirtmektedir. Bu hedefe ulaşamama hali de suçun oluşumuna engel değildir. [972] ***Soyaslan*** 'nın belirttiği gibi bu madde de geçen yarar ifadesi iradenin yöneldiği bir amacı ve psikolojik unsurun bağlı olduğu bir dürtüyü ortaya

---

[968] **DÖNMEZER**, Mala Karşı Cürümler, s. 514

[969] **DÖNMEZER**, Mala Karşı Cürümler, s. 514 Fransız ceza kanununda da mağdurun zarara uğramasının şart olduğunu belirten yazar Yargıtay CGK 11.04.1949 tarihli ve 203 Esas 131 Karar sayılı ilamını da gerekçe göstererek zararın muhakkak olmasını veyahut en azından muhtemel bir zararın meydana gelebilme tehlikesinin olmasını suçun oluşumu için gerektiğini belirtmektedir.

[970] **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 416

[971] **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 696;

[972] **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 170 *"...Zira 155. maddenin düzenleniş biçiminden de kolayca anlaşıldığı üzere "yarar" sadece psikolojik unsurla ilgilidir: yani failin iradesinin yöneldiği hedefi oluşturur. Nitekim bu maddede yer alan "kendisinin veya başkasının yararına olarak" ibaresi ile hırsızlığı öngören 141. maddesindeki "yarar sağlamak maksadı" ibaresi arasında bu yönden bir fark görmek için haklı bir neden yoktur…"*

koymaktadır. Amaç gerçekleşmemiş olsada suç tekemmül eder.[973] Bu görüş yanındaki bir diğer düşünceye göre ise güveni kötüye kullanma suçu korunan hukuki değer olarak sadece mülkiyet hakkından ibaret bir suç değildir. Bu nedenle güven ilişkisi de korunan hukuki değerler arasında olduğundan mülkiyet hakkının ihlalinin aksine güven ilişkisinin ihlali bir zararı gerektirmemektedir.[974] Yine bu görüşte olan ***Meraklı***' ya göre eğer kanun koyucu yarar sağlamayı veya zarara uğratmayı fiilin içinde düşünseydi ya da netice olarak öngörseydi bu suçta kendisinin veya başkasının yararına olarak ibaresi yerine dolandırıcılık suçunda olduğu gibi (TCK m. 157) kendisine veya başkasına yarar sağlayan ibaresini tercih etmesi gerekirdi. Ama bu maddede dolandırıcılık suçunun aksine böyle bir ibare bulunmamaktadır. Bu da bu suç için netice olarak zararın oluşmasının kanunda aranmadığını ortaya koymaktadır.[975] Yine bu görüşte olan ***Özgenç***'e göre bu suçta zarar şartını arayanlar mülga 765 sayılı TCK'da bu suça eksik teşebbüsün mümkün olduğunu savunmakta ancak tam teşebbüsün mümkün olmadığını belirtmektedirler. Oysaki eğer zarar bir şartsa bu durumda bu görüşte olanların güveni kötüye kullanma suçunda icra hareketlerinin tamamlanması ancak neticenin ortaya çıkmaması sonucunu doğuran tam teşebbüsünde mümkün olacağını kabul etmeleri gerekirdi. Bu da bir çelişki oluşturmaktadır, görüşündedir.[976]

Bu iki görüşün yanında bir üçüncü görüş ise ***Koca- Üzülmez*** tarafından ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre güveni kötüye kullanma suçu, sırf hareket suçudur. Kanunda belirtilen hareketlerin yapılması suçun oluşması için yeterlidir. Ama aynı zamanda bu suç bir zarar suçudur. Fail aradaki hukuki ilişkiye aykırı surette gerçekleştirmiş olduğu davranışlarla suçun konusu malı malikin malvarlığından çıkarmış olmakta ve tasarruf imkânını ortadan kaldırmaktadır. Ancak buradaki zararın gerçek maddi bir zarar olması da suçun oluşumu için gerekli değildir.[977]

Kanaatimiz bu suçun bir zarar suçu değil, soyut tehlike suçu olduğu yönündedir. Zira, güveni kötüye kullanma suçunda korunan en önemli hukuki değerlerden birinin güven olduğu düşünülürse, failin kendi yararına yapmayı hedeflediği bu davranışlarla sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisinin zedelendiği

---

[973] **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 436
[974] **DURSUN**, Emniyeti Suiistimal Suçu, s. 27- 28
[975] **MERAKLI**, s. 1686
[976] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 82,83
[977] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler s. 634

aşikârdır. Her ne kadar bu güven ilişkisinin zedelenmeside bir zarar olarak nitelendirilebileceği iddia edilebilsede bu görüşe katılabilme olanağı bulunmamaktadır.

Bu durumda yasadaki ifadelerin kanaatimizce "zararın meydana gelmesini" değil, kanunda belirtilen zilyetliğin devri amacı dışındaki hareketlerin veya devir olgusu inkârının başkasına kendisine veya yarar sağlama amaçlı yapılmasını yeterli gördüğü ortadadır. Bu madde de geçen kendisinin veya başkasının yararına ibaresi de suçtan bir fayda elde edilmesi şeklinde, bu amaçla hareket edilmesi şeklinde yorumlanmalıdır. Yine burada bir fayda elde edilmesi, kısacası kendisine veya başkasına bir yarar sağlama amaçlı hareketin yapılmasının bir "somut tehlike suçu" niteliği arz ettiği de ileri sürülebilir. Ancak bu da bize göre hatalı bir yaklaşım olur. Zira, somut tehlike suçunda yapılacak hareketin fail üstünde bir zarar doğurucu tehlike yaratması hali sorgulanmaktadır. Oysaki yasada kendisine başkasına yarar sağlama amaçlı hareket esas alınmıştır. Diğer bir deyimle bize göre yapılan hareketin mağdur üzerinde bir zarar doğurması şart değildir.

Failin yarar sağlama niyeti ile hareket ettiğinin manevi unsur olarak ispatlanması durumunda kanunun belirttiği hareketlerin yapılması tek başına suçun oluşumu için yeterlidir. Ayrıca bu hareketlerin bir zarar tehlikesi oluşturup oluşturmadığının araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. [978] Bu yönden bu suç kanımızca "soyut tehlike suçu" olarak değerlendirilebilir. Bu sebeple kanunda öngörülen hareketler neticesi hukuki ilişkiden doğan güven duygusu sarsılan veya malvarlığında zarar tehlikesi yaratılan herkes de şikâyet hakkına sahiptir.[979]

Öte yandan bu suç "neticeli suç" değil "sırf hareket suçu"[980]diğer bir deyimle "neticesi harekete bitişik suç"tur.[981]

---

[978] Diğer taraftan bu suçun esasında somut tehlike suçu olarak düzenlenmiş, zararın oluşumu da ayrıca nitelikli hal olarak düzenlenmiş olsaydı çok daha iyi bir düzenlemenin olacağını savunan görüş için bkz. **Fatih Selami MAHMUTOĞLU**, TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, Türk Ceza Kanunu Reformu 2.Kitap, TBB Yayınları, (2004), s. 373

[979] **CENTEL-ZAFER- ÇAKMUT**, s. 443

[980] Bu türden suçlara bazı hukukçularca "sırf hareket suçu" adı da verilmektedir. Ancak bu terimin kullanılması bu suçların sadece hareketle meydana geldiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira neticesiz suç yoktur sadece neticenin hareketle bütünleştiği ayrılmasının iyice zorlaştığı suçlar bulunmaktadır, hareketin yapıldığı anda netice oluştuğu kabul edilmektedir. Bu sebeple öğretide bu terim yerine bir kısım hukukçular "neticesi harekete bitişik suç" (**DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 100, 101; **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), s. 199)

Diğer taraftan bu suçun diğer suçlardan ayrımı bahsinde incelediğimiz üzere doktrinde kimi hukukçularca[982] TCK'nın 155/2.maddeye yaptığı atıflar nedeniyle Ser.PK m. 110/1 (a), (b) ve (c) bentlerindeki fiiller, TCK'daki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali olarak görülmektedir. Her ne kadar Ser.PK m. 110/1 (a) bendindeki fiil TCK'daki güveni kötüye kullanma suçu ile benzeşmekte ve bir tehlike suçu aynı zamanda neticesi harekete bitişik suç (sırf hareket suçu) olarak değerlendirilmekte ise de (b) ve (c) bentlerindeki örtülü kazanç aktarımı fiilleri tam olarak bu suçla benzeşmemektedir. 110/1 (b) ve (c) bentlerindeki fiiller zarar suçu ve neticeli suç niteliğinde olup netice olarak belirtilen bir zarar oluşmaz ise suç oluşmayacağından faili bu suçlardan cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır.[983]

Güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin bir başka tartışma da bu suçun ani suç mu yoksa mütemadi (kesintisiz) suç mu teşkil ettiği yönündedir. Tipikliğin gerçekleşmesi ile tamamlanan ve aynı zamanda biten icrası devam etmeyen suçlara ani suçlar denir.[984]

Buna karşın her ne kadar doktrinde farklı görüşlerde olsa[985] da; bizim benimsediğimiz **Artuk- Gökcen**'in[986] savunduğu görüşe göre tipiklikte tanımlanan hareketin yapılması ile tamamlanan ancak icrası devam eden bu şekilde failin neticeye istediği vakit son verebilme iktidarını sağlayan suçlara ise mütemadi suç denir. Bu suçlarda suçun bitme anı, ani suçlardan farklı olarak tamamlanma zamanından sonra gelir. Yine fiilin icrası yetmeyip devam ettirmekte olduğu eyleme son vermek yani neticeye son vermek hususunda failin bir iktidarının, kontrolünün bulunması gerekir. Mütemadi suçlarda tamamlanma bir an değil bir aşamadır. Bu yönden failin icra hareketlerini yaptıktan sonra artık neticeyi kontrol etme imkanına sahip olamadığı kasten öldürme veya kasten yaralama suçları ani suçtur. Buna karşın icra hareketleri akabinde neticeyi kontrol edebildiği kendi iradesiyle süresni

---

terimini tercih etmektedir. Bizde bu görüşten yanayız. Sırf hareket suçu şeklindeki ifadelerimizin de bu şekilde anlaşılması gerekir.

[981] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 442

[982] **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 697

[983] Bu konu için bkz. "Ser.PK'da Öngörülen Güveni Kötüye Kullanma Suçu" s. 102-158

[984] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s. 266-267

[985] Burada bir kısım yazarlar örneğin **DÖNMEZER-ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım, 1.cilt, s. 385 Hareketin yapılması ile tamamlanan ancak neticenin devam ettiği suç; **HEINDRICH**, Ceza Hukuku Genel Kısım-I, s. 95 Suç tamamlanmasına karşın yaratılan bu durumun (hukuka aykırılığın) devam ettiği suç olarak tanımlamaktadır. Doktrinde bu nedenle tam bir görüş birliği yoktur.

[986] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s. 266,267; ayrıca **EREM- DANIŞMAN- ARTUK**, s. 352, 354

uzatabildiği, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109), konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m. 116) gibi suçlar mütemadi suçtur.[987] Bu sayılan suçların tamamı da güveni kötüye kullanma suçu gibi neticesi harekete bitişik suçtur. Bu sebeple de mütemadi suçlar olarak bir kısım neticesi harekete bitişik suçların değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.[988]

İşin daha da karışık yanı, ani suç olarak kabul edilen bir kısım suçlarında kimi durumda mütemadi olarak gerçekleştirilmesidir. Bu halde "muhtemel mütemadi suç" söz konusudur. Örneğin hırsızlık suçunun sıvı veya gaz halindeki enerji hakkında gerçekleştirilmesi diğer deyimle bir petrol boru hattına kurulan düzenekle çekilen petrolün bidonlarda satılmak üzere depolanması halinde bu düzenek kapatılıp fiille son verene kadar kesintisiz şekilde işlenen bir hırsızlık suçu söz konusudur. (TCK m. 142/3)[989]

Güveni kötüye kullanma suçu sırf hareket suçu olsada ani suçtur.[990] Dava zamanaşımı süresi de suça konu hareketin yapılmasıyla başlayacaktır, Yargıtay'da bu kanaattedir.[991]Karşılaştırmalı hukuk açısından baktığımızda örneğin Belçika, Fransa yargıtayları da aynı görüştedir.[992]

Ancak bununla birlikte doktrinde mesela **Köse**[993], bazı hallerde bu suçun müteamadi suç şeklinde işlenebileceğini bu sebeple hırsızlık suçu gibi yani muhtemel mütemadi suç şeklinde değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. Bu

---

[987] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s. 268

[988] **EREM- DANIŞMAN- ARTUK**, s. 352,353

[989] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s. 268**; DÖNMEZER-ERMAN,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku- Genel Kısım, 1.cilt, s. 385

[990] **OĞUZMAN,** s. 10; **KÖSE,** s. 72

[991] **Yargıtay 15. CD E:2011/20676 K:2013/5011 T:02.02.2012** (www.lexpera.com Erişim Tarihi: 01.02.2018)

[992] **Fransız Yargıtay'nın 68-91.369 nolu 16 Mart 1970 tarihli ve 11-81.159 nolu 25 Ocak 2012 tarihli kararları** açıkça güveni kötüye kullanma suçunun ani suç olduğunu ve dava zamanaşımı süresinin suça konu hareketin yapılması ardından başlayacağını kabul etmektedir. Belçika CK'sının 491.maddesinde "hileli olarak kendisine geri vermek veya kullanma veya kararlaştırılan şekilde yararlanma maksatlı verilen her türlü para, bono, makbuz, her türlü yazılı belgeyi kendisi veya mülk edinme veya dağıtmanın" bu suçu oluşturacağını belirtilmektedir. (Maddenin Fransızcası için bkz. http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes Erişim Tarihi:20.01.2018) Belçika Yargıtay'ı P.12.0444N ve 25.09.2012 tarihli kararında, bu suçu ani suç olarak tanımlaması yanında hareketin yapılması ardından suçun hemen oluşacağını kabul etmekte ve ilgili değerlendirmenin de buna göre yapılması gerektiğinden bahsetmektedir. (http://jure.juridat.just.fgov.be Erişim Tarihi: 20.01.2018)

[993] **KÖSE**, s. 72 Yazar da buna örnek olarak eşini hastaneye götürmek amacıyla emanet olarak verilen bir aracın bu kişice İstanbul'da gezmeye gitmek amaçlı kullanılmasını göstermektedir. Bu aracın kullanıldığı süre boyunca suçun icrası halen devam ettiğinden mütemadilik sürmektedir.Ayrıca bu konuda Yargıtay 15. CD. 19.03.2013 tarihli 2011/20676E ve 2013/5011K sayılı ilamındaki muhalefet şerhi ve aynı görüş için bkz. **ELMALICA**, s. 98

görüşü bizde benimsemekteyiz. Kanımızca bu suçun satma, bağışlama, rehnetme, birine ödünç verme veya inkâr etme şeklindeki hareketleri mütemadiliğe elverişli değildir. Ancak kullanma veya tüketme tarzı hareketler mütemadiliğe elverişlidir. Zira failin neticeye son verebilme kontrol etme iktidarı bulunmaktadır. Örneğin bir fabrika sahibinin 24 saat çalıştırdığı seramik fırınında, o sırada yanındaki işverence kendisine saklama amaçlı emanet edilen büyük bir tanker içindeki LPG'yi izinsiz kullanması ve aralıksız şekilde kullanılan tankerdeki LPG'nin tüketilmesinin bir haftayı bulması halinde kesintisiz bir fiilin varlığından söz edilebilir. Bu durumda zamanaşımı süresinin bu yakıtın tamamen tükendiği bu bir haftalık sürenin sonundan başlaması gerekir. Buna karşın bu örnekteki yakıtı fabrika sahibi değişik zamanlarda örneğin birer gün arayla kullanmış ve tüketmiş olsaydı, bu durumda muhtemel mütemadi suç değil, zincirleme suç söz konusu olacaktı. Bu halde ise, verilecek cezanın TCK m.43 bağlamında arttırılması dışında, zamanaşımı süresi son tüketim yapılan tarihten başlayacaktır.

Öte yandan fail yaptığı hareketin kanun dışı olduğunun ve güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun sonradan farkına varmış ama bu konuda hiçbir telafi edici harekette bulunmamış olabilir. Kısacası sonradan eklenen kast hali söz konusu olabilir. Bu durumda kanaatimizce bu amaca aykırılığın fark edildiği an suçun oluştuğu andır. Nitekim İtalyan Yargıtay'ı da bu savunduğumuz görüştedir. **İtalyan Yargıtay'nın 2.Ceza Dairesi'nin (La Corte di Cassazione, sezione seconda penale) 29 Nisan 2014 tarihli ve 17901 sayılı kararı[994]nda aynen şöyle denilmektedir.** "...*Failin yaptığı kanundışı dışı hareketin (*mağdurca) *belirlenmiş amaca aykırılığını fark ettiği an, suçun oluştuğu tarihtir ve zamanaşımı süresi de buradan* (işlemeye) *başlar...*"

C) Nedensellik Bağı

Nedensellik bağı *"hukuk bağlamında bir kimseyi sorumlu tutabilmek için dış dünyaya karşı o kimse tarafından yapılan hareketle; dış dünyada zarar veya tehlike şeklinde beliren değişiklik arasında kurulan netice- sebep ilişkisini"* ifade eder.[995] Ceza Hukuku anlamında önem taşıyan hareket kanunun cezalandırdığı neticeye

[994] Karar için bkz. **TRIOLO**, s. 238
[995] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 169

sebep veren harekettir. Neticeli suçlar (maddi suç)[996] ve hareket suçları da dâhil aşağı yukarı her suçta bir nedensellik bağı muhakkak bulunur. Bununla birlikte neticeli suçlarda ve somut tehlike suçlarında hareket ile netice arasındaki ilişki hâkim tarafından araştırılmak zorundadır.

Buna karşın sırf hareket suçlarında aralıksız ve doğrudan doğruya olan neticesi de meydana geleceği için hareketle netice arasında nedensellik bağının araştırılmasına gerek kalmaz ve suçun maddi unsurun gerçekleştiği kabul olunur.[997] Güveni kötüye kullanma suçu da "sırf hareket suçu" olarak değerlendirildiğinden; ayrıca objektif yönden maddi unsura ilişkin nedensellik bağını hâkimin incelemesine gerek bulunmamaktadır. [998] Ancak şu unutulmamalıdır ki objektif nedensellik bağının bu suçlar için araştırılmasına gerek olmaması hali kast ve taksire dayanan manevi unsurun varlığının hâkimce araştırılmayacağı anlamına gelmemektedir. Yine bu suç için failin "eylemini yarar sağlama düşüncesiyle" yapıp yapmaması hali de mahkemece araştırılmak zorundadır.

4) Suçta Cezayı Ağırlaştıran Nitelikli Haller

TCK'nın 155. maddesinin 2. fıkrasında bu suçun nitelikli hali düzenlenmiştir. Esasında buna benzer bir hüküm, 765 sayılı TCK'nın 510. maddesinde ayrı madde

---

[996] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 252

[997] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 173

[998] Ancak bunun istisnasını savunan bir görüş de bulunmaktadır. Doktrinde bir kısım görüş nedensellik bağının yalnızca maddi unsurda fiilin bir parçası olmadığını, manevi unsurun ve sorumluluk meselesinin de bir parçası olduğunu savunmaktadır. Nedensellik bağının tespitine dair "karma uygunluk görüşü" ikili bir değerlendirmenin nedensellik açısından yapılması gerektiğini belirtmektedir. Öncelikle maddi unsura dayalı netice ve eylem ilişkisinin ele alınmalı (objektif isnadiyet/objektif nedensellik bağı) bunun ardından ise eğer bu gerçekleşmişse objektif isnadiyete uygun neticeyi meydana getirmeye uygun sayılan hareketin fail tarafından öngörülüp görülmediği, uygun sayılıp sayılmamasına dair hususlar kanunda göz önünde tutulup netice ve eylem ilişkisi fail açısından değerlendirilmelidir (sübjektif değerlendirme/sübjektif isnadiyet/sübjektif nedensellik bağı). Bu iki aşamadaki değerlendirmenin nedensellik bağı açısından birbiriyle örtüşmesi gerekmektedir. Bununla birlikte bu teoriye göre nedensellik bağı açısından bir örtüşmeme durumu söz konusuysa sübjektif nedensellik bağına göre hareket edilmelidir. Bu teoriyi savunanların varsayımıyla hareket edilirse güveni kötüye kullanma suçu açısından objektif nedensellik bağının araştırılmasına gerek yoktur ancak hâkim sübjektif nedensellik bağını araştırmak ve buna göre failin sorumluluğunu tespit etmek zorundadır. Kanımızca karma uygunluk görüşünün ceza hukukumuzda nedensellik bağı açısından uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Zira yeni ceza kanunumuzda objektif sorumluluk hallerine artık yer verilmediği gibi zaten bu fiili öngörme veya öngörmemeye ilişkin sorumluluk hali suçun manevi unsurunda ayrıca failin kişisel başkaca cezayı etkileyen halleri kusurluluğa ilişkin kanun hükümlerine göre zaten hakimce değerlendirilmek zorundadır. Bu sebeple nedensellik bağının bu kadar geniş manevi unsuru kapsayacak şekilde ele alınmasına kanaatimizce gerek bulunmamaktadır.

olarak yer almaktaydı.[999] Doktrinde bu sebeple bu maddeyi güveni kötüye kullanma suçunun özel bir türü ayrı bir suç olarak düşünenler bulunmaktaydı.

Şimdiki TCK'da güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli içinde ayrı bir fıkra olarak yapılan düzenlenmeye karşın hala bu fıkranın ayrı bir suç olarak düzenlendiğini savunanlar bulunmaktadır.[1000] Kanundaki açık sistematik düzenleme karşısında bu görüşe katılmamaktayız.

Kanunun 2.fıkrasında iki özel ağırlaştırıcı neden öngörülmektedir.

Bunlar:

- *failin meslek veya ticaret veya hizmet ilişkisinin gereği olarak* (sıfatı dolayısıyla) *kendisine mal tevdi ve teslim edilmiş olması*,
- *failin hangi nedenden olursa olsun bir gerçek kişinin veya tüzel kişinin mallarını idare eden kişi olması"* dır.

Bu hallerin ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmesinin sebebi yasa koyucunun korumak istediği hukuki menfaat olan güven ilişkisinin, bu hallerde fail ve mağdur arasında daha yoğun ve özel bir biçimde bulunmasıdır. Zira belli sıfata sahip bir failden toplum ve mağdur hukuki ilişkiye uyma konusunda daha özenli davranacağı beklentisi içindedir.[1001] Bu konumuna karşın fail, güveni kötüye kullanma suçunun iş bu nitelikli halini işlediğinde sadece mağdurun değil, toplumunda bu sanat ve mesleğe duyduğu güveni de sarsmış olur.[1002]

Diğer taraftan kayyum veya vasi olarak herhangi bir sıfatla, bir gerçek veya tüzel kişinin malını yöneten kişiler sıradan bir kimsenin aksine bu gerçek veya tüzel kişilerle ilgili her türlü mali ve hukuki bilgiye vakıftırlar. Ayrıca ilaveten şunu da söyleyebiliriz, bu cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerdeki suçları işleyen kişiler genelde girişimci, yarı profesyonel veya profesyonel olarak belli bir okumuşluğa ve mesleki statüye, sosyal konuma sahip olan kişilerdir. Sahip oldukları özel teknik veya profesyonel iş bilgileriyle kendilerine verilen yetkinin suiistimali suretiyle bu suçun nitelikli halini gerçekleştirmektedirler. Bu sebeple bu nitelikli hale konu hareketlerin

---

[999] 765 sayılı TCK m. 510 "*...meslek ve sanat veya ticaret veya hizmet sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veyahut idare etmek için kendisine tevdi olunan veya teminat olarak teslim edilen şeyler üzerinde…"*

[1000] Bu görüş için bkz. **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar, s. 356

[1001] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 445; **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.172

[1002] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 445; **MERAKLI**, s.1690

gerçekleşmesi ile ortaya çıkan güveni kötüye kullanma suçu aynı zamanda bir beyaz yaka suçudur. Bu kişilerin haksızlık ve cezai sorumluluk algısı normal kişilere göre daha üst konumdadır bu sebeple de kanun koyucu bu halleri nitelikli hal olarak görmüş olabilir.

Bunun yanında bu halin nitelikli hal olarak düzenlenmesinin esas sebebi kanımızca sadece fail ve mağdur arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanmamaktadır. Özellikle hizmet veya eser sözleşmesi konusu teslim edilen eşya üzerinde suç işleyen işçi veya kendisine bir gerçek veya tüzel kişinin mallarını idare etme yetkisi tanınan fail, güveni kötüye kullanma suçunu işlemekle sadece sözleşmeye dayalı güven ilişkisini kötüye kullanmakla kalmamaktadır. Aynı zamanda gerçek veya tüzel kişi olan mağdura karşı çeşitli kanunlarda da[1003] açıkça düzenlenen sadakat borcunu da[1004] bariz şekilde ihlal etmektedir.

[1003] TBK m. 396 doğrudan hizmet sözleşmesi açısından bu yükümlülüğe yer vermektedir. İş Kanunu 25/II'de sadakat yükümünün ihlali niteliğindeki haklı fesih nedenleri de yer almaktadır. TTK m.369 şirketlerde yönetim kurulunun sadakat yükümüne dolaylı olsa da değinmektedir. Ayrıca TBK'nın 506/2. maddesi vekalet sözleşmesi için; TBK'nın 471/1.maddesi eser sözleşmesi için sadakat yükümüne doğrudan değinmektedir. Dahası şimdiki Borçlar Kanunu eski Borçlar Kanunu'nun aksine yüklenicinin, vekilin eser, hizmet ve vekalet sözleşmesinde özen borcunu ağırlaştırmış ve örnek model bir davranışa göre daha özenli olarak hareket etmesi gereğine işaret etmiştir. Bkz. **Turgut ÖZ**, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Yayıncılık, 3.Bası, İstanbul, (2012), s. 110,115,116

[1004] Bkz. **Arzu Aslan ERTÜRK**; Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Oniki Levha Yayınları, (2010) s. 178 Yazarında belirttiği şekilde Almanya'da özellikle iş hukuku alanında ileri sürülen bir teoriye göre sadakat borcu ile güven ilişkisi birbirine yakın bir ilişki içindedir. Zira sadakat borcu güven ilişkisinin kimi halde bir etkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Eğer bir taraf sözleşmenin ifası için bir kişiye güvenmişse diğer bir kimsede hizmet sözleşmesi veya bir gerçek veya tüzel kişinin mallarını idare etmek için aday olup seçilmiş, atanmışsa bu görevi üstüne almışsa; burada bu kişiden beklenilen işverenin veya kişinin mallarını idaresini üstlendiği gerçek veya tüzel kişinin memnuniyetini sürdürmesidir. Buna göre söz konusu iş görev gereklerine uygun yerine getirilmeli ve mağdur hayal kırıklığına uğratılmamalıdır. Yazarın belirttiği bu görüşten hareket edersek güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali de güven ilişkisini korumak yanında ortaya çıkan sadakat yükümünün ihlalinin ceza hukuku bağlamındaki yaptırımlarından biridir. Zaten bu sebeple TCK m. 155/2'ye karşılık gelen Alman Ceza Kanunu'nun 266.maddesinde bu suç Untreue diye tanımlanmaktadır. Untreue kelimesinin diğer sözlük anlamı sadakatsizliktir. (Bu sözcüğün kelime anlamı için bkz. **YENİSEY-PLAGEMANN**, s. 388; **Erol ULUSOY**, Almanca-Türkçe Türkçe-Almanca Hukuk Sözlüğü, Beta Yayınları, 1.Baskı, (1999) s. 600) Ancak unutulmaması gereken nokta TCK m. 155/2'nin her sadakatsizlik durumunu korumadığıdır. Örneğin işçinin özensiz davranarak işverene ait bir eşyaya zarar vermesi veyahut rekabet yasağına aykırı davranışları, sır saklama yükümünün ihlali de sadakat borcunun ihlalidir. Ancak bu haller güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Bunun dışında TTK'nın 369.maddesinde şirket yönetimi kurulu açısından yer verilen sadakat yükümünün ihlali halleri için bkz. **Özge AYAN**; Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, (2013), s. 28- 36; **Ali PASLI** ; Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, (2005) s. 293-297; **Reha POROY- Ünal TEKİNALP- Ersin ÇAMOĞLU**; Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Yayınları, Yeniden Yazılmış 13.bası, (2014) s. 382 Ayrıca şirketler hukukuna ilişkin olarak OECD tarafından hazırlanan ve en son 2015'de güncellenen Kurumsal Yönetim İlkeleri kılavuzu bölüm VI-A'da (www.oecd.org/cooperate/principles-corporate-governance.html Erişim tarihi: 05.06.2017) ve ülkemizde SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri kısmında da bu hususlara yer vermektedir.

Diğer taraftan bir görüş, aynen 765 sayılı TCK'nın 510. maddesinde olduğu gibi bu suçun faile emanetçi sıfatıyla teslim edilen veya teminat olarak verilen mal üzerinde işlenmesinin ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmesini savunmaktadır.[1005]

Karşı görüş ise emanetçi sıfatıyla teslimin hizmet ilişkisi kapsamında değerlendirilebileceğini; buna karşın ise teminat olarak alınan eşyanın ise ticari ilişki kapsamında değerlendirileceğini savunmaktadır. Bu sebeple de kazuistik bir düzenlemeye gidilmesi yerinde değildir görüşündedir.[1006]

Bu görüşe katılmak kanımızca mümkün değildir. Zira teminat olarak alınan her eşya ticari ilişki kapsamında değerlendirilmemektedir. Kanaatimiz böyle bir düzenlemenin kanunda yapılması yönündedir.

A) Faile Meslek ve Sanat veya Ticaret veya Hizmet İlişkinin Gereği Olarak Malın Tevdi ve Teslim Edilmiş Olması

a. Ticaret İlişkisinin Gereği Olarak Malın Teslim Edilmiş Olması

Maddede geçen *"ticaret"* ibaresi failin TTK bağlamında tacir olmasını değil, her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazanç olarak belirtilen ticari kazanç[1007] amacıyla yürütülen alım satım etkinliğini ifade etmektedir.[1008] Failin ticari amaçla hareketini ifade etmektedir. Buna göre bir esnafın yaptığı iş ve hizmetler veya fail tacir veya esnaf sıfatına haiz olmasa da mağdur ile kurduğu ticari amaçlı faaliyet ilişkisi bu kanun kapsamında ticari ilişki olarak değerlendirilecektir. Bir işin mahiyeti icabı ticari sayılması için işbu alım satım etkinliğinin fail açısından büyük miktarlarda yapılmış olmasa da bir süreklilik arz etmesi, yani failin, mağdur dışında üçüncü kişiler açısından da aynı süreklilik içinde para kazanma amaçlı bu faaliyeti gerçekleştirmesi, şarttır.[1009] Tabii ki bu ticari faaliyetin her gün gerçekleştirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Bu faaliyet, işin mahiyeti icabı mevsimsel veya dönemlikte gerçekleştirilebilir. Burada ticari faaliyete esas olan kişinin bu yönde

---

[1005] Bkz. **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 697-698 Yazarlara göre bu iki halde cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak TCK'nın 155. maddesinin 2. fıkrasına eklenmelidir. Her ne kadar "emanetçi sıfatıyla" teslim hizmet ilişkisi kapsamında değerlendirilebilse de "teminat olarak" verilen eşya üzerinde güveni kötüye kullanma suçunun cezasının nitelikli hal olarak düzenlenmemesinin anlaşılabilir bir yanı yoktur.

[1006] **SARSIKOĞLU**, s.122

[1007] Bkz. 3349 sayılı Gelir Vergisi Kanunu m.37

[1008] **PARLAR- HATİPOĞLU**, s. 2487

[1009] **SARSIKOĞLU**, s.121

süreklilik isteğine sahip olmasıdır.[1010] İdari ve özel hukuka ilişkin davalarda olduğu gibi, ceza hâkimi, güveni kötüye kullanma suçuna yönelik davalarda da ticari ilişkinin oluşumu için gerekli süreklilik unsurunu gözetmek zorundadır. Örneğin; ara sıra iş yerinde bulundurduğu fotokopi makinesiyle para karşılığı, üçüncü kişilere fotokopi çeken bir muhasebecinin [1011] yaptığı bu faaliyet ticari iş olarak değerlendirilemez. Bu durumda muhasebecinin fotokopi çekimi için bırakılan evrağı başkasına vermesi de bu nitelikli hal içinde değerlendirilemez. Bununla birlikte bir bakkalın dükkânından bir mal almak için gelen müşterisinin aldığı mala karşılık ödediği paranın üstünü vermemesi halinde [1012] TCK'nın 155. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen nitelikli hal oluşacaktır.

[1010] **Kamil MUTLUER- Aykut HEREKMAN- Fethi HEPER- Recai DÖNMEZ**, Türk Vergi Sistemi, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, (2004), s. 22 *"…Bilindiği gibi ticari faaliyetin esas unsurlarından biride faaliyetin sürekli olarak yapılmasıdır. Bu faaliyetin sürekli olarak yapılıp yapılmadığını tespit etmek ise her zaman kolay değildir. Burada esas olan şey kişinin süreklilik isteğine sahip olmasıdır. Normal olarak tacirlerin yaptığı işlerde süreklilik bulunmaktadır. Böylece tacirlerin yaptığı işler ticari faaliyet olarak kabul edilir. Bunu aynen sınai faaliyetler içinde söylemek mümkündür. İsteği yansıtan sübjektif nitelikteki unsurun objektif nitelikteki belirtisi ise organizasyonun varlığıdır. Ticari bir organizasyonun varlığı 2 duruma göre anlaşılabilir. Bunlardan ilki; sermaye koyma işyeri açma, vergi kimlik numarası alma, personel çalıştırma, ticaret siciline kaydolma veya işyerinde levha asma gibi girişimlerden bir veya birkaçını yerine getirmek şeklinde ortaya çıkar. Diğeri ise organizasyonun fiilen ortaya çıkmasıdır. Yani böyle bir durumda ticari organizasyon şekli, olarak veya belirli unsurlarla görünmez. Burada ise olması gereken ölçü işlemlerin çokluğudur. Diğer anlatımla yapılan işlerin birden çok oluşudur…"*

[1011] **Danıştay 4. Dairesi E: 1997/4157 K: 1998/4047 T: 11.11.1998** "*Bir muhasebecinin "mesleki faaliyetini sürdürebilmesi için gerekli olan fotokopi makinası ile ara sıra üçüncü kişilere hizmet vermesi ve bu nedenle elde ettiği geliri serbest meslek kazanç defterine kaydetmesi, fotokopi çekimi işini ayrı bir ticari organizasyon dâhilinde yürüttüğünü göstermeye yeterli olmadığından, bu iş nedeniyle elde ettiği gelirin ticari kazanç olarak kabulü mümkün değildir…"* Buna karşın bir kimsenin farklı yıllarda iktisap ettikten sonra 1999 yılında elden çıkardığı birden çok taşınmazı, Danıştay (**Danıştay 3.Dairesi E: 2001/2606 K: 2003/4436 T: 24.9.2003)** o kişinin gayrimenkul alım satım işiyle uğraştığının karinesi olarak görüp yaptığı işin ticari kazanç olarak değerlendirilip vergilendirilmesine karar vermiştir. (www.lexpera.com Erişim Tarihi:24.09.2016)

[1012] Yargıtay 6.CD 1968/3858E-3850K T:19.06.1968 (**GÖZÜBÜYÜK**, Emniyeti Kötüye Kullanma, s. 884; **Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK**, Alman, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt:4, Kazancı Matbaası, 3.Bası ,Ankara, (1979), s. 613) Yine Yargıtay 11.CD 03.07.2001 7109-7530 *"kaportacı olan sanığın kendisine teslim edilen otomobildeki ekolayzer'ı araçla birlikte vermemesi "*,Yargıtay 11.CD. 15.12.2004, 14158-9491*" sanığın marangoz atölyesinde geçici bir süre kalması için bırakılan keresteleri iade etmemesi,"* (Bu iki karar için bkz. **İÇER**, s.179; **PARLAR- ÇOBANOĞLU,** s. 27, 29) ilaveten **Yargıtay 23. CD E: 2016/8869 K: 2016/6683 T: 25.5.2016** *"Sanığın" ...Tic.Ltd.Şti.nin sahibi olarak katılan firmadan Şirketimiz adına evrakta plakaları yazılı .....araçları kiraladık" şeklindeki savunmaları, taraflar arasında 01.03.2009 tarihinde düzenlenen kira sözleşmesinde sanığın yetkili olduğu şirket adına araçların kiralandığının belirtilmiş olmaması, sözleşmenin 2/a maddesinde şirket adına araçları kullanacak personelin bildirilme mecburiyetinin öngörülmüş olması, sanığın sahibi ve yetkilisi olduğu şirketin de Türk Ticaret kanunu hükümlerine göre kurulmuş bir ticari işletme olması sebebiyle Türk Ticaret Kanunun 3. maddesinde " bu kanunda düzenlenen hususlarda bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdir." şeklindeki düzenleme karşısında; sanığın yetkilisi olduğu şirketin ticari faaliyetlerini yürütmek üzere katılan firmadan şirketi adına araç kiralama işleminin TCK.nın 155/2. maddesinde yazılı ticaret ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden…"* (Karar için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi: 11.04.2017)

Her ne kadar bu nitelikli halin uygulanabilmesi için hem mağdur hem de failde eşyanın teslimi açısından ticari amacın bulunması gerektiği bazı hukukçularca ileri sürülse bile[1013] bu görüşe katılabilmemiz mümkün değildir. Zira bu görüşün kabulü halinde iş bu nitelikli halin uygulama alanı iyice daralacaktır. Bu durumun hükmün tesis amacıyla da bağdaşır yanı bulunmamaktadır. Kanımızca bu hüküm, sadece bir ticari iş yapan mağdurun güven ilişkisini korumak için değil; ticari ilişkiden uzak yalnızca güvenilir olduğunu düşünerek malını ya da eşyasını ticari işle uğraşan faile teslim eden savunmasız kişileri korumak amacıyla da tesis edilmiştir. Bu sebeple, yalnızca failin ticari amacının bulunması nitelikli halin oluşumu açısından yeterlidir.[1014]

Yine Yargıtay'a göre bu ticari amacı ve ilişkiyi ortaya koyacak bilgi ve belgeler mahkemelerce detaylı şekilde araştırılmalı, gerekirse bilirkişiden rapor alınmalı ancak bunların sonucunda hüküm kurulmalıdır.[1015]

[1013]**CANPOLAT**, s. 137*" ... Çünkü mağdurun ticaret amacının bulunmaması halinde, failin malı ticaret amacıyla kullanması, teslim amacına aykırı olup, bu sebeple de zilyetliğin devri amacına aykırı bir kullanım teşkil edecektir. Bu durumda, suçun basit halinin uygulama alanını son derece daraltacaktır..."*

[1014] **BULUTOĞLU**, s. 158; **SARSIKOĞLU**, s.121 Kaldı ki özel hukuk açısından da ticari ilişkinin iki taraflı değil tek taraflı olması yapılan işin tacir veya esnafın ticari işletmesine yönelik olması şartıyla o işe Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işletmeye ilişkin genel hükümlerinin uygulanması için yeterlidir. Bkz. **BAHTİYAR**, Ticari İşletme Hukuku, (2015), s. 53-55; **ÜLGEN- HELVACI-KENDİGELEN- KAYA- NOMER ERTAN**, Ticari İşletme Hukuku, s. 63-66 Ayrıca bkz. TTK m. 19/2

[1015] **Yargıtay 15.CD E: 2013/8899 K: 2015/22899 T:1.4.2015** "…*Sanığın katılana ait mühendislik firmasının yetkili vekili sıfatıyla kamu inşaat ihalelerine girdiği, kazanılan ihaleleri yine katılan şirket adına tamamladığı, bir kısmının ise sanığın eylemleri yüzünden yarım bırakıldığı, sanığın banka havalesi ile gönderilen paraları katılan şirket adına ödenmesi gereken yerlere ödemediği, bazı giderleri de yüksek göstererek katılan şirket hesabından fazla para çıkışı sağlayarak uhdesine geçirdiği iddia olunan olayda; Gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılması açısından, katılan ... Şirketi'ne ait olan ve suçun işlendiği iddia edilen 24/06/2006 ile 04/05/2009 tarihleri arasında sanığa katılan şirket tarafından yapılan ödemelere dair ticari defterler, banka kayıtları, makbuzlar, hesap ekstreleri ve sanığa yapılan bu ödemeleri ispatlayacak bilgisayar, muhasebe ve ilgili diğer kayıtların tamamı ile şirkete sunulan makbuz asıllarının getirtilerek dosyaya konulması, yine makbuzlarda adları geçen ve sanık tarafından makbuzlara istinaden ödeme yapıldığı belirtilen kişilerin bilgi sahibi sıfatıyla dinlenerek, sanık tarafından kendilerine ödeme yapılıp yapılmadığı, söz konusu makbuzun kendileriyle ilgili olup olmadığının sorulması, varsa katılan şirketle aralarındaki ticari ilişkiyi doğrulayan irsaliye, fatura veya diğer ticari belgelerin onaylı suretlerinin dosyaya konulması, ayrıca katılan şirketle, makbuzda adları geçen kişi ve şirketler arasındaki ticari ilişkiye dair belgelerin katılan şirketten istenmesi, ödemelerin kime yapıldığına dair varsa banka kayıtlarının araştırılması, bütün delillerin toplanmasından sonra dosyanın bilirkişi kuruluna tevdiinin sağlanarak, makbuzlar ile kayıtların çapraz olarak karşılaştırılması, sanığa şirket tarafından ne kadar ödeme yapıldığı, bu ödemelerin sanık tarafından kime, hangi ilişkiye istinaden ve hangi tarihte yapıldığı, makbuzlarda adı geçenlerle katılan şirket arasında ne şekilde bir ilişki olduğu, yapılan ödemelerin gerçek olup olmadığı, katılan şirketin ne kadar zararı bulunduğunun kesin olarak belirlenmesi amacıyla denetime elverişli bilirkişi raporu aldırılması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmeyerek eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması…"*(www.kazanci.com Erişim Tarihi:06.01.2017)

Bununla birlikte Yargıtay kimi kararlarında karşı tarafın hukuki ilişkiyi inkâr etmesine, var olan açık anlaşmaya ve ticari ilişkiye karşın olayın hukuki mahiyet arz ettiğinden bahisle beraat kararı tesis etmektedir. [1016]Kanaatimiz mülga 765 sayılı TCK ve şimdiki 5237 sayılı TCK'nın açık hükmü karşısında failin kastının açıkça sabit olduğu bu tür hallerde de güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinin oluştuğu yönündedir.

Öte yandan bu konuda şunuda belirtmek gerekir. Mülga 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanununda bu sözleşmelerden doğan davaların ticari dava niteliğinde bulunduğu yönündeki 31. madde hükmü bulunmaktaydı. Bu sebeple 2016 yılına kadar Finsansal Kiralama sözleşmeleri açısından Yargıtay suiistimallerde güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden hüküm kurmaktaydı. Ancak 2016 sonrası bu kanun 6361 sayılı kanun ile kaldırılmıştır. Bu konuda benzer bir düzenlemeye 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nda yer verilmemiştir. Bu yönden iş bu sözleşmeler için ticari işletme faaliyeti kapsamında gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesinin tespiti gerekir. Eğer bu sözleşme ticari iş mahiyetinde gerçekleşmişse iş bu nitelikli halden diğer durumda ise güveni kötüye kullanma suçunun temel şeklinden hüküm kurulmalıdır. Örneğin Yargıtay bir kararında çiftçilik yapan şahsın bu sözleşme ile traktör kiralamasının ticari mahiyet

---

Yargıtay 15. CD. E: 2012/21277 K: 2014/13395 T:7.7.2014 *"...Manisa 2. Noterliğince düzenlenen ve tarafların imzalarını havi 26/01/2001 tarih ve 2295 yevmiye no'lu "acentelik sözleşmesi" ile katılan G. Sigorta T.A.Ş.'nin "acentesi" olan sanığın; müşterilerine düzenlendiği sigorta poliçelerine dayalı olarak tahsil ettiği primleri anılan sözleşme hükümleri çerçevesinde şikayetçi şirket hesaplarına intikal ettirmemesi eyleminin "nitelikli güveni kötüye kullanma" suçunu oluşturduğu iddia olunan somut olayda; Gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak biçimde belirlenebilmesi amacına yönelik olarak; sanığın aşamalardaki anlatımlarında "acentelik sözleşmesinin 2005 yılı sonlarına doğru feshedildiğini" söylemesi karşısında, öncelikle taraflar arasındaki "acentelik sözleşmesinin" feshine ilişkin evrakın (noterden çekilen ihtarname, tebliği gibi) onaylı örneklerinin katılan şirketten istenmesi; 26/04/2010 ve 05/10/2009 tarihli bilirkişi raporları içerikleri nazara alınarak; hangi poliçe bedelinin tahsil edilip de katılan şirket hesaplarına sözleşme şartları kapsamında süresinde aktarılmadığına dair somut delillerin ortaya konulması, sanık ve eşi-tanık Kurtuluş'un aşamalardaki beyanlarında "...çıkarılan borcun daha önce ödendiği, dava konusu miktarın ise katılan şirketin 2007 yılında farklı bir muhasebe işletim sistemine geçmiş olmasından kaynaklanabileceği..." sözleri üzerinde durulup bu hususun açıklığa kavuşturulması, İzmir 12.İcra Müdürlüğü'nün 2008/489 Esas sayılı dosyasının ve var ise sanık ile katılan şirketin müşterilere ait sigorta poliçelerinden kaynaklanan prim alacakları için yürüttükleri icra takip dosyalarının" getirtilip incelenmesi, toplanan deliller birlikte değerlendirilerek varılacak sonuca göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde karar verilmesi…"*(www.kazancı.com Erişim Tarihi:06.01.2017)

[1016] **Yargıtay 11. CD E: 2002/546 K: 2002/1271 T:14.2.2002** *"…Sanığın sürekli ticari ilişkide bulunduğu müşteki ile dikilip yurt dışına göndermek üzere anlaştığı ve bedelini tahsil ettiği giysileri göndermediği gibi, aldığı paralar da iade etmediği şeklindeki iddianın hukuki uyuşmazlık olarak ortaya çıktığı ve eylemde inancı kötüye kullanmak suçunun yasal unsurları itibariyle oluşmadığı gözetilmeden beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi...,"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:06.01.2017)

arz etmemesi nedeniyle iş bu nitelikli halden cezalandırma yapılamayacağına hükmetmiştir.[1017]

b. Meslek ve Sanat İlişkisinin Gereği Olarak Malın Teslim Edilmiş Olması

"*Meslek ve sanat*" kişinin geçimini sağlamak için devamlılık arz eder biçimde yaptığı iştir.[1018] Serbestçe yapılan ve bireylerin belli bir hizmeti satın almak için başvurdukları iş alanıdır. Terzilik, berberlik, emlakçılık, reklamcılık, kuru temizlemecilik gibi alanlar meslek ve sanat alanıdır. Bu meslek ve sanatın geçiminin temini için para kazanmak amaçlı yapılması gerekir. Failin kendisinin yaptığı işi hobi amaçlı yapması, esas meslek ve sanatının eşyanın teslim amacının dışında farklı bir alan olması halinde bu suç oluşmayacaktır.[1019] Aynı şekilde burada önemli olan meslek ve sanat ilişkisinin gereği faile malın teslimidir. Mağdurun bir meslek veya sanat sahibi olması ve bu meslek ve sanatının gereği olarak sıradan bir kimselere eşyayı tevdii ve bunlardan birinin bu suçu işlemesi halinde tek başına bu nitelikli halin oluşması beklenemez.[1020] Bunun yanında failin meslek ve sanatı sürekli olarak

---

[1017] **Yargıtay 15. CD., E: 2017/4044 K: 2019/835 T: 18.2.2019** *"...Katılan .... ile çiftçilik yapan sanık arasında 06/12/2007 tarihinde Konya 2. Noterliğinde düzenleme şeklinde finansal kiralama sözleşmesini akdettiği, sözleşme ile sanık ...'a bir adet Valtra marka kepçeli traktör kiralandığı ve aracın kendisine tevdi ve teslim edildiği, sanığın yükümlülüklerini yerine getirmemesi neticesinde katılan şirket tarafından 14/01/2009 tarihinde Beşiktaş 5. Noterliği aracılığıyla borçlarını ödemesi, ödememesi halinde sözleşmeni feshedileceğine dair ihtarname çekildiği, buna rağmen sanığın malı ve kira bedelini iade etmediği, bu şekilde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediği iddia olunan olayda;... Suç tarihinde yürürlükte bulunan mülga 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunundaki sözleşmeden ... davaların ticari dava niteliğinde bulunduğu yönündeki 31. madde hükmüne benzer bir düzenlemenin inceleme tarihinde yürürlükte bulunan 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nda yer almaması ve finansal kiralama sözleşmesinin tarafı konumunda bulunan sanığın kira konusu kepçeli traktörü ticari bir işletmenin faaliyetleri çerçevesinde kiralamamış olduğunun anlaşılması karşısında; 02.12.2016 tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile değişik 5271 sayılı Kanun'un 253. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenleme de nazara alınarak sanığın eyleminin, 5237 sayılı TCK'nın 155/1. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu halde yazılı şekilde TCK'nın 155/2 maddesi gereğince mahkûmiyet hükmünün tesisi..."*(www.lexpera.com Erişim Tarihi:16.04.2019)

[1018] **PARLAR- HATİPOĞLU**s. 2486; **YAŞAR- GÖKCAN- ARTUÇ**, s. 5021

[1019] **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 423; **BULUTOĞLU**, s. 155

[1020] **Yargıtay 15.CD E: 2012/15651 K: 2014/7872 T: 22.4.2014** *"...Katılana ait rent a car şirketinden bir günlüğüne araç kiralayan sanığın, kira süresi sonunda aracı teslim etmediği, aracın hasarlı olarak Bodrum ilçesinde bulunduğu olayda; suça konu aracın sanığa ifa ettiği meslek ya da hizmet dolayısıyla tevdi edilmemiş olması nedeniyle eyleminin, 5237 sayılı TCK'nın 155/1. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde TCK'nın 155/2. maddesi gereğince hüküm kurulması..."*(www.kazanci.com Erişim Tarihi:06.01.2015) Öte yandan belirtmek isteriz ki dolandırıcılık suçunda da iki ayrı bu suçun nitelikli hallerine benzer karıştırılabilecek nitelikli hal düzenlenmiştir. Bunlardan biri TCK m. 158/1- *"i) Serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle"* dolandırıcılık suçunun işlenmesidir. TCK m. 158/1- i ile TCK m. 155/2'yi ayıran en önemli özellik failin başlangıçta dolandırma niyeti yani zilyetliğin teslimi esnasında dolandırma niyeti taşıyıp

yapmasında karşın mağdur ile ilişkisinin sürekli değil de geçici bir mahiyet arz etmesi suçun oluşmasına engel değildir.[1021] Ancak bu meslek ve sanat sahipleri ile ilgili olarak kanun vs. mevzuat varsa bu konuda bu meslek sanat grubuna ilişkin bir görev yükümlülüğün bulunup bulunmadığı yolunda hâkimin araştırma yapması da bir gerekliliktir. Örneğin bir işverene ait SGK primlerinin yatırılmasına ilişkin ilgili kanun ve mevzuatlarda serbest muhasebeciye verilmiş bir görev bulunmamakla, bir serbest muhasebeciye müşteri tarafından SGK primlerini yatırmak üzere teslim

---

taşımaması üstünedir. Örnek olarak bir servise pahalı bir makinenin onarım için teslimi ve tamir parasının ödenmesine karşın servisin bu konudaki sözleşmeyi inkâr etmesi makineyi zimmetine geçirmesi veya bir başka kimseye satması alınan parayı da iade etmemesi halinde TCK m. 155/2'deki güveni kötüye kullanma suçu söz konusu olabilecektir. Buna karşın yetkili servis olmadığı halde kendine yetkili servis süsü veren bir özel servisin veya kişinin bu hile ile zilyetlik devrini sağlayıp suça konu hareketleri gerçekleştirmesi halinde dolandırıcılık suçunun iş bu nitelikli halinden cezalandırma yapılabilecektir. Zira ortada daha zilyetlik devrinde başlangıçta dolandırma niyetine işaret eden esaslı bir hile bulunmaktadır. Zilyetlik devri hile ile mağdurun iradesi sakatlanarak yapılmıştır. Diğeri ise TCK m. 158/1- *"h) Tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında"* dolandırıcılık suçunun işlenmesidir. Burada ise temel ayrım fail olan şirket, kooperatif yöneticisi veya yetkilisinin hileli harekete konu eyleminin yetkilerini elde ettiği esnada mı yoksa sonra mı yapıldığı, hileli hareketin ticari faaliyet esnasında yapıp yapılmadığı ve kime/kimlere bu hareketlerin yöneltildiği üstüne toplanmaktadır. Örneğin bir şirkette çalışan yetkili müdür şirket malları üzerindeki tasarruf yetkisini sahte diploma vs. ile tüzel kişilik yöneticilerini yanıltarak elde etmişse gerçekte müdürlük yapabilecek özelliklere sahip değilse veya hileli hareketlerle tasarruf yetkisine sahip olmadığı şirket ortaklarının veya şirketin malları üzerinde tasarrufta bulunmuşsa duruma göre TCK m. 157'deki dolandırıcılık suçu veya varsa m. 158'deki diğer nitelikli hallerden dolayı cezalandırılacaktır. **Yargıtay 15. CD E. 2015/2757 K. 2018/870 T. 13.2.2018** *"**TCK'nın 158/1-h maddesinde yer alan suçun oluşabilmesi için**, öncelikle bir şirketin olması, failin ise o şirketin yöneticisi veya şirket adına hareket etmeye yetkili temsilcisi, şirket müdürü olması ve suçun, şirketin faaliyeti sırasında ve **yine bu faaliyetle ilgili olarak üçüncü kişilere karşı işlenmesinin gerektiği dikkate alınarak**, dosya kapsamında bulunan faturanın da sanık adına düzenlenmemiş olduğunun da anlaşılması karşısında; sanığın tacir veya ticari şirket yöneticisi olup olmadığının araştırılıp, ilgili belgelerin dosyaya konulmasından sonra, eylemin nitelikli dolandırıcılık kapsamında kalıp kalmadığının karar yerinde tartışılması gerektiği, sanığın eyleminin ticari faaliyet kapsamında olmadığının tespit edilmesi halinde ise sanığa atfedilen eylemin TCK'nın 157/1 maddesinde belirtilen basit dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözetilmeden, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması,…"* **Yargıtay 15. CD E. 2015/1387 K. 2018/933 T. 13.2.2018** *"**TCK'nın 158/1-h maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için**, tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin dolandırıcılık suçunu ticari faaliyetleri sırasında işlemiş olmalarının gerekmesi, **şirket ortaklarının kendi aralarındaki ihtilafların bu suçu oluşturmayacağı, somut olayda ise şirket ortağı olan sanıkların sahte imzalar ve hileli hareketlerle yine şirket ortağı olan katılanlara karşı haksız menfaat temin ettiklerinin belirlenmesi karşısında**, sanıkların üzerlerine atılı eylemlerinin TCK'nın 157/1 maddesinde düzenlenen dolandırıcılık ve 207/1 maddesinde düzenlenen özel belgede sahtecilik suçunu oluşturduğu anlaşılmakla…"* (Kararlar için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihleri:26.05.2018) Buna karşın zilyetlik devri herhangi bir hileli hareket olmadan hukuka uygun olarak yapılmış sonrasında başkası için zilyet olan iş bu yetkili genel müdür şirket ortaklarına veya şirkete karşı hileli hareketlerle tasarrufa yetkili olduğu şirkete ortaklara ait malların bir kısmını zimmetine geçirme suretiyle hukuka aykırı bir tasarrufta bulunmuşsa bu durumda TCK m. 155/2'deki hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma yapılacaktır. Eğer bu müdür şirket yetkilisi olmasına karşın sahte çek keşide etmek suretiyle şirketi aracı kılarak şirketin bir müşterisinden kısacası üçüncü bir kişiden haksız menfaat temin etmişse bu durumda ise TCK m. 158/1-h'deki dolandırıcılık suçunun nitelikli halinden cezalandırma yapılacaktır.

[1021] **YAŞAR- GÖKCAN- ARTUÇ**, Açıklamalı Yorumlu Türk Ceza Kanunu, s. 5021

edilen paranın farklı amaçlarla kullanılması halinde iş bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.[1022]

Bunun dışında kanımızca bu madde aynı zamanda eser sözleşmesi kapsamında yapılan işleri de güvence altına almaktadır. Eser sözleşmesi özel hukukta TBK'nın 470. maddesi kapsamında düzenlenmiş bir sözleşme türüdür. Bu maddeye göre "eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." Bu sözleşmenin aşağıda inceleyeceğimiz hizmet sözleşmesinden farkı ise burada sürekli değil, geçici bir iş ilişkisinin mevcut olması; süreye değil, bir eser meydana getirmeye bağlı bir durumun söz konusu olması; aynı şekilde eseri meydana getirme niyeti taşıyan yüklenicinin işverene bir hiyerarşik bağımlılığının bulunmamasıdır. Bunun dışında eser sözleşmelerinin pek çok halinde yapımı üstlenen yüklenici o eserin ortaya çıkarılmasına ilişkin belli bir uzmanlığa bir mesleki sanatsal yeterliliğe sahip olması bir gerekliliktir. Bu durumda bir araziye arazi sahibinin verdiği malzeme veya para ile bir bina yapacağını taahhüt eden bir yüklenici (müteahhit) ile bir elbisenin onarılmasını taahhüt eden bir terzinin yaptığı işler özel hukuktaki eser sözleşmesinin

---

[1022] **Yargıtay 23. CD E: 2015/3679 K: 2016/105 T: 12.1.2016** *"Sanık hakkında hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçundan kurulan hükmün yapılan incelemesinde; 1-Serbest muhasebecilerin 3568 Sayılı Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirlik Kanunu'nun 2/A maddesinde belirtilen görevleri arasında SSK primlerinin yatırılması gibi bir görevlerinin olmadığı, ayrıca Türkiye Serbest Muhasebeciler Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliğinin Mecburi Meslek Kararları'na dair 26.01.1996 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 1996/1 Sayılı genelgesinin 1. maddesinde yer alan "meslek mensupları, müşteri adına üçüncü kişilere ödeme yapmak üzere her ne isim altında olursa olsun mali değerler alamazlar" şeklindeki hükmüne göre; sanığın, SSK prim borcunu yatırmak üzere katılandan aldığı parayı söz konusu kuruma yatırmayarak özel işlerinde kullandığının iddia ve kabul olunması karşısında, eyleminin görevi ile ilgisinin bulunmayıp sübutu halinde şikâyete tabi olan 5237 Sayılı TCK'nın 155/1. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:18.07.2016) Aynı yönde **Yargıtay 15. CD., E: 2019/598 K: 2019/638 T: 12.2.2019** (www.lexpera.com Erişim Tarihi: 29.04.2019) Öte yandan Yargıtay 15. CD., E: 2017/38170 K: 2019/828 T: 18.2.2019 sayılı bir kararında *"...Dairemizin 12/10/2015 tarih ve 2014/3635 Esas, 2015/29820 Karar sayılı ilamında her ne kadar sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 155/1 maddesinde tanımını bulan güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu, yine sanığın her bir eyleminin ayrı ayrı suç oluşturup, uygulama alanı bulmayan TCK'nın 43/1 maddesi yönünden bozulmasına karar verilmiş ise de; polis memuru olan sanığın kendi görevi dahilinde olmamasına rağmen "silah ruhsat harcını Maliye'ye yatıracağım" diyerek katılanlar ve şikayetçilerden aldığı paraları Maliye'ye yatırmayarak, kendi uhdesinde tutma şeklinde gerçekleşen eylemin, 5237 sayılı TCK'nın 257/1 maddesinde belirtilen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, suç vasfının tayininde hataya düşülerek, sanık hakkında TCK'nın 155/1 maddesi uyarınca güveni kötüye kullanma suçundan hüküm tesisi,.."* şeklinde bir karar vermiştir. (www.lexpera.com Erişim Tarihi: 29.04.2019) Yargıtay'ın bu kararına katılma imkanımız bulunmamaktadır. Eğer bahse konu polis memuru iş bu harcı uhdesinde tutmayıp Maliye'ye yatırmış olsaydı görevi kötüye kullanma suçunun varlığı kamu görevlisi olması sebebiyle düşünülebilirdi. Ancak burada bahse konu para tutulmuş ve mağdurlara geri verilmemiş olmakla kanaatimizce burada güveni kötüye kullanma suçunun temel şeklinden hüküm kurulmalıdır.

konusuna girmektedir. Bu durumda yüklenicinin, müşterisinin verdiği parayı malzemeyi taahhüt edilen eser dışında bir yerde kullanması, terzinin onarım için bırakılan elbiseyi geri vermemesi halinde bu madde kapsamındaki nitelikli hal oluşacaktır.

Bununla birlikte bir avukatın vekâlet görevi sebebiyle kendisine tevdii edilmiş eşyada bu görevini kötüye kullanarak hukuka aykırı olarak tasarrufu ile ilgili durum tartışmalıdır. Bir görüşe göre avukatın görevi sebebiyle hukuka aykırı tasarrufları kamu görevlisi olmasına binaen zimmet suçunu teşkil edecektir. Yine TCK'nın 6/1-c maddesi kamu görevlisini tanımlamış olmakla bu madde 2009'da yürürlüğe girmiştir, TCK'nın 5. maddesindeki hüküm gereği [1023] Avukatlık Kanunu kapsamındaki avukatlara da bu hüküm uygulanmalı görüşündedir. [1024]

Bu görüşe karşı diğer görüş avukatların kamu görevlisi olarak kamusal faaliyette her zaman bulunmadıkları, Avukatlık Kanunu'nun 1. ve 2. maddesinde avukatlık mesleğinin bir serbest meslek olduğunu belirtmekle avukatların görevini kötüye kullanarak hukuka aykırı tasarruflarının zimmet suçundan cezalandırılamayacağını öne sürmektedir. Yine bu görüşe göre TCK m.6/1-c'deki kamu görevlisine ilişkin tanım Avukatlık Kanunu m. 62'yi, TCK m.5 delaletiyle zimnen yürürlükten kaldırmamaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesi avukatın sadece görevi kamu görevlilerine ilişkin TCK m. 257'deki görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılacağından bahsetmektedir. [1025] Bu madde 2008 yılında değişikliğe uğramış ve 5237 sayılı TCK'ya atıf yaptığı madde uyarlanmıştır. Ancak maddenin temel yapısı aynı tutulmuştur. Neticede yasa koyucu avukatlar açısından zimmet suçundan cezalandırma öngörse bu maddeye koyacağı hükümle avukatın kamu görevlisi gibi cezalandırılabileceğine hükmederdi veya TCK m. 257 yanında m. 247 (zimmet suçuna da) bilahare atıf yapardı. Ceza hukuku bağlamında kıyasa varacak yorum yapılamaz yapılırsada bu kanunilik ilkesine aykırıdır. Diğer taraftan avukatın mesleği gereği bir hiyerarişiye tabii olmaması ve kazançlarının kamu

---

[1023] TCK m. 5: *"Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır"*

[1024] Aynı görüşte **YAŞAR- GÖKCAN- ARTUÇ**, s. 5022; Ayrıca Hasan Tahsin GÖKCAN, Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı: 2, (2009), s. 151- 156

[1025] 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı kanunla değişik Avukatlık Kanunu 62.madde "*Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesi hükümlerine göre cezalandırılır."*

tarafından karşılanması gereği açıktır. Yargı bağımsızlığı da bunu gerektirir aynı şekilde hâkim ve savcınında kamu görevlisi olarak addedilmemesi gerekir. Bu sebeple avukatın görev ve yetkisini kötüye kullanması neticesi hukuka aykırı tasarruflarında zimmet suçundan cezalandırılma yapılması gerektiği görüşünü savunmaktadır.[1026]

Bu konuda Yargıtay daireleri arasında da uzun bir süre tam bir görüş birliği tam olarak bulunmamıştır. Yargıtay'ın bir kısım daireleri avukatın görevinden kaynaklı hukuka aykırı zimmet değil, güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini oluşturduğunu düşünmüştür.[1027] Buna karşın Yargıtay 5. Ceza Dairesi son kararlarında TCK'nın 6/1-c maddesindeki kamu görevlisi tanımına avukatın gireceği ve TCK'nın 5.maddesinin zımnen Avukatlık Kanunu'nun 62.maddesini ilga

[1026] Bu görüş için bkz. **ÖZBEK- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku- Özel Hükümler, s. 1035-1039; **Ersan ŞEN**, Hakim, Savcı ve Avukat; Memur veya Kamu Görevlisi midir?, Hukuki Haber internet sitesindeki 24.10.2013 tarihli yazısı bkz. http://www.hukukihaber.net/hakim-savci-ve-avukat-memur-veya-kamu-gorevlisi-midir-makale,3235.html yine aynı yazarın kendi sitesindeki 14.07.2015 tarihli Zimmet Suçu Ek Açıklama başlıklı açıklaması http://sen.av.tr/tr/makale-detay/169/zimmet_su%C3%A7u_ek_a%C3%A7%C4% B1klama.html (Erişim Tarihleri:15.08.2017)

[1027] **Yargıtay 15.CD E: 2012/3556 K: 2012/35328 T: 19.4.2012** *"...Somut olayda; Çorum barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan sanığın, 18.09.2003 tarihinde katılandan aldığı vekâlete dayalı olarak Çampınar Toprak Sanayi A.Ş. hakkında 345.000.000 TL alacak için Çorum İcra Müdürlüğünün 1996/445 esas numaralı dosyasında icra takibi yürüttüğü, bu kapsamda 12.04.2004 ile 30.09.2004 tarihleri arasında borçludan haricen tahsil ettiği 1200 TL parayı müvekkili katılana vermeyerek uhdesinde tutmak suretiyle gelişen olaylara dair olarak, mahkemenin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanmak suçunun oluştuğuna yönelik kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir..."*(www.kazanci.com Erişim Tarihi:29.01.2016) **Yargıtay 15. CD E: 2013/25163 K: 2016/1673 T: 16.2.2016** *". Sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 155/2. maddesi gereğince hüküm kurulurken hapis cezası ile birlikte adli para cezasına da hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden sadece hapis cezasına hükmedilmesi suretiyle eksik ceza tayin edilmesi, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. Sanığın vekâletname ve ücret almasına rağmen katılanın eşi .... vefat ettiği trafik kazası sebebiyle kusurlu .... aleyhine tazminat davası açmadığı, aynı zamanda bedelini almasına rağmen kusurlu ... sanık olarak yargılandığı ve şikayetçinin de o dosyada müşteki bulunduğu, ...Esas sayılı dosyada 12.12.2007, 30.1.2008, 11.6.2008, 18.9.2008, 28.11.2008, 21.1.2009, 11.3.2009, 1.4.2009 ve 15.4.2009 tarihli celselerine mazereti olmaksızın katılmadığı, yine aynı kazada maktulün kullandığı motosikleti teslim almasına rağmen bu motosikleti katılana teslim etmediği, ayrıca kaza sebebiyle sigorta şirketinden haricen tahsil ettiği ve maktul ... ölümünden dolayı tazminat bedeli olan 56.050.00 TL'nin müvekkili olan katılana ödemesi gerekirken bu ödemeyi de yapmadığı, sanığın bu şekilde üzerine atılı suçları işlediğinin iddia edildiği olayda, tüm dosya kapsamına göre sanığın atılı suçları işlediği anlaşılmakla hakkında verilen mahkûmiyet hükümlerinde bir isabetsizlik görülmemiştir." ..."* (www.kazanci.com erişim Tarhi:29.01.2016) **Yargıtay 5. CD E: 2014/2233 K: 2016/3901 T: 13.4.2016** *"... Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan sanığın müşteki ...'nun vekili sıfatıyla ... İcra Müdürlüğü'nün 2007/2651 Sayılı dosyası üzerinden yürüttüğü takipte icra dosyasından reddiyat makbuzu karşılığı 6.734 TL tahsil ettiği halde, müştekiye vermeyerek uhdesinde tutmak şeklindeki eyleminin suç tarihi ve görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği TCK'nın 257. maddesinin genel, tali ve tamamlayıcı bir hüküm olup kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması ile oluşacağı gözetildiğinde; TCK'nın 155/2. maddesinde düzenlenen hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı nazara alınmadan, dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyetine karar verilmesi,.."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:17.01.2017)

ettiğinden bahisle avukatın görevi nedeniyle hukuka aykırı tasarruflarını güveni kötüye kullanma değil zimmet suçundan cezalandırma yoluna gitmiştir.Son dönemde Yargıtay 23.CD si de içtihatlarıyla 5.CD lehine görüş beyan etmekle artık zimmet suçundan ceza verme yönünde görüş ağırlık kazanmıştır.[1028] Oysa bu konuda eski

[1028] **Yargıtay 5. CD. E: 2012/11197 K: 2013/6909 T:20.06.2013** *"...Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü:Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,Ancak;5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" denilmek suretiyle de "kamu görevlisi"nin tanımı yapıldığı, maddenin gerekçesinde de "...kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır." dendikten sonra kamusal faaliyetin de; "Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir" şeklinde tanımlandığı, Yargıtay CGK'nın 12/04/2011 gün 2010/9-258 Esas, 2011/46 sayılı Kararına göre de, "5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki "kamu görevlisi" tanımında yer alan "katılan kişi" ibaresi ile, madde gerekçesinde yer alan "kamusal faaliyet" açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Yasası uygulamasında "kamu görevlisi", yapılan faaliyetin de "kamusal faaliyet" sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir." denildiği, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, 76/1 ve 109/1-2. maddelerindeki baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğuna ilişkin hükümler ile 5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; avukatların 1136 sayılı Kanunun 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığı,5237 sayılı TCK'nın "Özel kanunlarla ilişki" başlıklı 5. maddesinde; "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" hükmünün yer aldığı, maddenin gerekçesinde; "Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu Kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir" denilmek suretiyle yasa koyucunun amacının ortaya konulduğu, TCK'nın 5. maddesinin 01/01/2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle anılan Kanunun genel hükümlerine aykırı olan sınırlayıcı nitelikteki Avukatlık Yasanın 62. maddesinin de özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçları açısından zımnen ilga edilmiş sayılmasının gerektiği ve TCK'nın 247. maddesine göre zimmete geçirilen malın devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı, Dosya içerisinde bulunan PTT havale belgeleri, katılan ve tanık beyanları ile; avukat olan sanığın müvekkili olan katılan adına borçludan 15.500 lira tahsil ettiği, ancak bu paranın 7.700 lirasını katılana ödemeyerek mal edindiğinin sabit olması ve eylemin ancak beyanlar ve belgelerle ortaya çıkartılması karşısında, sanığın oluşa uygun olarak sübutu kabul edilen eyleminin nitelikli zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..."* Yine aynı yönde **Yargıtay 5. CD. E: 2012/12948 K: 2014/377 T:14.01.2014** sayılı ilamı (Bu iki karar içinde bkz. www.kararara.com Erişim Tarihi:15.08.2017)**Yargıtay 23. CD., E. 2015/11009 K. 2016/10967 T. 21.12.2016** *"İncelenen dosya içeriğine göre; Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 02.05.2014 tarihli, 2013/170 Esas, 2014/4862 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere; 01.01.2009 tarihinden sonra avukatların vekalet görevi kapsamında tahsil ettikleri paraları müvekkillerine ödememek şeklinde gerçekleşen eylemlerinin güveni kötüye kullanma suçunu değil TCK'nın 247. maddesinde yazılı zimmet suçunu oluşturacağının anlaşılmış olması karşısında İddianamedeki anlatım, nitelendirme ve Yargıtay Kanunu'nun 6545*

yargı kararlarına bakılırsa 765 sayılı TCK zamanında hem Danıştay hem de Yargıtay'ın avukatın kamu görevlisi olmadığına dair kararları bulunmaktadır.[1029] Hatta şimdiki TCK zamanında Danıştay 8. Daire E: 2012/11333 T: 16.7.2013 tarihli kararında da avukatın açıkça kamu görevlisi olmadığını belirtmiştir.[1030] Kanaatimizce Yargıtay 5.CD'sinin[1031] TCK'nın 5.maddesi hükmünü Avukatlık Kanunu'nun 62.maddesinin zımnen ilga edildiği yönündeki düşüncesinin kabulüne olanak bulunmamaktadır. Zira TCK, 2005 yılında yürürlüğe girmişken Avukatlık Kanunu'nun ilgili maddesi 2008 yılında değişikliğe uğramıştır. Kaldı ki TCK'nın 5. maddesi Avukatlık Kanunu'nun 62.maddesi ile aynı kuvvette olup TCK'da, Avukatlık Kanunu'da birer kanundur. Bu bağlamda ne yazık ki TCK'nın 5. maddesi bir dilekten öteye gitmemektedir.[1032] Kanun koyucu eğer TCK genel hükümlerinin

---

sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 14. maddesi gereğince temyiz incelemesi Yüksek (5.) Ceza Dairesi'nin görevi dahilinde olduğundan Dairemizin GÖREVSİZLİĞİNE, 21/12/2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi." Ayrıca bkz. **Yargıtay 23. CD., E. 2015/8750 K. 2016/7435 T. 8.6.2016** (Her iki karar için bkz. https:\\www.lexpera.com ((Erişim Tarihi. 05.01.2019)) Öte yandan **Yargıtay Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu E. 2018/272 K. 2018/334 T. 28.12.2018** sayılı ilamında Avukatın taksirle ihmal yoluyla bu fiili işlemesi halinde ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırma yapılması gerektiğini bu hususta Yargıtay 5.CD'sinin görevli olduğunu belirtmektedir. (Bkz. https:\\www.lexpera.com Erişim Tarihi: 20.01.2019)

[1029] **Yargıtay HGK E: 1980/4-1714 K: 1983/803 T: 14.9.1983** *"...Bu arada kamu görevlisi deyimi üzerinde de kısaca durulmasında fayda mütalaa edilmektedir. Türk İdare Hukukunda baskın ve yaygın görüş, bu deyimin iki ana unsuru içerdiğidir. Bunlardan birincisi görevlinin bir kamu hizmetini yüklenmesi, ikincisi ise bu görev karşılığı Devlet bütçesinden maaş, ücret, ödenek vs. gibi her ne nam altında olursa olsun görevliye bir maddi meblağın tahsis edilmesidir. İşte bu yüzdendir ki avukatlar ve başkaca hizmet grupları aslında bir kamu hizmeti yaptıkları halde bu hizmetlerinin maddi karşılığı Devlet bütçesinden karşılanmadığı için birer kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedirler…"*
Danıştay 8.Daire E: 1993/121 K: 1993/2187 T: 26.5.1993 *"...1136 sayılı Avukatlık Yasasının 1.maddesinde Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir şeklinde tanımlanmıştır.Anılan yasa kuralından anlaşılacağı üzere avukatlık mesleği bir kamu hizmeti olmakla beraber serbest bir meslek olduğundan avukatların memurlar gibi kamu görevlisi olarak kabulüne olanak yoktur.Bu durumda davacıya verilen ceza 3817 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Displin Cezalarının Affi Hakkındaki Yasa kapsamında bulunmamaktadır.Açıklanan nedenlerle İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verildi…"* Benzer şekilde **Danıştay 8. Daire E: 1993/177 K: 1994/306 T: 27.1.1994; Danıştay 10. Daire E: 1995/7280 K: 1997/6040 T: 22.12.1997** (Kararlar için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi: 02.10.2017) Ayrıca bkz. **Burcu DEMRAN DÖNMEZ**, Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 97, (2011), s. 109- 111

[1030] **Danıştay 8. Daire E: 2012/11333 T: 16.7.2013** *"...Yukarıda yer verilen kurallarda da belirlendiği şekli ile avukatlık, sunulan hizmet açısından bir kamu hizmeti; mesleki faaliyet olarak ise bir serbest meslektir. Bu bakımdan; mesleğin kendine özgü kuralları bulunduğundan, avukatlar Anayasada yapılan kamu görevlisi tanımı içindede değerlendirilmemektedir. Bir düzenleyici işlemin hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu üst hukuk normlarında düzenlenen konuları, genel ve objektif kuralları açıkça içermesi gerekmektedir. Üst hukuk normlarında açık bir düzenlemeye yer verilmediği durumlarda bir hakkın kullanımının engellenmesi ya da kısıtlanması sonucunu doğuran bir başka düzenleme yaplması hukuken mümkün değildir…"* (Karar için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi: 02.10.2017)

[1031] Yargıtay 5.CD kararları için bkz. yukardaki 1018 nolu dipnot

[1032] Bu konudaki görüşler ve bu maddenin yetersizliğine ilişkin bkz. **Aras TÜRAY**, 5237 Sayılı TCK'nun 5.Maddesine İlişkin Bir İnceleme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan, Cilt:19 Sayı:2, (2013), s. 1735- 1736 Yine 5.maddeye aykırı düzenlemeler bulunan özel ceza kanunları bulunmaktadır. Örneğin bkz. Askeri Ceza Kanunu'nun ek-8.maddesi

bütün ceza kanunlarında ve özel kanunların ceza hükümlerinde gözetilmesini hedefliyorsa bunu koyacağı yer Anayasa olmalıdır. Bu sebeple kanaatimiz Avukatlık Kanunu'nun 1.,2. ve 62. maddesi doğrultusunda avukatların görevleriyle ilgili hukuka aykırı tasarruflarında zimmet değil, güveni kötüye kullanma suçundan işlem yapılacağını ileri süren ikinci görüş doğrultusundadır. Ancak belirttiğimiz şekilde ne yazık ki Yargıtay'ın artık bu avukatların bu türden fiillerini zimmet suçundan cezalandırma görüşü ağırlık kazanır hale gelmiştir.

c. Hizmet İlişkisinin Gereği Olarak Malın Teslim Edilmiş Olması

Kanunun burada ifade etmek isteği "*hizmet ilişkisi*" terimi; hizmet sözleşmesi ile fail ve mağdur veya suçtan zarar gören arasındaki bağlılığı ifade etmektedir. [1033]

Bu sebeple konumuzla ilişkili olan özel hukuktaki hizmet akdini incelememiz gerekir. Hizmet akdi, TBK'nın 393. maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır. *"Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir."* 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesi *"iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir"* diye hizmet sözleşmesini tanımlamaktadır.

Bu tanımlardan hareket edilirse; özel hukuk anlamında hizmet sözleşmesi:

- işçinin bir süre işverene bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet görmesi veya görmeyi vaad etmesi[1034],
- hizmet görülmesi veya hizmet edimi vaadinde bulunulmasının belli bir ücret karşılığında yapılması,

---

[1033] **YAŞAR- GÖKCAN- ARTUÇ**, s. 5022 *"...Hizmet ilişkisi ise hizmeti yapanla yaptıran arasında Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde tanımlanan ilişkinin olmasını ifade eder..."*

[1034] Yargıtay CGK, E: 1984/9-212, K: 1984/414, T: 03.12.1984 kararında hizmet ilişkisinde süreklilik olmasını şart koşmaktaydı. Ancak Yargıtay CGK. 25.11.1997 tarih ve 1997/11-224-264 tarihli kararında hizmet ilişkisinin daimî olması yönündeki içtihadından dönmüştür. (Karar için bkz. **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 423) Kanaatimiz çağrı üzerine çalışma gibi çalışma şekilleri karşısında bu sürekliliğin uzun süreli bir süreklilik şeklinde değerlendirilmemesi gerektiği yönündedir.

- tarafların anlaşması veya bir karşılık ödenmesine yol açacak (kanuna uygun ahlak ve adaba aykırı olmayan) hizmet ilişkisinin varlığı[1035]unsurlarından oluşmaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçu açısından ise, hizmet akdinin nasıl ve ne şekilde olması gerektiği konusunda Yargıtay'ın, ayrıca hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçu arasında farkında tartışıldığı, 06.02. 1996 tarihli CGK Kararı bulunmaktadır. Bu karara göre iş bu güveni kötüye kullanma suçundaki nitelikli hal (765 sayılı TCK m. 510) ancak

- "faile iş veya hizmet ilişkisi gereği mal teslim edilmişse[1036];
- bu hizmet veya iş ilişkisi iradi olarak kurulmuşsa,
- ilgili eşya faile sürekli olarak ve tüm sorumluluğu ona ait olmak üzere teslim edilmişse[1037] (özel bir teslim söz konusuysa)" uygulanabilecektir.

[1035] **YAVUZ**, s. 385-386

[1036] **Yargıtay 15.CD E: 2013/24953 K: 2016/1905 T: 22.2.2016** *"Katılanın, sanığa ait işyerinde bekçi olarak görev yaptığı sırada kendisine muhafaza için teslim edilen trafoyu başkasına satıp parasını uhdesinde tutmak suretiyle hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, sanık, katılan ve tanık beyanları ile dosya kapsamına göre, suçun sanık tarafından işlendiği sabit olmakla bu gerekçelere dayanan mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamıştır…"(*www.kazanci.com Erişim Tarihi:06.12.2015)

Yargıtay 15.CD E: 2013/16541 K: 2015/31160 T: 11.11.2015 *"…Sanığın .... plakalı aracın şoförü olduğu, Eskişehir B.... Lojistik firması çalışanları olan müştekilerden suç tarihinde İstanbul'a götürülmek üzere 24.940 kg Pınar süt ve meyve suyu yüklediği, sanığın söz konusu malları teslim etmesi gerekirken teslim etmediği, böylece sanığın hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği; sanık savunması, müşteki beyanları, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamı dikkate alınarak eylemin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna dair kabulde aşağıda belirtilenler dışında bir isabetsizlik görülmemiştir…."(www.kazanci.com Erişim Tarihi:06.12.2015)*

Yargıtay 23. CD E: 2015/4300 K: 2015/7979 T: 10.12.2015 *"…Sanık savunmasına, katılan beyanına, temyiz dışı sanık O... G.... ile tanık F... A..'un anlatımları ile tüm dosya kapsamına göre; katılan G. B. ile katılan tarafından kendisine teslim olunan temizlik malzemelerinin satışını yapıp, tahsil edilen meblağ üzerinden %10 pirim almak üzere anlaşma yapan sanığın, yapılan satışlar neticesinde elde ettiği paranın kendi payına düşen kısmı dışındaki miktarını katılana ya da katılana ait şirket yetkililerine teslim etmeksizin uhdesinde tutması şeklindeki gerçekleşen eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 155/2. maddesinde karşılığını bulan "hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma" suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde 5237 sayılı TCK'nın 155/1. madde ve fıkra hükmünde karşılığını "güveni kötüye kullanma" suçundan hüküm kurulması,.."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:29.08.2015)

[1037] **Yargıtay 23. CD E: 2015/4300 K: 2015/7979 T: 10.12.2015** *"…Sanık savunmasına, katılan beyanına, temyiz dışı sanık O... G.... ile tanık F... A...'un anlatımları ile tüm dosya kapsamına göre; katılan G. B. ile katılan tarafından kendisine teslim olunan temizlik malzemelerinin satışını yapıp, tahsil edilen meblağ üzerinden %10 pirim almak üzere anlaşma yapan sanığın, yapılan satışlar neticesinde elde ettiği paranın kendi payına düşen kısmı dışındaki miktarını katılana ya da katılana ait şirket yetkililerine teslim etmeksizin uhdesinde tutması şeklindeki gerçekleşen eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 155/2. maddesinde karşılığını bulan "hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma" suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde 5237 sayılı TCK'nın 155/1. madde ve fıkra hükmünde*

Aksi takdirde bu nitelikli halin uygulanması söz konusu olmayacak, duruma göre güveni kötüye kullanma suçunun temel şeklinden veya hırsızlık suçundan işlem yapılacaktır.[1038] Bu durumda failin görev yaptığı yasal düzenleme ve akde bakılmalı, böyle bir görevinin olup olmadığının tespiti akabinde bu nitelikli hal uygulanmalı aksi durumda ise suçun basit şeklinin uygulanması söz konusu olmalıdır.[1039]

Diğer taraftan hizmetin bir ücret mukabili görülmesi gerekir. Hizmet ücretsiz olarak görülüyorsa, bu durumda Yargıtay işbu nitelikli halinde oluşmayacağı görüşündedir. [1040] Bununla birlikte hizmet ilişkisinin daimî ve ücretin zorunlu olmasına gerek bulunmadığında dair Yargıtay kararları ve görüşlere de rastlanmaktadır.[1041] Kanaatimizce burada hizmetin niteliğinin de gözetilmesi gerekir eğer hizmet ilişkisi niteliği icabı ücretsiz görülmesi esas olan ve/veya işin mahiyeti icabı geçici olarak görülmesi gerekli bir iş ise bu nitelikli halin uygulanması düşünülebilir.

---

karşılığını "güveni kötüye kullanma" suçundan hüküm kurulması,.." (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 29.08.2015)

[1038] **Yargıtay CGK, E: 1995/9-345, K: 1996/11, T: 06.02.1996, (Bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt:22, Sayı:7, Temmuz 1996 s. 1133- 1136)**; ayrıca bkz. **Filiz SAYAR**, Hırsızlık Suçu ve Yeni Türk Ceza Kanunu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 9 Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2008), s. 59, 60 ; **YAŞAR- GÖKCAN- ARTUÇ**, s. 5022

[1039] **Yargıtay 15. CD E: 2013/22293 K: 2016/551 T: 19.1.2016** *"...Sitenin aidatlarının toplanmasının, 25391 Sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde sayılan işler arasında yer almadığı anlaşıldığından, aynı maddenin (h) bendi uyarınca sanığa bu görevin sözleşme ile verilip verilmediği araştırılarak, böyle bir görev verilmiş olması halinde, sanığın kendisine tevdi ve teslim edilmiş olan siteye ait aidat bedelini şahsi borçları için kullanması şeklindeki eyleminin TCK'nın 155. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı, böyle bir görevin sözleşme ile de verilmemiş olması halinde ise, aynı maddenin 1. fıkrasında düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması..."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 03.12.2016)

Yargıtay 23.CD E: 2015/4244 K: 2015/7749 T: 8.12.2015 *"Oluşa, sanığın savunmalarına, katılanlar beyanına, görev yazısına, bilirkişi raporuna ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın işçi statüsünde çalıştığı katılan T.AŞ'ne ait lojmanların tahsisi ve teslimi ile ilgili işlemleri yapmak üzere görevlendirilmiş olması, lojmanlarda oturanlardan kira, elektrik, su ve sair ücretlerin tahsili ile ilgili kendisine herhangi bir yetki verilmemiş bulunması, katılan T.A.Ş. görevlisi olmayıp da kendisine lojman tahsis edilen kişilerin muhasebe birimine kendilerinin yatırması gereken kira ve diğer giderlere ilişkin paraları sanığa elden teslim etmeleri, sanığın da bu paraları muhasebe birimine intikal ettirmeyip uhdesinde tutması karşısında, sanığın eyleminin görevi ile ilgisinin bulunmayıp katılan T. A.Ş. haricinde her bir katılan ve şikayetçiye karşı ayrı ve zincirleme olarak 5237 sayılı TCK'nın 155/1. maddesinde düzenlenen basit güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden eylemin katılan T.A.Ş. karşı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması..."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:19.03.2016)

[1040] Yargıtay 4. CD 18.05.1945 3745/2674 (Karar için bkz. **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 424)

[1041] Yargıtay CGK 25.11.1997 11-224/264 Bu karar ve hizmet ilişkisinin daimi nitelikte ve ücretli olmasının gerekmediğine dair görüş için bkz. **MERAN**, Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma, s. 32

Bununla birlikte hizmet sözleşmesinin ve eşya tevdiinin bizzat işverenle yapılması da şart değildir.[1042] İşveren vekilinin veya işverenin vekil ettiği bir kimsenin bu tevdii yapması veya hizmet sözleşmesi dahilinde görevi sebebiyle işverence müşterilere ait para vs. evrağı teslim almakla işçinin yetkili kılınması halinde de bu nitelikli hal oluşabilir. Bununla birlikte işin niteliğinin işçinin bulunduğu konum ve mevkiin işçinin çalıştığı işveren adına müşterilerden eşya veya para, kıymetli evrak teslim almayı gerektirmesi de bu nitelikli halin oluşumu için yeterlidir.

Diğer yandan hizmet akdi iki taraflı bir sözleşme niteliğindedir. Bunun anlamı işçi kadar işverenin de işçisine karşı belli mükellefiyetleri yerine getirmesinin zorunlu olduğu hususudur. Eğer böyle bir durum olmasa yalnızca işçinin işverene karşı işlediği güveni kötüye kullanma suçu nitelikli hal olarak düşünülse herhalde kanunkoyucu iş bu madde de *"hizmet ilişkisi gereği…. tevdi ve edilmiş eşya"* deyimi yerine *"hizmet ilişkisi gereği işçiye… tevdi ve teslim edilmiş eşya"* terimini kullanırdı. Diğer deyimle bu nitelikli hal yalnızca işverenin altında çalışan işçiler için değil, kimi durumda işverene karşı da uygulanabilir.

Örneğin bir işveren işçisine ücretini zamanında ödeme mükellefiyetinin yanında ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumu'na (SGK) giriş kaydını bildirdiği çalıştırdığı işçilerin ödemeleri gereken primi maaşlarından keserek en geç bu kurumca belirlenecek günün sonuna kadar buraya yatırmakla yükümlüdür. (5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 88/1) İşverenin işçinin maaşından kestiği sigorta primlerini süresi içinde kasten kuruma yatırmaması halinde çeşitli idari para cezası ve özel hukuk yolları bu kanunda ve ilgili mevzuatta öngörülmektedir. (5510 sayılı kanun m. 89) Ancak kanımızca bu halde sadece özel hukuk ve idare hukuku açısından bir sorumluluk düşünülemez. Burada cezai manada bir güveni kötüye kullanma suçu da oluşmalıdır. Bu konuda bu suçtan cezalandırmaya dair Almanya, Avusturya CK'larında özel bir hüküm bulunmakla, bu türden hareketler bu ülkelerde güveni kötüye kullanma suçunun özel bir türü olarak düzenlenmiştir.[1043] Öte yandan aynen Türkiye gibi mağdur işçi yönünden bu konuda

---

[1042] **MERAN**, Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma, s. 32

[1043] "Alman CK m.266/a- *İşçinin ücretini ödememe ve ihtilas: İşveren işçinin maaşını ödeyip ödememesine bakmaksızın, işsizlik parası dahil olmak üzere, işçinin sigortaya ödemesi gereken yere göndermezse 5 yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır…"* (Bu maddenin türkçesi için bkz. **YENİSEY/PLAGEMANN**, , s. 389); Avusturya CK m. 153/c Alman CK m.266/a'ya göre daha

ceza kanunu içinde düzenleme bulunmayan İtalya'da bu suçtan cezalandırma yapılıp yapılmayacağı tartışma konusu olmuştur. En son **İtalyan Yargıtay'ı 20.10.2011 tarihli ve 37954 nolu bir içtihadı birleştirme kararı ile**[1044] bu suçun oluşmadığına hükmetmiştir. Gerekçesi ise özetle şöyledir. İşverenin işçisine bu primlerin mülkiyetini devretmemiştir, bu para hep işveren yedindedir. Dolayısıyla bu prim parasına işçi değil işveren maliktir. İşverenin fer'i zilyetlik (devralan olma) durumu söz konusu değildir. Bu sebeple işverenin durumu sadece kanunen öngörülen beklenen bir yükümlülüğü yerine getirmemek olarak değerlendirilmelidir.

İtalyan Yargıtay'ının bu görüşüne katılmamaktayız. Zira, zilyetlik için fiziki bir teslim şart değildir. Hükmen teslim denen bir olgu da mevcuttur. Ülkemizde mesela malullük ve yaşlılık sigortasında, çalışan işçinin prime esas kazancının %20'sine karşılık gelen primin, %11'i işverence ödenirken %9'u işçinin maaşından ödenirken kesilmektedir.[1045] Bu %11'lik kısım için İtalyan Yargıtay'ının dediği husus doğru olabilir. Ancak %9'luk kısım açısından değildir. Zira işveren işçinin ücretini verip, bu %9'luk primi işçinin primini ödediği maaşından düşüp yedinde tutmakla aynı zamanda bu paranın zilyedi konumuna (hükmen teslim ile/constitutum possesorium'la) gelmektedir. Bu zilyedi olduğu maaşının bir parçası olan primi kanunun emrettiği zamanda ilgili yere ödemeyerek de öngörülen kullanım amacına aykırı tasarruf gerçekleştirmektedir. SGK'nın işçinin primi üzerinde alacak hakkının

---

farklı kaleme alınmıştır. Burada suçun mağdurunun işçi değilde Sosyal Güvenlik Kurumu olduğu vurgusu yapılmıştır. Sosyal Sigorta İçin İşçi Keseneklerinden Yoksun Bırakma *"Her kim işveren olarak işçinin sosyal sigorta keseneklerinden bunun üzerinde hakkı olan sigorta kurumunu yoksun bırakırsa iki yıla kadar hapis ve para cezası ile cezalandırılır..." (*Bu maddenin Türkçe tercümesi için bkz. **WESSELS- HILLENKAMPF**, Avusturya Ceza Kanununda Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar (Çeviren: Gülsün Ayhan Aygörmez), s. 231)

[1044] **Corte di Cassazione penale, Sezioni Unite, 20.10.2011, no 37954** Bu kararın özeti için bkz. **TRIOLO**, s. 246 Öte yandan şunuda belirtmek gerekir ki İtalya'da 6 şubat 2016'da yürürlüğe giren 15 Ocak 2016 tarihli kanun hükmünde kararname ve bununla ilişkili 28 Nisan 2014 tarihli 67 nolu kanun, idareye karşı prim yatırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işvereni yatması gereken yatmayan yıllık primin 10.000-Euronun altında kalması halinde idari para cezası ile cezalandırmaktadır. Bu sınırın üstünde kalması halinde ise 3 yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırmaktadır. (ayrıca bkz. http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoLavoro/2016-07-19/omesso-versamento-ritenute-previdenziali-e-depenalizzazione-parziale-reato-113239.php Erişim Tarihi: 01.02.2018) Ancak burada suçun veya kabahatin esas mağduru idaredir. Oysaki bizim bahsettiğimiz güveni kötüye kullanma suçunda ise esas mağdur işçidir ve suç işçiye karşı işlendiğinden ayrı bir suç olarak değerlendirilip cezalandırma yapılması gerekir. Ancak İtalyan Yargıtay'ı belirttiğimiz nedenlerle bu suçun oluşmadığı düşüncesindedir. Buna karşın bu Yargıtay kararından eski **İsviçre Federal Mahkemesi (BGE) 94 IV 137 sayılı ve 16 Aralık 1968 tarihli kararında (Frey kararı)** İtalyan Yargıtay'ı ile aynı görüşü paylaşmayıp işçinin ücret kesintilerinin bu suça konu olabileceğini kabul etmektedir. Kanımızca 40 sene önceki İsviçre Federal Mahkemesi bile, bu yönden İtalyan Yargıtay'ından daha çağdaş bir düşünceye sahiptir. (Bu incelediğimiz karar için bkz. 693 nolu dipnot.)

[1045] Bkz. 5510 sayılı kanun m. 81

bulunması bu primin zilyedi olduğu anlamına gelmemekle, SGK hesaplarına girene kadar işçi kendi primi üstünde asli zilyet iken, işveren işçi adına fer'i zilyetdir. Bu durumda bu primi işçiye ödediği maaşından kesmesine rağmen, süresi içerisinde SGK'ya kasten ödemeyen işveren kanımızca güveni kötüye kullanma suçunu iş bu nitelikli hali ile işlemiştir. [1046]

Bununla birlikte uygulamada sorun çıkmaması, tereddütlerin giderilmesi açısından Almanya ve Avusturya gibi bu konuda ek bir düzenlemenin yapılması bizce yerinde olacaktır. Öte yandan Almanya gibi ayrık bir hüküm bulunmadığından kanımızca burada bu suçun oluşması için işverenin, işçisinin maaşını ödenmesi suçun oluşumu için şarttır. Zira, kanaatimize göre, işverenin, işçisi tarafından bu primle ilgili fer'i zilyet kılındığı an buradan başlamaktadır. Primi ve işçinin prime konu maaşını ödememişse ilgili paranın mülkiyeti hala işverende olduğundan bu suç oluşmaz. Yine bu ödeme sırasında işçinin üzerine düşen maaşından kesilen sigorta prim tutarını kanunen veya sözleşme ile SGK'ya ödemekle yükümlü olması da doğal olarak diğer bir şarttır.

B) Failin Hangi Nedenden Olursa Olsun Bir Gerçek veya Tüzel Kişinin Mallarını İdare Etmesi

Madde metninden de anlaşılacağı üzere bir gerçek ve tüzel kişinin mallarını idare etme yetkisinin nasıl ve nereden kaynaklandığının bir önemi bulunmamaktadır. Bu yetki kanundan, mahkeme kararı ve sözleşmeden de kaynaklanabilir. Buradaki idare etme kavramına kamu görevlisi olarak değerlendirilmeyen, kendi kızının velayetini elinde bulunduran veliler[1047] yanında vekiller, apartman yöneticileri[1048],

---

[1046] Kaldı ki hizmet ilişkisine ilişkin düzenleme olmasa bile burada işveren işçilerinin sigorta primlerini idare eden olarak değerlendirilebilmekle kanımızca yine TCK m. 155/2'deki nitelikli hal yine oluşacaktır. Ayrıca kanımızca her ay bu primlerin ödenmesi gerekli olduğundan burada zincirleme suç hükümleri çerçevesinde de güveni kötüye kullanma suçu gerçekleşebilir.
Öte yandan Asgari geçim indiriminin (AGİ) işçiye ödenmemesinde ise kanımızca güveni kötüye kullanma suçu oluşmamaktadır. Zira burada işveren işçiye devlet adına kendi parasından ödeme yapmakta ödediği bedeli kendi gelir vergisinden düşmektedir. 1 Ocak 2016'dan itibaren geçerli olan bekar veya eşi çalışan çocuksuz işçi maaşının içerisinde AGİ yer almaktadır. Ancak eşin çalışması ve çocuk durumuna göre artan AGİ ücretinin bu kişilere ayrı bir şekilde ödenmesi gerekmekle bu yönlerden işçinin maaşının içinde de değerlendirilemez. Kısaca işçiye ödenene kadar bu paraya işveren malik ve zilyet konumundadır Yine belirttiğimiz üzere sorumluluklar tek başına bu suça konu olamaz. Bu nedenlerle AGİ'nin ödenmemesi ile ilgili güveni kötüye kullanma suçundan işlem yapılamayacaktır. Ancak işverene Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca işverene VUK kapsamındaki kabahatlerden biri olan vergi ziyaı kabahatinden ceza kesilebilecektir.

[1047] **Yargıtay 11. CD. E: 2005/4902, K: 2006/8958 T:28.02.2006** *"…Olay tarihinde 18 yaşından küçük olması ve babasının ölümü nedeniyle mahkeme kararıyla kızının velayet hakkı kendisine verilen sanığın, TMK. md. 353 gereğince çocuğun malvarlığını gösteren bir defter düzenlemek ve bu*

tereke temsilcileri[1049], şirket müdürleri, şirket temsilcileri de girmektedir. Ancak buradaki düzenleme şu yönden eleştirilebilir. Almanya ve Avusturya'da

---

malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri hakime bildirmek zorunluluğunda bulunması, Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair 4721 sayılı yasaya göre çıkarılan tüzüğün 7. maddesinde, evliliğin sona ermesi nedeniyle ana ve babadan birinin velayeti altında kalan çocukla ilgili, velayet sona erdiğinde çocuğa ait mallar, verilen deftere göre veli tarafından reşit olan kimseye veya vasiye teslim ve eksiklikler tespit olunur' şeklindeki düzenleme karşısında…barınma ve gelişimi için yapılacak masraflar hariç olmak üzere katılan aleyhine malvarlığında bir eksilme olup olmadığı araştırılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile ihtilafın hukuki nitelikte kaldığından bahisle beraatına karar verilmesi..." (www.kazanci.com Erişim Tarihi:06.01.2015)

[1048] **Yargıtay 15.CD E: 2013/4280 K: 2014/20282 T: 3.12.2014** *"Sanığın oturduğu apartmanda yönetici olarak seçildiği, daha sonra evi terk etmiş olması nedeniyle 2007 yılı yaz aylarında şikayetçinin yönetici seçildiği, defterlerle belgelerin incelenmesi sonucu, birkaç aylık doğalgaz faturalarının ödenmediğinin tespit edildiği, doğal gaz faturalarının ödenmemesi nedeniyle apartmanın doğalgazının kesildiği, sözleşmenin iptal edildiği, şikayetçinin yönetime seçildiği 2007 yılı Ağustos ayından sonra 3 taksit halinde yaklaşık 12000TL'nin tekrar daire sakinlerinden toplanarak ödendiği ve o tarihlerde kendisi ile görüşülen sanığın bu paraları yatırmadığını kabul ederek, 5000TL'lik senet imzaladığı ve bu hususun apartman karar defterine de geçirilmiş olduğu, sanığın zincirleme şekilde apartmana ait 13000TL'yi uhdesine geçirdiği, bu eylemiyle hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; sanık savunması, katılan ve tanık beyanı ile tüm dosya kapsamına göre, atılı suçun sanık tarafından işlediğinin sabit olduğu gerekçesine dayanan mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir…"*(www.kazanci.com Erişim Tarihi:27.03.2015)

[1049] **Yargıtay 5. CD E: 2014/1981 K: 2016/5102 T: 13.5.2016** *"…Adana 3. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2003/1268 Esas 2004/1443 Karar sayılı ilamıyla 26.3.2003 tarihinde vefat eden Muhittin Atıl'ın terekesine temsilci olarak atanan sanığın, 2005-2006 yıllarına ait toplam 85.112,82 TL eksik kira tahsilatı için gerekli girişimde bulunmadığı, gelir-gider farkı 56.135,08 TL'yi zimmetine geçirdiği, bir kısım stopaj vergilerini yatırmadığı, 2006-2007 yılında düşük bedelle kiralama sonucu toplam 403.108,40 TL mirasçıların gelir kaybı niteliğinde zararına neden olduğu iddiasıyla açılan kamu davasında; 20.6.2012 tarihli bilirkişi raporunda eksik kira tahsilatının bulunmadığı, mirasçılara eksik ödeme yapıldığının kanıtlanamadığı, 2007 yılı kiralama işleminde terekenin zararına neden olunmadığı, tereke temsilcisinin stopaj vergisini ödeme sorumluluğunun bulunmadığı, işletme defterine göre 28.9.2005-2.2.2009 arası kira geliri 1.588.999 TL den 1.553.647,83 TL ödeme ve giderler ile banka mevcudu çıkarıldığında kalan 34.988,41 TL farkın harcama belgelerinin ibraz edilmemesi halinde temsilcinin zimmetinde olacağının belirtilmesine rağmen tespit edilen eksikliklerin mesleki bilgisizlik ve tecrübesizlikten kaynaklandığı, tek başına yürüttüğü mümessilliği kendisinden alınmasından sonra iki avukat tarafından yürütülmeye başlandığı savunmasına itibar edilerek suç işleme kastı ile hareket etmediği kanaatine varılarak beraatine karar verilmiş ise de; TMK'nın 640/3. maddesi gereğince görevlendirilen tereke temsilcisinin hukuki niteliği nazara alınarak TCK'nın 6/1-c maddesine göre kamu görevlisi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir…Tereke temsilcisini kamu görevlisi olarak nitelendiren açık bir hüküm bulunmaması ve hukuki niteliğine dair açıklamalar ışığında 5237 Sayılı TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" denilmek suretiyle "kamu görevlisi"nin tanımı yapıldığı, maddenin gerekçesinde de "...kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır." dendikten sonra kamusal faaliyetin de; "Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir" şeklinde tanımlandığı, Yargıtay CGK'nın 12.4.2011 gün ve 2010/9-258 Esas, 2011/46 Sayılı Kararına göre de, "5237 Sayılı Türk Ceza Yasasının 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki "kamu görevlisi" tanımında yer alan "katılan kişi" ibaresi ile madde gerekçesinde yer alan "kamusal faaliyet" açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Yasası uygulamasında "kamu görevlisi", yapılan faaliyetin de "kamusal faaliyet" sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir." denilmesi de nazara alınarak her ne kadar vesayet makamlarının gözetiminde hareket etmesi ve Dairemizin uygulamasında kamu görevlisi kabul edilen vasiye dair hükümlerin kıyasen uygulanması*

incelediğimiz üzere bu nitelikli hale benzer düzenlemeler bulunmaktadır.[1050] Ancak bu düzenlemelerde "malvarlığı menfaatlerini koruma görevini ihlal etme" veya "malvarlığını zarara uğratma" ibareleri yer almaktadır. Fransa'da ise güveni kötüye kullanma suçu gayrimaddi malları da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. İngiltere'de bu suçun düzenlendiği Theft Act'de mal ifadesi geçsede, malın tanımının yapıldığı 5. maddede bu tanımın gayri maddi malları kapsadığı açıkça belirtilmiştir.[1051]

Almanya ve Avusturya'da suçun temel şeklindeki mal, eşya teriminden farklı olarak "malvarlığı" ifadesinin kullanılmasının nedeni, failin yönetimine konu gerçek veya tüzel kişilerin sahip oldukları malların sadece taşınır ve taşınmazlardan ibaret olmamasıdır. Bu kişilerin görevlendirildiği gerçek veya tüzel kişilikler sahip oldukları maddi eşyalardan çok daha değerli gayri maddi mallara da sahip olabilirler. Örneğin halka açık olmayan bir bilişim teknolojisi şirketinin pay sahibi yönetim kurulu başkanının sırf şirket ortaklarının bir kısmının paylarını ucuza ele geçirme niyeti olabilir. Failin onlara kâr payı dağıtmamak için patentlerin bir kısmını düşük bir satış bedeli mukabili şirketin ilişkili olduğu yan kuruluşa aktarması veya kârını düşük göstermesi halinde güveni kötüye kullanma suçu kanaatimizce gerçekleşmeyecektir. Zira burada ortakların alacağı kâr payı bir alacak hakkı niteliğindedir ve devredilen patentler fikri ve sınai haklar kapsamında olup bunlarda ele aldığımız gibi güveni kötüye kullanma suçundaki eşya kavramı içinde değerlendirilmemektedir. Bu şirket halka açık olmadığı için Ser.PK m. 110/1'deki örtülü kazanç aktarımı ve sigorta şirketi olmadığı için Sig.K 19. ve 35. maddelerinde yer alan aktif azaltıcı işlem yasağını ihlal suçundan da cezalandırmak mümkün değildir. Ancak özel hukuk açısından şirketteki pay sahipleri tazminat talebinde

---

suretiyle hukuki boşluğun doldurulması söz konusu olsa da somut olayda tereke temsilcisinin atanma şekli ve görevi nazara alındığında kamusal bir faaliyet yerine getirmediği bu itibarla da kamu görevlisi sayılamayacağı kabul edilmelidir. Yukarıdaki açıklamalar dikkate alınarak somut olay değerlendirildiğinde, kamu görevlisi sıfatı bulunmadığı anlaşılan sanığın belirli bir şekilde kullanmak ve idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş tereke mallarının kiralanmasıyla elde edilen gelirden 34.988,41 TL'yi mal edinmek suretiyle hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediği gözetilmeden oluş ve dosya kapsamına uygun düşmeyen yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraatine karar verilmesi..." (www.kazanci.com Erişim Tarihi:05.01.2017)

[1050] Bkz.1.Bölüm Suçun Karşılaştırmalı Hukuktaki Durumu, Almanya (s. 24-25) ve Avusturya (s. 29-31)

[1051] **HERRING**, Criminal Law: Text, Cases, and Materials s. 506

bulunabilir ve/veya yapılan tasarrufların iptalini isteyebilirler. Bu yönden de bu düzenlemeyi eleştirmekteyiz.[1052]

Tüzel kişilik ve bunu idare ile sorumlu kişilerin arasındaki ilişki kimi hukukçulara göre tarafların karşılıklı irade beyanı ile kurulmadığından sözleşme benzeri ilişkidir.[1053] Örneğin bir anonim şirkette yönetim kurulu üyesinin, kurula üye olması yönündeki teklifi kabulü tek taraflı hukuki işlemdir. İkinci görüş ise [1054] bunun sözleşme ilişkisi olduğunu savunmaktadır. Buna göre genel veyahut tüzel kişilik yönetimini seçmeye ve atama yapmaya yetkili kurulun ilgili kişiye teklifi "öneri"dir. Bu teklifin kabul edilmesi de hukuken "kabul" niteliğinde olup bu da sözleşme mahiyetindedir. Özel hukukta kabul gören görüş, bu ikincisidir.[1055]

Tüzel kişilikteki yönetim kurulu ile tüzel kişilik arasındaki sözleşmenin mahiyeti ve tüzel kişiliğe karşı sorumluluk açısından bir görüş bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olduğunu savunurken [1056] diğer görüş ise bu sözleşmenin

---

[1052] Aynı yöndeki eleştiriler için bkz. **ÇAKIR**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Doğan Sorumlulukları (Ceza Sorumluluğu), s. 141-142

[1053] Bkz.**Hasan PULAŞLI**, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt-1, 2.baskı, Adalet Yayınları, Ankara,(2014) s. 973; Yazar, İsviçre doktrininde federal mahkeme tarafından temsil edilen organ sözleşme ilişkisine karşı Fortmoser/Meier-Hayoz/Nobel gibi hukukçuların Yönetim Kurulunun görevlerinin Borçlar Kanunu ve Şirketler Kanununun ikili karakterine uygun olsa bile geleneksel hukuki işlem tiplerinden hiç birine uymadığı bu sebeple sözleşme benzeri ilişki olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunduklarını belirtmektedir.

[1054] **POROY-TEKİNALP- ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 352; **AYAN**, s. 9; **PASLI**, s. 285, 286; **PULAŞLI**, s. 975; **Güzin ÜÇIŞIK- Aydın ÇELİK,** Anonim Ortaklıklar Hukuku 1.Cilt, Adalet Yayınları, Ankara, (2013) s. 517, 518 Bununla birlikte özel hukukta tacir yardımcılarından biri olarak nitelenen ticari temsilci (TBK m. 547) atamalarında durum farklıdır. Ticari temsilci işletme sahibinin ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret ünvanı altında ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere açıkça veya örtülü olarak yetki verdiği kişidir. Doktrinde çoğunluk bu konuda işletme sahibi veyahut temsilci seçmeye yetkili kişi/kişiler veya tüzel kişi organının temsilciye iradesini yöneltmesini seçim için yeterli görmekle ayrıca karşı tarafın bunu kabulüne gerek olmadığını belirtmektedir. Bu bakımdan burada tek taraflı bir irade beyanı söz konusu olduğundan bir sözleşme değil, sözleşme benzeri ilişki söz konusudur. (Bkz. **Oruç Hami ŞENER**; Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, (2015), s. 85- 86; Karşı görüş için bkz. **İlhan ULUSAN**, İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokurist, Ord.Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, (1978) s. 644) Ancak TCK m. 155/2'de hangi nedenden olursa olsun bu konuda kişinin malların idaresi hususunda yetkili kılınması güveni kötüye kullanma suçunun oluşumu açısından yeterlidir. Bu sebeple bu durum başkası için zilyet olan bu kişilerin, devredilen eşyalar üzerindeki hukuki tasarruflarının güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağı anlamına gelmemektedir.

[1055] Bu görüşten hareket edersek medeni hukuk açısından kanaatimizce, kayyum, vasi sıfatı taşıyan kişiler açısından mahkeme tarafından kısıtlanacak kimsenin mallarını yönetmek üzere talep doğrultusunda diğer bir kimseye, vasilik veya kayyumluk teklifi yapılırsa bu "öneri", teklif edilen kişinin bunu kabulü ile mahkemenin bu yönde karar almasıda kanımızca "kabul" mahiyetindedir. Aynı şekilde bir sitede kat malikleri kurulunda bir yöneticinin aday gösterilmesi ve seçilmesi bir öneri, teklif edilen kişinin bu durumu kabulü kabul mahiyetindedir. Buradaki hallerde de bir sözleşme ilişkisi söz konusudur.

[1056] **Ersin ÇAMOĞLU**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu,2.bası Vedat Kitapçılık, İstanbul, (2007), s. 106, 109, 110; **AYAN**, s. 9

mahiyetini hizmet sözleşmesi olarak görmektedir. Üçüncü görüş ise bu sözleşmeyi hizmet ve vekâlet sözleşmesinin bir karışımı, kendine özgü sui generis veya hem şirketler hem borçlar hukukuna ilişkin unsurları bir arada barındıran bir sözleşme olarak düşünmektedir.[1057] Bununla birlikte Türkiye'de özel hukuk bağlamında kabul gören genel görüş tüzel kişi yöneticilerinin ve görevlilerinin vekâlet sözleşmesi kapsamında sözleşmeye aykırı hareketlerinin ve haksız fiillerinin değerlendirilmesi yönündedir.[1058] Aynı şekilde burada bir gerçek veya tüzel kişinin mallarını idare etmekle görevlendirilen kişi eşya hukuku açısından başkası için zilyet konumundan olup zilyetlik devri de buna göre yapılmıştır. Kişinin kendisine mahkeme tarafından veya ilgili şirketin kurulları tarafından kamu görevlisi sıfatına haiz olmadan görevi gereği teslim edilen korumak ve idare etmekle yükümlü olduğu eşyanın kendisine ait olduğunu iddia etmesi veya devir ilişkisine yükümlülüklerine aykırı olarak tasarrufta bulunması halinde güveni kötüye kullanma suçunun bu nitelikli hali oluşabilecektir.

Diğer taraftan bir gerçek veya tüzel kişi, mallarının tamamının veya bir kısmının işletilip idaresi hususunda kimi zaman dışarıdan bağımsız profesyonel bir yönetici ile veya profesyonel yönetim firmaları ile anlaşabilmektedir. Örneğin bir sitede kat malikleri tarafından seçilen site yönetimi, sitenin yönetimi hususunda dışarıdan bir yönetici veya yönetim kuruluşu ile para karşılığı anlaşabilmektedir. Bu tür sözleşmelerde özel hukukta atipik nitelikte yönetim (management) sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır.[1059] Bu türden başkası için zilyet kılınan kişilere devredilen eşyalarla ilgili devir olgusunu inkârı veya devir amacına aykırı tasarrufta bulunmaları halinde de ceza hukuku bağlamında güveni kötüye kullanma suçunun işbu nitelikli hali oluşabilecektir.[1060]

[1057] **POROY- TEKİNALP- ÇAMOĞLU**, s. 352 Yazarlar özel bir hüküm konulmamışsa bu sözleşmeyi vekâlet sözleşmesi olarak kabul etmekle birlikte eğer unsurları gerçekleşirse hizmet sözleşmesinin de vekâlet akdi içinde mevcut olabileceğini belirtmektedir. **PULAŞLI**, s. 972-974; **Necla AKDAĞ GÜNEY**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Yayınları, İstanbul, (2012), s. 175- 179

[1058] **ÇAMOĞLU**, s. 117; **AKDAĞ GÜNEY**, s. 175, 176

[1059] Bkz. **Turgut ÖZ**; Yönetim (Management) Sözleşmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul (1997) s. 3, 4

[1060] Bunun yanında bir bedel karşılığı dışarıdan bir yönetici veya yönetim kuruluşu ile anlaşan seçilmiş yönetim bu kişiler üzerinde sahip olduğu üst denetim yetkisini kimseye devredemez. Aynı şekilde bir şirketteki denetimin bağımsız bir denetim kuruluşuna devri halinde de seçilmiş denetçilerin üst denetim yetkisi sürecektir. Bu sebeple üst denetimi taksirle gereği gibi yapmayan seçilmiş yönetim veya denetçiler özel hukuk bağlamında sorumlu tutulabilir. Bu denetimin güveni kötüye kullanma suçunu işleyen özel yönetimin suçlarını gizlemek veya yardım etmek amaçlı kasti olarak yapılmaması halinde de bu kişiler TCK m. 155/2 bağlamında güveni kötüye kullanma suçundan fail veya şerik olarak sorumlu tutulabilirler.

Ülkemizde tüzel kişileri tıpkı gerçek kişi gibi değerlendiren özel hukukun aksine, ceza hukuku açısından tüzel kişiler değil doğrudan gerçek kişi fail olarak değerlendirilmektedir. Buna karşın karşılaştırmalı hukukta örneğin Fransa ve İngiltere tüzel kişiler fail olarak da değerlendirilmektedir. Bu sebeple ceza hukuku bağlamında bu ülkelerde suç işleyen failin özellikle iç ilişkide şirketin kendi ortaklarına karşı sorumluluğu bağlamında çeşitli sorunlarla karşılaşılmaktadır. Fail suçu işlemekte ancak bunu başında bulunduğu şirkete atfederek hukuki ve cezai sorumluluktan kurtulmaya çalışmaktadır. Özel düzenlemeler bulunsada kimi hallerde bu düzenlemeler yetersiz kalmaktadır. Aynı durum özel hukuk da özellikle anonim ve limited şirketler ile bankalar açısından söz konusudur.[1061] Haksız fiili gerçekleştiren failin özellikle suçun mağduru ortaklarıysa tüzel kişilik perdesinin altına sığınarak sorumluluktan kaçmasının önüne geçmek için Anglosakson doktrini tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisini geliştirmiştir. Bu teoriye göre kötü niyetli şekilde hareket eden şirketin ortağı veya paydaş olan veya yönetim kurulunda yer alan kişinin tüzel kişilik örtüsü altına saklanmasının korunmasına imkân olmayıp bu durumda tüzel kişinin değil doğrudan bu kimsenin tespit edilerek cezalandırılması gerekir.[1062] Ancak bu örtünün kaldırılması her işlem için söz konusu değildir. Tüzel kişinin malların ayrılığı esastır. Tüzel kişilik perdesinin aralanması, ancak tüzel kişiliğin ardına saklanarak kanunun dolanılması amaçlanarak kanuni yükümlülüklerin ihlali veya üçüncü kişilere zarar verilmesi, bu konuda özel bir

[1061] Kollektif ve Adi Şirketler açısından zaten TTK ve BK'da özel düzenlemeler bulunduğundan bu bağlamda ortaklara rahatlıkla gidilebildiğinden bu teoriden yararlanmaya pek gerek bulunmamaktadır. Aynı durum komandit şirketler açısından da geçerlidir. Burada kanun zaten perdeyi kendisi aralamıştır. Bkz. **Erol ULUSOY**, Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (2008), s. 358

[1062] Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Gökhan ANTALYA**, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (2008), s.143 vd.; **İpek SAĞLAM**; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" ,Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (2008), s.153 vd.; **Kamil YILDIRIM**, Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Koruma Sağlayan Enstrümanlar (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" (2008), s. 183 vd.; **Selçuk ÖZTEK -Tekin MEMİŞ**, Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku ilkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları,,(2008) s.195 vd.; **ULUSOY**, s. 351 vd.; **Vural SEVEN- Can GÖKSOY**, Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi),İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80 Sayı: 6 (2006) s. 2455- 2470 ; **POROY-TEKİNALP- ÇAMOĞLU**, s. 89, 90 vd.

düzenleme bulunmayıp hakkaniyet ve hukuk açısından katlanılmaz bir durumun ortaya çıkması halinde, gündeme gelmelidir. Kaldı ki tüzel kişinin ortakları veya üyeleri de, özel hukuki sebebe dayalı olarak sorumlu tutulabiliyorsa, zaten bu özel hükümlere bağlı olarak üyeler sorumlu tutulacağından perdeyi aralamaya gerek yoktur. [1063] Bu bakımdan güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık suçu gibi malvarlığına karşı suçlar açısından kişinin özellikle şirket ortaklarına karşı yaptığı suça konu hareketleri, tüzel kişilik perdesi altına gizlemesi halinde bu teoriden ancak bu hareketi yapan failin tespiti ve cezalandırılması açısından kısmen yararlanılabilecektir. Bunun yanında bu istisnai durumun genel bir kural haline getirilip şirket ortaklarının veya yönetim kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluklarından kurtulması için araç olarak kullanılması ve bu durumun himayesi elbette ki beklenemez.[1064]

Neticede idare yetkisinin nasıl ve ne şekilde ne kadar süre ile verildiğinin, failin geçici nitelikte mi süreli nitelikte mi asaleten mi vekâleten mi atandığının, iş bu nitelikli halin oluşumu açısından bir önemi bulunmamaktadır. [1065]Fail, ister beş yıl için isterse bir gün için olsun, ister bir sözleşmeye dayalı isterse tek taraflı irade ile sözleşme benzeri bir ilişki ile yetkili kılınsın, devredilen eşya üzerinde devir amacı

[1063] **ULUSOY**, s. 355
[1064] **ÇAKIR**, s. 97
[1065] Özellikle vakıflar, dernekler yanında ticari şirketlerde yönetim ve idare yetkisi verilen kurul ve organlarda yönetim kurulu üyesi gerçek kişi olabileceği gibi TTK vs. kanunların izin verdiği hallerde pay sahibinin bir başka tüzel kişilik olmasına binaen bu kamu ve özel tüzel kişiliği temsilen belli kişilerde yönetimde bulunabilir. Eğer bu kişilerde başkası için zilyet konumundaysa güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilirler. Bu durumda iş bu nitelikli halden cezalandırılabilirler. Aynı şekilde TTK uyarınca bir şirketi yönetim hem temsil yetkisine sahip üyeler (murahhas üyeler), şirket yönetiminde yer alan fiili organlarda bulunanlar, görüş bildirmeye veya oy kullanma ile şirket malları üstünde hakimiyet kuran Ser.PK gereği halka açık şirketlere seçilen veya atanan bağımsız yönetim kurulu üyeleri, kendilerine yetki devri yapılmış üçüncü kişiler, inançlı yönetim kurulu üyeleri de güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilirler. Bu durumda iş bu nitelikli halden veya şartları varsa aşağıda inceleyeceğimiz Ser.PK'nın 110/1. maddesinden cezalandırılabilirler. TTK hükmü gereği bir seçimi kazanan yönetim kurulu üyelerine ilişkin genel kurul kararı ticari sicile tescil edilir ve ilan olunur. İlgili yönetim kurulu üyelerinin imza sirküleri düzenlenip noterden tasdik ettirilir. Ticari sicile genel kurul kararının tescil ve ilanı yalnızca bildirici, açıklayıcı mahiyettedir. Tapu sicilinde bir taşınmaz satımının tescili gibi kurucu mahiyette değildir. Bu durumda bu üyeler seçilmekle veya atanmakla şirket malları üstünde idare konusunda bütün hak ve yetkilere haiz olup başkası için zilyet kılınmakla, faal olmayan yönetim kurulu üyesi olarak bilinen bu kişilerde güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilirler. Aynı şekilde dernek ve vakıf sicilleri de bildirici ve açıklayıcı bir mahiyet arz ettiğinden atama veya seçilme ile göreve gelen bir yönetici de idare konusunda bütün yetkilere haiz olduğundan güveni kötüye kullanma suçunun iş bu nitelikli halinin faili olabilir. Buna karşın yedek üyeler ise güveni kötüye kullanma suçunun faili olamazlar. Ancak seçilen bir yedek üye sonrasında asıl üyelerden birinin vefatı, istifası neticesi yönetim kurulunda yerine geçerse bu halde güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilecektir. Son olarak, kurul halinde alınan karar gereği güveni kötüye kullanma suçu işlenmişse suça konu karara açıkça muhalefet eden, muhalefet şerhini karara geçiren, TBK, TTK, TCK vs. kanunlar gereği bu konudaki gerekli her türlü bildirim ve özen yükümünü yerine getiren kimse bu suçtan doğal olarak sorumlu tutulamayacaktır.

dışında devreden gerçek veya tüzel kişinin menfaatlerine aykırı şekilde kendisi başkası yararına tasarrufta bulunan veya devir olgusunu inkâr eden fail güveni kötüye kullanma suçunun işbu nitelikli halinden cezalandırılacaktır.

Son olarak bir şirket veya tüzel kişilik yabancı ülkenin veya Avrupa Birliğinde herhangi bir ülkenin kurallarına göre kurulup ülkemizde faaliyetlerde bulunmuş olabilir. Bu durumda güveni kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmadığı yolundaki olguların tespiti açısından gerekirse olaya bağlı olarak yabancı ülke kanunları referans alınabilecektir. Nitekim Almanya'da **Al. Yrgt. (BGH) 5 StR 428/09 -13 Nisan 2010 tarihli kararı** emsal örnek olarak verilebilir.[1066]

Bu olayda sanık ve iş ortağı müzik hoparlör sistemlerini Almanya'dan Rusya ve diğer Doğu Avrupa ülkelerine satmaktadır. Vergiden ve gümrük muamelesinden kaçabilmek için sanık ve ortağı İngiliz Virgin Adalarında bir limited şirket kurarlar. Her birinin yarı yarıya hissesi bulunmaktadır, ikiside müdür konumundadır. Bu limited şirket kayıtlarını Kopenhag ve Hamburg'da tutmaktadır. Rusya'da sanık ve ortağı ayrıca bir dağıtım firması kurmuştur. Bu dağıtım şirketinin gelire konu satışlarının sadece %40'ı kitaplar üzerinedir, geri kalan geliri nakit olarak Moskova bankalarında tutulmaktadır. Bu 10 milyon euroyu bulan hukukdışı kazançlar 2007'ye kadar ortaklar arasında eşit şekilde paylaşılmaktadır. 2007 yılında ortaklar anlaşmazlığa düşerler ve kontrolü kazançlarını kaybedeceğini düşünen sanık bir kısım yasadışı kazançları kendi kişisel kullanımına aldığı gibi şirketin 1,8 milyon Euro'sunu ise Hamburg'daki şahsi hesaplarına aktarır. Hamburg Bölge Mahkemesi (LG Hamburg) sanığı beraat ettirirken savcı bu kararı Alman Federal Yüksek Mahkemesinde temyiz eder. İngiliz Virgin Adaları, Avrupa Birliği Hukuku kurallarına tabiidir. Federal Yüksek Mahkeme vergiden ve gümrük masraflarından kaçmak için şirketin Rusya, Virgin Adaları ve çeşitli Avrupa ülkelerinde yaptığı işlem ve örgütlenmelerin şirket kurma hakkının kötüye kullanılması anlamında değerlendirilemeyeceğine karar verir. Ancak sanığın limited şirkette yapmış olduğu kendi şahsi hesabına havale ve bir kısım kazancı kendi kişisel hesaplarına alması hareketi için yabancı ticaret hukuku kurallarına (BVI Business Companies Act, 2004) bakar ve Alman CK'sının 266.maddesini buna göre değerlendirir. Sanığın bu

[1066] Karar için bkz. **Manuel LADIGES** -Criminal Liability of Directors of A Private Limited Company Seated in Germany, Criminal Law Forum, Springer, Volume: 24, No:1, March, (2013) s. 102- 104 Ayrıca kararın Almancası için bkz. https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/09/5-428-09.php (Erişim Tarihi: 06.05.2017)

konudaki Alman Anayasasının 103/2.maddesinde yer alan suç ve cezanın belirliliği ilkesine aykırılık itirazlarını ise kabul etmez. Neticede ise yabancı ticaret kanunu hükümlerine göre de Alman Ceza Kanunu'nun 266.maddesindeki güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna hükmeder.[1067]

Bahse konu olayda Hamburg'daki hesaplar yerine fail Türkiye'de hesaplara aktarım yapsa ve Türkiye'de bu olay soruşturmaya konu olsaydı, Alman Yargıtay'ının vardığı bu kanaate ülkemizdeki bir ceza mahkemesi de varabilecektir. Zira, her ne kadar TCK'nın 155/2.maddesi ve ilgili ülkemiz ceza hukuku hükümleri uygulanacaksa da (TCK m. 8); suçun oluşup oluşmaması yönündeki olguların tespiti açısından yabancı ülkedeki ticaret kanunu ve özel hukuka dair mevzuat hükümlerinin incelenmesi bir gerekliliktir. Bu konuda bu olayla ilgili ülkemizdeki 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2., 24. ve 34.maddeleri de ilgili ülkenin özel hukuk mevzuatı hükümlerine atıf yapmaktadır.

IV- SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

1) Tanımı

Hukuka aykırılık işlenen kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması yalnız ceza hukuku değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunmasını ifade eder.[1068] Hukuka

---

[1067] Bu kararın içeriğinin ve kararın ayrıca StPO (Alman Ceza Usul Kanunu) m. 153/a yönünden değerlendirmesi eleştirisi için ayrıca bkz. **Edward SCHRAMM- Patrick HINDERER**, Die Untreue-Strafbarkeit eines Limited-Directors, § 266 StGB, insbesondere im Lichte des Europäischen Strafrechts, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Monat: 5, (2010), s. 494- 502 Bahse konu kararda ayrıca BGH yurtdışındaki offshore firmaları açısından dahi bu suçun söz konusu olabileceğini kabul etmektedir. Zira BVI bir off-shore şirketi olsa dahi Ingiltere'nin kıyısında olması ve Ingiltere'ye bağli olmasi Avrupa hukukuna tabii olmasi demektir, aksi taktirde BVI gibi diğer "Vergi cenneti" adalar da kurulu firmalar cezai sorumluluktan sıyrılabileceklerdir. Bu durumu Alman Mahkemesi kabul etmemektedir. (**SCHRAMM- HINDERER**, s. 496)

[1068] **DÖNMEZER– ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku- Genel Kısım, 2.cilt s. 220-221; Bununla birlikte güveni kötüye kullanma suçunun sınırı yönünden bu bağlamda bir tartışma daha yapılabilir. Kendisine emanet edilen bir malvarlığını yöneten kişinin (TCK m. 155/2 ve Ser.PK m. 110 ile Der.K m.32-f karşılığı olan Alman CK m.266) özel hukuk kurallarına uygun şekilde hareket etmesi ve bu normlara uyması bu suç açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilir mi, edilemez mi? **Schurr** bu konudaki makalesinde (s. 230- 231) BGH'nin Alman CK. m. 266'daki suçu bir hekimin hastasına müdahalesi veya bir hâkimin karar vermesi gibi düşündüğünü belirtmektedir. Diğer deyimle burada hekim hastasına teşhisi koyarken minimal düzeyde kurallara dışsal olarak tabiyken içsel olarak tıp hukuku kurallarına tabidir. Lex artis (mesleğinin hukuku) değerlendirmede esastır. Güveni kötüye kullanma suçu bu bağlamda özel davranış yükümü içermez, özel hukuk kurallarının ihlali ile bağlantılıdır ve bu bağlamda ceza hukuku dışındaki bir hukuk ihlalini cezalandırırır. Bununla birlikte bu suç açısından başka tartışmalarda vardır. Mesela **Schünemann** (bkz. **SCHÜNEMANN**, Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand, s.192) güveni kötüye kullanma suçunun özel hukuk kuralları karşısında bağımsızlığını savunur yani suçun bu konudaki özel

aykırılık genel olarak suç kalıbında yer verilen bir unsur değildir, olumsuz bir unsurdur. Ancak genel hükümler kısmında 5237 sayılı TCK m. 24 ve 26. maddeleri arasında belirtilmiş nedenlerdir. Bunlar hukuka genel aykırılık nedenleridir.

Gerek 765 sayılı TCK (m. 508) ve gerekse 5237 sayılı TCK (m. 155) de güveni kötüye kullanma suçunun belirtilen suç kalıbında bu türden "hukuka özel aykırılık" olarak değerlendirilecek ibarelere yer verilmemiştir. [1069]

Hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ceza kuralının amacına uygun hale getiren sebeplerde hukuka uygunluk nedenleridir. [1070] TCK'nın 24, 25 ve 26. maddeleri kapsamında öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinin dördünün güveni kötüye kullanma suçu: açısından değerlendirilebileceği doktrinde [1071] kabul

---

hukuka ilişkin unsurları bu suça öyle bir eklenirki neticede bağımsız (karma) bir suç tipi oluşur. Bu suç açık bir suçtur. Bu durumda Mannesmann kararındaki denetim kurulu kararını ele alırsak bu karar objektif olarak göreve aykırı bir davranıştır. Burada güveni kötüye kullanma suçu oluşmuştur ancak denetim kurulunun davranışlarını hukuka uygun olarak görmesi ve bu primi diğer çalışanları teşvik amaçlı verdiği düşünülürse suç oluşmasına karşın hukuki yanılma yani hata halinden denetim kurulu istifade edebilir. Buna karşın hâkim görüş Schünemann'ın aksine bu suçu açık bir suç olarak değil kapalı bir suç olarak görmektedir. Özel hukuka ilişkin bu suçtaki göndermeler suçun hukuki nitelik taşıyan unsurları arasındadır ve suç kastının oluşup oluşmadığının belirlenmesinde etkendir. Bu suç bu açıdan kapalı bir suçtur. Bu durumda denetim kurulunun suç kastı oluşmadığından suç oluşmadığından beraati veya yanılgının hukuka uygunluk kusurluluk içinde yine ele alınması gerekir. **Tiedemann** ve diğer bir kısım kişiler suçta belirlilik unsuruna atıfla bu suçtaki tipiklik unsurunun özel hukuk açısından kabul edilemezlikle eşdeğer olduğunu belirtmektedir. Bizim kanaatimiz de burada bu suçun bu yönden kapalı bir suç olduğu yönündedir yani failin bulunduğu mesleğin özel hukukun kurallarına uygun olarak davranıp karar vermesi ve buna göre hareket etmesine karşın emanete konu malın zarar görmesi değerini yitirmesi halinde bu suçtan sorumluluk düşünülemez. (Bu görüş ve düşünceler için bkz. **SCHURR**, s. 230-231)

[1069] Bazı suçlarda ise kuralların aksine olarak suç kalıbında hukuka aykırılık unsuruna yer verilmektedir. Bu türden özel olarak "rızası olmadan" (TCK. m. 133, 140) ve "hukuka aykırı olarak" (TCK m. 109) vs. şeklinde suç tanımında hukuka aykırılık unsuruna yer verilmişse "hukuka özel aykırılık" tan söz edilir. Bkz. **ZAFER,** Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), s. 284

[1070] 765 sayılı TCK'da bir hukuka uygunluk nedeni olarak belirtilen zaruret hali ve amirin emrinin yerine getirilmesi durumu 5237 sayılı TCK'da bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiştir. Bunlar cezalandırma açısından sadece cezayı ortadan kaldıran neden olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte 765 sayılı TCK'da hukuka uygunluk halleri arasında yer verilen ancak 5237 sayılı TCK'da ise ancak cezayı ortadan kaldıran neden olarak kabul edilen zaruret hali düzenlemesine katılmadığımızı ayrıca belirtmek isteriz. Zira bütün Kara Avrupası sistemi içinde hatta Anglosakson hukukunda bile zaruret hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmektedir. Bu kanunun etkilendiği Alman Ceza Kanununda dahi zaruret hali; hukuka uygunluk nedeni olan zaruret hali ve sadece cezayı ortadan kaldıran (mazeret hali) zaruret hali olmak üzere ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. (Bkz. Alman CK m.34, 35 ve ayrıca bkz. **HEINDRICH**, Ceza Hukuku Genel Kısım-I, s. 268-291,368-381) Zaruret haline failin kendisine emanet bırakılan buğdayı aç kalması nedeniyle kullanması örnek olarak verilebilir. Bunun yanında 765 sayılı TCK zamanında Yargıtay 9. CD E:1992/2017 K:1992/2371 T: 9.4.1992 sayılı bir kararında kendi apartmanındaki kömürü *"zaruret halinde bulunan komşu apartmanın kapıcısına ödünç olarak vermek isteyen"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 09.06.2016) fail için zaruret hali nedeniyle suçun yasal unsurlarının oluşmamasından beraat kararı verilmesi yönünde bozmuştur.

[1071] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar s. 91; **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 443; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 697; **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 635; **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 685; **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar, s. 383

edilmektedir. Aşağıda inceleyeceğimiz güveni kötüye kullanma suçunda gerçekleşebilecek dört hukuka uygunluk hali şunlardır:

- Kanunun hükmünü yerine getirme (TCK m. 24/1)
- Hakkın icrası (kullanılması) (TCK m.26/1)
- İlgilinin rızası (TCK m.26/2)
- Meşru savunma (TCK m. 25/1)

2) Hukuka Uygunluk Halleri

A) Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Kanun hükmünün icrası TCK'nın 24/1 maddesinde hukuka uygunluk nedeni olarak belirtilmektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda kanun hükmünün icrasına örnek olarak İİK' nın 89. maddesi hükmü verilebilir. Bu madde icra takibinde bulunan alacaklıların icra müdürlüğü aracılığıyla borçlunun üçüncü şahıslar nezdindeki alacakları ile taşınır mallarının haczini düzenlemektedir. Bu kapsamda zilyetlik devrini yapan malikin aynı zamanda ödenmemiş borçları var ise, alacaklıları malike karşı icra takibine girişebilirler, eğer bu takip kesinleşmişse alacaklıların malikin malları üzerinde haciz hakkı doğar. Bu sırada malik taşınır malını vedia, usulsüz tevdi, karz, ariyet herhangi bir sözleşme kapsamında bir kimseye (devralana) teslim etmişse; bunu haber alan alacaklıların devralana İİK'nın 89.maddesi kapsamında haciz konulduğuna dair haciz ihbarnamesi gönderttirmesi akabinde, devralan taşınır malı veya parayı artık malike değil, icra dairesine teslim ile yükümlüdür. (İİK m.89/3) Aksi takdirde icra dairesine malın değeri kadar tazminat ödeme yükümü altında kalır. (İİK m.89/6) Bu durumda iş bu madde hükmünü yerine getiren devralanın, kayden de hacizli sayılan taşınır malın teslimi hususunda malikin bu konudaki istemlerini reddedip, icra dairesine teslimi halinde, artık devir olgusuna aykırı tasarrufta bulunduğundan bahisle bu suçtan cezalandırılmasına imkân bulunmamaktadır.

B) Hakkın Kullanılması

Hakkın kullanılmasının bir hukuka uygunluk nedeni olabileceği TCK m. 26/1 de belirtilmektedir. Güveni kötüye kullanma suçu açısından hakkın kullanılmasına ve kanun hükmünün yerine getirilmesine verilebilecek en önemli örnek ise TMK m.

950'de düzenlenen hapis hakkıdır. Bu kanun maddesindeki tanıma göre hapis hakkı, "kanuni şartların gerçekleşmesi halinde, alacaklıya ait taşınır mallar ve kıymetli evrakı geri vermeyerek alacağının teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir ayni haktır." [1072]

Taşınır rehininin bir türü olan hapis hakkının konusunu paraya çevrilebilir nitelikte olmak kaydıyla taşınırlar ve kıymetli evrak teşkil edebilir. Taşınmazlar üzerinde hapis hakkı kullanılamaz.

Hapis hakkının kullanılabilmesi için şu dört şartın bulunması gerekir:

- Borçlunun rızası ile zilyetlik;
- Ödemesi muaccel hale gelmiş bir alacağın varlığı;
- Alacaklının elindeki taşınır mal veya kıymetli evrak ile bu alacak arasında bağlantı [1073]
- Bu hakkın kullanılmasını bertaraf eden bir halin mevcut olmaması[1074]

Bu dört şartın gerçekleşmesi halinde esasen bir mal iade edilmek üzere verilmiş olsa bile, alacaklı olan kimsenin hapis hakkına dayanarak iadeden kaçınması bir hukuka uygunluk sebebi olacaktır. [1075] Ancak Yargıtay'ın buna rağmen katılmadığımız aksi yönde kararları bulunmaktadır.[1076]

Diğer taraftan TMK.'nın 951. maddesi hapis hakkının kullanılmasını bertaraf eden halleri düzenlemektedir. Bu maddenin 1. fıkra hükmüne göre paraya çevrilmeye

---

[1072] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, Eşya Hukuku, s. 830

[1073] **Yargıtay 23. CD E: 2015/3928 K: 2015/5953 T: 3.11.2015** *"H... K... Petrol Ürünleri Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin yetkilisi olan sanığın 13.05.2010 tarihinde katılan M.. D....'a 39.500 TL karşılığında Leon marka 2010 model araba satışı gerçekleştirdiği, katılan aracı ile kaza yapması üzerine tamir ettirmek için arabasını sanığın yetkilisi olduğu işyerinin servis bölümüne teslim ettiği, sanık tamir için getirilen aracı hizmet ilişkisinden kaynaklanan dayanağını ispat edemediği, hukuken hapis hakkı ileri süremeyeceği ve sözleşme anında belirtilmeyen 500 TL'lik meblağ için katılana teslim etmediği, bu suretle hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediği iddia ve kabul olunan somut olayda;.."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 06.06.2016)

[1074] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 831-832

[1075] **CANPOLAT,** s. 154

[1076] **Yargıtay 11.CD E: 1996/798 K:1996/586K T:14.05.1996** *"Müştekinin, elektronik tamir işleriyle uğraşan sanığa tamir için televizyon bıraktığı, borcunu ödemeden televizyonunu tamir edilmiş olarak aldığı, yine tamir için bir kasetçaları sanığa teslim ettiği ve sanığın müştekinin borcunu ödemeye zorlamak amacıyla (bu kasetçaları) iadeden imtina ettiği olayda emniyeti suiistimal suçu hizmet nedeniyle işlenmiştir."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 09.06.2016) Kararın eleştirisi için **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 91; **CANPOLAT**, s. 154

elverişli olmayan taşınırlar için bu hak kullanılmayacaktır. Bu durumun gözetilmemesi de Yargıtay'a göre bir bozma sebebidir. [1077]

Yine TMK.'nın 951. maddesinin ikinci fıkrasına göre, alacaklının üstlendiği yükümlülük veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hallerde de hapis hakkı kullanılamaz." Teminat amaçlı verilen bu amaca özgülenmiş mallarda da hapis hakkının kullanılmayacağı bazı hukukçularca savunulmaktadır.[1078] Bu görüşe bizde katılmaktayız. TMK.'nın 951/2. maddesindeki halleri hukuk mahkemelerinin gözettiği gibi[1079] ceza mahkemesinin de gözetmesi gerekmektedir.

[1077] **Yargıtay 15.CD E:2013/836 K: 2014/1103 T:27.1.2014** *"Sanığın, serbest muhasebeci olarak çalıştığı ve 31/12/2007 tarihine kadar katılanın ortağı bulunduğu .... Döküm Makine Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ile ....Demir Çelik Ticaret Limited Şirketi'nin muhasebecilik hizmetlerini yürüttüğü, taraflar arasında çıkan uyuşmazlık üzerine katılanın sanık ile olan muhasebecilik anlaşmasını 31/12/2007 tarihinde sona erdirdiği, sanığın, katılandan 2006 yılından kalan alacağı bulunduğu ve hapis hakkını kullandığı gerekçesiyle ile kendisinde bulunan defterleri firmaya iade etmediği ve katılan şirkette olan 4.320 TL tutarındaki alacağının tahsili amacıyla icra takibi başlattığı, sanığın, bu şekilde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda,Gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılması açısından, dosya kapsamına göre, sanığın, söz konusu defterleri alacağına mahsuben mahkemeye delil olarak ibraz ettiğini iddia etmekle, Eskişehir 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2008/1727 Esas sayılı dosyasının aslının getirtilerek incelenmesi, onaylı bir suretinin dosyaya konulması, suça konu defterlerin dosyada bulunup bulunmadığı, sanığın sözleşmesinin hangi tarihte feshedildiği, ilk olarak hangi tarihte kendisinden defterlerin iadesinin istendiği, sanığın, defterleri hangi tarihte mahkemeye ibraz ettiği, defterlerin hangi tarihe kadar mahkeme dosyası içinde kaldığı hususlarının araştırılarak, defterleri kasten teslim edip etmediği hususunun belirlenmesi, yine defterlerin teslim edilmesi gerektiği tespitini yapın Eskişehir 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin ilgili dosyasının da getirtilerek, bu kararın hangi tarihte ve kesinleştiğinin sanığın suç kastı açısından belirlenmesi ve* ***Türk Medeni Kanunu'nun 951. maddesine göre, nitelikleri itibarıyla paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınırlar üzerinde hapis hakkının kullanılamayacağı hükmü de dikkate alınarak*** *sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmeyerek eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması..."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 09.06.2016)

[1078] Yargıtay 11.CD.nin E:1996/798 K: 1996/586K T: 14.05.1996 sayılı ilamı ve eleştirisi için bkz. **ÖZGENÇ**, s. 91

[1079] **Yargıtay 11.HD E:2007/2150 K:2008/10250 T:19.9.2008** "*…Dava, davalı banka nezdinde bulunan davacıya ait mevduat hesaplarına, TMK'nun 950'nci maddesi gereğince hapis hakkının kullanıldığı gerekçesiyle davalı tarafından bloke konulması üzerine hesaplardaki paranın ödenmesi istemiyle açılan tahsil davasıdır.Davacı, aleyhine açılan sorumluluk davasında mahkemece tedbir isteminin red edildiğini, davalı bankanın talep ettiği alacağın muaccel olmadığını, TMK'nun 950'nci maddesinde gösterilen hapis hakkı koşullarının oluşmadığını ileri sürmüş; davalı banka ise alacağın muaccel olduğunu, hapis haklarını kullanarak paraya bloke koyduklarını savunmuştur. Taraflar arasındaki ihtilaf, TMK'nun 950'nci maddesindeki koşulların davalı yararına gerçekleşip gerçekleşmediği noktasındadır.TMK'nun 950-953'üncü maddelerinde gösterilen hapis hakkının doğumu için, alacaklının zilyedliğinin borçlunun muvafakatı ile kurulması, alacağın muaccel olması, alacaklının zilyedliğindeki taşınır veya kıymetli evrak ile alacak arasında doğal bir bağlantının olması gerekir. Nitelikleri itibariyle paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınırlar üzerinde ve alacaklının üstlendiği yükümlülükle veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hallerde hapis hakkı kullanılamaz. Alacaklı, şartları oluştuğunda hapsettiği şeylerin teslime bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilir. Mahkemece, gerçeğe aykırı bilanço düzenleyerek bankanın fona devrine sebebiyet verildiği ve gerçek sorumlular belirlenene dek davalının hapis hakkı kullanmasının TMK'nun 950. maddesine*

Bunun dışında bazı özel kanunlarda da hapis hakkından bahsedilmektedir. TBK m. 458'de, pazarlamacının, pazarlamacılık ilişkisinden doğan muaccel alacaklar ile işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, henüz muaccel olmayan alacakların güvence altına alınması için, taşınırlar, kıymetli evrak ve tahsil yetkisine dayanarak müşterilerden almış olduğu paralar üzerinde hapis hakkına sahip olduğu, belirtilmektedir. Bu yönden de pazarlamacının işverene vermesi gereken diğer müşterilerden almış olduğu paraları, bu hakka dayanarak vermemesi halinde yine güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. TBK'nın 541. maddesi komisyoncunun, TBK'nın 476/3. maddesi ardiyecinin, TTK m. 132 acentenin hapis hakkından bahsetmektedir. Bu üç tür hapis hakkı da özellik itibariyle TMK.'nın 950. maddesindeki genel hapis hakkından bir farklı nitelik taşımamaktadır. Bunun yanında TBK'nın m.482. maddesinde otelci, hancı, umumi ahır ve garaj sahiplerinin hapis hakkı; TBK'nın 336 ve 338. maddelerinde kiralayanın hapis hakkı düzenlenmektedir, bu hapis hakları TMK.'nın 950.maddesindeki hapis hakkından bazı farklı nitelikleri taşımakla birlikte[1080] bunların da kullanılması halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçu açısından verilebilecek diğer bir örnekte TMK.'nın 994. maddesinde belirtilen taşınmazlar için geri vermeden kaçınma hakkıdır. Hapis hakkı taşınır mallar üzerinde kullanılabilir bir haktır. Bununla birlikte taşınmaz mallar açısından da TMK.'nın 994. maddesinde malı elinde bulunduran iyi niyetli zilyete de bir kısım haklar tanınmıştır. Bir taşınmaz malı elinde tutan, iyi niyetli zilyet geri vermeyi isteyen kimseden eşya için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir ve bu tazminat ödeninceye kadar eşyayı geri vermekten kaçınabilir. İyiniyetli zilyet, diğer giderler için tazminat isteyemez. Ancak, eşyanın geri verilmesinden önce kendisine bu giderler için bir tazminat önerilmezse, kendisi tarafından o eşya ile birleştirilen ve zararsızca ayrılması mümkün bulunan eklemeleri o eşyayı geri vermeden önce ayırıp alabilir. Bu maddede belirtilen hal TMK'nın 950. maddesi anlamında bir hapis hakkı değildir. Zira hapis hakkından olduğu gibi masraflar ödenmediği takdirde malı paraya çevirme

---

uygun bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, yukarıda belirtilen koşullar gerekçeli kararda yeterince tartışılmamıştır. Bu durumda, hapis hakkının, para üzerinde kullanıldığı göz önüne alınıp, uyuşmazlığın bu çerçevede değerlendirilerek varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekirken anılan husus nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir…"(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 09.06.2016)

[1080] Bkz. **Şamil DEMİR**, Kiralayanın Hapis Hakkı, (Hakemli Makale) Ankara Barosu Dergisi Sayı: 2013/4 s. 55-56

imkânı alacaklıya sağlanmamıştır. Ancak geri vermeden kaçınma yetkisi ve istisnai olarak bu giderler için tazminat önerilmezse taşınmazdaki zararsızca ayrılması mümkün eklemeleri ama yetkisi bu hakkı kullanan alacaklıya tanınmıştır.[1081]

Önceden ele alıp belirttiğimiz şekilde, güveni kötüye kullanma suçunun ülkemiz hukukunda taşınmaz mallar üstünde de işlenebileceği kabul edilmektedir. Bir taşınmazda oturan kiracı veya oturmasına izin verilen kişi ev sahibinden aldığı izinle o taşınmazı onarır ve çok büyük masraflar yapar fakat bu masraflar kira sözleşmesi bitiminde taşınmazın maliki olan ev sahibince ödenmezse bu TMK 994. maddede öngörülen teslimden çekinme hakkını kullanarak taşınmazı teslimden kaçınabilir. Bu durumda kanımızca güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.

[1081] **OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY**, s. 831 Ancak Yargıtay hukuk daireleri bu hakkı da hapis hakkı gibi değerlendirmektedir. Örnek iki karar;

Yargıtay 1. HD E: 2009/4799 K: 2009/5890 T: 25.5.2009 *"Dosya içeriği ve toplanan delillere göre, çekişme konusu davacıya ait taşınmazda davalının davacının muvafakatına dayalı olarak oturduğu ve dava açılmakla muvafakatin geri alındığı benimsenmek suretiyle davanın kabul edilmiş olmasında kural olarak bir isabetsizlik yoktur. Ancak, davalı taşınmazda birtakım iyileştirmeler zorunlu ve faydalı masraflar yaptığını belirterek savunma yoluyla bunların hüküm altına alınmasını istemiştir. Bu konuda davalının açmış olduğu davanın takip edilmemesi sebebiyle açılmamış sayılmasına karar verildiği eksiğin tamamlanması yoluyla getirtilen dosya ile sabittir. Hemen belirtilmelidir ki, Türk Medeni Kanunu'nun 994. maddesi gereğince başkasına ait taşınmazı iyiniyetli olarak elinde bulunduran kimsenin taşınmaza yapmış olduğu faydalı ve zaruri masrafları isteme hakkı bulunmaktadır. Anılan bu giderler kendilerine ödenmedikçe taşınmazı kullanmaya devam etmesi ve bundan kaynaklanan hapis hakkından yararlanması mümkündür. Ayrıca böyle bir talebin ayrı bir davaya konu edilmeksizin aynı dava içinde savunma yoluyla yapılması da olanaklıdır. Oysa mahkemece bu husus üzerinde durulmamış ve bir araştırma yapılmış değildir Hal böyle olunca, davalının taşınmazda ne gibi zorunlu ve faydalı masraflar yaptığının tespit edilmesi ve değerlendirilmesi ve belirlenecek değer üzerinden davalı yararına hapis hakkı kullanılmak suretiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken bu konuda olumlu ya da olumsuz bir araştırma ve değerlendirme yapılmadan eksik tahkikatla yerinilerek yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir…"*(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 09.06.2016)

Yargıtay 1. HD E: 2007/4000 K: 2007/5011 T: 7.5.2007 *"...Dosya içeriği ve toplanan delillerden; çekişmeli 11924 parsel sayılı taşınmazdaki 6 nolu dairenin kayden davacıya ait olduğu, davacının davalı ya taşınmazın kullanımı için izin verdiği, ancak muvafakatını keşide ettiği ihtarnameyle geri aldığı, davalının ihtara (uyarıya) rağmen kullanıma devam ettiği, böylece haksız elatan durumuna düştüğü anlaşıldığına göre, davalının taşınmaza elatmanın önlenmesine karar verilmesinde kural olarak bir isabetsizlik yoktur. Davalının bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine:Ne var ki, davalı 25.7.2006 tarihli dilekçesiyle çekişmeli daireye faydalı ve zaruri masraflar yaptığını bildirip, masraflarına ilişkin belge ve dokümanları ibraz edip, hapis hakkı tanınmasını istemiş, ne var ki, mahkemece bu hususta bir araştırma ve inceleme yapılmamıştır. Bilindiği üzere, Türk Medeni Kanunu'nun 994. maddesinde "iyiniyetli zilyet geri vermeyi isteyen kimseden o şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir. Ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir" denilmektedir. Gerçekten de, davalının yargılama süreci içerisinde böyle bir savunmada bulunmasına mani bir hüküm bulunmadığı gibi, savunma yoluyla getirilen bu isteğin mahkemece değerlendirilmesi gerekeceği açıktır. Esasen yasal düzenlemede buna amirdir. O halde, anılan madde hükmü kapsamında davalının çekişme konusu taşınmazda ne gibi bir masraf yaptığının belirlenmesi açısından gerekli araştırma ve incelemenin yapılması davalı yararına hapis hakkı tanınıp tanınmayacağının değerlendirilmesi, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, davalının süresinde hapis hakkı talebinde bulunmadığı, karşı tarafın da iddianın genişletilmesine muvafakat etmediği gerekçesiyle bu talebin reddine karar verilmiş olması doğru değildir..."*(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 09.11.2016)

Son olarak işten ayrılan bir personelin iş davasındaki iddia ve savunmasına mesnet teşkil edebilecek olan tek delil niteliğindeki bir belgeyi işyerinden izinsiz olarak alıp bunu iş mahkemesinde kullanması halini **Fr. Yrgt. (Cass.Crim) 11 Mayıs 2004 tarihli 117 nolu kararı ile**[1082] bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edip sanık işçi açısından hırsızlık suçundan beraat kararı vermiştir. Kanaatimizce bu durum ülkemiz açısından da geçerli olabilir. Bu durumda aynı yönde bir iş davasında iddia ve savunmasına mesnet teşkil edecek kendisine emanet bırakılan tek delil niteliğindeki belgeyi işverenin teslim etmesini istemesine karşın teslim etmeyen işten ayrılan personel açısından da kanımızca güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Bu yönden Fransız Yargıtay'ının bu kararına kısmen katılmaktayız. Ancak burada belirtmek gerekir ki bu belgenin tek ve esaslı delil niteliğine haiz olması, sunulmasının zaruri olması ve işçinin bu delili elde tutmak dışında başka türlü muhafaza ve mahkemeye sunma imkanının olmaması gerekir. Kısacası burada işçinin ve işverenin menfaat dengesinin gözetilip buna göre değerlendirme yapılması gerekir. Yoksa işletme ve işveren açısından büyük iş kaybına neden olacak bir ekonomik değere sahip ve mahkemeye sunulması zaruret arz etmeyen, başka türlü rahatlıkla işçinin ispatlama yapabileceği bir belgenin işverence istenmesine rağmen iade edilmemesi halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşması gerektiği düşüncesindeyiz.

C) İlgilinin Rızası

Güveni kötüye kullanma suçundaki ikinci hukuka uygunluk sebebi ilgilinin rızasıdır. TCK 26/2. madde "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."* ibaresine yer vermektedir. Rıza anlam olarak *"bir kişinin bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen bir fiili kabul ettiğini açıklaması"*[1083] olarak tanımlanabilir.

[1082] **Fr. Yrgt.'nin (Cass. Crim.), 11 mayıs 2004 tarihli Bull. crim. 2004, 117 nolu kararı**, Fransız Yargıtay'ının bu ve benzer kararlarının değerlendirmesi için bkz. **David DECHENAUD**, L'exercice des droits de la défense justifiant le vol de document commis par un salarié dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, Revue des Droits et Libertes Fondamentaux (RLDF), chronique n°3, (2012), http://www.revuedlf.com/droit-penal/les-droits-de-la-defense-justifiant-la-commission-d%E2%80%99 une-infraction-penale/ (Erişim Tarihi: 25.12.2017)

[1083] Jochen Marcus, *"Die Einwilligungsfähigkeit im amerikanischen Recht- Mit einem einleitenden*

Türk ceza hukuku açısından fiili hukuka uygun kılan bir rızanın gerçekleşmesi için;

- *"kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka sahip bulunması,*
- *kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklama ehliyetinin bulunması*[1084]
- *bu rızanın usulüne uygun şekilde açıklanması" g*erekir.[1085]

Rızanın güveni kötüye kullanma suçu açısından hukuka uygunluk sebebi teşkil edebileceğine dair Yargıtay'ın da çeşitli içtihatları bulunmaktadır.[1086]

Bunun yanında rıza açık olabileceği gibi kimi hallerde zımni de verilebilir. Örneğin; bir avukatın tahsil ettiği parayı, müvekkiline bildirmesine karşın göndermemesine ses çıkarmayan ve bunu kendisinin ödeyeceği vekâlet ücreti ve borçlarına karşılık tutulduğunu düşünen müvekkil bu paranın avukatça elde tutulmasına rıza göstermiştir. Ancak ne zaman ki kendisinin bir borcu olmadığı bilgisini alan müvekkil bir ihtarname ile veya sözlü olarak bu parasını isterse o zaman avukat parayı vermezse o zaman güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Yine avukatın parayı tahsil edip bunu müvekkiline bildirmemesi gizlemesi bunun yanında müvekkiline herhangi bir alacağının olmadığına dair ihtar çekmesi halinde de güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Bu halde Yargıtay suç tarihini parayı uhdesine geçirdiği zaman olarak değil; borcu-alacağı olmadığına dair avukatın bildirimde bulunduğu zaman olarak kabul etmektedir.[1087]

Überblick über den deutschen Diskussionsstand", Frankfurt am Main, 1995, s. 15 (Aktaran: **Meral Ekici ŞAHİN**, Ceza Hukuku'nda Rıza, (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara ,(2010), s. 5)

[1084] Bkz. **ŞAHİN**, s. 138- 145 *"…Bu ehliyet rasyonel unsur olarak varolan durumu anlama; duygusal unsur olarak rıza vereceği işlemi isteme, irade etme ve bunun yanında irade ettiği istediğine dair rızayı açıklayabilme ehliyetini içermekle bu unsurların hepsinin bir arada bulunması şarttır…"*

[1085] **ŞAHİN**, s. 192- 195 Yazarın da özetle belirttiği gibi usulüne uygun açıklama kanunda belirtilen bir şekil varsa bu şekile göre rıza açıklamasının yapılmasını ve bu konudaki açıklamanın hile, tehdit, cebir, hata ile verilmemesini içermektedir. Ayrıca şaka maksatlı beyanlarda rıza değildir. Ancak kusurluluğu ortadan kaldıran hata olarak değerlendirilebilir.

[1086]**Yargıtay 11. CD E: 2003/9076 K: 2004/6441 T: 14.9.2004** *"…Sanığın aşamalarda değişmeyen ısrarlı savunmalarında, suça konu cep telefonunu şikayetçinin oğlunun bilgisi ve onayı dahilinde takas etmek amacıyla Yıldır isimli şahsa verdiğini, bu şahsı bulamadığı için telefonu iade edemediğini beyan etmesine, şikayetçinin de savcılığa verdiği 17.5.2001 tarihli yazılı dilekçesinde kendisinin ve oğlunun bilgisi dahilinde cep telefonunun değiştirilmek üzere sanık tarafından Yıldır isimli şahsa verildiğini doğrulamasına göre, atılı suçun kasıt unsuru itibariyle oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde sanığın mahkumiyetine karar verilmesi…*"(www.kazanci.com Erişim Tarihi:09.12.2015)

[1087] **Yargıtay 15. CD E:2012/3556 K: 2012/35328 T: 19.4.2012** *"Somut olayda; Çorum barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan sanığın, 18.09.2003 tarihinde katılandan aldığı vekâlete dayalı*

Diğer taraftan burada rızanın açıklama zamanı da önem taşımaktadır. Kanımızca rızanın fiilin işlenmesi öncesinde veya en geç suça konu hareketin tamamlandığı esnada açıklanması halinde bir hukuka uygunluk hali söz konusu olacaktır.[1088] Hareket yapıldığı esnada ancak tamamlanmadan önce rıza verilmişse bu durumda bu ana kadar yapılanların suç teşkil ettiği düşünülse bile rıza neticesi hukuka uygunluğun gerçekleştiği düşünülmelidir.[1089] Ancak hukuka aykırı tasarruf yapıldıktan sonra soruşturma veya kovuşturma aşamasında mağdurun veya suçtan zarar gören kimsenin bu duruma rıza göstermesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak düşünülemez. Zira rıza geçmişe etkili değildir.[1090] Ancak bu bir icazet olarak değerlendirilebilir. İcazet ihlali hukuka uygun hale getirmez.[1091] Bu halde eğer güveni kötüye kullanma suçunun basit halinin söz konusu olması (TCK m. 155/1) halinde şikâyetin geri alınması durumu düşünülerek TCK 73/4. madde kapsamında soruşturma aşamasında takipsizlik kovuşturma aşamasında ise davanın düşmesine karar verilebilir. Diğer taraftan kişinin fiil tamamlayıncaya kadar rızasını geri alabilme imkânı bulunmaktadır. Bu durumda eğer ilk başta izin verilen bir tasarruf, rızanın geri alınmasına karşın fail tarafından gerçekleştirilirse güveni kötüye kullanma suçu gerçekleşecektir.

Bunun yanında rızanın zamanında açıklanmadığı veya rıza gösterecek kişiye ulaşmama imkânının bulunmadığı hallerde eğer ilgilisine sorulsaydı zaten rıza gösterirdi denilebiliyorsa rıza açıklaması var kabul edilebilir. Bu tür rızaya

---

olarak Ç.... T:... Sanayi A.Ş. hakkında 345.000.000 TL alacak için Çorum İcra Müdürlüğünün 1996/445 esas numaralı dosyasında icra takibi yürüttüğü, bu kapsamda 12.04.2004 ile 30.09.2004 tarihleri arasında borçludan haricen tahsil ettiği 1200 TL parayı müvekkili katılana vermeyerek uhdesinde tutmak suretiyle gelişen olaylara dair olarak, mahkemenin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanmak suçunun oluştuğuna yönelik kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.
Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan ve sanık müdafiinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, Ancak; Suç tarihinin, sanık tarafından katılana gönderilen ve 10 TL `den başka borcu bulunmadığı hususunu içeren 28.12.2005 tarihli Çorum 1. noterliğinin 19113 yevmiye numaralı ihtarnamenin katılana tebliğ tarihi olan 02.01.2006 olarak kabul edilmesi gerektiği halde, suça konu paraların sanık tarafından tahsil edildiği tarih olan 12.04.2004 ve 30.09.2004 olarak kabul edilerek suç tarihinde yürürlükte bulunmayan 765 Sayılı TCK'nın 510 ve 522 maddelerinin tatbik edilmesi suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi…" (http://www.kararara.com Erişim Tarihi:03.06.2016)

[1088] Diğer taraftan değişik bir görüş için bkz. **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 92 Yazar burada icra hareketleri başlamadan önce rızanın açıklanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bizim kanaatimiz ise icra hareketleri yerine getirildiği ancak tamamlanmadığı esnada da rıza açıklamasının geçerli olacağı düşüncesindedir.

[1089] **CANPOLAT**, s. 170; **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 310

[1090] **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2.cilt, (2019), s. 310

[1091] **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, s. 320

varsayılan/mefruz rıza denir.[1092] Mefruz rıza, kimi hallerde zaruret haline benzerlikler taşısa da zaruret hali olarak kabul edilemeyecek durumları da içine aldığından bu halden de farklıdır.[1093] Örneğin; örf adet gereği bir kimsenin kiraz ağacından göz hakkı olarak yoldan geçen kimsenin sarkan daldan bir adet kiraz alması halinde mefruz rıza söz konusu olabilirken bu hal zaruret hali olarak değerlendirilemez. Bir kimseye 20 gün için bir ineğin emanet edildiğini ancak süt vs.nin nasıl değerlendirileceği konusunda sahibinin hiçbir talimat vermediğini düşünelim. İneğin sütlerinin bozulması riski ve hayvanın hasta olmaması, sütten kesilmemesi için emanet edilen kimsenin sütü sağıp muhafaza altına alması, saklanamayacak sütleri satması veya kendisinin içmesi, sütlere ait satım parasının bir kısmının ineğin bakım masrafı olarak kullanılması halinde güveni kötüye kullanma suçu kanımızca oluşmayacaktır. Zira bu durumda malikin mefruz rızasının varlığı söz konusudur. Bu hal zaruret hali olarak da değerlendirilemez. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta o esnada malike emanet verene ulaşma imkânının bulunmaması veya bu konudaki tasarrufa dayalı beyanın geç ulaşması durumunun söz konusu olmasıdır. Eğer malik öncesinde ineğin semereleri ile ilgili farklı bir talimat vermişse bu talimatlara aykırı tasarruflar elbette TCK m. 155 kapsamında güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.

Bununla birlikte güveni kötüye kullanma suçunda faile mal devrinin illa malik tarafından yapılması gerekmemektedir. Bu sebeple mal devrini sözleşme ile yapan fer'î zilyedin rızası da bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilecektir. Örneğin; bir malı komşusuna emanet bırakan bir kimse eğer komşusuna başka bir kimseye emanet bırakma konusunda bir sınırlama getirmemişse bu komşu diğer bir kimseye bu kimsede ona malı devreden komşunun rızası ile yine bir başka kimseye malı emanet bırakabilir. Bu durumda da bu suç oluşmayacaktır.[1094]

[1092] **ŞAHİN**, s. 220

[1093] Aynı görüşte bkz. **ŞAHİN**, s. 220 *"...Zorunluluk hali, menfaatler arasında yapılan objektif değerlendirme neticesinde üstün menfaatin hukuken korunması ilkesine dayanır. Buna karşın varsayılan rızada ise menfaatlerin karşılaştırılmasında, hukuksal değer sahibinin iradesinin hangi yönde olduğuna ilişkin yapılan bir değerlendirme, bir varsayımdan hareket edilir. Bu açıdan, rızası olduğu varsayımı ile çürüyüp gidecek olan meyvelerin çocuklar tarafından toplanması veya rıza göstereceği varsayımı ile komşunun bahçe malzemelerinin kullanıldıktan sonra yerine konması, zorunluluk haliyle açıklanamaz..."*

[1094] **CANPOLAT**, s. 170

D) Meşru Savunma

Güveni kötüye kullanmaya ilişkin olan meşru savunmada hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilir. Bu konuda TCK 25/1. maddede düzenleme yapılmıştır. Önceki 765 sayılı TCK'nın aksine 5237 sayılı TCK mala karşı saldırılar açısından da meşru müdafaanın olabileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda kendisine emanet edilen bir silahın, kendisini öldürmek üzere gelen veya malına saldırıda bulunan kişilere karşı kullanılması durumunda, bu tasarrufunun meşru savunma şeklinde hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilme imkânının olduğu doktrinde örneğin **Canpolat** [1095] tarafından savunulmaktadır.

Öte yandan burada, kendisine karşı bir saldırıyı defetmek amaçlı bu türden bir silahın, eşyanın kullanılması şeklindeki fiilin TCK m.155 anlamında devir olgusuna aykırı bir tasarruf olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Zira bahse konu silah, eşya kullanılmak amaçlı olarak verilmiş ve kullanılmış ise en başta güveni kötüye kullanma suçunun maddi unsuru oluşmadığından suç oluşmaz.

Bahse konu eşyanın ancak saklanma, emanet amaçlı veyahut belli şekilde kullanılma amaçlı bir kişiye bırakılması halinde devir amacına aykırı bir kullanım söz konusudur. Bu durumda suçun maddi unsuru tamamlanmış, manevi unsuru gerçekleşmiştir.

Ancak bu hareket yine de kanaatimize göre meşru savunma değildir. Zira burada fail kadar, emanet veren kişi açısından değerlendirme yapılmalıdır. Meşru savunma için failin bu saldırıyı defetme amaçlı hareketi, güveni kötüye kullanma suçunun mağduruna yönelik olarak yapması gerekir. Eğer bir silah mağdurca faile emanet olarak bırakılmış fakat sonrasında mağdur faile başka bir hukuki mesele, husumet nedeniyle haksız olarak öldürmek, mallarına el koymak için saldırmış, fail ise mağdura ait emanet aldığı silahı bu saldırıyı defetmek amaçlı kullanmışsa bir meşru savunma hali söz konusu olacaktır. Aksi takdirde emanet veren kişi çerçevesinden bakarsak, bu silahın emanet alan fail tarafından kendisine saldıran, malını almak için uğraşan üçüncü kişilerin saldırısını defetmek için kullanılması

[1095] **Zeki HAFIZOĞULLARI-Muharrem ÖZEN**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar, s. 383; **Zeki HAFIZOĞULLARI**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt:2, Turhan Kitabevi, Ankara, (2010), s. 2768

durumu bir meşru savunma değil, olsa olsa bir zaruret hali (kusurluluğu kaldıran neden) olarak değerlendirilmelidir.

Ancak biz herşeye rağmen bu bahsettiğimiz iki halde de bu suçun oluşmadığı düşüncesindeyiz. Zira, suçun manevi unsuru konusunda ele alacağımız üzere bize göre bu suçun işlenmesi için failin maddi menfaat sağlama amacı gütmesi gerekir. Suçun oluşumu için manevi menfaat yeterli değildir. Bize göre kanunun lafzından bu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kişinin kendisini öldürmeye gelenlere malını zorla almak isteyenlere karşı failin savunma amaçlı emanet bırakılan silahı kullanması durumunda kendisine ve başkasına menfaat sağlamaya dayalı özel kastın gerçekleşmemesi nedeniyle bu suç oluşmayacaktır.

3) Kusurluluğu Etkileyen Haller

765 sayılı TCK'daki psikolojik teorinin aksine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Alman doktrininden etkilenerek normatif teori çerçevesinde kusurluluğu ele almıştır. Bu nedenden ötürü 5237 sayılı Ceza Kanununda "Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması" (TCK. m. 27), "Yaş küçüklüğü" (TCK. m. 31)," Akıl hastalığı" (TCK. m. 32)," Sağır ve dilsizlik" (TCK. m. 33)," Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma" (TCK. m. 34)," Cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi" (TCK. m. 28)," Mücbir sebep, kaza ve tesadüf, zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi" (TCK. m. 25/2)," Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi" (TCK. m. 24-2, 4)," Haksız tahrik" (TCK. m. 29), ve "Hata hallerinin" (TCK. m. 30/3-4) suçun manevi unsuru veya hukuka aykırılık unsuru içinde suçun oluşumunu engelleyen bir unsur olarak değil; sadece ceza verilmesini engelleyen veya cezayı azaltan unsur olarak ele alınmıştır. CMK'nın 223. maddesinde bu çerçevede yasa koyucunun bu kurumların hukuki niteliklerini ve bunun sonucu olan ayrımları dikkate alan bir tasnife gittiği gözlemlenmektedir.[1096]

Bu durumda kusurluluğu tamamen ortadan kaldıran hallerde cezalandırmaya yer olmadığı, kısmen kaldıran hallerde cezada indirim kararları verebilecekken; suçun unsurlarının oluşmadığı hallerde ise beraat kararı verilecektir. Bu suç açısından örneğin; kendisine vedia akdine binaen malik tarafından taşınır malın

[1096] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 496, 497 ; **Selami TURABİ**, Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller, TBB Dergisi (2012) s. 275

zilyetliği devredilen failin, üçüncü bir kimse tarafından cebir ve tehdit kullanma suretiyle (TCK m. 28) bu malı kendisine teslime zorlanması halinde suç oluşmasına karşın kusurluluk durumunu etkileyen bir hal oluşacağından ceza verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilecektir. Aynı şekilde akıl hastalığı, irade dışı sarhoşluk gibi hallerde zilyetliği devralan failin asli zilyede ait eşyada failin rızası dışı tasarruflarında suç oluşmakla birlikte kusurluluğu tamamen veya kısmen etkileyen durumlar nedeniyle cezada indirim yapılabilecek veya ceza verilmesine yer olmadığı kararına duruma göre hâkim hükmedebilecektir.

Diğer taraftan güveni kötüye kullanma suçu açısından cezalandırma yönünden bu hallerin tamamı göz önünde tutulmakla birlikte özellikle önemli olan hata halleri ve zorunluluk halinin ele alınması gerekir.

Hata halleri açısından ise TCK m. 30/3 *"ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin"* bu hatasından yararlanabileceğini belirtmiştir. Bu maddede öngörülen suçun unsurlarına da etkili hata hali doktrinde sadece cezalandırmayı değil, cezai sorumluluğu da ortadan kaldıracak bir hata olarak değerlendirilmelidir. Nitekim doktrindeki ve Yargıtay içtihatlarındaki baskın görüş bu yöndedir.[1097]

Bu duruma göre bir kimse gece yarısı kuru sıkı tabanca ile evinde saldırıya uğramışsa ve bu durumu bilmeden öldürüleceğini düşünerek kendisine komşusu tarafından korunmak üzere kendisine emanet olarak bırakılan tabancayı ve kurşunları alıp saldıran kişilere ateş etmişse, kusurluluğu etkileyen cezalandırmayı engelleyen halden öte "güveni kötüye kullanma suçunun unsurları oluşmayacaktır. Zira burada fail bir hukuka uygunluk nedeni olan "meşru müdafaa" açısından kaçınılmaz esaslı maddi hata içerisine düşmüş olup bu hatasından yararlanacaktır. Bu nedenle de mahkemece kanımızca beraat kararı verilmesi gerekir. Diğer taraftan suçun sadece maddi veya hukuka uygunluk unsurlarında değil, kusurluluğu etkileyen diğer hallerde de yine kişi bu hatasından yararlanacaktır. Bu durumda cezasında bir indirim veya ceza verilmemesi durumu söz konusu olabilecektir. Örneğin; alacağına karşılık kendisine rehin olarak bir eşya bırakılan failin, sonrasında rehin verenle

[1097] **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), s. 325; **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku- Genel Kısım, II. cilt s. 314-315; Ayrıca bkz. Yargıtay 14. CD E: 2014/283 K: 2015/11440 T: 8.12.2015; Yargıtay CGK E: 2013/14-749 K: 2015/277 T: 15.9.2015 (Kararlar için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi:07.12.2016)

bozuşması, ardından yokluğunda bahçesine izinsiz girilerek zarar verilmesi ve tanıdıklarınca bunu rehin verenin yaptığının söylenmesi neticesi, içinde bulunduğu ruh hali kızgınlıkla, rehne konu eşyayı başkasına satması buna örnek verilebilir. Bu durumda rehin veren, failin bahçesine zarar veren kişi olmasada kanımızca failin güveni kötüye kullanma suçu açısından haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması gerekir.

Diğer taraftan TCK'nın 30/2. maddesine göre bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. Cezayı etkileyen azaltan veya arttıran veya ortadan kaldıran unsurlarda esaslı kaçınılmaz hata halinde de örneğin kardeşi olduğunu sandığı, nüfusta da kardeş gibi gözüken ancak gerçekte kardeşi olmayan aynı konutta yaşayan bir kimseye karşı güveni kötüye kullanma suçunu işleyen fail bu hatasından yararlanıp TCK m. 167 bağlamında ceza almayacaktır. Ancak buradaki hata hali suçun oluşumunu, unsurlarını ortadan kaldıran hata hali değil; sadece kusurluluğu yani cezayı ortadan kaldıran bir hata hali olarak değerlendirilecektir. Bu halde de mahkemenin ceza verilmesine yer olmadığına dair kanımızca karar vermesi gerekir.

Bununla birlikte TCK'nın 30/1. maddesine göre fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır. Güveni kötüye kullanma suçu öncesinde de bahsettiğimiz gibi ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Yukarıda da zikrettiğimiz kaçınılmaz bir hataya düşülmese dahi kişi kendi kusuruyla hataya düşse dahi bu tür hatalar esaslı bir mahiyet arz ediyorsa bu suçtan faili cezalandırma olanağı bulunmaması bir yana güveni kötüye kullanma suçu, manevi unsurun yokluğundan oluşmamış kabul edilecektir. Örneğin kendisine araç bırakılan otoparkçının, araç bırakan kişi ile benzeşen bir kimseyi araç maliki sanıp aracı ona herhangi bir kimlik park fişi olmadan teslim etmesi halinde otoparkçı açısından güveni kötüye kullanma suçunun oluşması beklenemez. Burada beraat kararının verilmesi gerekir.

Ancak suçun unsurlarını etkilemeyen esaslı olmayan hatalarda doğal olarak bu suç oluşacaktır. A'nın B tarafından teslim edilen bir malı, teslim eden asli zilyedin rızasına aykırı olarak C yerine yanlışlıkla D'ye vermesi halinde bu hata esaslı bir hata olmadığından suç yine oluşacaktır. Mahkemece mahkûmiyet kararının verilmesi yerinde olacaktır.

TCK'nın 30/4. maddesi "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz." demektedir. Bu hata halinin oluşması güveni kötüye kullanma hali açısından kanımızca çok zordur. Zira günümüzde neredeyse bütün ülke ceza kanunlarında güveni kötüye kullanma suçu düzenleme konusu yapılmıştır. Bununla birlikte şöyle bir durumda 30/4. madde gereğince öngörülen hata hali kanımızca oluşabilir: Yukarıda karşılaştırmalı hukuk bahsinde gördüğümüz üzere Almanya'da[1098] sıradan bir kimseye emaneten bırakılan bir taşınır malın emanet bırakılan kişi tarafından mülk edinme amacı olmadan geçici olarak kullanılması güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmamaktadır. (Alman CK m. 246/1,2)[1099] Öncesinde Türkiye'ye hiç gelmemiş, bir Alman turistin tatil için geldiği Türkiye'de kiraladığı apart villada yan komşusunun kendisine bir dijital fotoğraf makinesini ve bilgisayarını emaneten bırakması; bu kimsenin de komşusundan izinsiz olarak bu eşyaları kullanması halinde TCK'daki suç oluşur. Ancak burada fail kanımızca 30/4. maddedeki haksızlık yanılgısından yararlanabilecektir. Bu halde kusurluluğu etkileyen hal olarak durum düşünüleceğinden, fail cezalandırılmayıp, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecektir.

Bunun dışında 765 sayılı TCK'nın aksine 5237 sayılı TCK zorunluluk halini (zaruret hali) hukuka aykırılık nedeni olarak değil, kusurluluğu etkileyen bir hal olarak ele almıştır. Bu sebeple güveni kötüye kullanma suçu açısından bir apartmandaki kapıcının zaruret halindeki bir diğer apartmana kömür vermesi halinde 765 sayılı TCK'nın aksine[1100], 5237 sayılı TCK'da beraat değil, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilecektir.

V- SUÇUN MANEVİ UNSURU

1) Suçun Kasten İşlenmesi Zorunluluğu

[1098] Bkz. Birinci Bölüm, Karşılaştırmalı Hukuk, Almanya bahsi s. 20- 27

[1099] **YENİSEY- PLAGEMANN**, s. 359, 360; **WESSELS –HILLENKAMPF** "Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları" (Çeviren: Yener Ünver) s. 52 vd.

[1100] **Yargıtay 9.CD E: 1992/2017 K: 1992/2371 T: 9.4.*1992*** *"...Hizmet sebebiyle emniyeti suistimalden sanık İsmail'in yapılan yargılaması sonunda; mahkumiyetine dair, (Karadeniz Ereğlisi Asliye Ceza Mahkemesi)nden verilen 30.4.1991 gün ve 1990/168 esas, 1991/314 karar sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık ile o yer C. Savcısı tarafından istenilmiş olduğundan, dava evrakı C. Başsavcılığı'ndan tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:*
KARAR: Olayda; dava konusu kömürlerin zaruret halinde bulunan komşu apartmanın kapıcısına ödünç olarak verilmek istenildiğinin toplanan delillerden anlaşılmasına göre, müsnet suçun yasal unsurları itibariyle oluşmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı düşüncelerle mahkumiyetine karar verilmesi…" (www.kazanci.com Erişim Tarihi:31.03.2016)

Ceza Hukuku bağlamında bir suç manevi unsur olarak ya kast veyahut taksirle işlenebilir. Ancak aksi kanunda açıkça belirtilmedikçe bir suçun taksirle işlenebilmesi ve cezalandırılması mümkün değildir. (TCK m. 22) TCK'daki güveni kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suç olup taksirle işlenebileceği kanunda belirtilmediğinden taksirle işlenmesi mümkün değildir.

5237 sayılı TCK'nın 21. maddesine göre kast *"suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir."* Bu tanımdan anlaşılacağı üzere kastın iki unsuru bulunmaktadır. Bu unsurlardan biri "bilme" diğeri ise "isteme" dir. Bilme unsuru istemeden önce gelir suçun tanımında yer alan bütün unsurların bilinmesini ifade eder. Bilme, istemeden önce gelip daha kapsamlıdır. Bir kimse fiilin hareketini, neticesini bilse istese, ancak suçun maddi konusunu bilmese kast oluşmaz.[1101] Aynı şekilde örneğin; esaslı bir hata neticesi kendisine emanet olarak bırakılan bir malı, hediye verilmiş sanarak tasarrufta bulunan, malike iade etmeyen; bir kimse de de suç isteme kastı bulunamayacağından cezalandırma mümkün olmayacaktır.[1102] Yine yönetici olup da yöneticiliği bitiminde kendisinin borcunun bulunmadığını veya alacaklı olduğunu sanıp da kendisine teslim edilen parayı vermeyen ancak hukuk mahkemesinin kararının tebliği akabinde derhal bu parayı ödeyen kimse içinde Yargıtay'a göre bu suç oluşmayacaktır. [1103] Bunun yanında Yargıtay kişinin suça yönelik kastının tespiti için detaylı bir araştırmanın hakimce yapılmasını istemektedir. Örneğin bir olayda Yargıtay bir kararında iflas ettiği bu nedenle ödemesini yapamadığını belirten fail ile ilgili olarak benzer

---

[1101] **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), s. 232

[1102] **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar, s. 383; **Zeki HAFIZOĞULLARI**, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt:- II ,Turhan Kitabevi, Ankara, (2010) s. 2769; **DÖNMEZER** , Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 515

[1103] **Yargıtay CGK E: 2000/11-183 K: 2000/183 T: 10.10.2000** "…*Ceza hukukunda cezalandırılabilir bir eylemin varlığından, başka bir söylemle "suçtan" söz edebilmek için, isnat yeteneğine sahip bir kişinin kusurlu iradesinin yarattığı icrai veya ihmali bir hareketin meydana getirdiği, yasada yazılı tipe uygun, hukuka aykırı ve yaptırım olarak bir cezanın uygulanmasını öngören bir eylem gerekmektedir, öğreti ve uygulamada; kısaca kanunilik (tipiklik), hukuka aykırılık, maddi ve manevi öğe olarak adlandırılan bu dört öğeden birinin eksikliği halinde suçtan bahsedilemez. Somut olay bu belirlemeler ışığında ele alınıp değerlendirildiğinde, her ne kadar hukuk mahkemesinde sanığın apartman yönetimine 45.977.356 lira borçlu olduğuna karar verilmiş ve bu hüküm kesinleşmiş ise de; sanığın yönetici olduğu dönemde kat maliklerinden bir kısmı ile aralarında yönetim tarzı konusunda anlaşmazlıkları bulunduğu, bir kısım alacakları ancak yargı kararı ile tahsil edebildiği, bir kısım harcamaların ise belgelendirilmesinin mümkün olmadığı, sanığın apartmana borçlu olduğu saptanan miktarı kendisine haksız menfaat sağlamak için değil, borçlu olmadığı düşüncesiyle hesapta bulundurmadığı, borçlu olduğunun bildirilmesi üzerine katim veya inkâr yoluna gitmeyip yasal faizi ile birlikte apartman hesabına yatırdığı anlaşılmakla olay hukuki nitelikte olup güveni kötüye kullanma suçunun yasal öğeleri itibariyle oluşmadığı sonucuna varılmıştır..."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 06.06.2015)

eylemler nedeniyle başkaca yargılama dosyalarının olup olmadığının araştırılması gerektiğinden bahsetmektedir.[1104] Öte yandan diğer bir kararında ise işlerin yoğunluğu nedeniyle defteri isteyemediği ertesi gün parayı yerine koyacağı esnada bu durumun ortaya çıkması halinde sanığın savunması nazarında bu suçun işlendiği, kastına yönelik yeterli delile ulaşılamadığından bahisle yerel mahkeme kararını bozmuştur.[1105] Bunun yanında hem suç kastı hem de hukuka aykırılık unsurunun tespiti bakımından *"...avize - elektrik işleri üzerine faaliyet gösteren ve katılana ait olan iş yerinde pazarlama elemanı olarak çalıştığı, bu işten ayrılmadan önce iki müşteriden tahsil ettiği ödemeyi iş yeri yetkilisine teslim etmeyerek uhdesine geçirdiği iddia edilen* sanığın işyerinden alacağının olduğu savunması karşısında *"maddi gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılması bakımından, sanığın iş yerinden ücret ya da başkaca bir alacağı olup olmadığı, bu kapsamda işçi alacağına ilişkin hukuk davası açıp açmadığı araştırılarak sonucuna göre sanığın suç işleme kastıyla hareket edip etmediğinin"* ele alınması gerektiğinden bahisle yerel mahkeme kararını bozmuştur.[1106]

2) Suçta, Failin Kendisinin veya Başkasının Yararına Hareket Etme Zorunluluğu

Bilindiği üzere kast kendi içinde "genel kast", "özel kast", "doğrudan kast", "olası kasti" olarak çeşitlere ayrılmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK m. 155'te suçun kanuni tanımında "kendisinin veya başkasının yararına olarak" ibaresi yer almaktadır. Benzer şekilde mülga 765 sayılı TCK'da da "kendisinin veya başkasının menfaatine olarak" (m. 508) ibaresi bulunmaktadır. Bu yönden 5237 sayılı TCK'nın, 765 sayılı TCK'ya bağlı kaldığı görülmektedir. Bu maddelerdeki "yarar" ve eş anlamlısı olan "menfaat" ibareleri bir maldan haksız olarak faydalanma amacını ifade etmektedir.[1107] TCK m. 155'te suçun kanuni tanımında yer alan ibarenin "özel kast" (saik) olup olmadığı ve bu suçun olası kastla

[1104] **Yargıtay 15. CD.,E: 2017/3124 K: 2019/213 T: 31.01.2019** (Bkz. www.lexpera.com ErişimTarihi: 23.03.2019)
[1105] **Yargıtay 15. CD., E: 2017/3331 K: 2019/690 T: 13.02.2019** (Bkz. www.lexpera.com ErişimTarihi: 24.03.2019)
[1106] **Yargıtay 15. CD., E. 2017/4492 K. 2019/670 T:12.02.2019** (Bkz. www.lexpera.com ErişimTarihi: 07.04.2019)
[1107] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 309

işlenip, işlenemeyeceği yolundaki manevi unsurundaki tartışmalar bulunmaktadır.[1108]

Doktrinde TCK m. 155'te güveni kötüye kullanma suçunun kanuni tanımında yer alan, "kendisinin veya başkasının yararına olarak" ibaresinin özel kast niteliği taşıdığını savunanlar bulunmaktadır. Bu suçta özel kastın gerekliliğini savunan görüşe göre failin suçu haksız bir fayda sağlaması amacıyla işlemiş bulunması, mülkiyet hakkının verdiği bazı hakları kullanma kastı bulunması gerekir. Ancak bu faydanın fiilen gerçekleşmiş olması zorunlu değildir.[1109]

Buna karşın doktrinde ki çoğunluğu oluşturan karşı görüş, suçun oluşumu için "genel kastı" yani suça ilişkin unsurları bilmeyi yeterli görmekle ayrıca "kendisine veya üçüncü bir kimseye" yarar (menfaat) teminini aramanın kanunla bağdaşmadığını savunmaktadır.[1110] Yine bu görüşü savunanlar özel kast ile olası

[1108] Bilindiği üzere genel kasttaki bilme ve isteme iradesinin aksine kanun koyucu bazı suçlar için bir motivasyon ve içsel neden aramaktadır. Özel kastın (saik) varlığı ile ilgili olarak tartışmalar süre gelmekle, TCK'da böyle bir kast türü de tanımlanmamıştır. (TCK m. 21) Ancak saik yani amaç kavramına yer vermiştir. Bununla birlikte saiki (amacı) olmayan bir suçta düşünülemez. Ancak kanun koyucu tüm suçlarda bunu aramamıştır. Saikin aranmasa bile aranmadığı yerlerde hâkimin genel takdir hakkının etkili olacağı ortadadır. Örneğin; kasten öldürme suçunda saik belirtilmesede hâkim bu öldürmenin intikam amaçlı yapılıp yapılmadığını gözetmesi gerekir. Ancak bu suçun unsuru olarak gözetilmez. Diğer taraftan İsv. CK. sı gibi bazı CK'lar saikin açık bir hükümle dikkate alınacağını belirtirken (İsv.CK m. 65), diğer pek çok ülkenin ceza kanunu (Almanya, İtalya vs.) bu yola başvurmamıştır. Bununla birlikte kimi kanunlar önemli bulduğu suçlarda, suçun oluşumuna, cezalandırmaya etki edeceğini düşündüğü saiki özel olarak belirtme yolunu tercih etmiştir. (Bkz.**Faruk EREM**, Ümanist Doktrin Açısından Özel Kast, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 26 Sayı 1-2 (1969) s. 1,3) Saik denen bu içsel nedenler kimi suçlarda suçun unsuru kimi suçlar açısından ise suçun bir unsuru olarak değil, suçun cezasını azaltan veya arttıran nitelikli haller arasında değerlendirilmektedir. (**İzzet ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara (2013), s. 278) Bu bağlamda özel kastı (saik-amaç) tanımlayan çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüş özel kastı, "kanunun, hareketin doğal olmayan neticeleri hakkında bir kıymet hükmü vermek istediği hallerde saiki nazara almış olmasıdır." şeklinde tarif etmektedir. Bu görüşe göre her kast öyle veya böyle bir saik içersede kanunun özel olarak hareketin doğal olmayan neticeleri açısından dikkate alınmasını istediği saikler ancak özel kast olarak düşünülebilir. Özel kast ve saik bu sebeple birbirinden ayrıdır görüşündedir. **(EREM**, Ümanist Doktrin Açısından Özel Kast, s. 4) Bizimde katıldığımız diğer bir görüş ise saik olarak tanımladığı özel kastı "suç tipinde belirtilen neticeyi gerçekleştirmeye yönelik kişinin içsel âleminde oluşan ve hareketi yönlendiren hareketle ilgili kararın oluşmasındaki etken; kasttan önce gelen, kastı hazırlayan düşünce" olarak tanımlamaktadır. **(Kayıhan İÇEL**, Ceza Hukuku'nda Temel Kusurluluk Şekli "Kast" ", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: VI, Sayı:12, (2007), s. 66; **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 611) Neticede bazı suçlar açısından kanun failin belirli bir saikle hareket etmesini şart koşmakla, bu saikin aksine hareket halinde suç oluşmayacaktır.

[1109] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 514; **BULUTOĞLU**, s. 146; **GÖZÜBÜYÜK**, Emniyeti Kötüye Kullanma Cürümleri, s. 568; **ELÖVE**, s. 283, 284; **OĞUZMAN**, s. 10, **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 419; **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 437; **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 444

[1110] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 86; **DURSUN**, Emniyeti Suistimal Suçu, s. 30,31; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 696, 697; **MERAKLI**, s. 1696-1967; **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 698; **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza

kastın bir arada olması beklenemeyeceğinden; bu suç için özel kast (saik) gerektiğini iddia edenlerin bazılarının, aynı zamanda bu suçun olası kast ile işlenebileceğinden de bahsetmekle kendi içinde çelişkiye düştüğü iddiasındadırlar.[1111] Yine genel kastın yeterli olduğunu savunan diğer bir düşünceye göre eğer kanun koyucu güveni kötüye kullanma suçu açısından özel kastı arasa TCK m. 141'deki "hırsızlık" suçunda olduğu gibi "yarar sağlamak maksadıyla" ifadesini m. 155'deki "yararına olarak" ifadesi yerine kullanırdı. Kanun koyucunun bu yolu tercih etmemesi bu suç için genel kastın yeterli olduğu düşüncesini ortaya koymaktadır, görüşündedir.[1112]

Bunun yanında ***Koca- Üzülmez*** ve ***Meraklı*** kendisinin veya başkasının yararına ibaresinin konuluş amacı işbu 155. maddede belirtilen hareketlerin yarar maksadıyla yapılmasını değil, fiilin failin kendi lehine veyahut başkası lehine gerçekleşmesi arasında bir fark olmadığını anlatmak içindir, görüşündedirler.[1113]

Öte yandan **Dursun** gibi genel kastı yeterli gören bir diğer düşünce de, bu suçu özel kasta bağlamanın güveni kötüye kullanma suçundaki, hukuksal korunma yararını daraltacağı görüşündedir. [1114] Kanunun esas amacının tevdi ve teslim olunan eşyanın yani emanetin korunmasını sağlama, mülkiyet hakkının güvence altına alınması olduğunu bu sebeple failin bunu ihlal ederken taşıdığı amacın bir öneminin olmadığı bu suç için genel kastın yeterli olduğu bu görüşçe savunulmaktadır. Diğer taraftan bu düşünceye ilave olarak destekler nitelikte şu görüş de ileri sürülebilir. Güveni kötüye kullanma suçunda tasarruf etmek amacıyla failin yaptığı pek çok eylem aynı zamanda az veya çok maddi bir menfaat, yarar sağlamak amacını da içermekle bu yönden özel kast niteliğinde menfaat saikinin aranması gereksiz bir olgu olup genel kast bu suçun oluşması için yeterlidir.

Karşılaştırmalı Ceza Hukuku'na bakarsak, 2012 yılında yürürlüğe giren 17 Temmuz 2009 tarihli Romanya Ceza Kanunu (m. 238)[1115] genel kastı suçun oluşumu

---

Hukuku Özel Hükümler, s. 639; Ayrıca Eski Yargıtay üyesi olmasına karşın **Hasan GERÇEKER**, Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu,3.Cilt, Seçkin Yayınları,2.baskı, (2014), s. 3285

[1111] **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 86 Yazara göre bu çelişkiye örnek olarak **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 419 verilebilir.

[1112] **MERAKLI**, s. 1696-1967

[1113] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 639; **MERAKLI**, s. 1685- 1686

[1114] **DURSUN**, Emniyeti Suistimal Suçu, s. 30- 31

[1115] 2012 yılında yürürlüğe giren 286/2009 numaralı Romanya Ceza Kanunu, 2.Kısım "Mala Karşı Suçlar" 3.Bölüm "Güveni Kötüye Kullanmak Suretiyle Mala Karşı Suçlar" başlığı altında "Güveni Kötüye Kullanma" Başlıklı 238. madde: *"1.Kendisine belli bir unvana dayanarak veya belli bir amaçla tevdi edilen bir başkasına ait taşınır malı alan, elden çıkaran hukuka aykırı şekilde kullanan*

için yeterli görmektedir. Buna karşın Av. CK., Lihtenştayn CK. (her iki kanun için m. 133), İt.CK. (m. 646), Norveç CK. (m. 255), Alman CK. (m. 246), İsviçre CK (m. 138), Kanada CK. (m. 336), Malta CK. (m. 293), İsp. CK. (m. 253), Fransız Ceza Kanunu (m. 314-1) bu suçun oluşumu için özel kastı aramaktadır.[1116] Aynı şekilde Birleşik Krallık'ta İngiltere'de 1968 Theft Act (m. 1) ve Kuzey İrlanda'da Theft Act (1969), güveni kötüye kullanma suçunu 'da içine alan hırsızlık suçunun genel tanımında "bir başkasını onun üstündeki haklarından kalıcı şekilde mahrum etmek kastıyla" ibaresine yer vermektedir. 6. maddede "mahrum etme kastının" ne olduğunu açıklamaktadır. Buna göre İngiltere'de ve Kuzey İrlanda'da da suç için özel kast aranmaktadır. Yine diğer bir Anglosakson hukukunun uygulandığı ülke olan ABD'de ise Teksas eyaleti hırsızlık suçu kapsamında değerlendirip aynen İngiltere'dekine benzer yapılan eylemde "sahibini mülkiyet hakkından mahrum etme, zarara uğratma kastı" yani özel kast aramaktadır. Georgia eyaletinde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre Kara Avrupası ve Anglosakson Hukuku'nun geçerli olduğu ülkelerin önemli bir kısmında bu suçun oluşumu için "özel kastın" arandığını söyleyebiliriz.

Kanaatimizce, kanun metnindeki açık hüküm karşısında doktrindeki ülkemiz açısından bu genel kastı savunan görüş yalnızca bir dilek veya temeniyi ortaya koymaktadır ve herhangi bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

Zira ceza hukukunda yorum kuralları gereği nasıl kıyas yasaksa aynı şekilde bu suçla ilgili kanun metninin tipiklik unsurunda yazılı bir unsurunda kanunda yok farz edilemeyeceği öylesine konulmuş gibi değerlendirilemeyeceği aşikardır. Bu suçta kanunda açıkça yazılı olan kendisi veya başkası yararına hareket saikini yok saymanın, öylesine yazılmış veya kanun metninde hiç olmamış gibi görmenin bize göre kabulüne olanak yoktur. Kanun koyucu "kendisinin veya başkasının yararına

---

ya da iadeden kaçınan kimse 3 aydan az 2 yıldan fazla olmamak üzere hapis ve para cezası ile cezalandırılır.
2.Suçun kovuşturulması şikâyete bağlıdır"
239. madde alacaklıları aldatmak suretiyle güveni kötüye kullanma; 240. madde basit iflas 241. madde hileli iflas, 242. madde hileli yönetim… şeklinde çeşitli dolandırıcılık ile alakalı suçlara da bu suçlarla bir arada yer vermiştir. 248. madde ise teşebbüsün 239/1, 241 ve 244 ile 247. maddelerdeki suçlar yönünden cezalandırılacağı hükmüne yer vermektedir. (Kanunun İngilizce çevirisi için bkz. http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/8 Erişim Tarihi:29.06.2016)

[1116] Bu özel kast niteliğindeki saikler ülkelere göre farklılık göstersede Avusturya, Fransa ve Almanya'da sürekli nitelikte maldan yararlanmadan mahrum etme, bu amaçlı mal edinme şeklinde saiki bu suç açısından aranmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki Avusturya m. 153 ve Alman CK m.266 yönünden sadece mağdurun zarara uğraması veya zarar tehlikesine maruz kalması yeterli olup bu manada bu suçun nitelikli hali için özel kast aranmamakla genel kast yeterlidir.

olarak" hareket saikini özel olarak aramamış olsa bu ifadeye aynen yeni Romanya CK'sı [1117] veya Fransız CK'sında olduğu gibi hiç yer vermezdi. Ancak kanuna bakıldığında aynen 765 sayılı TCK'daki gibi bu hususun açıkça vurgulandığı görülmektedir.

Bunun yanında güveni kötüye kullanma suçunun güven ilişkisini koruması demek kanunda açıkça yazılı olan bir hususun ve bu suçta korunan diğer bir hukuki değerin mülkiyet hakkı olduğu gerçeğinin göz ardı edilmesi anlamına gelemez. Zira bu aynı zamanda maddi ceza hukukundaki kıyas yasağının ihlali ve suçta tipiklik (kanunilik) unsurunun göz ardı edilmesi anlamına gelecektir. Kanun koyucu kendisine veya başkasına yarar sağlama amacı taşımayan rızaya aykırı tasarrufları, güven ilişkisi ihlallerini bu suçtan cezalandırmak istememiştir. Diğer taraftan ceza kanunlarında failin sorumluluğunu daraltacak şekilde yorum yapılabilir ama failin sorumluluğunu tamamen genişletecek şekilde kanundaki bir tümceyi görmeden yorum yapılması mümkün değildir. Bu bağlamda genel kast ile suçun işleneceğini savunan görüşe katılmamaktayız.

[1117] Romanya için bkz. bkz.http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/8 (Erişim Tarihi: 12.03.2017) Ayrıca, Fransız Ceza Kanunu 314-1. madde *"Güveni kötüye kullanma; geri verilme, iade veya kararlaştırılan şekilde kullanılması yönündeki koşulu kabul ederek kendisine kıymetli evrak veya değerli şey veya başka herhangi bir şey tevdi edilen kimsenin, sahibinin zararına olarak bunları mal edinmesidir."*Bu durumda bu suçun genel kastla işleneceğini savunanlara şu soruyu sormak gerekir. Madem kanun koyucu bu suçun genel kastla işlenebileceği kanaatindedir. O halde bu suçun manevi unsurunu niye 17 Temmuz 2009 tarihli Romanya Ceza Kanunu'ndaki gibi düzenlemek aklına gelmemiştir? Romanya Ceza Kanunu dışında kanun koyucu menfaat sağlama amacı gerektirmeyen kastla suçun işleneceğini düşünse mal edinme ifadesine yer vermeden Fransız Ceza Kanununa benzer bir düzenlemede yapabilirdi. Yine Alman CK m. 266'da sadece zarar verme şartı yer almakla kendisine veya başkasına failin yarar sağlama amacı yer almamaktadır. Bunun gibi bir düzenleme yapılabilirdi. O zaman karşılaştırmalı hukukta Almanya ve Avusturya bahislerinde incelediğimiz Siemens "Schwarzen kase" davasındaki hal bile bu suç kapsamına girerdi. Japon Ceza Kanunu'nun basit güveni kötüye kullanma suçunun düzenlendiği 242.madde de güveni kötüye kullanmanın basit hali hırsızlık suçuna atıfla Almanya,Avusturya gibi düzenlenmişken; 247.maddesindeki nitelikli güveni kötüye kullanma şu şekilde düzenlenmiştir: *"Bir kimsenin işlerini yürütmekle görevli kimse kendisi veya başkası menfaatine veya bir başkasına zarar verme amaçlı olarak, kanuni yetkisini kötüye kullanıp bu kimseye zarar verirse 5 yıla kadar hapis veya 500.000 yen para cezası ile cezalandırılır...* "Bu 247. maddeden görüldüğü üzere Japonya'da özel kast aransa da kendisine başkasına menfaat sağlama amacı yanında zarar verme amaçlı olarak bu suç gerçekleştirilebilmektedir, böyle de madde düzenlenebilirdi. (Bu kanunun İngilizce çevirisi için bkz. http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf Erişim Tarihi:25.12.2017) İş bu 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında Almanya başta pek çok ülke kanunundan yararlanan komisyonun o tarihte yürürlükte olan Alman veya Fransız Ceza Kanunlarından bihaber olduğu herhalde düşünülemez. Kaldı ki TCK m. 155'e benzer şekilde "kendisine veya başkasına menfaat sağlama" ibaresinin bulunduğu İtalyan CK m.646'da bu ibarenin bu suçun özel kastla işlenebileceği anlamına geldiği doktrinde de kabul edilmektedir. Bkz. **FIANDACA- MUSCO,** s. 113

Diğer taraftan kendisi veya üçüncü kişiye yarar saiki kanaatimizce **Tezcan-Erdem-Önok**'un hırsızlık suçunda[1118] ifade ettiği nedense güveni kötüye kullanma suçu açısından düşünmedikleri [1119] "sahiplenme" saikini de bünyesinde barındırmaktadır; bu maksadı ifade etmektedir. Pek çok ülkede bu suçtaki manevi unsur mülk edinme, mülkiyet hakkından mahrum edilme gibi terimlerle ifade edilmekle konumuzun birinci bölümünde "suçun bazı ülkelerde düzenleniş biçimi" kısmında, bu husus tarafımızca ele alınmıştır. Güveni kötüye kullanma suçunun hırsızlık suçundan ayrılarak bağımsız suç niteliği aldığı düşünüldüğünde kanaatimizce hırsızlık suçundaki bu durumun güveni kötüye kullanma suçu açısından da düşünülmesi gerekir. Ancak buradaki sahiplenme mal üzerinde mülkiyet tesis etme şeklinde yorumlanmamalıdır, malın sahibini ona tanınmış olan malı kullanma bilme değerlendirebilme olanağından aralarındaki anlaşmaya aykırı şekilde fiilen yoksun bırakma öte yandan kendisine veya başkasına maddi bir yarar sağlama maksatlı hareket etme şeklinde değerlendirilmelidir.

Öte yandan bir görüş "kendisi veya üçüncü kişiye yarar" saikinin maddi niteliğinin şart olmadığını sadece maddi yarar açısından değil, manevi yarar açısından da bu suçun değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna örnek olarak "bir hayır kurumuna emanet bırakılan bir malın bağışlanması" hali gösterilmektedir.[1120] Bu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır. Zira bu örnekte gösterilen hayır kurumuna bir malın bağışlanması da üçüncü kişiye maddi yönden kazandırma, yarar sağlamadır. Kazandırmaya konu hareketin az bir maddi menfaat amacı taşıması dahi suçun oluşumu için yeterlidir.[1121] Yarar sağlamanın tamamen haksız veya haksız ama kamuya hayırlı bir hizmet için yapılması yönünde bir ayrım kanun aramamaktadır. Bize göre de kanunda belirtilen kendisine veya bir başkasına yarar sağlama kavramındaki yarar maddi nitelikli olmalıdır.[1122]

[1118] **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK,** s. 774
[1119] **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, s. 787
[1120] Bkz. **DURSUN**, Emniyeti Suiistimal Suçu, s. 30; **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 173
[1121] Aynı görüşte **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 418
[1122]Karşı görüş; **ANTOLISEI**, Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar, s. 78 *"... Çeşitli yabancı mevzuattan farklı olarak İtalyan hukuku bir süreden beri, menfaatin en geniş şekilde anlaşılması istikametine yönelmiş bulunmaktadır. Yalnız ekonomik fayda, daha genel olarak, mamelekteki artma değil, fakat failin cürmî hareketinden umduğu herhangi bir memnuniyet veya zevk de menfaat sayılır. Şüphesiz, olayların çoğunda menfaat nakdî bir faydadan ibarettir; fakat, bunun zorunlu olduğu söylenemez: fayda başka bir mahiyet de taşıyabilir. «Menfaat» terimine verilecek bu geniş anlam konusunda doktrinimizde, hiç değilse ius conditum görüş açısından tam bir görüş birliği vardır. Esasen bu husus, menfaatin, failin elde ettiği veya elde etmeği tasarladığı «herhangi bir fayda veya*

Pek çok tasarruf eylemi kanaatimizce az veya çok maddi menfaat amacı taşımaktadır. Bu yönden bu eylemler güveni kötüye kullanma suçunun kapsamına girmekle, menfaat amacının ayrıca gözetilmesinin bu suçun kapsamını iyice daraltacağı konusundaki görüşe bu sebeple kısmen katılmamaktayız.

Ancak kimi eylemlerin tam anlamıyla menfaat amacı içermemesinden, bu suçtan cezalandırma olanağı kanımızca bulunmamaktadır. Bu yönden bu durumun suçun kapsamını daralttığını, bu suçun genel kastla işlenmesi gerektiğini savunan görüşe kısmen hak verilebilir. Karşılaştırmalı hukuk bağlamında bu konuda tartışmalı örnek olarak aşağıdaki dipnotta ele aldığımız ABD'den **Kaliforniya Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin Birinci Daire, 181 Cal.App. 4th 800, 104 Cal.Rptr.3d 654 nolu ve 2010 tarihli People v. Sisuphan davasındaki**[1123] "birini işten kovdurtmak amacıyla bu suça konu hareketlerin yapılması" örneğini verebiliriz.

---

haz» dan ibaret olabileceğini, çünkü, fiilî bir zenginleşmenin zarurî olmadığını ileri süren Carrara tarafından da ifade edilmiş bulunmaktadır…" Görüşünü benimsemediğimiz İtalyan yazarın bu düşüncesinden hareket edilirse o zaman kendisine emanet edilen eşyayı kızgınlıkla sırf ondan hıncını çıkarmak için kıran failin eylemi burada mala zarar vermeyi değil güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Zira bu eşyayı kırmak suretiyle duygularını tatmin eden failin alacağı manevi hazda menfaattir. Antolisei'nin bu görüşüne karşın **FIANDACA- MUSCO**, (s. 113) ekonomik malvarlığı ile ilgili olarak bu suçta menfaatin sınırlandırılması gerektiğini açıkça belirtmektedir. Öte yandan ülkemizde bu yönde doktrinde tartışmalar ve çelişkiler vardır. Örneğin bkz. **CENTEL- ZAFER-ÇAKMUT**, s. 309 Yazarlar hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçunda yer alan yarar sağlama ibaresinin maddi ve manevi yararı da kapsadığını belirtmektedirler. Ancak bunun altında yer alan 103 nolu dipnotta kendileri ile bu konuda çelişmektedirler. Zira bu dipnotta sevgiliye hediye etmek için kuyumcudan yüzük çalmanın yarar sağlama olarak değerlendirilip hırsızlık suçu oluşturacağını belirtirken, aksi yönde çocukların oynamak için başkalarının güvercinini almasının yarar sağlama olarak değerlendirilmeyeceğinden hırsızlık suçu oluşmayacağından bahsetmektedirler. Oysaki ikinci örnek manevi olarak faydalanma maksadını yani yarar sağlamayı ifade etmektedir. Diğer taraftan bir kimsenin kendisine teslim edilen para ile failden izinsiz kumar veya bahis oyunu oynamasında da (bkz. **ANTOLISEI**, Manuale di Diritto Penale Parte Speciale Vol:1, s. 292; **ANTOLISEI**, Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar, s. 80) güveni kötüye kullanma suçu oluşmakla bize göre buradaki menfaat maddi menfaatir. Bununla birlikte Schwarzen Kâse davasındaki kararıyla maddi yönden şirket amacı lehine hareket edilse Alman Yargıtayı'nın sanığın kanun dışı ahlaki yarar gözetmesini ve bu yöndeki zararın artık suç kapsamı içinde gördüğünü iddia edenler bulunmaktadır. Ancak bu türden fikir ve görüşler, her daim bu yöndeki klasik çizgiden sapılacağı ve kıyasa dayalı yorum yapılacağı anlamına gelmemektedir. Bu değerlendirme ve tartışmalar için bkz. **Bernd SCHÜNEMANN**, Identität des Schadensbegriffs bei Betrug und Untreue? Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, Nomos, (2015), s. 64

[1123] ABD'de Model Ceza Kanunu ve Teksas gibi Model Ceza Kanunu'nunu aynen uygulayan veya sistemine uyarlayan eyaletler güveni kötüye kullanma suçunu hırsızlık suçu içinde değerlendirmektedir. Ancak bunun istisnası olan eyaletlerde vardır. Model Ceza Kanunu'nu benimsemeyen Kaliforniya bunlardan biridir. Burada güveni kötüye kullanma yönündeki hareketler -bizdeki zimmet suçundan farklı olarak kamu görevlisi dışındaki tüm çalışanları özel şirkette çalışanları ve hizmetli olarak çalışanları hatta emanet alanları vs.'yi kapsayacak şekilde- Kaliforniya Ceza Kanunu'nun m. 503-514. Maddeleri arasındaki düzenlemelerle zimmet (embezzlement) adı altında hırsızlıktan ayrı olarak cezalandırmaktadır. Bu kanunda 503.maddeden 508. Maddeye kadar zimmet suçuna konu olacak failler,haller verilecek cezalar kazuistik diyebileceğimiz metotlarla tek tek sayılıdır.Bu kanunun 508.maddesi *"Vekil, memur, hizmetli gibi kendi istihdamından kaynaklı olarak kendisine yönetme veya bakım amaçlı teslim edilmiş başkasına ait eşyayı dolandırma maksatlı (niyetli) kendi şahsi kullanımı için mal edinen veya dolandırma maksatlı kendi şahsi kullanımı için*

Diğer taraftan bu durum, bu türden menfaat elde etme saiki içermeyen her eylemin cezasız kalacağı anlamına da gelmemektedir. Zira TCK'nın 151, 152 ve 153.maddelerinde düzenlenen "mala zarar verme suçları" ve nitelikli halleri bu

---

gizleyen hizmetli, vekil memur her kişi zimmet suçundan cezalandırılır." demek suretiyle bir yerde hizmet sözleşmesiyle çalışan kendisine eşya teslim edilen üyelerin mal edinmesini cezalandırmaktadır. Davaya konu olay ise şöyledir. (İş bu kanun için bkz. http://codes.findlaw.com/ca/penal-code/pen-sect-508.html Erişim Tarihi:06.02.2018; karar için bkz. **Roger LeRoy MILLER**, Fundamentals of Business Law: Summarized Cases, Centgage Advantage Books, 9th edition, (2013) s.111 ayrıca bkz. http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1505848.html Erişim Tarihi:06.02.2018) *"Sisuphan Toyota'nın Kalifoniya bayisinde finans ve mali işlerden yani şirketin imzaladığı satış sözleşmelerini takip kontrolden, tahsilatlardan sorumlu müdürdür. Emrinde çalışanlar bir tahsilat yaptıklarında para ve çekleri bir zarfa koyup onun gözetiminde duran belli güvenlik önlemleri içeren bir kutuya atmaktadır. Sisuphan emri altında çalışan McClelland'dan sürekli olarak tutum ve davranışları nedeniyle kendi üstü olan genel müdür Michael Cristian'a şikâyette bulunmakta ve onun işten atılmasını istemektedir. Genel müdür ise onun iyi bir satıcı olması ve çok miktarda parayı yaptığı işlerle şirkete sağlaması ve hizmetleri nedeniyle bu talebi hep reddetmektedir. McClelland yine bir gün para ve çekler ile dolu bir zarfla gelir. Ancak bu zarf kutuya atılma esnasında alım mekanizmasına takılıverir. McClelland müdürü Sisuphan'dan yardım ister. McClelland oradan ayrıldığında Sisuphan mekanizmaya takılan zarfı alır ve gizler. McClelland'a da zarfın emanet kutusuna girdiğini, takılmanın giderildiğini ve endişelenmemesini söyler. Sonrasında genel müdür ödemeleri kontrol ederken bu ödemenin eksikliğini fark eder. Bu sırada Sisuphan annesinin rahatsızlığı nedeniyle 1 haftaya yakın izinlidir. McClelland zarfı kutuya attığını belirtir, olayları da anlatır, ancak Sisuphan durumu kabul etmez. Genel müdür Cristian'da, McClelland'ın ifadesine değer vermez ama McCleland'da herhangi bir işlem de yapmadan şirket içi soruşturma başlatır. Cristian, McCleland'ın ödemeyi aldığı müşterisine kadar inip, durumu araştırırken, bu ödemeyi alan kişi hakkında isim belirtmeden ilgili adli merciilere iletilmek üzere suç duyurusu formu da doldurur. Ancak bu arada şirket içi bir duyuru yapıp, bu ödemeyi alan kişi 24 saat içinde ortaya çıkarsa onu affedeceğini belirtir. Ancak yine ortaya çıkan olmaz. Bunun üzerine müdür, özel dedektif tutar. Özel dedektif tüm çalışanları sorgulamaya başlar. Sorulan sorular, yapılan sorgulamalar neticesi paniğe kapılan Sisuphan genel müdürün odasına gidip suçunu itiraf eder. Bu ödeme içeren zarfı da McClelland'ın işten kovulması sağlamak ve onun ne kadar işlerini düzensiz yaptığını göstermek için aldığını söyler. Ödeme ve çekler bulunan zarfı aynen şirkete iade etsede Cristian onu işten kovar. Sisuphan hakkında da zimmet suçundan ceza davası açılır. Yerel mahkeme Sisuphan'ı 508.madde de belirtilen suçtan mahkûm eder. Sisuphan kararı Eyalet Yüksek Mahkemesi önüne götürür. Eyalet Yüksek Mahkemesi Sisuphan'ın zarfın içinden bir harcama yapmamasına ve iade etmesine karşın McClelland'ın kovulmasını sağlamak için bu zarfı almasını malın kararlaştırılan kullanım amacı dışında kullanılma yani yasadaki mal edinme kapsamına girdiğini ve niyetinin de kanunda tanımlanan dolandırma maksatlı olduğunu belirtir.Onun suçtaki hareketini telafi etmeye yönelik zarfın iadesi gibi hareketlerinin de 514.madde uyarınca bir hüküm ifade etmediğini cezalandırılmasını engellemediği belirtir diğer savunmalarını da reddeder. Zimmet suçundan cezalandırmaya ilişkin yerel mahkeme kararını da onar.*" Bu olay ülkemizde olsaydı, Kaliforniya'daki "dolandırma maksatlı" (fraudulent intent) ibaresinin aksine kanunumuzda "kendisinin veya başkasının yararına" ibaresi yer aldığından en önemlisi maddi yarar şart olduğundan, Yargıtay'ında yukarıda ele aldığımız kararları karşısında kanaatimizce güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma yapılamayabilirdi. Dolandırıcılık suçundan cezalandırma belki tartışılabilir ancak bu suçta da neticede öngörülen sağlanan yararın maddi olması gerekir. Öte yandan burada şu sorununda sorulması gerekir. Hareket sonrası fail bu ödemeyi içeren zarfı nereye gizlemiştir? Eğer şirkette bir yere gizlemiş, zarf tasarruf yapamayacağı başkalarının rahatça ulaşabileceği bir yerdeyse yani zarfın sonradan bulunduğu izlenimi vermek amaçlı bu hareket yapılmışsa bu suç oluşmayabilir. Ancak zarfı kendi tasarruf alanında bir yerde evinde arabasında şirkette kendisine ait kilitli çekmecede tutuyorsa bu durumda kanımızca maddi menfaat teminine yönelik bir hareket söz konusudur ve bu suç oluşur denilebilir. Fakat bu görüşümüzün aksi de iddia edilebilir. Sonuçta TCK m. 155'teki bu ibare ile bu tartışmalı hallerle karşılaşabileceğimiz açık olduğundan bu ibarenin kanımızca değiştirilmesi gerekir. Bu gibi tartışmalara son verilmek isteniyorsa kanundaki bu tümcenin "*kendisine veya başkasına maddi veya manevi yarar sağlamak amacıyla"* ya da *"devraldığı kişinin zararına olarak"* şeklinde değiştirilmesi veya kaldırılmasını önermekteyiz. Diğer bir çözümde TCK m. 155'in Alman CK m.266 veya Fransız CK m.314/1'deki gibi düzenlenmesidir.

türden eylemleri de kapsamaktadır.[1124] Örneğin; bir kimsenin diğer bir kimseye koruması ve bakması için teslim ettiği bir kediyi, teslim edilen kimsenin malike duyduğu bir kızgınlıkla damdan aşağı atması ve kedinin yaralanması halinde kanaatimiz "güveni kötüye kullanma" değil, "mala zarar verme" suçunun oluşacağı yönündedir. Yine doktrindeki bir kısım hukukçuların savunduğunun aksine bize göre kendisine saklanmak üzere teslim edilen malı, malike duyduğu kızgınlıkla çöpe atan kişi[1125] ülkemiz hukukuna göre "güveni kötüye kullanma" değil, mala zarar verme suçundan cezalandırılmalıdır. Zira burada fer'î zilyedin bir maddi menfaati yoktur. Ancak mal çöpe atılmakla zarar görmüş veya kullanılmaz hale gelmiştir.

Buna karşın bir firmanın ihaleye girebilmek için başvuru tarihinin son günü ilgili kuruluşa verilmek üzere bir çalışanına teminat mektubu teslim etmesi, bu çalışanın ise bu firmanın ihalede rakibi olabilecek bir başka firmadan aldığı para karşılığı bu mektubu çöpe atması veya yırtması halinde ise güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma yapılmalıdır.[1126] Zira bu durumda fail çalışan belli bir menfaat karşılığı hareket etmekle bu suçun unsurları oluşmuştur.

Yargıtay içtihatlarına bakarsak Yargıtay'da bu suçun oluşumu için "özel kastı gerekli görmektedir.[1127] Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararına göre

---

[1124] **ALŞAHİN**, s. 43

[1125] Bu örneğin güveni kötüye kullanma suçu olduğu yönündeki görüş için bkz. **TEZCAN- ERDEM-ÖNOK**, s. 697

[1126] Bu türden fiiller için Türk Ticaret Kanunu'nun 62. maddesinde "Haksız Rekabet Suçu" da düzenlenmiştir. Cezası 2 yıla kadar hapis veya para cezasıdır. Ancak bu suçtan cezalandırma için fiilin başkaca bir suçtan daha ağır bir cezalandırmayı gerektirmemesi gerekir. Bu olay TCK 155/2. madde kapsamında hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma olarak değerlendirilirse bu suçun cezası 1 yıldan 7 yıla kadar hapis ve para cezası olduğundan TCK m. 155/2'deki hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma yapılması gerekir.

[1127] **Yargıtay 6. CD E: 1975/760 K: 1975/959 T: 19.2.1975** *"...Dava: Kendilerine ait otobüsleri ile Hacca götürdükleri F. ve A.A.' yolculuk sırasında emaneten aldıkları pasaportları iade etmemek suretiyle hizmet nedeniyle emniyetlerini suiistimalden sanık A.İ.A. ve M.G. hakkında yapılan duruşma sonunda: eylemleri kanuni suç teşkil etmediğinden beraatlerine ve müdahillerin pasaportlarının iadesi hususunda ait olduğu Hukuk Mahkemesine müracaatta muhtariyetlerine dair Yalvaç Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 16/01/1974 tarihli hükmün temyizen tetkiki müdahiller F. ve A. tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığı yüksek makamından bozma isteyen 04/02/1975 tarihli tebliğname ile 10/02/1975 gününde daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü:Karar: Sanıkların Hac seyahati nedeniyle yaptıkları anlaşma dışı masraflardan paylarına düşen miktarları müştekilerden istemeleri üzerine çıkan anlaşmazlıktan ötürü ellerindeki müştekilere ait pasaportları iade etmedikleri incelenen dosya münderecatından anlaşılmıştır. TCK'nın 509. maddesinde yazılı suçun gerçekleşmesi için kendisine tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim olunan bir şeyin kendisinin veya başkasının menfaatine olarak satması veya reddetmesi veya sarf ve istihlak etmesi yahut ketim ve inkâr eylemesi yahut tahvil ve tağyir etmesi gerekir olayda sanıkların müştekilere ait pasaportlardan şahsi ve haksız yarar sağlama kastı bulunmadığı gibi diğer unsurlarda bulunmadığından müdahillerin temyiz itirazları ve tebliğnamedeki bozma düşüncesinin reddiyle sonucu itibariyle doğru bulunan hükmün ONANMASINA, ve depo paralarının gelir kaydına 19/02/1975 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."*(Karar için bkz. **ÖNDER**,

sanık muhasebecinin iş yoğunluğu nedeniyle kendisine teslim edilen parayı ilgili yere yatıramaması, sonrasında ise ilgili yere kendi cebinden gecikme faiziyle birlikte ödemede bulunup bu konuda ayrıca katılana zararına karşılık senet vermesi halinde "çıkar sağlama amacı" mevcut olmadığından bu suçtan cezalandırma yapılamaz.[1128]

Yine 1992 tarihli bir diğer Yargıtay CGK'sında da güveni kötüye kullanma suçunun açıkça özel kast ile işlenebileceği belirtilmiştir. Bu CGK'da Yargıtay sanığın kendisine biçilmek üzere verilen ağaçları, katılanın istediği biçimde biçememesi bunun üzerine başkaca ağaçların teslimini önerdiği fakat bunu da söz konusu teslim edeceği ağaçlara orman muhafaza memurlarının kaçak diye el koyması neticesinde yapamadığı, nihayetinde ise para vermeyi önerdiği ancak bununda katılan tarafından az bulunduğundan bahisle red edildiğini sonuç olarak sanığın eylemlerinin "kendisi veya başkası yararına mal edinme" amacı taşımadığından ayrıca manevi unsurun (kast) unsurunun da eksikliğinden bu suçun oluşmadığına hükmetmiştir.[1129]

Diğer taraftan bu suç "sırf hareket suçu" dur. Suçun oluşması için failin arzuladığı yararın fiilen gerçekleşmesi gerekmez. Kendisine veya üçüncü kişiye menfaat amaçlı olarak doğrudan veya dolaylı bir hareketin yapılması yeterlidir. Ancak zilyetliği devralanın sırf teslim aldığı malik veya asli zilyet yararına hareket etmesi halinde kanımızca güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Örneğin; kendisine 3 ay sonra alınmak üzere bırakılan 1 ton kahvaltılık malzemenin son kullanma tarihinin 15 gün sonra biteceğini fark eden zilyetliği devralanın, teslim eden kişiye de ulaşmadığı bir ortamda, bu malı büyük bir otele satıp aldığı bütün parayı da teslim eden kimse adına faizlenmek ve geldiğinde kendisine verilmek üzere

---

Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 419; www.kazanci.com Erişim Tarihi:03.01.2017)

[1128] **Yargıtay CGK E: 1989/9-62 K: 1989/121 T: 20.3.1989** "*Özel muhasebe bürosu bulunan sanığın diğer müşterileri yanında, eczane sahibi olan katılanın muhasebe işlerini de yürüttüğü, değişik aylara ait 107.944 TL. KDV ve 470.000 TL. SSK, primini yatırmak üzere katılandan aldığı halde işlerinin çokluğu nedeniyle, süresinde yerlerine yatıramadığı, gecikme üzerine katılana yapılan duyuru karşısında 162.400 TL. KDV. ile 599.800 TL, SSK, priminin katılan tarafından gecikme faizi ile birlikte yerlerine ödendiği, buna karşılık sanığın 162.400 TL, meblağlı senedi katılana vererek bedelini ödediği, SSK, prim borcuma karşılıkta 470.000 TL. TÖBANK Karşıyaka Şubesine katılan adına bloke ederek dekontunu gönderdiği, sanığın aksi kanıtlanamayan savunması ve tüm dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu oluşa göre, sanığın yerlerine yatırmak üzere aldığı KDV. ve SSK. prim bedelini işlerinin çokluğu ve dağınıklığı nedeniyle yatıramadığı, haksız bir çıkar sağlamak amacını taşımadığı, suça konu katılandan aldığı parayı ketim ve inkâr eylemediği anlaşıldığından yüklenen suçun yasal unsurları oluşmamıştır, Yerel Mahkeme kararı isabetlidir…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:05.04.2015)

[1129] **Yargıtay CGK 1992-213/239 K.T:28.09.1992** (Bkz. **BAKICI**, s. 33,34)

bir banka hesabına yatırırsa veya bir apartman yöneticisi her ne kadar bu konuda genel kurul kararı olmasa da siteye daha fazla para kazandırması adına, parayı bankada site adına açtığı likit fon hesabında tutarsa[1130] artık bu suç oluşmaz.

Sonuç olarak bu suçta hareketin kendisine veya üçüncü kimseye maddi yarar sağlama amaçlı gerçekleşmesi yani bu özel kastla suçun işlenmesi şarttır. Bununla birlikte TCK m. 155'de yer alan "kendisi veya başkası yararına olarak" ibaresinin yetersiz olduğu belli haksız durumları cezasız bırakabileceği kanaatindeyiz. Bu ibarenin "kendisine veya başkasına maddi veya manevi yarar sağlamak amacıyla" şeklinde değiştirilmesinin veya Alman CK m.266'dakine benzer şekilde bu maddenin suça konu hareketlerinin ve manevi unsurunun düzenlenmesinin daha doğru olacağı düşüncesindeyiz.

3) Suçun Olası Kastla İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu

Bu suçla ilgili diğer bir tartışmada, suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği üstünedir. Zira; TCK'nın 21. maddesinin gerekçesinde *"kasten işlenebilen suçlar, ilke olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Ancak, kanundaki tanımında "bilerek" ifadesine yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir. Örneğin; iftira suçunda, failin suçsuz olduğunu "bilerek" kişiye suç isnat etmesi gerektiğinden, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir"* denilmektedir. TCK'nın 155. maddesinde "bilerek" ifadesine yer verilmediğinden bu suçun olası kastla işlenebileceğini savunan görüşler bulunmaktadır.[1131]

Bunun yanında bir görüşte saike (özel kast) rağmen bu suçun olası kastla işlenebileceği yine suçun hareket suçu olduğu için bu hareketten doğan neticenin öngörülüp, incelenmesine dolayısıyla suçun olası kastla işlenip işlenilmeyeceğinin

---

[1130] **Yargıtay 15.CD E:2013/7781 K:2015/1650 T:02.02.2015** *"...Sanığın, apartman yöneticisi olarak çalıştığı dönemde, kat malikleri tarafından aidat olarak verilen 222.85 TL'yi uhdesine geçirmek suretiyle hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, alınan bilirkişi raporu, banka kayıtları, makbuzlar, dekontlar ve diğer harcama evrakı ile tüm dosya kapsamına göre, alınan karar gereğince, söz konusu apartmana ait paraların likit fon hesabında apartman lehine değerlendirildiği, yapılan incelemelerde likit fon fazlasının bulunduğu ve sanığın uhdesinde de herhangi bir para bulunmadığının belirlenmiş olması karşısında, sanığın mahkumiyetine yeter kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı dikkate alınarak, bu gerekçelere dayanan mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamıştır..." (*www.legalbank.net Erişim Tarihi:17.06.2017)

[1131] **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 419; **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 85; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 696

tartışılmasına gerek olmadığını da savunmaktadır. [1132] Bu görüşlere de katılmamaktayız.

Bize göre özel kast (saik) öngörülen suçların olası kastla işlenmesine imkân bulunmamaktadır. [1133] Zira saikin arandığı hallerde kanun burada failin belirli bir amaçla hareket etmesini şart koşmaktadır. Bu da TCK m. 21'in gerekçesinde bahsedilen "bilerek" hareket etmenin dolaylı yönden ifadesidir. Kasten hareket eden ancak yaptığı hareketle "kendisine veya başkasının yararına olarak" hareket ettiğini bilmeyen, düşünemeyen, bu bilinçte olmayan failin bu suçtan cezalandırılamayacağı açıktır. "Tatile giderken A'nın arkadaşı olan B'ye bir kedi emanet ettiğini, bu kedinin masraflarını da arkadaşının hatırını kıramayan B'nin kendisinin üstlendiğini düşünelim. Sonrasında telefonda başka bir sebeple iki arkadaşın kavga ettiğini ve A'dan hırsını alamayan, B'nin öfkesi ile kontrolünü kaybederek kediyi hızla pencereden aşağı atarak ölümüne sebep olduğunu varsayalım. Burada A kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamak amacıyla hareket etmemiştir. Ancak bir başka bakış açısından bakılırsa kedinin ölümü neticesinde kendisi dolaylı yoldan arkadaşının tatil süresi boyunca karşılamak zorunda olduğu mama vs. masraflardan kurtulmuştur, yani kendisinin yararına hareket edip menfaat sağlamıştır. Bu suçun genel kastla işleneceğini veya saikle olası kastın bir arada olacağını savunanlar açısından bu örnekte "güveni kötüye kullanma suçu" oluşmuştur. Bize göre ise burada güveni kötüye kullanma suçu değil, "mala zarar verme suçu" oluşmuştur. Zira; kanunda "kendisinin veya başkasının yararına olarak" ifadesi bu amaçla failin hareket etmesi gerektiğini, failin bu amacı bilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Saik, failin hareketinden önce ortaya çıkan bilinçtir. Bunun bilincinde olmayan, bilincinde olup olmadığı anlaşılamayan, kanunun aradığından başka amaçla hareket eden faili, dolaylı olarak ortaya çıkan neticeden sorumlu tutmak kanunu, hukuku zorlamadır. Bu sebeple bu suçun olası kast ile işlenemeyeceğini düşünmekteyiz.

[1132] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 444; Ayrıca bkz. **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 515 ve aynı sayfadaki 36 nolu dipnot; Yazar Fransız doktrininden Garçon'un görüşünden yola çıkarak failin sarf ve istihkak şeklinde olmaksızın, bir şeyi sadece kullanırken kaybetmesi halinde olası kastla güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağından bahsetmektedir.

[1133] Bu yönden bkz. aynen görüşlerini benimsediğimiz **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 340

Yine B'nin söz konusu kediyi kızgınlıkla, sokağa salması halinde de "mala zarar verme suçu" oluşacaktır.[1134]

Bununla birlikte yukarıdaki örnekte belirttiğimizin aksine olarak B kızgınlıkla kediyi pencereden atıp ölümüne sebep olma, yaralama veya sokağa salma yerine bir başkasına satarsa veyahut bağışlarsa bu halde güveni kötüye kullanma suçu kanımızca oluşacaktır. Zira "satış" veya "bağışlama" özü itibariyle "bir başkasına yarar sağlama" amacını içermektedir. Burada B'nin bunu bilememesi imkânsızdır. Hukuken birden fazla saikle bir insanın harekete edebileceği düşünüldüğünde öc alma duygusunu tatmin yanında ayrıca kanunun aradığı bir başkasına yarar sağlama saiki de bir arada olduğundan bu suç gerçekleşecektir. "Bir taşla iki kuş" misali bir insanın aynı anda iki amacı gerçekleştirme niyeti olabilir. Ancak kanımızca bu durum olası kastı oluşturmaz, doğrudan kast söz konusudur.[1135] Zira kanunun aradığı saikin (özel kastın) doğrudan meydana gelmesinden, her iki amacında birbiri ile yarışan güçte olmasından ötürü güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

[1134] Zira mala zarar verme suçu malı kullanılmaz hale getirmekle de işlenebilir*." ...Fail eşyadan yararlanma iradesi olmaksızın eşyayı saklayarak veya kafesteki kuşun doğaya uçmasını sağlayarak mağdura zarar vermiş olabilir. Bu hallerde eşya zarar görmemiş ancak mağdur bu eşyadan yararlanma olanağından yoksun kalmıştır…"* (**CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 400; **ÖNDER**, Şahıslara Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 463)

[1135] Bize göre burada olası kast değil, ikinci dereceden doğrudan kast (tali kast) söz konusudur. **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, II. Cilt, s. 220- 221; **İÇEL**, Ceza Hukuku'nda Temel Kusurluluk Şekli Kast, s. 65 *"Failin hedefinin dışında kalan ikinci derece sonuçlar, asıl sonucun gerçekleşmesi bakımından zorunlu nitelikte iseler, failin bu ikinci derece sonuçları da istediğini kabul etmek gerekir…"* Burada da fail başka amaçla satımı yapsa da 2.dereceden netice olarak "kendisine ve/veya başkasına maddi yarar sağlama" amacının gerçekleşeceği muhakkaktır. Bu durumda isteyerek gerçekleştirdiği eylemde öngörmenin ötesindeki muhakkak gerçekleşme karşısında ikinci derece sonuçları istemediği iddia edilemez. İkinci dereceden doğrudan kasta, kimi görüşlerde "tali kast" adı da verilmektedir. Ancak bu ayrımı kabul pratik manada bir değerinin olmadığını savunanlarda bulunmaktadır. Zira hem asıl kast hem tali kastta bilme ve isteme unsurları bir arada gerçekleştiğinden her ikisi de doğrudan kast olarak değerlendirilirler. Bu ayrımın gereksizliği konusundaki görüşler için bkz. **DÖNMEZER- ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, II. Cilt s. 249; **Cengiz APAYDIN**, En Son Yargıtay ve Askeri Yargıtay Kararları Işığında Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları, Yazarın Kendi Yayını, (2009), s. 91; buna karşın bkz. **HEINDRICH**; Ceza Hukuku Genel Kısım-I, s.177, Almanya'da, Alman Ceza Kanunu'nun 164.maddesinde gerçek dışında olgu isnat etme suçunda,187.maddedeki iftira suçu, 258/1.maddesinde suçluyu kayırma suçunda bu türden ikinci dereceden doğrudan kast şart ve gerekliliklerine yer verilmiştir. Ancak şunu da belirtmeliyiz ki, karşılaştırmalı hukuk açısından mesela İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi belli hallerde mesela belli bir kullanım amaçlı ödünç verilen paranın failin geri ödeyemeyeceğine neticeyi öngörmesine karşın herhangi bir karşı değer veya yeterli karşı değer bulundurmadan amaç dışı kendisi veya başkasının menfaatine kullanılması hali gibi bu suçun olası kast ile oluşabileceğini kabul etmektedir. (Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi 23 Ocak 2018 tarihli 6B_279/2017 sayılı ve 9 Temmuz 2015 tarihli 6B_1022/2014 sayılı; 16 Şubat 2007 tarihli 133 IV 21 sayılı kararları. Bu 3 karar içinde bkz. https://www.bger.ch Erişim Tarihi: 28.01.2018) Bize göre burada olası kast durumu değil, doğrudan kast durumu söz konusudur.

§ DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIMI VE USUL HÜKÜMLERİ

I- GENEL BİLGİ

Bu bölümde suçun özel görünüş şekilleri, cezayı kaldıran ve indirim yapılmasını gerektiren genel haller, etkin pişmanlık, suçta cezalandırma, yaptırım ve usul hükümleri detaylı olarak ele alınmıştır.

II- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1) Teşebbüs

TCK'nın 35/1. maddesinde "Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle

tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur" olarak teşebbüs düzenlenmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçu, neticeli suç değil, sırf hareket suçu yani neticesi harekete bitişik suçdur. Kanuni tanımda netice ile hareketin birbirinden ayırt edilemeyecek derece bitişik olmasından neticeye yer verilmeyip hareket öğesine yer verildiğinden hareketin tamamlanması ile suçta tamamlanır.[1136] Bu durumda güveni kötüye kullanma suçunda teşebbüsün söz konusu olup olmadığı hususunun tartışılması gerekir. 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay bu suçun "sırf hareket suçu" olmasından dolayı tam teşebbüsün mümkün olamayacağını ancak eksik teşebbüsün mümkün olduğunu kararlarında ifade etmekteydi.[1137]

Her ne kadar 5237 sayılı TCK'da eksik ve tam teşebbüs ayrımı kaldırılmış olsada güveni kötüye kullanma suçu açısından da teşebbüs konusunda benzer durum söz konusudur. Zira sırf hareket suçlarında, suça konu fiili oluşturan, icra hareketleri, çeşitli aşamalara, parçalara bölünebiliyorsa, suç teşebbüse elverişlidir. Güveni kötüye kullanma suçu devir amacı dışında tasarruf veya devir olgusunun ihlali ile oluşabilir. Bu iki seçimlik hareketten devir olgusunun inkârı teşebbüse elverişli değildir.

Buna karşın "devir amacı dışında tasarrufun" teşebbüse elverişli olduğu düşünülebilir. Bir malın devir sözleşmesine aykırı olarak bağışlanması, satımı demek aynı zamanda malın zilyetliği devralan failin, zilyetliğinden de çıkması anlamına gelmektedir.[1138] Ancak malı teslim etmeden, satımına yönelik üçüncü kişi ile sözleşme yapılması veyahut kişinin müşteri araması ancak hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilir. Bu sebeple burada teşebbüs mümkün değildir. Buna karşın zilyetliğin devir amacı dışında tasarrufta, failin malın zilyetliğini üçüncü bir kimseye devrederken, üçüncü bir kimseye teslim esnasında engellenmesi halinde ise fiil icra aşamasında kalmış olup teşebbüs söz konusudur.

[1136] **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, s. 407

[1137] 765 sayılı TCK döneminde teşebbüs açısından icra hareketlerinin tamamlanmasına karşın neticenin ortaya çıkmaması halinde tam teşebbüs; icra hareketlerinin failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmaması halinde ise eksik teşebbüs olarak fiilin değerlendirilmesi şeklinde bir ayrım bulunmaktadır. Yargıtay'ın güveni kötüye kullanma suçunda eksik teşebbüsünün mümkün olduğuna dair şu kararını örnek verebiliriz: **Yargıtay 9. CD E: 1992/7184 K: 1992/5885 T: 4.6.1992** *"Sanığın Antalya ve Burdur'a götürmek üzere teslim aldığı eşyayı bir başka ilde satmaya kalkışması eylemi eksik teşebbüs safhasında kalır ve esasen inancı kötüye kullanma suçuna tam teşebbüs mümkün değildir…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 07.04.2015)

[1138] **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 642

Bu yönde şu örnekler verilebilir; Failin şoför olarak çalıştığı firmada aldığı mazotu teslim mahalline götürmeyip, bu eşyayı satmak için anlaştığı bir başka kişinin deposuna aktaracakken yakalanması bu suça teşebbüstür. [1139] Sanığın, şoförlüğünü yaptığı otobüsün deposundan hortum kullanarak akaryakıtı bidona doldurup ticari taksiye yüklediği sırada kolluk güçlerince yakalanması güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüstür.[1140]

Bunun yanında kanaatimizce dönüştürme, değiştirme işlemleri de teşebbüse elverişlidir. Örneğin; faile teslim edilen külçe altının, rızaya aykırı şekilde kolyeye çevrilmek üzere kuyumcuya geçici teslimi halinde yakalanması veya failin kendisinin altın kolyeyi, külçe altına çevirmek üzere eritme fırınına atarken yakalanması hallerinde suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Aynı şekilde bir taşınmazda kiracının malikin yapılmasına karşı çıktığı, rıza dışı tadilata başlanmadan önce bir firma ile anlaşması, ancak hazırlık hareketi olabilir. Bununla birlikte işçilerin tadilata başlayacakları esnada malikin gelerek bina içinde bu durumu engellemesi halinde teşebbüsün varlığı düşünülebilir.

Yine Yargıtay bir kararında, müşteriden aldığı çeki müştekiye teslim etmesi gerekirken teslim etmeyip, işten ayrılan bir çalışanın sonrasında şikâyet üzerine yakalanması durumunda, çekin bankaya ibrazının gerçekleşmediğinden bahisle suçun teşebbüs aşamasında kaldığına hükmetmiştir.[1141] Bu kararı eleştirmekteyiz.

[1139] **Yargıtay 15. CD E: 2014/11371 K: 2016/9614 T: 19.12.2016** *"...Sanık ...'in, katılana ait kamyonda şoför olarak çalıştığı ve bu kamyonla yük taşıdığı sırada daha önceden tanıdığı diğer sanıkla anlaşarak biraraya geldikleri, kamyondaki mazotu boşaltacakları sırada polislerin olay yerine geldikleri ve tutanak tuttukları, böylece sanık ...'in hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüs, sanık ...'in de suç eşyasını satın almaya teşebbüs suçunu işlediklerinin iddia edildiği olayda, sanık ve katılan beyanları ile dosya kapsamına göre, suçların sanıklar tarafından işlendiği sabit olmakla bu gerekçelere dayanan mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamıştır..."*(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 27.02.2017)

[1140] **Yargıtay 5. CD E: 2014/572 K: 2016/2733 T: 15.3.2016** *"Kamu görevlisinin tanımının yapıldığı 5237 Sayılı TCK'nın 6/1-c maddesinin gerekçesinde kamusal faaliyetin Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi olarak tanımlandığı, kamusal faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda ise bu kişilerin kamu görevlisi sayılamayacağı, açıklanan hukuksal durum karşısında Antalya ...'nın yazısına göre belediye personeli olmayan, yüklenici firma elemanı olarak istihdam edilen sanığın, kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü suç niteliğindeki zimmet suçunun faili olamayacağı, şoförlüğünü yaptığı otobüsün deposundan hortum kullanarak akaryakıtı bidona doldurup ticari taksiye yüklediği sırada kolluk güçlerince yakalanması şeklinde oluşa uygun olarak sübutu kabul edilen eyleminin TCK'nın 155/2. maddesine uyan hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanmaya teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilmeden yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması..."*(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 09.08.2016)

[1141] **Yargıtay 11. CD E: 2001/10549 K: 2002/1875 T: 11.3.2002**
"Hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçundan sanık Osman Arslan'ın yapılan yargılanması sonunda: TCK: nun 510 ve 522. maddeleri gereğince 6 ay hapis cezası ile mahkumiyetine dair

Zira burada çalışanın, çeki alıp almadığını makul bir süre içerisinde müştekiye bildirip bildirmediğine bakmak gerekir. Kanımızca burada failin müşterinin çekini alıp, bunu gizlemesi, işten ayrılması devir olgusunun inkârıdır. Hatta bu çeki aldığını kabul etse dahi makul bir süre geçmesine ve işten ayrılmasına karşın çeki iade etmemesi de devir olgusunun inkârıdır. [1142] Hareketin yapılmasıyla suç tamamlanmıştır. Ayrıca çekin bankaya sunulmasına gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte fail çeki aldığını, bunu teslim edeceğini müştekiye bildirmiş, durumu kabul etmiş ancak teslim etmeyip işten ayrılmışsa o zaman Yargıtay'ın kararında belirttiği şekilde bankaya ibraz edilmemesi nedeniyle teşebbüs durumu (765 sayılı TCK'daki ayrıma göre eksik teşebbüs durumu) söz konusu olabilir.

2) İçtima

Ceza hukukunda hâkim olan temel kurallardan biri ne kadar suç varsa, o kadar ceza vardır kuralıdır.[1143] Ancak suçun işlenişi ve hayatın doğal akışında bu kurala aykırı haller pek çok kez ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple TCK'nın 42. maddesinde bileşik suç; 43. maddesinde zincirleme suç; 44. maddesinde ise fikri içtima olarak suçların içtimasına çeşitli cezalandırma kurallarına yer verilmiştir.[1144] [1145]

ÜSKÜDAR 1. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 13.7.2000 gün ve 2000/487 Esas, 2000/778 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanık vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığının onama isteyen 13.11.2002 tarihli tebliğnamesi ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği görüşüldü:…Sanığın, müştekiye verilmek üzere 15. Hava Üssü Kantininden aldığı suça konu 16.3.2000 vade tarihli hamiline çeki müştekiye vermeyerek işten ayrıldığı, şikayet neticesinde çekin 6.3.2000 tarihinde sanığın üzerinden zaptolunduğu ve çekin henüz bankaya ibraz edilip tahsil edilmediği oluşa uygun kabulden anlaşılmasına göre; suçun eksik teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekirken, tamamlanmış suçtan mahkümiyetine karar verilmesi,…" (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 09.08.2016)

[1142] Kanaatimizi doğrular nitelikteki bu görüşümüze benzer görüşler için bkz. **CENTEL- ZAFER-ÇAKMUT**, s. 441; **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 696; **MERAKLI,** s. 1685

[1143] Bu ilke aynı zamanda TBMM Adalet Komisyonu'nda "Kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" kuralı ile ifade edilmektedir. (Bkz.TBMM Adalet Komisyonu'nun Türk Ceza Kanunu Tasarısına ilişkin 3.8.2004 tarih ve Esas:1/593, Karar: 60 sayılı Raporu, TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 664, s. 229)

[1144] Suçların içtiması açısından dört değişik hal ile karşılaşabilme durumu söz konusu olabilmektedir. A) Hareket tek ve netice tek olabilir: Bu durumda herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Fail hangi suçu işlemişse o suçtan cezalandırılır. B) Hareket tek, netice birden çok olabilir. Bu halde TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima kuralları uygulama alanı bulacaktır. C)Hareket birden çok netice tek olabilir: Eğer hareketler aynı amaca yönelmişse, çok olmasının bir önemi yoktur. Fail tek ve gerçekleşen neticeden sorumlu tutulur. Ancak hareketler farklı amaca yönelmişse bu durumda gerçekleşmeyen neticeler açısından teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. D) Hareket ve netice birden çok olabilir. Bu durumda eğer daha önce alınan bir plan ve karar çerçevesinde hareketler gerçekleşmişse şartları varsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanması düşünülebilir. Aksi halde ise her bir hareketi ve oluşan neticeden fail ayrı ayrı sorumlu tutulur ki buna gerçek içtima denir.

A) Zincirleme Suç

İçtima açısından, failin tek bir malike ait tek bir eşya üstünde, güveni kötüye kullanma suçunun işlemesi halinde, herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak malikin, faile tek bir sözleşme ile birden fazla eşyayı grup halinde teslim edilmesi, failin bu eşyaları aynı anda satması halinde de tek bir güveni kötüye kullanma suçundan fail cezalandırılacaktır.

Buna karşın failin, malikin veya asli zilyedin teslim ettiği eşyaları peyder pey kendisine yarar sağlamak için elden çıkarması halinde ise durum değişecektir. Zira

---

(Bkz.**ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 703) Güveni kötüye kullanma suçu açısından da işbu dört halde söz konusu olabilmektedir.

[1145] Bu arada cezaların içtimasına da değinmemiz gerekir. 765 sayılı TCK'da da cezalar toplanmaktaydı. Ancak şimdi CGİK ve 5237 sayılı TCK'nın aksine sınırsız bir toplama söz konusu değildi. Zira 77. maddede toplanmanın bir sınırı bulunmaktaydı. Bu sebeple 765 sayılı TCK'nın Alman Ceza Sistemine benzer şekilde "Cezaların Arttırılması Sistemi"ni benimsediği düşünülebilir. 765 sayılı TCK madde *77; "1) Aynı neviden şahsi hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezaların birleştirilmesi halinde tatbik edilecek ceza ağır hapiste 36, hapiste 25, sürgünde 15, hafif hapiste 10 seneyi geçemez. 2) Başka neviden şahsi hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezaların mecmuu otuz seneyi geçemez. Bu haddi aşan ceza miktarı sırası ile sürgün, hafif hapis, hapis ve ağır hapisten tenzil edilir.3) Ağır para cezası ile hafif para cezası birleştiği takdirde çevrilecek cezanın nev'i hapistir.4) Birleştirilen para cezalarının şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çevrilmesi halinde bu ceza müddeti beş seneyi geçemez. 5) (Değişik bent: 21/11/1990 - 3679/4 md.) İçtima neticesinde uygulanacak süreli fer'i cezalar, kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasında on, muayyen bir meslek ve sanatın icrasının tatilinde dört yılı geçemez. 6) Yukarıdaki fıkralarda yazılı yukarı hadlere baliğ olan cezalara kati surette mahkûmiyetten sonra işlenen suçlardan dolayı verilecek cezalar aynen tatbik olunur."*
Ancak 5237 sayılı TCK'da yalnızca suçların içtimasından bahsedilmekle, 765 sayılı TCK'nın aksine cezaların içtimasına yer verilmemiştir. Bunun anlamı hâkimin gerçek içtima halinde her bir suçtan ayrı ayrı cezaya hükmetmesidir. Aynı sanık hakkında verilmiş birden çok mahkûmiyet kararında bulunan cezaların nasıl uygulanacağı ile ilgili düzenleme sadece 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunu'nda (CGİK) yer almaktadır. Birden fazla hükümdeki cezaların toplanması başlıklı CGİK m. 99'a göre, bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar. Ancak, bir kişi hakkında başka kesinleşmiş hükümler bulunur ise, m. 107'nin uygulanabilmesi yönünden mahkemeden bir toplama kararı istenir. Diğer deyimle 765 sayılı TCK'nın aksine, 5275 sayılı CGİK cezaların içtimaını, sadece hükmün infazı sırasında uygulanacak bir toplama işlemi olarak görmektedir. Bu konu ile ilgili olarak ve eleştiriler için bkz. **Fatma KARAKAŞ DOĞAN**, Türk Ceza Hukuku'nda Cezaların İçtimaı Kurumunun Düzenlenmesi Gerektiği Üzerine, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:3, (2011), s. 85-104*"...Yürürlükteki hali ile Türk Ceza Hukuku'nda cezaların içtimaı kurumuna ve toplam cezanın oluşturulmasında kullanılabilecek bir üst sınıra yer verilmemiştir. Böylelikle, failin işlediği birden fazla suça ait cezaların bağımsız olarak ve ardı ardına infaz edilmesi benimsenmiş ve cezaların ölçüsüz bir şekilde infaz edilmesine kapı aralanmıştır. Mevzuatımızdan ölüm cezasının çıkarılması, uzun süreli hapis cezasının uygulama alanını genişletmiştir. Hapis cezasının belirli bir sınırda tutulmasını sağlayan en önemli kurum olan cezaların içtimaına yer verilmemesi, en başta cezanın ve infazın amacı ile uyumlu olmamıştır. Bu hali ile hukukumuzda bir kişi hakkında Amerika Birleşik Devletlerinde olduğu gibi, yüzlerce yılı bulan hapis cezalarına hükmedilmesi mümkün hale gelmiştir..."* 5275 sayılı CGİK'in 106. maddesinde sadece para cezalarının hapis cezasına çevrilmesinde bir süre sınırı vardır.

TCK'nın 43. maddesinin 1.fıkrasına göre zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu maddeye göre *"bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır."* Bu hüküm gereğince çalıştığı mağazada kendisine emanet edilen *"paraların tamamını almayı düşünen ve eylemini bir defada icra etmeyip haftalara bölen mağaza çalışanının; kendi motorlu aracına ihtiyacı oldukça benzin dolduran benzin istasyonu işçisinin*[1146] *"*; bir acentenin değişik kimselerden çeşitli tarihlerde topladığı poliçe bedellerini iş yaptığı sigorta şirketine ödememesi[1147] veyahut failin farklı zamanlarda kendisine tamir için bırakılan cep telefonlarını iade etmemesi[1148] fiilleri tek suç sayılacaktır. Tek bir güveni kötüye kullanma suçu oluşacak ancak ceza dörtte birden dörtte üçüne kadar arttırılabilecektir. Yeter ki hareketler bir suç işleme kararı çerçevesinde gerçekleştirilsin. Esasında burada birden fazla hareket ve birden fazla netice vardır. Ancak aralarında sübjektif bağlantı bulunan ve aynı kanun hükmünün çeşitli defalar ihlalinden doğan suçlardan meydana gelmesi şeklinde farklılıklarıyla "zincirleme suçlar" diğer suç çokluğu hallerinden ayrılırlar.[1149] Bu durumu tek suç olarak cezalandırma da kanun koyucunun tercihidir.

Diğer taraftan zincirleme suçun arz ettiği özellik nedeniyle kanun koyucu cezaların birleşmesi kuralından ayrılmak ve bazı hükümler bağlamak zorunda kalmıştır. Zincirleme suç halinde, güveni kötüye kullanma suçu açısından da bu kurallar uygulanacaktır. Buna göre zamanaşımı son suçun işlendiği günden başlayacaktır. (TCK m. 66/6) Aynı şekilde son suçun işlendiği yer mahkemesi yargılamada yetkili olacaktır.

[1146] **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 577

[1147] **Yargıtay 23. CD E: 2015/10371 K: 2016/10638 T: 13.12.2016** *"Sanığın, katılan şirketin alt acentası olarak trafik sigortası takip işlemlerini yaptığı, iş yerine farklı tarihlerde araçlarının zorunlu trafik işlemleri için gelen ve müşterileri olan Ramazan Arslan, Ali Çokluk, Ahmet Onur, Özkan Ceylan, Nuri Irmak, Mehmet Beşar, Ekrem Kayserili, Zekeriya Mertoğlu, Celil Anatan, Sadık Umutlu ve Güven Özgirgin'den poliçe bedellerini peşin olarak aldığı halde, söz konusu sigorta işlemlerini katılan şirket ile aralarındaki sözleşmeye göre tramer sistemi üzerinden yapması gerekirken haricen yapıp bu şekilde katılan şirketin haberi olmaksızın tahsil ettiği poliçe bedellerini uhdesine geçirerek zincirleme suç niteliği kazanan hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediği tüm dosya kapsamından anlaşıldığından mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir…"*(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 02.04.2017)

[1148] **İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 21.CD E. 2017/868 K. 2017/893 T. 5.4.2017** "..Kabule göre de;"*Sanığın değişik zamanlarda, farklı mağdurlardan tamir etmek için aldığı telefonları iade etmemesi şeklindeki eyleminin, mağdur sayısınca suç oluşturacağının ve farklı zamanlarda iki ayrı telefon verdiği dikkate alındığında katılan Bülent'e yönelik eyleminin zincirleme güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağının gözetilmemesi,.."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:25.06.2017)

[1149] **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 578

B) Fikri İçtima

TCK m. 43/2 *"aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiile işlenmesi durumunda"* da 43/1. maddesindeki zincirleme suç hükmünün uygulanacağını belirtmektedir. Burada bahsedilen içtima hali "zincirleme suç" değil, *"aynı neviden fikri içtima"* (birleşme) denilen durumdur.[1150] Burada fail tek hareketle birden fazla kişiye karşı aynı suçu işlemektedir. Örneğin, aynı trafik kazasında çocukları vefat eden iki kişinin sigorta bedellerinin tahsili için bir iş takipçisine vekâlet vermesi, takipçinin ise aynı tarihte aynı bankaya yatan sigortanın yatırdığı paraları çekip vermemesi halinde tek hareketle ortaya çıkmış, iki güveni kötüye kullanma suçu söz konusudur. Ancak aynı neviden fikri içtima uygulanacak sanık tek suçtan, cezasında artırım yapılarak mahkûm edilecektir[1151]. Ancak müştereken malik olunan mala ilişkin failin, maliklere karşı güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi veya aynı eşyada hem mağdurun hemde zilyedin mağdur olması halinde aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Yargıtay CGK, 2013 tarihli bir kararında benzer bir suç olan hırsızlık suçu açısından bu türden müşterek zilyetlik halinde aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanmayıp tek bir suçun oluştuğunun kabulü ile ile hüküm kurulması gerektiğini belirtmektedir.[1152]

[1150] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 733

[1151] **Yargıtay 15. CD E: 2013/3461 K: 2014/19523 T: 24.11.2014** *"...Somut olayda ; 15.05.2007 tarihli trafik kazasında katılanlar Erol ve Derviş'in çocuklarının vefat ettiği, iş takipçiliği yapan sanık Beyhan'ın katılanlarla irtibata geçerek sigorta şirketinden sigorta bedellerini almak için katılanlardan vekâletname aldığı, ilgili vekâletname uyarınca sanığın sigorta şirketinden katılar adına bankaya yatırılan paraları çektiği ancak katılanlara vermeyerek uhdesine geçirdiği anlaşıldığından 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 müdafiinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine, ancak ; 1- Sanık Beyhan'ın, aynı kazada çocukları vefat eden katılanlarla aynı anda görüşüp aynı vekâletnameyle sigorta işlemlerini takip etmek için yetki aldığı ve aynı tarihte bankaya yatırılan parayı çekerek uhdesine geçirdiği ve bu şekilde atılı suçu birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlediği anlaşıldığından TCK'nın 43/2. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden iki ayrı mahkumiyet kararı verilmesi suretiyle fazla ceza tayini…"(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 23.07.2016)

[1152] **Yargıtay CGK E 2013/13-303 K: 2013/296 K.T: 11.06.2013** *"...Kamyondan bu eşyaların çalınması halinde, mağdur, zilyed konumundaki kamyon şoförüdür. Bu itibarla, söz konusu örnek olaylarda bir hırsızlık suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir....Geceleyin bir konuta girmek suretiyle işlenen hırsızlık suçunda suçun konusunu oluşturan eşyalardan bir kısmının bayan ziynet eşyası, bir kısmının ise, ceket cebinden alınan cüzdan ile içindeki para ve çeklerden ibaret olması halinde; suçun konusunu oluşturan ziynet eşyalarının bir hanımefendiye, cüzdan ile içindeki para ve çeklerin ise bir beyefendiye ait olduğu ve dolayısıyla, birden fazla kişiye karşı hırsızlık suçunun işlendiği düşünülebilir. Ancak, bu gibi durumlarda, bir hırsızlık suçunun işlendiğinin kabulü gerekir; TCK'nın 43. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerinin uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Bütün bu açıklamalarımızdan çıkan sonuç şudur: Bir konuta girerek işlenen*

TCK 44. maddede ise "farklı neviden fikri içtima" ya dair düzenleme söz konusudur. Bu maddeye göre *"İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır."* Burada fail tek fiil ile hareket edip birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet vermişse yalnızca en ağır olan suçtan ceza alacaktır.[1153] Diğer taraftan fikri içtima yalnızca suçlar açısından uygulama alanı bulmayacaktır. Bazen bir fiil suç oluşturduğu gibi, aynı zamanda bir kabahatte oluşturabilir. Bu halde suçların kabahatten daha ağır olması nedeniyle Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesi hükmü gözetilerek, fail sadece işlediği suçtan cezalandırılacaktır. Ancak disiplin cezasını gerektiren eylemlere ilişkin olarak TCK 'nın 44. maddesinin uygulanması olanağı bulunmamaktadır.[1154] Bu halde örneğin güveni kötüye kullanma suçunu işleyen avukat olan fail, bu fiili nedeniyle hem güveni kötüye kullanma suçundan hem de barodan alacağı disiplin cezası ile cezalandırılabilecektir.

---

hırsızlık suçu örneğinde, konut içinde bulunan eşyalar üzerinde konutta bulunan bütün kişiler (aile bireyi olsun veya olmasın) müşterek zilyed konumunda olduğu için, bir hırsızlık suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir. Başka bir deyişle, bu gibi durumlarda, birden fazla kişinin mağrur edildiği düşüncesinden hareketle, mağdur sayısınca suçun oluştuğunu ve dolayısıyla, gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna varılamaz ve keza; bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlendiği düşüncesiyle TCK'nın 43. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümleri gereğince hırsızlık suçundan dolayı verilmesi gereken cezanın artırılması yoluna gidilemez.(Prof. Dr. I. Özgenç; TCK Eğitim Seminerleri, Sorular - Cevaplar) Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hareketin birden fazla olduğu durumlarda da tek fiilden söz edilebilir. Tek bir fiil olarak kabul edilen hallerde de, mağdurların müşterek zilyedligi söz konusu ise; yine tek bir suç söz konusudur. Yani, böyle bir durumda TCK'nın 43/2. maddesi hükmü de uygulanamaz. Somut olayımızda ise; aynı zamanda, maden ocağına ait işçilerin soyunma odası olarak kullandıkları kilitli olmayan prefabrik yapı içindeki aynı odada olan ve kilit altında bulunmayan 5 ayrı pantolon ya da mont cebinden ya da cüzdan içinden, 5 ayrı mağdura ait cep telefonu ve paranın çalınması karşısında failin hareketlerini bir bütün olarak tek bir fiil olarak kabul etmek gerekirse de, ***müşterek zilyedlik durumu bulunmadığı cihetle*** *bir fiil ile kanunun aynı hükmünün birden fazla ihlal edildiğini, yani TCK'nın 43/2. maddesinde düzenlenen aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini, kabul etmek gerekir"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 23.01.2018) Aynı görüşte ayrıca bkz. **AYTEKİN İNCEOĞLU**, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, s. 48

[1153] Bu konuya 765 sayılı TCK'dan şu Yargıtay kararına konu olay örnek verilebilir. (O dönemde TCK m..44'ün 765.sayılı TCK'daki karşılığı 79. maddedir.) **YCGK, E: 1994/9-131, K: 1994/154 T: 30.05.1994** *"...Olayda sanık, kredi kartından çıkardığı fazla örneği doldurup kart sahibinin imzasını taklit ederek sahte belge düzenlemiş ve işyeri sahibinin kendisine verdiği yetkiye dayanarak bu belgeyi kullanmak suretiyle bankadan para çekmiş, şikayetçinin güvenini kötüye kullanarak onu zarara sokmuştur. Sanığın iki netice doğuran iki ayrı eylemi mevcut ise de, düzenlediği belge resmi evrak olmayıp özel evrak olduğundan ve yukarıda açıklandığı üzere ancak kullanılmakla suç oluşacağından TCY'nin 79. maddesinin uygulanması zorunludur. Bu nedenle sanık hakkında, özel evrakta sahtecilik ve güveni kötüye kullanmak suçlarından en ağır cezayı içeren TCY'nin 510. maddesi ile uygulama yapılması gerektiğinden itirazın kabulüne karar verilmelidir..."* (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 09.10.2015) Ancak unutulmamalıdır ki 5237 sayılı TCK'da artık evrakta sahtecilik suçlarından ayrıca ceza verileceği belirtildiğinden gerçek içtima gereği günümüzde bu olay meydana gelseydi fail iki ayrı suçtan ceza alacaktı.

[1154] **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 573

C) Görünüşte İçtima

TCK'da düzenlenen fikri içtimadan farklı olarak bir kanunda düzenlenmesede varlığı tartışmasız kabul edilen "görünüşte birleşme (içtima)" durumunun da ayrıca ele alınması gerekir. Görünüşte birleşme "çeşitli normların aynı fiil ile ilgili görünmesine karşın birisinin uygulanması"dır. Fikri içtimadan farkı ise burada en ağır cezayı gerektiren normdan cezalandırmanın olmamasıdır. Suçun unsurlarına ve oluşan duruma göre karşılaştırma yapılarak, normlar arasındaki ilişkiye bakılarak tek bir normdan cezalandırma yapılacaktır.[1155] Bu hallere çeşitli örnekler verebilir.

En önemli örneklerden biri "tüketen ve tüketilen norm ilişkisidir." Burada bir norm diğer normun koruduğu bütün hukuki değerleri korumakta ve dolayısıyla bu değerlere zarar veren eylemlere tek ceza öngörmektedir. Yapılan "eylemlerin aynı suçu sonuçlaması" buna örnektir. Seçimlik hareketli bir suç olan güveni kötüye kullanma suçunda fail, malikten teslim aldığı malı sonrasında teslim alındığını inkâr edip saklayabilir ve hemen ardından aynı malı bir başkasına satabilir. Bu durumda devir olgusunu inkâr ve rızaya aykırı tasarrufta bulunmanın her ikisi de güveni kötüye kullanma suçu açısından gerçekleşmiştir. Ancak fail iki güveni kötüye kullanma suçundan değil, tek bir güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır. [1156] İlk hareketi olan devir olgusunu inkâr etme hareketi cezalandırılacak ancak yaptığı ikinci ve üçüncü hareketler ise "cezalandırılmayan sonraki hareket" olarak değerlendirilecektir. Bunlar için ayrıca ceza verilmeyecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, her iki hareketin de aynı eşya üzerinde, ilk suçun mağdurunun aynı hukuki değerini ihlal etmesi veya aynı hukuki değere zarar vermesi zorunluluğudur.[1157] Eğer üçüncü bir kimsenin korunan hukuki değeri ihlal edilmişse artık tüketen ve tüketilen norm ilişkisi, cezalandırılmayan sonraki hareket söz konusu olmaz. Bunun yanında ikinci şart ise mevcut zararların büyütülmemesidir. Mağdurun başka bir hukuki değerinin veya üçüncü kişilerin

---

[1155] **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 610; **İÇEL**, Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz (2008) s. 36

[1156] **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 613,614; **İÇEL**, Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 44

[1157] **Kayıhan İÇEL**, Suçların İçtimaı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (1972) s.197

hukuki değerlerinin zarara uğratılması halinde artık sonraki fiiller artık cezadan bağışık sayılmaz.[1158]

Diğer taraftan yapılan hareketlerin kimi zaman aynı suçu sonuçlamaları beklenemez. Farklı suçu da sonuçlayabilir. Hatta bir suç, öğeleri itibariyle kısmen veya tamamen diğer suçu kapsayabilir. Dahası bu iki suçun cezaları bile birbirine yakın veya eşit nitelikte olabilir. Güveni kötüye kullanma ve mala zarar verme suçu arasındaki yakın ilişki buna örnektir. Yapılan hareketin kendisine veya başkasına yarar sağlama amacı taşıması güveni kötüye kullanma suçunu, mala zarar verme suçundan ayıran önemli özelliklerden biridir. Güveni kötüye kullanma suçunda "rızaya aykırı tasarrufta bulunma" fiili arasında 765 sayılı TCK'da da zikredilen doktrinde de kabul edilen başka mala dönüştürülme, tüketme hareketleri de bulunmaktadır.[1159] Bir malın, diğer bir mala dönüştürülmesi, tüketilmesi halinde kaçınılmaz şekilde mala zarar verilme durumu söz konusudur. Bir mala zarar verilmelidir ki o mal dönüştürülsün veya tüketilsin. "Suç yolunun ilk hareketi" dediğimiz bu harekette mala zarar verme suçu, bu suçun adeta geçit suçu niteliğindedir. [1160] Bu durumda, mala zarar verme suçundan fail ayrıca cezalandırılmayacaktır.

Bunun yanında kimi durumlarda malı tahrip etmek veya parçalarına ayırmak suretiyle fail, güveni kötüye kullanma suçunu da işleyebilir. Burada da ayrıca mala zarar verme suçundan ceza verilmez. Bu yönden mala zarar verme suçu ile güveni kötüye kullanma suçu arasında kanımızca özel norm- genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Eğer bir mal zilyet kılınan faile teslim edilmişse, bu mal üstünde fail kendisine veya başkasına yarar sağlama amaçlı mala zarar verme eylemlerini gerçekleştirmişse artık mala zarar verme suçundan değil, güveni kötüye kullanma suçundan işlem yapılacaktır.[1161] Bununla birlikte mala zarar verme eylemi güveni

---

[1158] **İÇEL**, Suçların İçtimaı, s.197

[1159] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 512,513; **DURSUN**, Emniyeti Suistimal Suçu, s. 26; **HAFIZOĞULLARI**, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, s. 2765; **KOCA- ÜZÜLMEZ**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 637

[1160] Benzer şekilde mala zarar verme ve hırsızlık suçu arasındaki ilişki yönünde suç yolunun ilk hareketi olarak kabul edilen mala zarar verme suçuna konu hareketlerin cezalandırılmayacağı yönünde Yargıtay'ında pek çok kararı bulunmaktadır. Bu konudaki Yargıtay 13.CD 20237/12546 T.29.05.2012, Yargıtay 13.CD 3346/12227 T:23.05.2012 vs. sayılı kararlar için bkz. **Köksal BAYRAKTAR**, Mala Zarar Verme, Özel Ceza Hukuku Cilt IV Malvarlığına Karşı Suçlar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, (2018), s. 157

[1161] Bu iki suç arasındaki örnek haller için ayrıca bkz.2.bölüm "Güveni kötüye kullanma suçunun benzer suçlardan ayrımı" kısmı

kötüye kullanma suçunun işlenmesini gizleme veya bu konudaki belgeleri yok etme amaçlı başkaca suç kapsamı dışındaki eşyalara yapılırsa bu durumda bu suçtan fail güveni kötüye kullanma suçu ile birlikte ayrıca cezalandırılacaktır. Örneğin bir işyerinin muhasebe müdürü kendine emanet edilen değerli eşyaları işyerinden rıza dışı alır ve bunu gizlemek için malların bulunduğu yerde yangın çıkartırsa ayrıca bu suçtan cezalandırılabilecektir.

Diğer taraftan güveni kötüye kullanma suçuna konu hareketle TCK m. 161/1-a'maddesindeki hileli iflas suçu oluşursa diğer deyimle bir şirket yöneticisi alacaklılardan mal kaçırma ve gizleme amaçlı bu hareketlerde bulunursa özel norm olarak sadece TCK m. 161/1-a'daki hileli iflas suçundan cezalandırma yapılacaktır.[1162]

Bunun yanında görünüşte birleşme hallerinden biri de "asal- yardımcı norm" ilişkisidir. Kimi hallerde yasa maddesi öngördüğü eylemin başka bir suçu oluşturmaması koşulunu açıkça koymuştur. Bu haldeki yasa hükümleri "açık

---

[1162]. *TCK'nın 161.maddesi şu şekildedir.1) Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hileli iflasın varlığı için; a) Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması… gerekir.* Bkz. **Ali Hakan EVİK**, Türk Ceza Hukuku'nda Hileli ve Taksirli İflas Suçları, Oniki Levha Yayınları, (2015), s. 250 Yazar 161/1-a maddesinin hem güveni kötüye kullanma hem de dolandırıcılık suçu ile benzeşmesi nedeniyle şu soruyu sormaktadır. *"Bir ticaret şirketinin yöneticisi konumundaki kişinin şirket malvarlığı üzerinde devir amacı dışında tasarrufta bulunması (hileli şekilde malvarlığının bir kısmını yurtdışına kaçırması, başkasının uhdesine geçirmesi) durumunda hileli iflas suçu (TCK madde 161/1-a) mu, yoksa dolandırıcılık (TCK madde 157) veya güveni kötüye kullanma suçu (TCK madde 155) mu işlenmiş olacaktır?"*Yazarın düşüncesinin aksine kanaatimiz TCK'nın 155.maddesindeki güveni kötüye kullanma suçunun özel kastla işlenebileceği yönündedir. Bu görüş ayrılığı dışında yazarın diğer fikirlerine katılmakla bu fikirleri ile paralel şu değerlendirmeyi yapabiliriz. Her ne kadar hem TCK m. 155 hem 161.maddedeki suç özel kast gerektirsede TCK m. 161 daha nitelikli ve özel durumları içermektedir. TCK'nın 155.maddesinden farklı olarak burada sadece kendisine veya bir başkasına yarar sağlama amaçlı değil aynı zamanda alacaklılara, iflas masasına karşı malvarlığını eksiltme amaçlı tasarrufta bulunulmaktadır. Bu yönden bir hile söz konusudur. Yine bu tasarruflar sıradan bir eşya üzerinde değil, şirket alacaklıları için alacağın teminatı olan hacze kabil iflas masasına girebilecek mallar üzerinde işlenmektedir. Bu bakımdan güveni kötüye kullanma suçundaki eşya kavramından bu suçtaki eşya kavramı son derece dardır. Mağdur yönünden iki suç arasında farklılıklar vardır. *"Hileli iflas suçunun mağduru alacaklılar, güveni kötüye kullanma suçunun mağduru ise suça konu malın maliki veya zilyetliği hukuka uygun şekilde elinde bulunduran kişidir."* En önemlisi failin zilyet olması, zilyet kılınması yanında failin hileli işlemlerinden sonra ortaya çıkan "iflas etmiş olma" hali TCK'nın 161.maddesi açısından ayrıca ikinci bir önşart veya objektif cezalandırılabilirlik koşulu olarak değerlendirilebilirken güveni kötüye kullanma suçunda ise böyle bir koşul bulunmamaktadır. (Güveni kötüye kullanma suçu ile bu suç arasındaki farklılıklar için bkz. **EVİK**, Türk Ceza Hukuku'nda Hileli ve Taksirli İflas Suçları, s. 287- 290) Bu yönlerden TCK'nın 161.maddesindeki suç, güveni kötüye kullanma suçu karşısında özel norm niteliğinde olup yapılan hareket hem güveni kötüye kullanma suçunu hem de bu suçu oluşturuyorsa ve iflas etmiş olma şartı gerçekleşmişse sadece TCK'nın 161.maddesindeki suçtan cezalandırma yapılmalıdır.

yardımcı norm" olarak adlandırılmaktadır.[1163] Örneğin failin bir bankada görevli olması nedeniyle Bankacılık Kanunu'nda 160. maddede yer alan zimmet suçu ile TCK'daki güveni kötüye kullanma suçu arasındaki ilişki genel norm-özel norm ilişkisi gibi gözükse de esasında asal norm- yardımcı norm ilişkisidir.

Zira Bank.K.'nın 161.maddesi "bu kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır," hükmüne yer vermektedir. Bu durumda cezası daha ağır olan Bankacılık Kanunu'nu asal norm olarak değerlendirilip cezalandırma yapılacak olup, TCK'daki güveni kötüye kullanma suçu yardımcı norm niteliğinde kalacağından cezalandırma yapılmayacaktır. Eğer iş bu 161.madde olmasaydı, genel norm-özel norm ilişkisi düşünülebilirdi. Aynı şekilde buna benzer bir düzenleme BETYSK m.25'te de yer aldığından güveni kötüye kullanma suçu ile Bireysel Emeklilik Tasaruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'ndaki zimmet suçu (BETYSK m.23/2) arasındaki ilişkide asli norm- tali norm ilişkisidir. Zimmet suçuna atıf yapan BETYSK m.23/2 daha ağır ceza öngördüğünden bireysel emeklilik fonu veya portföy kurulu üyeleri yönetim kurulu başkan ve üyeleri, imzaya yetkili kişiler bu suçtan ceza alacaklardır.

Ek olarak TCK m. 244/4 fiil başka bir suç oluşturmadığı zaman, maddi menfaat sağlama amaçlı olarak bilişim sisteminin kullanılmasını cezalandırmakla bu yönden TCK m. 155 ile bu suç arasında asal- yardımcı norm ilişkisi vardır. Eğer burada esas olarak bilişim sistemi değil, kişinin malvarlığına konu eşyalarından biri olan parası hedef alınmışsa TCK m. 244/4'teki suç değil güveni kötüye kullanma suçu oluşur. Ancak Yargıtay'ın ne yazık ki bu konuda katılmadığımız kararları da bulunmaktadır.[1164]

[1163] **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 621

[1164] **Yargıtay 23.CD E.2015/4528 K. 2015/8082 T. 14.12.2015** *"Sanığın, katılan şirkete ait ....Mağazasında bilgisayar sorumlusu olarak çalıştığı, şubelerde yapılan satışların yine şubelerde bulunan bilgisayar vasıtasıyla, şirket merkezindeki server üzerinde bulunan veritabanına işlendiği ve bu işlem sonunda merkezdeki programdan şubelerdeki günlük satış ve stok miktarının takip edildiği, yapılan kayıtların merkezde görevli "...." isimli kullanıcı olan sanık tarafından bilişim sisteminin işleyişi değiştirilerek sisteme gerçeğe aykırı veri yerleştirmek suretiyle haksız çıkar sağlandığı, haksız yararın doğrudan katılana yönelik hileli davranışlarla gerçekleşmemesi karşısında eylemin dolandırıcılık olarak nitelendirilemeyeceği gibi, katılan tarafından sanığın zilyetliğine devredilmiş bir mal bulunmaması karşısında eylemin güveni kötüye kullanma suçunu da oluşturmayacağı belirlenmiş olmakla sanığa yüklenen eylemin TCK'nın 244/4. maddesinde düzenlenen bilişim sistemini aracı kılarak yarar sağlama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması…"* Bu bahse konu karara karşı bir üye karşı oy kullanmıştır. Gerekçesi de şu

Asal norm- yardımcı norm ilişkisine bir örnekte ticari şirketler açısından bu şirketlerde hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip olanların alacaklıları zarara uğratmak kastıyla ticarî işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödemeyerek alacaklıları zarara uğratmalarını suç olarak düzenleyen İİK 333/a-1 maddesidir. Bu maddede açıkça bu işlem ve eylemlerden başka bir suç oluşmaması halinde bu suçtan cezalandırma yapılacağı belirtildiğinden bu yönden bu fiillerin TCK m. 155/2'deki güveni kötüye kullanma suçunu oluşturması halinde sadece bu suçtan cezalandırma yapılacaktır.[1165]

şekildedir: *"...Katılan şirkete ait mağazada bilgisayar işletmeni olan sanığın yargılamaya konu eylemi, haklarında dava açılmamış olan diğer mağaza çalışanları ile birlikte hareket ederek mağazanın günlük satışlarından elde edilen paranın bir kısmını sahiplenip; bu haksız eylemleri gizlemek maksadıyla kayıtlar üzerinde oynama yapmış olmasından ibarettir. Hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçundan sanığın cezalandırılmasına dair temyiz edilen mahkumiyet kararı "eylemin dolandırıcılık veya hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarını taşımadığı, TCK'nın 244/4 maddesinde tanımlanan bilişim sistemini aracı kılarak yarar sağlama suçunu oluşturduğu gerekçesiyle dairemiz tarafından oy çokluğu ile bozulmuştur.Sanık ile birlikte suç işledikleri halde haklarında dava açılmayan diğer çalışanlar ile mülkiyet hakkı sahibi arasında yasa gerekçesinde tanımlanan şekliyle bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu şahıslar tahsil ettikleri ve zilyetlik hakkına sahip oldukları paraları sözleşme ilişkisine bağlı olarak devretmeleri gerekir iken sanık ile birlikte sözleşme ilişkisi ile bağdaşmayan kasıtlı tasarrufta bulunmuşlardır. Sanığın bu şekildeki hareketi güveni kötüye kullanma suçunun tüm unsurlarını taşımaktadır. Bu aşamadan sonra sanığın, bilgisayar kayıtları üzerinde hileli hareketlerle gerçeğe aykırı hesap değişiklikleri yapmış olması, sonucu değiştirmez. Çünkü hilenin menfaat edinmeden sonra gerçekleştirilmiş olması sebebiyle hile ile menfaat arasındaki nedensellik bağı kurulmamıştır. Ayrıca sanık, bilişim sistemine zarar verme veya verileri yok etme, bozma, erişilmez kılma amacıyla hareket de etmemektedir. Hedefi bilişim sistemi olmayıp, bilişim sistemini kullanarak daha önceden zilyedliği kendisine devredilmiş olan parayı haksız olarak sahiplendiğini gizlemek olup, tamamıyla malvarlığına yöneliktir. Sanığın eylemi tali norm olan TCK'nın 244/4. maddesindeki suça uygun olmayıp, daha ağır cezayı gerektiren 155/2 maddesindeki suça uygun bulunmaktadır. Zaten TCK'nın 244/4 maddesi ve madde gerekçesinde yer alan açık anlatım karşısında, maddenin 4. fıkrasının uygulama imkanının bulunduğundan söz edilemez..."* Bu karardaki üyenin muhalefet şerhine aynen iştirak etmekteyiz. Bu karara karşı 6352 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi üzerine anılan Kanun'un 99. maddesiyle değişik 5271 Sayılı CMK'nın 308. maddesi uyarınca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca itiraz edilmiş ancak aynı daire **(Yargıtay 23.CD) E. 2016/1817 K. 2016/1324 T. 15.2.2016** kararı ile bu itirazı reddetmiştir. Muhalefet şerhindeki görüşüne aynen katıldığımız üye, bu karara da muhalefet şerhi koymuştur. (Bu kararlar için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi:14.12.2017)

[1165] İİK'da güveni kötüye kullanma suçu ile yanyana gelmesi son derece zor nadir bir ihtimal olsada yanyana gelebilecek diğer bir suçta İİK m.331 alacaklıyı zarara uğratmak kastıyla mevcut eksiltme suçudur. Bu maddeye göre haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlunun alacaklısını zarara uğratmak kastıyla malların bir kısmını mülkünden çıkarması telef etmesi kıymetten düşürmesi gizlemesi muvazaalı işlemlerle elden çıkarılması veya asıl olmayan borçları kabul etmek suretiyle malların elden çıkarılması suç olarak düzenlenmiştir. Bunun alacaklı tarafından ispat edilmesi halinde hapis cezası ile borçlunun cezalandırılması öngörülmüştür. Bu suçta da özel kast aranmaktadır. Ancak aranan kast hareketin alacaklıyı zarara uğratma amacına yönelik yapılmasıdır. Yoksa yeni bir teşebbüs kurmak veya bankadan, bir kredi kurumundan kredi almak maksatlı bu hareketlerin yapılması bu suçu oluşturmayacaktır. (Bkz. **Talih UYAR**, Takip Hukukunda "Alacaklısını Zarara Sokmak Kasdiyle Mevcudunu Eksiltme Suçu" (İİK. Mad. 331), Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 68, Sayı: 1, (2010), s. 182) Öte yandan maddenin ikinci fıkrasında ise bir özel içtima kuralı olarak iflas takibinden veya doğrudan doğruya iflas hallerinde iflas talebinden önce iş bu belirttiğimiz fiilleri işleyen borçlu hakkında da bu fiiller başka bir suç oluştursa dahi" bu hükümlerin

Buna ilaveten TCK'nın 165. maddesinde suç eşyasının satın alınması ve kabul edilmesi suçu düzenlenmiştir. Ancak bu suçtan cezalandırma elde edilen eşya veya malvarlığı değeriyle ilişkili suça failin iştirak etmemesi koşuluna bağlanmıştır. Bu maddede geçen "kabul etme" satın alma dışında herhangi bir yolla belirli bir süre için veya süresiz olarak eşya üzerindeki zilyetliğin kabul edilmiş olması" anlamındadır. Eşyanın zilyetliğini failin kabullenmiş olmasına gerek yoktur.[1166] Bu durumda malikten kendisine teslim edilen eşyayı devir olgusunu inkâr eden fail, bu malı ayrıca kullanmaya başlarsa bu suçu da işlemiş olacaktır. Ancak kanunda malın elde edilmesine sebep suça iştirak etmemiş olma şartı getirildiğinden fail TCK'nın 165. maddesinden ayrıca cezalandırılmayacaktır. Yine güveni kötüye kullanma suçuna iştirak edip sonrasında suça konu malı yardım ettiği veya azmettirdiği failden alan üçüncü kişi de kanaatimizce TCK'nın 165. maddesindeki suçtan cezalandırılamaz.

Diğer taraftan TCK'nın 281/1. maddesinde bir suçun delillerini yok etme, silme, gizleme, değiştirme veya bozma fiilleri cezalandırılmaktadır. Ancak bu suçtan cezalandırma için kişinin delillere konu olan suça iştirak etmemesi şart koşulmaktadır. Bu durumda güveni kötüye kullanma suçunu işleyip yakalanmamak için elde ettiği suça konu eşyayı yok eden failin mala zarar verme suçu yanında TCK 281. maddede belirtilen bu suçtan da cezalandırılmaması gerekir.[1167] Zira burada suç asıl güveni kötüye kullanma suçu içinde erimiştir.

---

uygulanıp bu suçtan cezalandırma yapılacağı belirtilmiştir. Bu suça konu hareketlerin aynı zamanda güveni kötüye kullanma suçunu teşkil etmesi son derece zordur. Suç kalıbı tam olarak TCK m.155'e uymamaktadır. Daha çok bu hareketler hileli iflas suçunu (TCK m.161) oluşturabilir. Ancak zor bir ihtimalde olsa, bu suça konu hareketler TCK m.155'teki güveni kötüye kullanma suçunu oluşturuyorsa iflas takibinden veya iflas talebinden önce bu fiiller gerçekleştirilmişse ne hileli iflas ne güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma yapılmayacak doğrudan bu suçtan ceza verilecektir. Buna karşın iflas takibinden veya iflas talebinden sonraki ile iflas kararı verilmesi arasındaki zaman dilimi içerisinde ya da iflas kararı verilmesinden sonra gerçekleştirilmesi durumunda hileli iflas suçu (Bkz. **EVİK,** Türk Ceza Hukuku'nda Hileli ve Taksirli İflas Suçları, s. 299- 300) bunun olmaması durumunda dolandırıcılık düşük bir ihtimalde olsa güveni kötüye kullanma suçunun varlığı tartışılabilecektir.

[1166] **MERAN**, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları, s. 330

[1167] **Yargıtay 4. CD. E: 2010/21934 K: 2010/17064 T: 19.10.2010**
"Araç motor ve şase numaralarının "...kamu kurum ve kuruluşlarınca veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca kullanılan mühürle..." oluşturulmuş onaylayıcı ya da belgeleyici işaretler olmadığı, bu bağlamda hırsızlık suçuna iştirak edilmemiş olmak koşuluyla çalınan aracın motor ve şase numaralarının değiştirilmesinin TCY.nın 281/1. madde ve fıkralarında tanımlanan kanıtları değiştirme ve gizleme suçunu oluşturduğu, somut olayda ise sanığın işlediği hırsızlık suçunun kanıtlarını gizlemek amacıyla motor ve şase numaralarını değiştirmenin asıl hırsızlık suçu içinde eriyen eylem olduğu gözetilmeden TCY.nın 202. maddesinde tanımlanan mühürde sahtecilik suçundan ayrıca mahkumiyet kararı verilmesi,.." (www.kazanci.com Erişim Tarihi:17.01.2017)

Yine "özel norm- genel norm ilişkisi" güveni kötüye kullanma suçu açısından da geçerlidir. Tek fiil neticesi güveni kötüye kullanma suçunun yanında failin kamu görevlisi olması dolayısıyla TCK m. 247 de zikredilen "zimmet" veya asker olmasından kaynaklanan Askeri Ceza Kanunu'nun 130. veya 131. maddesine konu olacak suçlar, Sigortacılık şirketinde görev alması nedeniyle Sigortacılık Kanunu'nun m.35/3-4 veya m.19 ve ilişkili olduğu m.35/17'deki suçlar veya sermaye piyasasında faaliyet göstermesi nedeniyle Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110. maddesindeki[1168] suç vs. oluşmuş olabilir. Bu durumda özel normun önceliği ilkesi geçerli olacaktır. Cezanın ağırlığına bakılmaksızın fail genel norm niteliğindeki ele aldığımız TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçundan değil, özel norm niteliğindeki bu suçlardan cezalandırılacaktır.

D) Gerçek İçtima

Ceza Kanunu bu kurallar uygulanmaksızın bazı suçlardan gerçek içtima kuralı ile ayrıca cezalandırma öngörmüştür. Örneğin güveni kötüye kullanma suçunu işleyen fail, suçunu gizleme amaçlı malikten aldığı eşyayı başkasından satın almış gibi göstermek için sahte fatura düzenler, bunu da ispat amaçlı kullanırsa ayrıca özel evrakta sahtecilik suçundan cezalandırılabilecektir. Zira TCK'nın 212. maddesi resmi veya özel belgenin bir suçun işlenmesinde kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan cezalandırma yapılacağını açıkça belirtmiştir.

Diğer taraftan bazen güveni kötüye kullanma suçuna konu eşyanın niteliğinden bile gerçek içtima oluşması mümkündür. Örneğin bir banka veya kredi kartının maliki, kendi kartını bir arkadaşına iki günlüğüne bir borcunu ödeme amaçlı bırakmış olabilir. Bu durumda kişi, borcu ödemek yerine bu banka veya kredi kartı ile rıza dışında bir alışveriş yaparsa bu hareketi hem güveni kötüye kullanma suçunu hem de TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturacaktır. TCK'nın 245/1. maddesi bu suçu *"Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına*

[1168] Mülga Ser.PK zamanında durum farklıydı. Zira 47.maddenin başında diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde ibaresi bulunmaktaydı. O dönemde mülga Ser.PK'daki güveni kötüye kullanma suçu (Ser.PK 47/A-5) ile bu suç arasındaki ilişki asal norm-yardımcı norm ilişkisi olarak değerlendirilebilir.

yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır…" şeklinde düzenlemektedir.

Buradaki "her ne surette olursa olsun" ibaresinin suç oluşturmayan eylemlerle ele geçirilmesi şeklinde anlaşılması gerektiği, birleşik suç olarak bu maddenin düzenlenmediği doktrinde ve Yargıtay kararlarında belirtilmektedir.[1169] Bunun yanında, banka veya kredi kartının hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi durumunda oluşabilecek hırsızlık, yağma, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık gibi suçlar ile banka veya kredi kartlarını kötüye kullanma suçu arasında gerçek içtima kuralı uygulanarak failin her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılma yapılması da doktrin ve Yargıtay'da kabul edilmektedir.[1170] Bu durumda fail yukarıdaki örneğimizde hem banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçundan, hem de güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır.

İlaveten TTK m.62, yaptığı atıfla birlikte TTK m. 55 c. 1'deki kendisine emanet edilen hesap, plan, teklif gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmayı iki yıla kadar hapis ve para cezası ile cezalandırmaktadır. Ancak buradaki yararlanma esasında eşyanın kendinden değil içerdiği ticari bilgi, imalat ve pazarlama sırlarından yararlanmayı içermektedir. Burada sayılan imalat usuller, iş yöntem ve planlamaları, fiyat oluşum bilgileri ve fiyat stratejileri, satın alma kaynakları, teklifler işletmede sınırlı sayıda kişilerce bilinen, belli bir ekonomik değeri haiz olan oluşturması için makul düzeyde emek ve para sarf edilen, herkes tarafından kolaylıkla elde edilemeyecek olan ve gizliliğin muhafazası için gerekli tedbirlerin alındığı bilgiler ticari sırlardır.[1171] Burada bu suç somut maddi eşyanın hukuka aykırı olarak kullanımını değil ilgili eşyanın, iş ürününün içerdiği bilginin görselin hukuka aykırı kullanımını cezalandırmaktadır. Ayrıca bu suçta korunan hukuki değer olarak güveni kötüye kullanma suçundan farklı olarak rekabete dayalı ekonomik düzen ve mağdur

---

[1169] Bkz.Yargıtay CGK E: 2010/11-17 K: 2010/65 T: 30.3.2010 (www.kazanci.com Erişim Tarihi:05.11.2015)

[1170] **Veli Özer ÖZBEK**, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, (2007), s. 1031; **Fahri GÖKCEN TANER**, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur?, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 2, (2007), s. 80; Ayrıca bkz.Yargıtay CGK E: 2010/11-17 K: 2010/65 T: 30.3.2010

[1171] **Hüseyin AYDIN**, Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2008), s.179-180

olan tarafın ticari itibarı ile saygınlığı korunmaktadır. Tüketicinin yanılgıya düşmemesi sağlanarak hakları korunmaktadır.[1172]

Bu sebeple korunan hukuki değer ve bunun yanında suçun maddi konusu farklı olduğundan kanımızca her iki suçtan birden ayrı ayrı ceza verilmelidir. Örneğin (A) sahibi olduğu T…Ltd Şti firmasında, İzmir Şube müdürü olarak (B)'yi, 18/05/2007 tarihli şirket kararı ile görevlendirilmiştir. Ancak aralarında sorun çıkıp anlaşamamaları üzerine, (B) müdürü olduğu şirketin İzmir şubesini kapatmıştır. Sonrasında "... Yangın Söndürme Cihazı Servis Bakım Dolum Satış" adlı ayrıldığı şirketin İzmir Şubesinin bulunduğu aynı iş merkezinde aynı sektörde iştigal eden kendi şirketini kurmuştur. Ancak kendisine şube müdürü olarak kullanması için verilen malzemeleri iade etmeyerek kendi firmasında kullanıp, ayrıca katılan (A)'nın firmasının İzmir şubesinin telefonlarını kendi cep telefonuna yönlendirmiştir. Yine (B) katılan şirket adına gelen telefonları hala şirketi temsile yetkiliymiş gibi cevaplayarak elinde bulundurduğu ve iade etmediği markası katılan (A)'nın firmasına ait olan tüpleri standart dışı dolum yaparak kendisine menfaat sağlamıştır. Bu olayda haklı olarak yerel mahkeme (B) için hem TTK m.62'den, hemde güveni kötüye kullanma suçundan ayrı ayrı cezalandırma yapmıştır. Karar Yargıtay'ca onanmıştır.[1173]

Aynı şekilde TCK m.239/1'de ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu düzenlenmekle bu sırları içeren bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişiler için hapis cezası öngörülmüştür. Ayrıca bu maddenin 2.fıkrasında fenni keşif ve buluşlar ile sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da bu hükmün uygulanacağı belirtilmektedir. Bilgi veya fikri ve sınai mülkiyet hakları, ticari sır niteliğindeki çeşitli bilişim kayıtları ülkemizde güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturmaz. Yine sözlü olarak bu kayıtlar bir kimseye verilirse de TCK m. 155'teki suçun oluşması beklenemez. Ancak bu bilgileri içeren bir yazılı belge veyahut bu türden kayıtların depolandığı sabit veya taşınabilir disk bu suça konu olabilir. Bu durumda kendisine emanet edilen bir sabit diski veyahut yazılı belgeyi götürüp rakip firmaya teslim eden veya bu ticari sır içeren verilere oraya götürüp ulaşmaya imkân ilgili kimsece

[1172] **AYDIN**, s. 78-79; Ayrıca bu tezde zikredilen Yargıtay 11. HD, 01.05.2001 tarih, E. 2001/1828, K. 2001/3862 sayılı ilamı

[1173] **Yargıtay 15. CD E. 2014/18403 K.2017/8004 T. 22.3.2017 (**Karar için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi: 03.08.2017)

sağlanırsa kısaca sırrın elde edilişi sırasında hem güveni kötüye kullanma suçu hemde TCK m.239'daki suç oluşabilecektir. Ancak TCK m.239'daki suçun oluşması bu sır ve belgeleri kendisine emanet edilen kimsenin açıklaması, ifşa etmesi veya yetkisiz kişilere teslimi şart değildir. Bu belgelere veya sırlara hiçbir şekilde erişme yetkisi olmayan bir kimse de çeşitli yollarla, örneğin hırsızlık suçunu işleyerek bu sırlara vakıf olursa yine TCK m.239'daki suçtan cezalandırılacaktır. Sonuç olarak burada güveni kötüye kullanma suçuna konu hareketlerin yapılması, bu suçun işlenişinde esaslı bir unsur değildir. Yine yukarıdaki haksız rekabet suçunu teşkil eden fiilde ele aldığımız gibi bu suçta korunan hukuki değer de güveni kötüye kullanma suçundan farklıdır. Bu nedenlerle bu suç da tıpkı TCK m.245/1'deki banka ve kredi kartlarını kötüye kullanma suçunda olduğu gibi birleşik suç olarak düzenlenmemiştir. Kısacası TCK m.239'daki suçu, sır teşkil eden belgenin elde edilişinde TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişi her iki suçtan birden cezalandırılmalıdır.[1174]

Bunun yanında güveni kötüye kullanma suçunda gerçek içtimaya diğer bir örnek olarak TCK'nın 282.maddesinde yer alan "suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu[1175] " da verilebilir. TCK'nın 282.maddesine göre *"1-Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren[1176] bir suçtan kaynaklanan*

[1174] **TEPE**, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK M. 239/1-3), s. 124 bkz. https://jurix.com.tr/article/2974 (Erişim Tarihi:25.01.2018) Diğer taraftan Bankalar Kanunu'nun 159.maddesinde bankacılık sırrına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre Bank.K. m.73'ün 1. ve 3.fıkrasında belirtilen yükümlülüğe uymayanlar ve sırrı ifşa edenler için 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası verilmektedir. Eğer sır bankacılık sırrı ise ve Bank.K 73 ile 159.maddelerdeki suç kapsamına giriyorsa bu durumda TCK m.239'dan değil özel norm-genel norm ilişkisi nedeniyle Bank K.m. 159'dan cezalandırma yapılacaktır. Yine faile eğer şartları varsa Bankacılık Kanunundaki zimmet suçunu oluşturuyorsa bu suçtan, oluşturmuyorsa şartları mevcutsa TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırma da ayrıca yapılabilecektir. İlaveten güveni kötüye kullanma suçuna konu eşyada örneğin faile saklaması için teslim edilen bir depolama aygıtının içinde kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin olması bunların ifşası (TCK m. 134) veya aygıtta yer alan kişisel verilerin kararlaştırılan yararlanma amacı dışında kullanımla ele geçirilmesi veya depolama aygıtının üçüncü kişilere malikin rızası olmadan satılması, kiralanması ile bu kişilerin bu bilgileri elde etmesi halinde (TCK m. 136) fail hem güveni kötüye kullanma suçundan hemde bu oluşan suçlardan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

[1175] 4208 sayılı kanunda yer alan "Karapara" kavramının yerine bu kavramın kullanılmasının hatalı olduğu yönündeki görüş için bkz. **Ümit KOCASAKAL**, Karapara Aklama İle Mücadelede ve Yeni Türk Ceza Kanununun 282. Maddesinde Düzenlenen Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı (Editör Süleyman Aydın), Adalet Yayınevi, (2008) s. 66,67

[1176] 26.06.2009 tarihli 5918 sayılı kanun ile alt sınırı 1 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren ibaresi altı ay olarak değiştirilmiş ve neticede TCK'nın 155.maddesinde yer alan güveni kötüye kullanma suçu da artık bu madde kapsamındaki suçlar içine girmiştir. Ancak hala bu değişikliği dikkate almadan yazılmış eserlere rastlanmaktadır. Örneğin **Ali PARLAR**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt:2 (TCK 135-345), Bilge Kitabevi, Ankara, (2015) s. 2958'de TCK m. 155'deki güveni kötüye kullanma suçunun, 156.maddedeki bedelsiz senedi kullanma suçunun bu madde kapsamında olmadığı

malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkaran veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır." Yine bu maddeye 2009 yılında 2.fıkraya göre*" birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* 3.fıkrada ise bu suçların kamu görevlisi veya belli meslek sahibi kişi tarafından işlenmesi, 4.fıkrada suç işlemek amaçlı bir örgüt kapsamında işlenmesi cezayı arttırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Bu maddede geçen "suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri" ifadesi ya doğrudan bir suçun işlenmesi ile ortaya çıkan veya bir suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen değerleri[1177] hem de suç işlemek dolayısıyla elde edilen malvarlığı değerlerinin dönüştürüldüğü bütün malvarlığı değerleridir.[1178] Örneğin güveni kötüye kullanma suçu neticesinde malın malikinden alınan eşya yanında bu eşyanın satımı ile elde edilen ve çeşitli işlemelere sokulup yasal kazanç gibi gösterilen parada bu suçu konu olabilecektir. Burada bu suçun gerçekleşebilmesi için alt sınırı 6 ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir öncül suça ihtiyaç bulunmakla TCK m. 155'teki suç bu öncül suçlardan biridir. Bu öncül suça konu malvarlığı değerinin elde edilmesi akabinde bu değerin yurt dışına çıkarılması veyahut kaynağının gizlenmesi meşru bir yolla elde edildiği izlenimi vermek amaçlı çeşitli işlemlere tabii tutulmasıyla bu suç gerçekleşebilecektir. Örneğin madde gerekçesinde belirtildiği üzere güveni kötüye

---

belirtilmekle bu yanlıştır. Aynı şekilde **Sacit YILMAZ**, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, (2011) s. 69- 97

[1177] **KOCASAKAL**, Karapara Aklama İle Mücadelede ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 282. Maddesinde Düzenlenen Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu, s. 87; **Kerim ÇAKIR**, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, Legal Yayınları, Ankara, (2016), s. 292,293" *...Aklama suçuna konu olan suç geliri, kaynağına göre iki şekilde elde edilir. Bunlardan birincisi, ele geçiriliş şekli yasal olmayan faaliyetlere dayalı suç geliri, diğeri ise kaynağını oluşturan faaliyet yasal olmakla beraber ayrıca suç teşkil eden eylemlerle elde edilen suç geliridir. Ancak maddi bir değer ifade etmeyen manevi bir değeri karşılayan şeyler bu suçun konusunu oluşturmaz…"* Suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri terimi BM Palermo Sözleşmesinde suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri veya suçtan elde edilen maddi menfaat kavramı yerine "suç geliri" kavramı kullanılmaktadır.Bu sözleşmenin 2.maddesinde "(d) "Malvarlığı" gerek maddi gerek gayri maddi, taşınır veya taşınmaz, somut veya soyut her türlü varlık ve bu tür varlıklara ilişkin tasarruf hakkını veya ayni hakkı tevsik eden yasal belgeler veya araçlar" "(e) Suç geliri" suç teşkil eden yasadışı bir eylemden kaynaklanan veya doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen herhangi bir mal" anlamında kullanılmıştır. (http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler /coktaraflisoz/bm/bm_45.pdf Erişim Tarihi:17.07.2017)

[1178] **Olgun DEĞİRMENCİ**, 5237 SayılıKanunda Düzenlenen Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçunun 4208 Sayılı Kanundaki Düzenleme İle Karşılaştırılması, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı (Editör Süleyman Aydın), Adalet Yayınevi, (2008), s. 109

kullanma suçuna konu paranın, eşyanın yurtdışına çıkarılıp[1179] ve/veya hemen ardından ülkeye yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı kapsamında sokulması halinde bu suç oluşacaktır. Buradaki suç seçimlik hareketli bir suçtur.[1180] İlk seçimlik hareket bağlı hareketli iken; burada belirtilen ikinci seçimlik hareket ise esasında serbest harekettir.[1181] Zira kanun "çeşitli işlemler" terimi kullanmakla bu işlemlerin ne olduğunu belirtilmemiştir. Bununla birlikte bu işlemlerin bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak saikiyle yapılması gerekir. Aksi takdirde bu fıkradaki suç oluşmayacaktır. İkinci fıkradaki suç içinse iki tane öncül suçun bir arada gerçekleşmesi gerekir. Buna göre TCK m. 155'teki güveni kötüye kullanma suçunun gerçekleşmesi yanında ayrıca yukarıda bahsettiğimiz TCK m.282/1'deki suç öncül suç olarak gerçekleşmelidir. TCK m.282/1'deki suça iştirak etmemek şartıyla ilgili değeri bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi bu suçtan cezalandırılacaktır.[1182] Bu fıkradaki suçta seçimlik hareketli ama aynı şekilde bağlı hareketli suçtur.

Bu durumda göre güveni kötüye kullanma suçuna fail veya şerik olarak iştirak eden kişi TCK'nın 282/1 veya 2. bendinde yazılı fiillerden birine de iştirak ederse yukarıda görünüşte içtima kısmında bahsettiğimiz TCK'nın 165. maddesinde "suç eşyasının satın alınması ve kabul edilmesi suçunun" aksine[1183] iki suçtan birden

---

[1179] Ancak güveni kötüye kullanma suçuna konu yurt dışına çıkarılan eşya 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamındaysa TCK m.282'den değil, bu kanunun 68.maddesinde yeralan kültür ve tabiat varlıklarını yurt dışına çıkarma suçundan işlem yapılacaktır. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.68*:" Kültür ve tabiat varlıklarını bu Kanuna aykırı olarak yurt dışına çıkaran kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.*"

[1180] **KOCASAKAL**, Karapara Aklama İle Mücadelede ve Yeni Türk Ceza Kanununun 282. Maddesinde Düzenlenen Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu, s. 60

[1181] **KOCASAKAL**, Karapara Aklama İle Mücadelede ve Yeni Türk Ceza Kanununun 282. Maddesinde Düzenlenen Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu, s. 68,69

[1182] **ÇAKIR**, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, s. 237

[1183] TCK'nın 165.maddesindeki suçtan 282.maddeki suçun en önemli farklılıkları: TCK'nın 165.maddesindeki suçta elde edilen gelirden üçüncü bir kimsenin yararlanması engellenmek istenmiş ancak bunun yanında öncül suç faili korunmuştur. Buna karşın TCK'nın 282.maddesindeki suçta böyle bir durum söz konusu olmayıp tam aksine öncül suç faillinin cezalandırılması hedeflenmiştir. TCK'nın 165.maddesindeki suçun malvarlığına karşı suçlar içindedir. Korunan hukuki değer suça konu malvarlığı değerlerinden bireyin haksız şekilde yararlanmasını engellemektir. TCK'nın 282.maddesinde de aynı durum söz konusudur. Fakat bu suç Adliyeye Karşı Suçlar içinde yer almaktadır. Zira ilk amaç olarak bu suçta devletin finans sistemi, maliyesi, ekonomik yapısı ve en önemlisi kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ayrıca suç kökenli örgütlerin mali gücünün çökertilmesi hedeflenmiştir. Bunun yanında TCK'nın 165. maddesindeki suça konu olabilecek öncül suçlar son derece kısıtlıdır. Zira buradaki fiiller genelde mal sahibinin rızası hilafında malı egemenlik alanı dışına çıkarmaya yönelik fiillerdir. Oysaki TCK'nın 282/1. maddesindeki fiilde ise malı sahibinin rızası hilafında dışarı çıkarma söz konusu olmayabilir. Mal sahibinin kanuna aykırı kazancının yasal kazançmış gibi gösterilmesini sağlamak esastır. (Bkz. **Ümit KOCASAKAL**, Karapara Aklama Suçu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler

cezalandırılacaktır. Görünüşte içtima kısmında ele aldığımız güveni kötüye kullanma suçundaki cezalandırılmayan sonraki hareketler aynı zamanda TCK m.282'nin içindeyse fail, bu suçtan ceza almaktan kurtulamayacaktır. Örneğin fail bir eşyayı malikine devir olgusunu inkâr edip teslim etmemiş ve hemen ardından bu eşyayı yurtdışına çıkarıp, Almanya'dan satın alınmış gibi yurtiçine sokturmuşsa ayrıca TCK m.282/1'deki suçtan cezalandırılacaktır. Buna karşın fail devir olgusunu inkâr edip, kendisine emanet edilen altını başkasına satan fail sonrasında, sattığı kişinin bu altını bileziklere döndürmesi, TCK m.282/1'deki suçun gerçekleşmesi akabinde tekrar bu bilezikleri durumu bilerek geri satın almışsa TCK m.282/2'deki suçtan ayrıca cezalandırılacaktır.

Diğer taraftan güveni kötüye kullanma suçunun faili veya şeriki aynı zamanda bir suç örgütü üyesiyse (TCK m.220/2)[1184] veyahut örgütte hiyerarşik yapıya dahil olmasa da örgüt adına bilerek ve isteyerek yardım yoluyla suçu işlemişse TCK m.220/2'deki örgüte üye olma suçundan ayrıca cezalandırılacaktır. Ancak cezasında üçte bir oranında indirim yapılabilecektir. (TCK m.220/7)[1185] Eğer yardıma konu suç örgütü silahlı bir örgütse, bu örgüte üye olmayıp suç işleyen kişi ayrıca örgüte üye olmak suçundan cezalandırılacaktır. Örneğin güveni kötüye kullanma suçunu silahlı

Enstitüsü, (2000), s. 164-167) 282/2. maddesindeki suç içinse ayrıca bir değil iki öncül suçun birden gerçekleşmesi gerekir. Bunun dışında TCK'nın 282/1. maddesindeki suç için seçimlik hareketlerden yurt dışında çıkarma hali genel kastla yapılabilirken, diğer hareketler ise ancak özel kast ile gerçekleştirilebilir. Özel kasta konu saikte kaynağının gizlenmesi meşru bir yolla elde edildiği izlenimi vermek amaçlı hareket etmedir. Oysaki TCK'nın 165. maddesindeki suçta seçimlik hareketler içinde eşyayı yurt dışına çıkarma bulunmadığı gibi, diğer seçimlik hareketler genel kastla işlenebilir bu sebeple olası kastla da suçu işlemek mümkündür. TCK 282/2. fıkradaki suçta da "birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alma, kabul etme, bulundurma veya kullanma belirtilmiştir. Bu sebeple bu suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Oysaki TCK m. 165'teki suç olası kastla işlenebilir. (Bkz. **ÇAKIR**, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, s. 237, 344, 346- 352, 414-417; TCK'nın 282.maddesindeki suçun olası kastla işlenebileceği yönünde karşı görüş için bkz. **PARLAR**, s. 2959; 282/1.maddedeki suça konu yurtdışına çıkarma eyleminin olası kastla işlenemeyeceği yönünde karşı görüş için bkz. **KOCASAKAL**, Karapara Aklama İle Mücadelede ve Yeni Türk Ceza Kanununun 282. Maddesinde Düzenlenen Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu, s. 94-95)

[1184] **Vesile SONAY EVİK**; Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Cilt: 19, Sayı; 2, (2013), s. 684 Örgüt üyesi sayılabilmek için norm tarafından korunan hukuksal değeri ihlal edecek şekilde örgütün varlığına veya güçlendirilmesine nedensel açıdan değer taşıyan somut ve fonksiyonel bir katkı sağlanması şarttır. Katkı maddi değil manevi de olabilir. Sadece bir örgüte bağlılığı ilan etmek tek başına kişiyi örgüt üyesi yapmaz. Ancak hiç örgütte faaliyette bulunmasada sürekli şekilde her an görev alacak şekilde örgüt emrinde bulunma örgütü potansiyet olarak güçlendireceği için örgüte üye olma suçunu oluşturur. Ancak neticede bu katkının sürekli uzun zaman devam eden bir katkı olması gerekir.

[1185] Bu düzenlemenin cezada şahsilik ilkesinin ihlali niteliği taşıdığı ve cezalandırma yapılacaksa ayrı suç olarak düzenlenmesi gerektiği yönündeki katıldığımız eleştiri için bkz. **SONAY EVİK**, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, s. 689

bir örgüte, mafyaya yardım ve gelir amaçlı gerçekleştiren kişi örgüte üye olmasa da ayrıca örgüte üye olma suçundan cezalandırılacaktır. (TCK m.220/6) Dahası bir kimse TCK m.220 babında suç örgütü yöneticisiyse bu örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmişse bu durumda örgüt yöneticisi müşterek fail olarak hem güveni kötüye kullanma suçundan hem de TCK m.220/1'deki suçtan cezalandırılabilecektir. (TCK m.220/5) [1186]

3) İştirak

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın aksine asli iştirak- fer'i iştirak ayrımı kaldırılmıştır. Yerine faillik ve şeriklik kavramı getirilmiştir. Buna göre iştirak şekilleri fiilin işlenişi üzerinde suça katılan kimselerin kurduğu hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik,

[1186] Bununla birlikte müşterek veya iştirak halinde zilyetlikte içtima açısından başkaca sorunları da ortaya çıkarabilecektir. Örneğin malik (A)'nın bir eşyanın korunması için hem (B) hem de (C)'yi birlikte zilyet kıldığını varsayalım. Burada (B) ve (C)'nin birlikte devir sözleşmesine aykırı tasarrufta bulunması veyahut birinin hukuka aykırı tasarrufta bulunup, diğerinin suç üzerinde hakimiyet kuracak şekilde duruma kasten göz yumması (ihmali hareketi) veya suçların gizlemek için üçüncü bir kimseye (D)'ye bu işi yaptırmaları halinde her ikisi de müşterek fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Ama esas sorun zilyetlerden birinin bu hareketi gerçekleştirirken diğerinin rıza göstermemesi halinde ne olacağı meselesidir. Her olaya hâkimin tek tek bakarak değerlendirme yapması gerekir. Mesela a) Malik (M) arazisini dört yıllığına (B) ve (C)'ye kira-işletme ücreti karşılığı bırakmıştır. M ile yapılan anlaşmaya göre (B) arazinin seçeceği yüzde ellilik kısımı kafeterya olarak işletirken diğer yüzde ellilik kısmı ise (C) piknik alanı olarak işletecektir. (C) altı aylık bir iş için yurtdışına gitmek zorunda kaldığından piknik alanı olan kısmı geçici süreliğine (B)'ye bırakır. Geldiğinde ise (B)'nin, bütün araziyi bir otoparkçıya otopark olarak kullanılmak üzere verdiğini öğrenir. Bu olayda (B) ve (C) müşterek zilyet olarak (M) tarafından tayin edilmiştir. Her biri kendi payı üzerinde zilyet olarak tasarruf imkanına sahiptir. Burada kanımızca iki tane güveni kötüye kullanma suçu oluşmuştur. İlki (B)'nin kendi payına ilişkin devir olgusuna aykırı tasarrufu nedeniyle (M)'ye karşı güveni kötüye kullanma suçudur. İkincisi ise (C)'nin payına karşı olan güveni kötüye kullanma suçudur ki burada kanaatimizce (B)'de sözleşmeye taraf olduğundan B, hem (C) hem de (M)'ye karşı bu suçu işlenmiştir. Bu durumda kanımızca (B) iki ayrı güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılmalı ayrıca (C)'nin payına ilişkin işlemiş olduğu güveni kötüye kullanma suçu iki kişiye karşı işlendiğinden aynı neviden fikri içtima hükmü gereği (TCK m.44/2) ceza arttırılmalıdır. b) Yine seyahate çıkan (M) içi para dolu bir kasayı ödemeleri yapmak üzere çalışanı (C) ve (B)'ye emanet eder. Kasanın bir anahtarı (B)'de bir anahtarı (C)'dedir ve iki anahtar olmadan kasa açılamaz ve (M) kasayı açarken alacaklılara para verirken her ikisininde bir arada olmasını tembihler. Burada iştirak halinde zilyetlik söz konusudur. Zilyetliğe ilişkin hal ve yetkileri ancak iki kişi bir arada kullanabilir. Eğer (B), (C)'nin anahtarını gizlice ele geçirip kasayı açar, paraları alırsa kanımca (B) iki ayrı hırsızlık suçundan mahkûm olmalıdır. Zira tek başına zilyet konumunda değildir. Eğer (C) kasanın anahtarını geçici süreliğine durması için (B)'ye emanet etmiş ancak devir olgusuna aykırı hareketle (B) bu anahtar yardımı ile kasayı açıp (M)'ye ait paraları almışsa ne olacaktır. Kanaatimce burada (C) (M)'ye karşı hırsızlık suçunda, aldığı ve devir olgusuna aykırı kullandığı anahtar için (C)'ye karşı güveni kötüye kullanma suçundan ayrıca cezalandırılmalıdır. c) Diğer yandan çift imza ile işlem yapılan ve bunun ticaret sicilinde ilan edildiği (A) şirketinin çeklerini zilyet olarak elinde tutan (B), çekleri (C) ile birlikte imzalayarak çift imza ile keşide etmelidir. Ancak (C), (B)'nin haberi olmadan çekleri şirket adına keşide ederse ne olacaktır. Burada (C) (A) şirketine karşı güveni kötüye kullanma suçunu nitelikli haliyle işlemiş olacaktır. Ayrıca her ne kadar Yargıtay'ın aksi yönde bazı kararları olsa da (Aksi yönde karar için bkz. Yargıtay 15. CD E. 2013/32647 K. 2014/1423 T. 29.1.2014 www.kazanci.com Erişim Tarihi: 20.06.2017) kanımızca çeki alan kişilere karşı da dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulabilecektir.

azmettirme ve yardım etmeden ibarettir. 765 sayılı TCK'nın aksine azmettiren artık asli iştirak çerçevesinde değerlendirilmeyecektir. "Azmettiren" şerik olarak değerlendirme alanı bulacaktır. Buna göre yeni yasada iştirak faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmaktadır. Şeriklik ise azmettiren, yardım eden olarak ikiye ayrılmaktadır.

Güveni kötüye kullanma suçu açısından suç ancak zilyetliğin devrine dair hukuki ilişkiye taraf olan zilyetliği devralan kimse tarafından işlenebilir. Bu sebeple gerçek özgü suçtur. Güveni kötüye kullanma suçunda, zilyetliğin devrine dair hukuki ilişkiye (sözleşme ilişkisine) taraf olmayan birinin, bu suça müşterek fail olarak iştirak edebilmesine olanak bulunmamaktadır. [1187]Zira yasa koyucu TCK m.40/2'ye bu yönde bir hüküm sevk etmiştir. Ancak aynı hükümde de belirtildiği üzere gerçek özgü suçlarda, suç tanımındaki özelliklere sahip olmayan diğer kimselerin suça "azmettiren" veya "yardım eden" yani "şerik" sıfatıyla iştirak edebilme imkânı bulunmaktadır.[1188] Bununla birlikte eğer mağdur tarafından zilyetlik müşterek zilyet veya iştirak halinde zilyet sıfatıyla birden fazla kişiye devredilmişse bu durumda bu kişiler açısından müşterek faillik durumu söz konusu olabilir.

[1187] Karşı görüş için bkz. **ÖZBEK- DOĞAN- BACAKSIZ- TEPE**, Türk Ceza Hukuku- Özel Hükümler, s. 700 Fail kısmında bahsettiğimiz üzere yazarlar bu suçu özgü suç olarak kabul etmediklerinden iştirakin her türlüsünün mümkün olduğunu savunmaktadırlar.

[1188] TCK'nın 40.maddesinin 2.fıkrası hakkında eleştiriler için bkz. **Nevzat TOROSLU- Haluk TOROSLU,** Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, (2016) s. 322,323 bu kitabın eski basımlarındaki görüşlerden yola çıkan **Timur DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler,Seçkin Yayınları,11.Baskı, Ankara, (2016), s. 515,516; **Vesile SONAY EVİK**; Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, Oniki Levha Yayınları, 2.baskı, (2011), s. 329- 334: Özetle yazarlar özgü suçlarında kendi içinde alt ayrımlara tabi tutulabileceğini ve bu ayrımlardan birisinin suça konu tipik hareketin şahsen gerçekleştirilmesi gereken suçlar (bizzat işlenebilen suçlar) ve suça konu tipik hareketin şahsen gerçekleşmesine gerek olmayan (üçüncü kişiler aracılığıyla da işlenebilen suçlar) suçlar olduğunu belirtmektedir. Yazarlara göre örneğin yalan yere yemin ve askerlikten firar suçları bizzat işlenebilen suçlardandır. Bunlarda tipik hareketi gerçekleştiren kişi fail, bunun dışında suça iştirak eden kimseler ancak şerik olarak değerlendirilebilir. Buna karşın özgü suç olarak kabul olunan zimmet ve güveni kötüye kullanma suçu gibi suçlar üçüncü kişiler aracılığıyla işlenebilen suçlardandır. Mesela kendisine teslim olunan veya koruma gereği fiilen teslim edilen bir malın mal edinilmesini kamu görevlisi kurnazca üçüncü bir kimseye yaptırabilir. Bu durumda kamu görevlisinin kendisi yanında bu mal edinmeyi yapan üçüncü kimseninde zimmet suçundan müşterek fail olarak cezalandırılması gerekir. Bu sebeple kanundaki bu sınırlama yazara göre hatalıdır. (**SONAY EVİK**; Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, s. 330) Yazarların bu eleştirisine bizde katılmaktayız. Ayrıca bkz. **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75) s. 435 **Zafer**, özgü suçlarda doğal olarak güveni kötüye kullanma suçunda da müşterek failliğin mümkün olduğunu ancak kanun koyucunun tercihini bu yönde kullanmadığını TCK m.40/2. ile getirdiği hükümle belirli sıfatı taşıyan kişilere özgü suçla korunan hukuki menfaati ihlal etmeme diğerlerine ise bu niteliğe haiz kişilerle iş birliği yapmama yükümlülüğünün yüklendiğini belirtmektedir. Bununla birlikte belirtmek isteriz ki Türkiye'ye benzer şekilde Almanya'da da Alman CK. m. 266.daki güveni kötüye kullanma suçu özgü suç olarak kabul edilmektedir. Yine bu yönde bir hüküm olmasa dahi malvarlığını koruma yükümlüsü dışında suça katılanların fail olarak (Alman CK m.25) değil şerik olarak (Alman CK m.26,27) cezalandırılacağı kabul edilmektedir. (Bkz. **AYGÖRMEZ**, s. 77)

Burada şirketler (SPK m. 110/1'deki güveni kötüye kullanma suçu da dahil), dernekler ve vakıflarda gerçekleşebilecek güveni kötüye kullanma suçu açısından işin Almanya'daki boyutunu iştirak ve ekonomik suçlar bağlamında da ayrıca ele almak gerekir. Bu konuda **Roxin** tarafından ileri sürülen "örgüt hakimiyeti sebebiyle dolaylı faillik" (organize edilmiş güç mekanizmaları) teorisi Alman Yargıtay'ı tarafından kabul edilmektedir.[1189] Buna göre bir örgütte suçu oluşturan olayı yönlendirici şekilde etkileyen kişi dolaylı fail olarak sorumludur. Roxin esasında bu görüşünü özellikle 2.Dünya savaşında Nazi Almanya'nın savaş ve insanlığa karşı suçların işlenmesini sağlayan üst düzey yöneticileri için söylemiştir. Burada "organizasyonel (yönlendirme) güçlerinin kullanımıyla dolaylı suç işleme" durumu söz konusudur.[1190]

Koltukta bulunan stratejistler veya bürokratik kademedeki üst düzey yöneticiler olayları yönlendirme özellikleri ile bu suçların oluşmasına sebebiyet vermişlerdir. Bunların artık dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaları gerekir.[1191]

[1189] **ENGELHART**, s. 705**; Igor VULETIĆ**, "The Organised Structure of Power" and Economic Crime "FIMI-Media" Case and a View from the Croatian Perspective, Journal of Law and Criminal Justice, American Research Institute of Policy Development, Vol. 2, No:2, December, (2014), s. 140; **Bernd HEINDRICH**; Ceza Hukuku Genel Kısım-II (Türkçeye Çevirenler: Hakan Hakeri-Yener, Ünver-Veli Özer Özbek-Özlem Yenerer Çakmut- Barış Erman- Koray Doğan- Ramazan Barış Atladı-Pınar Bacaksız- İlker Tepe), Adalet Yayınevi Ankara, (2015), s. 280- 284 bkz. BGHSt 40, 218 karar için bkz.https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/94/5-98-94.php ve http://www.servat.unibe.ch/dfr /bs040218.html (Erişim Tarihleri:20.01.2018) Bahse konu kararda Alman Yargıtay'ı 1961 yılından Doğu Almanya'nın 1989 yılında sona erip Almanya ile birleşmesine kadar geçen süreçte Berlin duvarını geçmeye çalışıp ateş eden askerlerin yanında Doğu Alman Ulusal Savunma Konseyi üyelerini de dolaylı fail olarak (mittelbare Täterschaft) sorumlu tutmuştur. Suçu oluşturan olayı yönlendirme veya etkileme iradesinden dolayı burada önemli sorumluluk kaçakların öldürülmesine izin veren arka plandaki bu aktörlerdir. Bundan dolayı bu kişilerin fail olarak sorumlu tutulması bir gerekliliktir. Bu kişiler kaçakları öldüren doğrudan fail olan Doğu Alman askerlerinin yalnızca azmettireni olarak düşünülemezler.

[1190] **Claus ROXIN**, Crimes as Part of Organized Power Structures, Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, Volume: 9, Issue: 1, March, (2011), s.199 (Yazarın: C. Roxin, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, (1963)'de yayınlanan makalesinin birebir İngilizce çevirisidir.) Roxin'in düşüncesi şöyledir. Burada dolaylı fail olarak bir kimse (hintermann) perde önünde duran faili üç şekilde kullanabilir. "…*İlk olarak perde önünde duran faili bu harekette bulunmaya zorlayabilir veyahut faili bu yaptığı eylemin bir gereklilik olduğuna inandırıp aldatma yolunu kullanabilir. Ancak bir üçüncü yol olarak ki* -bu Roxin'in esas ele aldığı bir sorundur- *aldatma veya zorlama olmadan perde önündeki faili kör bir nedensellik içinde kullanabilir. Ancak her halükârda önplanda duran faili, arka planda duran esas fail değiştirebilir. Yani ön plandaki fail bunu yapmazsa yanındaki bir başkasına yaptırtır onu istediği gibi değiştirebilir…"* Roxin bu makalesini Nazi liderlerlerinden Eichmann'ın işlediği suç ve İsrail'deki yargılamasından esinlenerek oluşturmuştur.

[1191] **ENGELHART**, s. 705, 706; **ROXIN**, s. 203 Diğer taraftan Roxin burada birinci olgu olarak hakim konumdan kaynaklanan yönlendirmeyi ikinci olgu olarak arkadaki failin kuracağı bir gizli teşkilat veya yasadışı yapılanma ile yaptığı yönlendirmeyi de ele almıştır. Yasadışı yapılanmayla işlenen suçlarda bu görüşten bir nebze olsun hareket eden ceza kanunumuz ilerleyen kısımda ele

Yine bu durumun Roxin'in bu teorisinin yalnızca bu hallerde değil ekonomik suçlarda da uygulanabileceği Alman Federal Mahkemesinin kimi içtihatlarında savunulmuştur.[1192] Bir şirketteki veya dernekteki müdürün kendi yönetim yetkilerini kötüye kullanıp ardından doğrudan faillerin arkasına gizlenmesi kanunun bunu himayesi beklenemez. Roxin burada belli koşulların yöneticinin sorumlu tutulması için gerektiğini belirtmektedir. Buna göre a- bu konuda karar verme ve uygulatma gücüne yönetici sahip olmalı b- kanunların üstünde hareket eden bir yapı oluşturmalı c- çalışanını (suçu ön planda işleyen kişiyi) değiştirebilme gücüne haiz bulunmalı d- bu konuda çalışanını bu yönde harekete zorlamalı veya bu yöndeki isteğinin artmasını sağlamalıdır.[1193]Görüldüğü üzere bu teori dolaylı failliğin sınırlarını iyice genişletmiştir.[1194] Alman Yargıtay'ı Bremer-Vulkan kararında bu yönde görüşlere

---

aldığımız üzere TCK m. 220/5'te örgüt yöneticisini işlenen suçlardan doğrudan fail olarak sorumlu tutmuştur.

[1192] **26 Temmuz 1994 tarihli BGHst, 40, 218** Bu kararın 80 ve 85. Kenar nolu paragraflarında bu Roxin'in kuramının ekonomik yapılanmalar ve bunun yanında ekonomik çerçevede örgütlenen mafya vari organizasyonlar içinde açıkça uygulanabileceği Federal Mahkemece açıkça belirtilmiştir. (Bu karar için bkz. http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs040218.html Erişim Tarihi:20.01.2018)

[1193] **ENGELHART**, s. 705, 706; **TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 239; Buna karşın **HEINDRICH**, Ceza Hukuku Genel Kısım- II s. 281'e göre *1-Dikey olarak yapılandırılmış organizasyon (güç mekanizması) 2-eylemi somut olarak gerçekleştirebilecek kişinin ikame edilebilirliği (kolay temin edilebilirlik) 3-güç mekanizmasının hukuk dışı etkisi (hukukdışındalık)* olarak üç unsur bulunmaktadır. Öte yandan, burada bir şirketin veya şirketler topluluğunun bir devletin yönetimiyle kıyaslanarak ast konumundaki kişilerin üstündeki müdürün hukuka aykırı emrine karşı koyamayacağını iddia etmek ne kadar doğrudur diye doktrinde çeşitli eleştiriler getirilmiştir. Buna karşın **Roxin** ve bir kısım yazarlar da bu görüşün aksi görüştedir. Onlar da dünyada yaşanan işsizlik sorunu ve ekonomik kriz karşısında bir çalışanın kendi patronunun yasadışı emirlerine karşı koyabileceğini iddia etmek ampirik olarak tutarsızlıktır, pratikte geçerliliği yoktur diye bu eleştirileri yanıtlamaktadır. Bu görüş için bkz. **VULETIĆ**, s. 142 http://dx.doi.org/10.15640/jlcj.v2n2a8 (Erişim Tarihi:01.02.2018) **VULETIĆ** bu makalesinde ayrıca Hırvatistan'daki iktidar partisinin liderinin çeşitli kişilere kurdurduğu FIMI-Media adlı bir şirket üzerinden devlet hazinesini boşaltmasını ve devlete ait paraları zimmete geçirmesini değerlendirmiştir. Bu firmaca emsallerinin üstünde ihale partice verilmiş, kimi hizmetler sağlanmadığı halde sağlanmış gibi gösterilmiştir. 2003-2009 tarihlerinde Başbakan Ivo Sanader'ın yönettiği grup devleti kötü yönetim ve bu türden yolsuzluklarla 26 milyar Euro zarara uğratmıştır. Neticede eski başbakan ve beraberindekiler yargılanmış ve zimmet dahil çeşitli suçlardan hapis cezasına çarptırılmıştır. (Bkz. Hırvat Ceza Kanunu m.345 vd. maddeler http://www.vsrh.hr/custompages/static/ hrv/files/legislation__criminal-code.pdf Erişim Tarihi: 06.02.2018) Bu tartıştığımız hususlar ve Ser.PK m. 110 ile TCK m. 155/2'deki nitelikli halleri incelerken ele aldığımız iş adamı kararı ilkesi TCK m.246'daki zimmet suçu açısından ve Bankacılık Kanunu'ndaki ve diğer kanunlardaki özel zimmet suçları açısından ayrıca değerlendirilebilir. Yine belirtmek isteriz ki Roxin'in bu kavramları **Kai AMBOS**, Fujimori Judgment, Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, Vol:9, (2011), s. 149- 157'de https://ssrn.com/abstract=1874615 (Erişim Tarihi:01.02.2018); **Thomas WEIGEND**, Perpetration through an Organization, Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, Vol:9, (2011), s. 91- 111 ele alınmış ve Roxin'in ara orta düzey görevli yani başkan ile emri yerine getirenler arasındaki kişileri tam ele almaması bu yazarca eleştirilmiş ve ayrıca suçu işlemiş gözüken doğrudan failin değiştirilebilirliği tartışılmış ve bunun gerekli olmadığı ileri sürülmüştür. Ülkemizde güveni kötüye kullanma suçunun özel türü olarak kabul edilebilecek zimmet suçu vs. ekonomik suçlar açısından da bu yöndeki çalışmalar eksiktir. Ancak bu hususlarla ilgili konuyu bir yerde sınırlamak zorunda olduğumuzdan ancak genel bir bilgi vermekle yetiniyoruz.

[1194] **TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 240

prim versede ekonomik suçlar açısından bu durumun verdiği talimatın sonuçları hakkında bilgi sahibi olmayan yöneticinin dolaylı fail olarak sorumluluğuna kadar gitmesi doktrinde eleştiri konusu olmuştur. [1195]

Tiedemann'ın ve Alman hukukçularının bir kısmının ileri sürdüğü bir başka görüş müdürün çalışanının farkında olduğu davranışları için garantörlük durumunun söz konusu olduğundan hareket edilmesi veya suç işleme kararının birlikte alınmadığı durumda dahi beraber birlikte bir suçu işleme iradesiyle hareket edenlerin aynı şirkete mensup olmaları halinde birlikte (müşterek) faillik hükümlerinin uygulanması düşüncesidir. [1196] Ülkemizde Anayasa'nın 137/2.maddesi açık olup konusu suç teşkil eden bir emri kimse yerine getiremez ve yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Bu açık hüküm karşısında Roxin'in bu düşüncesinin uygulanması düşünülemez. [1197] Bu sebeple bu konuda Tiedemann'la aynı görüşü benimsemekteyiz. Bir şirketler topluluğu içerisinde bağlı şirketi ve yöneticisini güveni kötüye kullanma suçu işlemeye veya örtülü kazanç aktarımında bulunmaya zorlayan hâkim şirket yöneticilerinin, bağlı şirket ortaklarına karşı birlikte fail olarak cezalandırılmaları gerekir. Bununla birlikte Ser.PK m. 110'daki güveni kötüye kullanma suçunu incelerken ele aldığımız üzere bu yöndeki düzenlenmeler ceza hukuku açısından son derece eksiktir. Ne yazık ki Tiedemann'ın görüşünü benimsemiş olsak dahi yasal mevzuattaki boşluk ve TCK'nın 40/2.maddesindeki açık düzenleme karşısında, bu suç için ancak azmettirmeden sorumluluk söz konusu olabilir.[1198] Bununla birlikte azmettirenin işlenilen suçun cezası ile cezalandırılmasını öngören TCK m.38 bir nebze teselli kaynağı olabilir.

Öte yandan ülkemizde TCK m.220/5'te suç örgütü yöneticileri açısından belki de bu görüşlerden etkilenerek bir istisna öngörülmüş olmakla, bu maddeye dayanarak suçun örgüt yöneticisi olan kimse, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı suça katkısına bakılmadan fail olarak cezalandırılabilecektir. Diğer

---

[1195] **TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 240
[1196] **TIEDEMANN**, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 240
[1197] **İzzet ÖZGENÇ**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yayınları, (1996), s. 220-224
[1198] **ÖZGENÇ**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s. 207-209, 231 Zira, güveni kötüye kullanma suçu özgü bir suçtur. Özgü suça suça konu faillik niteliğini taşımayan kişinin müşterek failliği olamayacağı gibi dolaylı faillikte hukukumuzda mümkün değildir. Bir kimse tarafından kendisine teslim edilen bir eşya üzerinde diğer emanet alan kimseyi tehdit, aldatma vs. methotlarla hukuka aykırı tasarrufta bulunmaya zorlayan kişi güveni kötüye kullanma suçundan değil, yağma veya emanet alanın iradesini sakatlayan bir hile varsa dolandırıcılık suçundan cezalandırılabilecektir.

deyimle bu kişiler oluşan suçun kapsamına bakılmaksızın suç örgütü kapsamında üyelerinin işlediği güveni kötüye kullanma suçundan da şerik olarak değil, müşterek fail olarak sorumludur.[1199]

Bir kimseyi güveni kötüye kullanma suçuna doğrudan azmettiren kişi işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Bu durumda eğer fail ile mağdur arasında TCK m. 155/2'de zikredilen bir hizmet veya ticaret ilişkisi varsa bu ağırlaştırıcı sebepten azmettiren kişide etkilenecektir. Diğer taraftan yardım eden kişi açısından ise TCK m. 39 çerçevesinde indirim yapılacaktır.

Bununla birlikte güveni kötüye kullanma suçunda malın devri sonrası fer'i zilyedi satışa ikna eden kimsenin konumu ile ilgili doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bir görüş, bu kimseyi bu suçun şeriki olarak değil, suç eşyasını satın alma suçunun (TCK m. 165) faili olarak görmektedir.[1200] Buna karşın diğer bir görüşte eşya satın alınıp, zilyetlik devredilene kadar güveni kötüye kullanma suçu tamamlanmadığı ve eşya satımı gerçekleşmediği için bu suçta şerik olarak değerlendirilmesi gerektiğinden bahsetmektedir.[1201] Ancak 26.06.2009 tarihli 5918 sayılı kanun değişikliği sonrası bu tartışmaların bir anlamı kanımızca kalmamıştır.[1202] Zira anılan

---

[1199] Türk Ceza Kanunu'ndaki bu düzenlemenin ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine uygun düşmediğini yönündeki eleştiriler için bkz. **YENİDÜNYA- İÇER**; Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, s. 808 Bu eleştirilere kısmen katılmaktayız. Bu şekilde doğrudan her olayda müşterek fail olarak cezalandırma şahsilik prensibine uygun değildir. Ama örgüt liderinin suça etkisi de yadsınamaz. Burada hâkime kanımızca suçta örgüt liderinin etkisi, konumunu gözönünde tutarak, suça katkısına bakılarak müşterek fail olarak cezalandırma diğer türlü şerik olarak cezalandırma yönünde hâkime bir takdir yetkisinin verilmesi gerekir.

[1200] **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s. 700; **MERAKLI**, s. 1703 Ek olarak şu hususa da dikkat çekmek gerekir TCK'nın 165.maddesinden cezalandırma için suça konu eşyanın, malvarlığın değerinin bir suçtan elde edilmesi gerekir, bu suç tamamlanmış ve teşebbüs aşamasında kalmamış olmalıdır, mütemadi suç ise bitmiş olmalıdır. Ancak güveni kötüye kullanma suçununda örnek olduğu bazı suçlarda önşart olan suçla TCK m.165'deki suçun tamamlanma anı aynı anda olabilmektedir. Ödünç aldığı eşyayı başkasına satma olayı buna en büyük örnektedir. (Bkz.**Vesile Sonay EVİK**, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, Özel Ceza Hukuku, Cilt: IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, (2018), s. 432)

[1201] **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT**, s. 450

[1202] Eğer 5237 sayılı TCK'nın yürürlük tarihinden 2009 yılındaki değişiklik öncesine kadar ki suçlar açısından değerlendirirsek, bizim kanaatimiz burada fail ve suça iştirak eden kişinin durum ve konumuna bakılarak cezalandırma yapılması gerektiği yönündedir. Burada eğer: a) satışa ikna eden kişi (şerik) aynı zamanda malı satın alacak kişi ise malın kendisine teslimine kadar TCK'nın 165. maddesindeki suçun oluşması beklenemez. Güveni kötüye kullanma suçu açısından ise eğer fail malın devrini inkâr etmemiş, malikten gizli saklı bu devri yapmaya çalışıyorsa devir olgusunu inkâr durumu söz konusu değildir. Mal failce bu kişiye teslim edilirken, malik teslimi engellerse, tamamlanmış bir suçtan ortaya çıkan bir mal bulunmamaktadır. Kanımızca bu durumda yalnızca malı satın alacak kişi, şerik olarak güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüse iştirakten cezalandırılacaktır. b) Bununla birlikte şerike malda teslim edilmişse, eşya artık suça konu eşya olmuştur. TCK'nın 165. maddesindeki suç tamamlanmıştır. Bu durumda kanımızca her iki suçtan birden ceza almalıdır. c) Eğer fail malı satın alacak kimse (şerik) tarafından iknası, azmettirmesi sonrası eşyasını almaya gelen malike devir olgusunu inkâr edip eşyayı vermekten imtina etmiş; hemen ardından malike vermediği

değişiklikle TCK'nın 165. maddesine bu suçun faili yönünden malın elde edilmesine konu suça iştirak etmeme şartı getirildiğinden; kanımızca güveni kötüye kullanma suçuna herhangi bir şekilde iştirak eden faile ayrıca TCK'nın 165. maddesindeki suçtan ayrıca ceza verilmeyecektir.[1203]

Öte yandan TTK'nın 62.maddesinin a) bendinin yaptığı atıfla TTK'nın 55/b-2,3 maddesi açısından haksız rekabet halleri de iştirak açısından tartışılabilir. Bilindiği üzere ülkemizde rüşvet suçu sadece kamu görevlileri açısından öngörülmüş olmakla özel şirket çalışanları açısından böyle bir suç öngörülmemiştir. Bu durumda aldığı rüşvetle bir kimsenin hukuka aykırı olarak kendisine görevi gereği teslim edilen bir eşyayı, malı bir başka kimseye teslim etmesi halinde güveni kötüye kullanma suçundan TCK m. 155/2'den şirket çalışanı cezalandırılabilecek, rüşveti veren de bu suça azmettiren olarak cezalandırılacaktır. Ancak TTK m.62 ile TTK m.55/b-2,3'deki rakip bir firma yetkilisinin veya bir kişinin; "2-*üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak;3- işçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek* "hareketlerini suç olarak düzenlemiştir. Bilgi veya sır güveni kötüye kullanma suçunun konusu olamaz. Ancak ekonomik değeri olması şartıyla o bilgi ve sırrın yazılı olduğu kağıt veya prototip

---

eşyayı, azmettiren kişiye satış ile teslim etmiş de olabilir. Bu durumda önceki fiilin ve sonraki fiilin aynı suçu sonlaması söz konusudur. Güveni kötüye kullanma suçu açısından tek bir tamamlanmış suçtan cezalandırma söz konusudur. Ancak suça konu eşyayı satın alma suçu da gerçekleşmiştir. Malı satın alan tek ve tamamlanmış güveni kötüye kullanma suçuna azmettirmeden şerik olarak fail ile birlikte cezalandırılacak, bunun yanında suça konu eşyayı satın alma suçundan cezalandırılacaktır. d) Eğer güveni kötüye kullanma suçunun faili inkâr eylemi sonrası suça konu eşyanın şerike teslimi gerçekleşmeden engellenmişse bu durumda eşyayı satın alan şerik hem güveni kötüye kullanma suçundan hem suça konu eşyayı satın almaya teşebbüsten cezalandırılacaktır. e) Diğer taraftan ilgili kimse malın satışında malı satın alacak kişiyle ikisi arasında arabuluculuk yapmış, malın teslimi gerçekleştirilmiş veya gerçekleştirilirken durum engellenmiş ise sadece güveni kötüye kullanma suçuna iştirakten cezalandırılmalıdır. Ancak belirttiğimiz gibi 5918 sayılı kanunla artık kanımızca bu tartışmanın bir önemi kalmamıştır.

[1203] 5918 sayılı kanunun 3. maddesinin komisyon raporları ve genel gerekçesinde de bu değişikliğin bu amaçla yapıldığı açıkça belirtilmektedir. *"…Yapılması düşünülen değişiklikle, söz konusu suçu oluşturan seçimlik hareketlere açıklıkgetirilmesi amaçlanmıştır. Bir suçun işlenmesi suretiyle veya bir suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilmiş olan eşya veya diğer bir malvarlığı değerini satın alan veya kabul eden kişi gibi, satan veyaherhangi bir çıkar karşılığı olmaksızın devreden kişinin de cezalandırılması gerektiği hususuna açıklık getirilmesinde fayda mülahaza edilmiştir. Ancak, bu eşya veya diğer malvarlığı değerinin elde edildiği suçu işleyen, bu suçun işlenmesine iştirak eden kişinin söz konusu eşya veya diğer malvarlığı değerini satmak veya devretmek dolayısıyla tekrar cezalandırılmasının önüne geçmek amacıyla, madde metnine "bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin" ibaresi eklenmiştir…"*

ürün bu suça konu olabilir.Bu durumda bir firmanın en önemli projelerinden birinin yazılı olduğu kağıdın rakip firma yetkilisi B'nin vereceği rüşvetle, kağıdın emanet edildiği A işçisinden B'nin kendisine geçmesinin sağlanması halinde B açısından TTK'nın 62.maddesindeki suç bunun yanında güveni kötüye kullanma suçuna azmettirme; A açısından TTK'nın 62.maddesindeki suça yardım etme bunun yanında TTK m. 155/2'deki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden cezalandırma yapılması durumu ortaya çıkacaktır.

Burada bir görüş olarak ortada her fail için tek bir fiilin olması, aynı hareketten iki kere ceza verilemeyeceğinden bahisle A açısından sadece güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinden, B açısından ise sadece TTK m.62'den cezalandırma yapılması ayrıca azmettirme ve yardım etme hallerinden cezalandırma yapılmaması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak kanaatimiz bu yönde değildir. Burada tek hareket gibi gözüksede esasında her bir failin iki hareketi vardır. Burada hem bir eşyayı vermiş, hemde aynı zamanda eşya üzerindeki bir bilginin de zımnen ifşa olmasını sağlamıştır. Burada sözlü olarak veya başka bir kâğıda yazarak veya fotoğrafını çekerekte bu bilgiyi verirken bu yolu tercih etmiştir. Ayrıca bu maddedeki bu iki harekette güveni kötüye kullanmadaki suç unsurlarını tam olarak kapsamamaktadır. Zira bu iki harekete konu fiilde esas korunan suça konu maddi değer bilgidir. Oysa burada o bilginin yazılı olduğu eşya verilmiştir. Bu durumda A hem güveni kötüye kullanma suçundan hem TTK m.62'deki suça yardım etmeden B ise TTK m.62'deki suçtan ayrıca TCK m. 155/2'deki suça azmettirmeden cezalandırılmalıdır.

Diğer bir tartışmalı konuda fail açısından ilk hareket sonrası oluşan güveni kötüye kullanma suçunda failin "cezalandırılmayan sonraki hareket" olarak değerlendirilecek diğer hareketlerine iştirak eden kişilerin durumudur. Buna örnek olarak kendisine zilyetliği devredilen eşyayı, devir olgusunu inkâr suretiyle malike geri vermeyen faili hem bu harekete hem de bu eşyanın satışına azmettiren kişinin durumu verilebilir. Bu durumda devir olgusunu inkâr eden fail, güveni kötüye kullanma suçunu işlemiştir. Bu hareketi sonrasında fail açısından bu malı satması cezalandırılmayan sonraki harekettir. " Bu durum onunla birlikte suça iştirak edenler açısından da geçerlidir. Faili devir olgusunun inkarına azmettiren kişi sonrasında faili

aynı malın satışına azmettirirse sadece ilk harekete iştirakinden dolayı cezalandırılacaktır. [1204]

Ancak burada en önemli sorun ilk harekete katılmayıp; devir olgusunun inkârı sonrasında, faili sadece satışa azmettiren veya malın satışına yardım eden kişinin suça iştirakten cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesidir. Doktrinde ***İçel***'e göre seçimlik hareketlerden birkaçını yapan failin, ilk hareket dışındaki sonraki hareketlerinin cezalandırılmaması, bu hareketlerin ilk harekette elde edilen çıkarların değerlendirilmesi veya güven altına alınmasını ifade etmesinden dolayıdır. Aynı şekilde cezanın bunları da kapsadığı düşünülür. Hal böyle iken ilk harekete iştirak etmeyip, ikinci harekete iştirak edenler açısından böyle bir durum söz konusu olmayıp cezalandırılmaları gerekir. Kaldı ki cezalandırılmayan sonraki hareketten azmettireni iştirak edeni yararlandırmak haksız bir armağan olacaktır.[1205] Bu görüşe aynen katılmaktayız. Kanımızca da güveni kötüye kullanma suçunda cezalandırılmayan sonraki hareket hali sadece ilk harekete iştirak eden şerik ve failler açısından geçerlidir. Buna karşın bu suçtaki ilk harekete iştirak etmeyip, sonraki ikinci harekete iştirak eden kişiler bu fiillerinin akabinde güveni kötüye kullanma suçu açısından şerik olarak ayrıca cezalandırılacaklardır.

III- SUÇTA CEZAYI KALDIRAN VEYA İNDİRİM YAPILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEPLER VE ETKİN PİŞMANLIK

5237 sayılı TCK'da malvarlığına karşı suçlar için cezayı kaldıran veya indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler ve etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür. Bu genel nitelikli şahsi indirim halleri güveni kötüye kullanma suçu açısından da uygulama alanı bulabilecektir.

Bu hallerden biri 167. maddede yer alan fail ile mağdur arasındaki ilişkiden kaynaklanan şahsi indirim ve şahsi cezasızlık sebepleridir. Diğeri 168. maddede yer alan malın sahibine iadesine veya zararın tazmin edilmesine dayalı cezayı kaldıran etkileyen şahsi sebep olan etkin pişmanlıktır.[1206] Bu maddelerdeki indirim ve cezayı

[1204] **İÇEL**, Suçların İçtimaı, s. 200-203
[1205] **İÇEL**, Suçların İçtimaı, s. 203
[1206] TCK m. 167 ve m. 168'deki haller nitelik itibariyle benzerlik gösterse de birbirinden farklı hallerdir. TCK 167. madde "şahsi cezasızlık veya indirim hali"dir. 168. maddeden farkı bu şahsi sebeplerin suçun oluşumu aşamasında bile failde mevcut bulunmasıdır. Oysaki 168. maddede bulunan etkin pişmanlık hükmü "cezayı kaldıran veya indiren şahsi sebep"tir. Suç oluşmuş ancak işlendikten sonra ortaya çıkan kanundan öngörülen durumun gerçekleşmesi sebebiyle ceza ortadan kaldırılmak

kaldıran sebepler şahsidir. Birden çok failin, şeriklerin suçu işlemesi halinde diğerlerine sirayet etmeyecektir. Bu haller suça konu eşyanın müsaderesini de engellemez. Ayrıca suçun oluşmasını engellemediği için suça konu eşyanın satın alınması veya kabulü; suça konu delillerin yok edilmesi gibi ikincil suçların oluşumu ve bu suçlardan failin cezalandırılmasını da engellemez.

1) Cezayı Kaldıran Şahsi Sebepler (TCK m. 167/1)

A) Ayrılık Kararı Verilmemiş Eşler Arasında Suçun İşlenmesi

Bu düzenlemeyle aynı nitelikte 765 sayılı TCK'nın 524. maddesinin 1.fıkrasında da düzenleme bulunmaktaydı. Aynı çatı altında evli ayrılmamış eşler arasında suçun işlenmesi cezayı kaldıran sebeplerin ilkidir. Buna göre haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşler birbirlerine karşı, bu madde kapsamındaki suçlardan birini işlerse ceza verilmeyecektir. TCK'nın 167/1. maddesinde öngörülen bu şahsi cezasızlık nedeninden yararlanmak için karı kocanın bir evlilik birliği içerisinde bir arada yaşaması şarttır. [1207] Dini nikâhla veyahut nişanlı olarak bir arada yaşayan veya aralarında evlilik birliği olmaksızın uzun süreli dahi olsa bir arada yaşayan kişilerin birbirlerine karşı işledikleri suçlarında bu madde kapsamında değerlendirilmelerine imkân bulunmamaktadır.[1208]

Evlilik birliğinin de suçun işlenmesi sırasında var olması gerekir. Suç işlendikten sonra dava sürerken tarafların boşanması veya ayrılması bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanmaya engel değildir. Suç işlenmeden önce evli olup suçun işlenmesinden önce anlaşmalı şekilde de olsa ayrılan ama yine bir arada

---

veya indirilmek zorunda kalınmıştır. (Bkz. **Doğan GEDİK**, Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri, Adalet Yayınevi Ankara, (2010), s. 2,4)

[1207] **Yargıtay 9.CD E:2009/18098 K:2011/28617 T:17.11.2011**
"..Mala zarar verme suçunun konusunun başkasının mülkiyetinde bulunan taşınır veya taşınmaz mal olduğu, failin maliki bulunduğu mala zarar verme eyleminde suçun maddi unsurunun gerçekleşmeyeceği, bu eylemin malikin eşi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda ise TCK'nın 167/1-a. maddesinde öngörülen şahsi cezasızlık hali nedeniyle faile ceza verilemeyeceği gözetilmeden, kiralayan katılan tarafından işletilen ve kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle çıkan tartışmada camları sanıklar tarafından kırılan kahvehanenin malikinin kim olduğu araştırılıp, sanıklar Abdülkadir ve Zeynep'in evli olup olmadıklarını gösterir belgeler getirtilerek sanıkların hukuki durumlarının buna göre tartışılıp değerlendirilmesi gerekirken eksik araştırma sonucu her iki sanığın da yazılı gerekçe ile mahkumiyetlerine karar verilmesi…"(www.kazanci.com Erişim Tarihi: 30.04.2015)

[1208] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 609 Ayrıca kitapta zikredilen Yargıtay CGK'nun 24.04.1998 E: 206 K: 91 sayılı ilamında bu maddenin aynı düzenleme içeren 765 s. TCK'nın 524/1. maddesindeki şahsi cezasızlık nedeninden karı koca gibi aynı çatı altında ancak evli olmadan beraber yaşayan kadının, birlikte yaşadığı eşinin eşyalarını çalmaktan ibaret eyleminde yararlanamayacağına hükmetmiştir.

yaşayan çiftler için bu hüküm yine uygulanmayacaktır. Diğer taraftan resmen evli olup, fiilen ayrı yaşayan çiftlerin ise birbirlerine karşı işledikleri suçlarda bu maddeden yararlanma imkânları bulunmaktadır. Ancak aralarında evlilik birliği bulunsa da hâkim tarafından geçimsizlik sebebiyle ayrılık kararı verilmiş eşler arasında işlenen güveni kötüye kullanma suçlarında bu halden istifade imkânı bulunmamaktadır.

Diğer bir sorunda suç işlendiği sırada aralarında evlilik birliği bulunmayan kişilerin; sonrasında evlenmeleri halinde bu cezayı kaldıran nedenden yararlanıp yararlanamayacakları sorunudur. Bir görüş açıkça bu halde de bu maddenin uygulanamayacağını belirtmektedir.[1209] Diğer bir görüş ise "aile arasındaki ilişkilere müdahale etmemek ve bu ilişkileri bozmamak temel amaç olduğundan" evlilik birliğinin kurulması halinde şahsi cezasızlık nedeninden failin faydalanması gerektiğini belirtmektedir. [1210] Tarafımız da bu ikinci görüşten yanadır. 167. maddenin gerekçesinde de *"izlenen suç politikası nedeniyle, aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin birbirlerinin malvarlığına karşı işlemiş bulundukları suçlardan dolayı cezalandırılmamaları kabul edilmiştir…"* denilmek suretiyle bu görüşü de desteklemektedir.

Bunun dışında bu şahsi cezasızlık nedeninden faydalanabilmek için iki eşinde suçun işlenmesi sırasında sağ olması gerekmektedir. Eşlerden birinin ölümünden sonra sağ kalan eş tarafından, müteveffa eşin malvarlığına karşı işlenen suçlar mirasçılara karşı işlenmiş kabul olunarak değerlendirme yapılacaktır.[1211]

B) Üst soy veya Altsoy ya da Bu Derecede Kayın Hısımlarından Biri veya Evlat Edinen ya da Evlatlık Arasında Suçun İşlenmesi

Kan ve kayın hısımlılığı; Medeni Kanun'un 17. ve 18. maddelerinde düzenlenmektedir. 17. madde kan hısımlığının hısımları birbirine bağlayan doğum sayısına göre belirleneceğini belirtmektedir. Biri diğerinden gelen kişiler arasında altsoy-üst soy buna karşın ortak kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlılığı vardır. Kardeşler arasında yansoy hısımlığı varken; derecesi ne olursa olsun bir dede ile torunu arasında, bir anne ile kızı arasında üstsoy-altsoy hısımlılık ilişkisi

[1209] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 608
[1210] **ÖNDER**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 500
[1211] **BAKICI**, s. 924

bulunmaktadır. 18. maddede eşlerden biri diğer "eşin kan hısımları aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur" denmektedir. Kayın hısımlılığı evlilik ile doğmaktadır. Kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle de ortadan kalkmaz. Üst soy, alt soyu babında gelin, damat, kaynana, kayınbaba birbirinin alt-üst soy derecesindeki kayın hısımlarıdır. Bu konuda bir ayrımda olmadığı için eş ile diğer eşin kan hısımları ve diğer eşin kan hısımları ile eş arasında kayın hısımlılığı iki taraflıdır. Damadın veya gelinin kayınvalide veya kayınpedere; bunlarında gelin veya damada işledikleri yağma nitelikli yağma haricindeki malvarlığına karşı suçlarda da bu hüküm uygulama alanı bulacaktır. Buna karşın damadın, kendisine veya gelinin amcasına, teyzesine bu kişilerinde damada karşı işledikleri fiillerde bu hüküm uygulanamayacaktır. Zira anılan kişiler arasında üst altsoy değil, yan soy hısımlılığı vardır.

Diğer taraftan evlat edinme de TMK.'nın 305-320. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Evlat edinme yoluyla evlatlık çocukla, evlat edinenler arasında veli vasi ilişkisinden öte hukuken normal kan hısımlılığı gibi bir ilişki kurulmaktadır. Bunun neticesi evlat edinilen kişi, evlat edinenin altsoyu olarak kabul edilmektedir. Buna göre evlat edinen ve evlatlığın birbirilerine karşı işledikleri güveni kötüye kullanma suçunda bu hallerde şahsi cezasızlık nedeni olarak kabul edilecektir.

C) Aynı Konutta Beraber Yaşayan Kardeşler Arasında Suçun İşlenmesi

Bu hükümden sadece aynı konut içinde beraber yaşayan kardeşler faydalanabileceklerdir. Kardeşlerin birbirine yakın veya yanyana binalarda, aynı site içerisinde veya aynı apartmanda fakat farklı dairelerde oturmaları halinde bu hükümden yararlanmalarına imkân bulunmamaktadır. Ancak TCK'nın 167/2. maddesinde belirtilen indirim hali söz konusu olacaktır.

Yine beraber aynı çatı altında yaşamayan ancak geçici mahiyette iki günlüğüne veya bir haftalığına veya tatil için bir araya gelmiş kardeşlerin birbirlerine karşı tam bu esnada işleyecekleri suçlar nedeniyle bu hükümden istifadesine imkân bulunmamaktadır. [1212] Ancak bu kişiler, TCK'nın 167/2. maddesinde öngörülen indirim halinden istifade edebilirler. Zira kanımızca bir arada yaşama durumunun bir süreklilik arz etmesi şarttır.

[1212] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 610

Diğer taraftan aynı anne ve babadan olmaları şart değildir. Anne veya babanın birinin ayrı olması halinde de yine kardeşlik durumu vardır.[1213] Hatta üvey kardeşler arasında da bu durum şahsi cezasızlık nedeni olacaktır. Dahası nüfusa geçmemiş, daha önce evlilik dışı ilişkilerinden olan çocukları için dahi bu hükümden istifade imkânı bulunmaktadır.[1214] Öte yandan eşlerden ikisinin de önceki evliliklerinden olan sonradan evlenmeleri ile aynı çatı altında yaşayan çocukları da kurulan kayın hısımlılığı ilişkisi nedeniyle kanımızca bu hükümden istifade edebileceklerdir.

2) Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler (TCK m. 167/2)

A) Haklarında Ayrılık Kararı Verilmiş Eşler Arasında Suçun İşlenmesi

Bu hükümde esas bahsedilen ayrılık kararı TMK 170. maddesi gereğince mahkeme tarafından evli çiftlere yönelik olarak verilen ayrılık kararıdır. Boşanmış veya imam nikâhlı yaşayan kimseler buradaki indirim sebebinden yararlanamazlar. 171. maddeye göre ayrılık kararı mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacaktır. Bu sebeple kanımızca bu ayrılık kararına karşı herhangi bir sebeple kanun yoluna başvurulması halinde eğer hâkim geçici bir mahiyette de olsa ayrılık kararı vermemişse, çiftler halen ayrılmamış sayılacaklarından, bu esnada birbirine karşı işledikleri güveni kötüye kullanma suçlarından dolayı bu halin değil, TCK 167/1-a maddesindeki cezasızlık durumunun uygulanması gerekir. Öte yandan ayrılık kararına rağmen, eşlerin bir arada yaşaması durumunda da TCK 167/1-a maddesinin değil, bu maddede ki indirim nedeninin uygulanması gerekir. Zira ayrılık kararı ile birlikte eşlerin fiilen ve hukuken birlikte yaşama yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.[1215]

Bununla birlikte TMK 197. madde *"eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır."* demektedir. Bu durumda da hâkimin alacağı karar

[1213] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 610
[1214] **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 383
[1215] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 611

süreli mahiyette ortak yaşama ara verme, ayrılık kararıdır ve güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi halinde kanımızca bu 167/2.fıkradan işlem yapılması gerekir. [1216]

Son olarak, haklarında boşanma davası açılan eşler hakkında hâkim TMK 169. madde gereğince geçici mahiyette önlemlerde alabilecektir. Hâkim boşanma davası sürerken önlem olarak bile geçici mahiyette bir ayrılık kararı verirse, kanımızca TCK'nın 167/1-a maddesindeki şahsi cezasızlık nedeninin değil, buradaki indirim halinin uygulanması gerekir.

B) Aynı Konutta Beraber Yaşamayan Kardeşler Arasında Suçun İşlenmesi

Birbirlerinden tamamen ayrı oturan, birbirine yakın veya yan yana binalarda, aynı site içerisinde veya aynı apartmanda fakat farklı dairelerde oturan veyahut geçici süreliğine bir araya gelen kardeşler birbirilerine karşı işledikleri 167. madde kapsamına giren suçlarda bu hükümden yararlanabilecektir. Suçun takibi ise mağdur olan kardeşin şikayetine tabi olup burada kardeşin şikayetinin olmaması halinde suç işlense de kovuşturulmaz. Kardeşlerin aynı anne ve babadan olmaları şart değildir. Anne veya babanın birinin ayrı olması halinde de yine kardeşlik durumu vardır.[1217]

C) Aynı Konutta Beraber Yaşamakta Olan Amca, Dayı, Hala, Teyze, Yeğen ya da İkinci Derecede Kayın Hısımları Arasında Suçun İşlenmesi

Geçici olmayacak şekilde aynı konutta beraber yaşayacak yan hısım olarak kabul edilen amca dayı, yeğen tarafından mağdura karşı suçun işlenmesi halinde bu indirim sebebinden fail yararlanabilecektir. Diğer taraftan ikinci derece kayın hısımları tarafından da işlenecek güveni kötüye kullanma suçunda da fail bu indirim sebebinden faydalanabilecektir. İkinci derece kayın hısımları eşin kardeşleri olan kişiler kayınbirader, baldız, görümce, enişte, yenge şeklinde sayılabilir.[1218]

Bunlar dışında gelenek, görenek nedeniyle kendisine dayı, kirve gibi lakap takılanlar, mağdurun çok yakın arkadaşları bu maddede belirtilmeyen akrabaları aynı çatı altında bulunsalar bile bu hükümden istifade edemezler. Burada yalnızca maddede sayılan akrabaların zararına işlenmesi gerekir. Kanımızca akraba mağdur ile birlikte başka üçüncü kişilerinde zarar görmesi halinde fail cezasızlıktan

[1216] Aynı görüşte **BAKICI**, s. 927
[1217] **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 610
[1218] **BAKICI**, s. 927

yararlanamayacaktır.[1219] Örneğin güveni kötüye kullanma suçuna konu eşyaya failin dayısı dışında üçüncü bir kimsede ortak malikse ve her ikisi tarafından bu eşya faile verilmişse bu durumda artık failin bu cezada indirime neden olacak halden yararlanmasına imkân bulunmamaktadır.

3) Etkin Pişmanlık (TCK m. 168)

Cezayı kaldıran veya indiren şahsi sebep olarak görebileceğimiz etkin pişmanlık, suçun işlenmesi sonrası failin ortaya çıkan haksızlığın neticelerini kendi isteğiyle yasanın öngördüğü şekilde ortadan kaldırmasıdır. Gönüllü vazgeçme, etkin pişmanlıkla karıştırılmamalıdır. Etkin pişmanlığın gönüllü vazgeçmeden farkı; gönüllü vazgeçmede failin bir suça konu fiili işlemekten kendi rızasıyla vazgeçmesi yani neticenin gerçekleşmesini engellemesidir.[1220] Etkin pişmanlıkta ise suç bütün unsurlarıyla tamamlanmış netice ortaya çıkmıştır. Ancak kanun koyucu ortaya çıkan neticeyi failin kendi isteğiyle ortadan kaldırması halinde ya ceza vermemeyi veyahut cezada indirim yapmayı öngörmüştür.

Bunun dışında gönüllü vazgeçme, güveni kötüye kullanma suçu da dâhil pek çok suçta mümkün olup TCK'da genel düzenlemeyle düzenlenmiştir, hal böyle iken etkin pişmanlık sınırlı sayıda suç için ancak kanunda özel bir düzenleme varsa söz konusudur. [1221] Yine gönüllü vazgeçme de fail işlemeyi düşündüğü suçtan cezalandırılmaz ancak varsa icra hareketleri başka bir suç oluşturuyorsa o suçtan ceza alır. Buna karşın etkin pişmanlık halinde birkaç istisna haricinde pek çok olayda kanun koyucu neticeyi suçun işlenmesi sonrası ortadan kaldıran veya kaldırmaya çalışan faile ceza verilmemesini değil; alacağı cezada indirim yapılması yolunu tercih etmektedir.

5237 sayılı TCK'da gönüllü vazgeçme sadece icra hareketleri esnasında olduğu gibi fiilin yapılıp neticenin oluşmaması halinde mümkündür. Güveni kötüye kullanma suçu açısından ise icra hareketleri gerçekleştirilirken gönüllü vazgeçme mümkün olabilir. Ancak bu suç, sırf hareket suçu olduğundan neticenin gerçekleşmesi şart olmadığından, gönüllü vazgeçme icra hareketleri tamamlandıktan sonra mümkün değildir.

[1219] Aynı görüşte **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 192
[1220] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 626- 627
[1221] **ARTUK- GÖKCEN- ALŞAHİN- ÇAKIR**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 635

Etkin pişmanlık açısından ise TCK'nın 168. maddesinde güveni kötüye kullanma suçu ve çeşitli malvarlığına karşı suçlar için şu etkin pişmanlık halleri öngörülmüştür

A) Kovuşturma Başlamadan Önceki Etkin Pişmanlık Hali

TCK'nın 168. maddesine göre etkin pişmanlık yalnızca güveni kötüye kullanma suçu için değil, hırsızlık, mala zarar verme, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas ve karşılıksız yararlanma hatta yağma suçları bakımından mümkündür. Kovuşturma başlamadan önce failin kendisinin veya suça iştirak eden kişinin pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme bunun olmaması durumda tazmin edilmesi halinde verilecek ceza güveni kötüye kullanma suçu açsından üçte ikisine kadar bu halde indirilebilecektir. Aynen geri verme elde edilen yararın aynen geri verilmesidir. Örneğin güveni kötüye kullanma suçunda devir olgusunun inkâr edildiği alınan değerli bir Rembrant tablosunun geri verilmesi halinde aynen geri verme söz konusudur. Suçun konusu misli mallar ise aynı misli ile malın iadesi örneğin alınan 60 kg mısırın aynen bu şekilde iadesi gibi aynen iade söz konusudur. Ancak malın tam olarak geri verilmesinin kabulü için failin zilyetliği sırasında meydana gelen semereleri de iade etmesi gereklidir. Aynen geri verme halinin olmaması halinde başvurulacak yol olan tazmin ise mağdura verilen zararın ikame mal ile giderilmesidir. [1222]

Yine etkin pişmanlık halinden iştirak halinde sadece zararı ödeyen kişi yararlanabilecektir. Ancak diğer fail ve suça iştirak edenlere sirayet etmeyecektir. Bununla birlikte suçta müşterek faillerin veyahut suça yardım eden kimselerin birleşerek mağdurun zararını bölüşmek suretiyle telafi etmeleri halinde bütün bu faillerde etkin pişmanlık halindeki indirimden yararlanabilecektir.

B) Kovuşturma Esnasında Etkin Pişmanlık Hali

Kanun koyucu soruşturma safhasının sona ermesinden, hüküm verilmeden önceki aşamaya kadar etkin pişmanlık hükümlerinin de uygulanabileceğini kabul

[1222] **ARTUK- GÖKCEN- YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s. 3784

etmiştir. Bununla birlikte bu durumda cezada indirim miktarı daha az olacaktır sadece yarı oranda cezada indirim yapılacaktır. Burada bir başka tartışmalı husus ise hükmün ilk derece mahkemesinde karar verilmesi aşamasına kadar mı, istinafta Bölge Adliye Mahkemesinde değerlendirilene kadar mı, yoksa temyizde Yargıtay'ca onanmasına kadar mı bu etkin pişmanlık hükmünün uygulanacağı noktasında toplanmaktadır. Doktrinde de ifade edildiği üzere ilk derece mahkemesinde hüküm verilene kadar bu imkândan yararlanabileceği kabul edilmelidir. *Aksi takdirde Yargıtay'ca hüküm kesinleşmesine kadar kişinin bu imkândan yararlanacağı düşünülürse bu durumda yüksek mahkemede hüküm bozulacak dosya ilk derece mahkemesinde tekrar ele alınacak bu da dosyanın zamanaşımından düşmesi için faile imkân tanıyacaktır. Kaldı ki hükümde suçluluğa karar verilmiş bir kimsenin aynen iade ve tazminin sağlanması bir mecburiyet olarak algılanabilir. Benzeri düzenleme içeren TCK 248. madde gerekçesinde de aynı hususa değinilmektedir.*[1223]

C) Kısmi Ödeme veya Tazmin ile Etkin Pişmanlıktan Yararlanma

5237 sayılı TCK'da mağdurun rızasının olması şartıyla kısmen iade veya tazminle failin etkin pişmanlık gereği cezada indirim alabileceğini belirtmektedir. Bu halde dolandırıcılık suçunda kısmen iadeyi veya tazmini yapan fail mağdurunda rızası mevcutsa soruşturma aşamasında üçte iki kovuşturma aşamasında ise yarı yarıya cezasında indirime hak kazanabilir. Ancak mağdurun bu konuda rızası yoksa fail bu imkândan yararlanamayacaktır.

IV- SUÇUN YAPTIRIMI VE USUL HÜKÜMLERİ

1) Soruşturma ve Kovuşturma

Ceza Kanununda resen soruşturulan suçların yanında şikâyet üzerine kovuşturulan suçlar bulunmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunun temel şeklide özü itibariyle soruşturulup kovuşturulması şikâyete tabii olan suçlardandır. Bununla birlikte 155/2. maddedeki nitelikli hallerin soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılacaktır. Burada nitelikli hallerin re'sen soruşturulma ve kovuşturulma nedeni kanımızca ticari hayatta toplumun kamu düzenini tehlikeye sokacak biçimde sözleşmeye dayalı güven ilişkisinin zarar görmesidir.

[1223] **ARTUK- GÖKCEN- YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s. 3785

Diğer taraftan 167/2. maddede sayılan kişilere karşı bu suçun işlenmesi halinde ise re'sen takipte bir kamu yararı bulunmadığı için suç şikâyete tabiidir. Diğer taraftan TCK m.73 hükümlerine göre şikâyet bu konuda hak sahibi olanların fiili öğrendikleri tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır. Burada şikâyet hakkı malike veya eşyanın zilyetliğini malikten kazandıktan sonra devreden zilyede (malike göre fer'î zilyet-faile göre asli zilyet veya başkası için zilyet) aittir. [1224] Şikâyet yokluğunda "kovuşturmaya yer olmadığı" kararı (CMK m. 171) verilecektir. Güveni kötüye kullanma suçunun şikâyete tabii temel halinde (TCK m. 155/1) mağdur şikâyetinden vazgeçebilir. Ancak vazgeçme sanığın muvafakatiyle olur. Bu sebeple sanığın bu yönde rızasının olup olmadığının mahkemece sorulması gerekir. Sanık vazgeçmeyi kabul etmezse davaya devam olunur. [1225] Kabul ederse davanın düşürülmesine karar verilir.

[1224] Burada da şu örneği, güveni kötüye kullanma suçu açısından verebiliriz. (Aşağıdaki örnek ve Alman Hukukunda çözümü için ayrıca bkz. **HEINDRICH**, Ceza Hukuku Genel Kısım-II, s. 302-303) (A), (B)'ye çok değerli bir kitap verir ve bu kitabı okuyunca kendisine iade etmesini ister. (A)'nın oğlu (O) ise (B)'ye bu kitabı satması ve geri vermemesi yönünde telkinde bulunur. (B) kitabı satar ancak kitabı satmadan 3 saat önce (A) ölmüş ve (A)'nın bütün malları tek oğlu olan (O)'ya kalmıştır. Buradaki olayda TCK m. 155'de tarif edilen güveni kötüye kullanma suçu gerçekleşsede (A) öldüğünden şikâyet edecek kimse yoktur. Şikâyet hakkını sadece mağdur kullanır. Bu hak mağdurun ölümü halinde mirasçılara geçmez, aynı şekil şikâyetten ancak mağdur vazgeçebilir, mirasçıları vazgeçemez. Kaldı ki bu olayda (O)'nun (B)'yi bu suça azmettirdiği düşünüldüğünde hakkaniyet açısından da bir an için O'nun şikâyet hakkının olduğu düşünülse de bu durumda satımdan 3 saat önce ölüm ile kendisi malın maliki olup B'yi bu suça azmettirdiğinden hukuka uygunluk sebebi olan rızanın varlığını tartışmakta gerekir. Bir görüşe göre (O) burada bu kitaba malik olduğu bilincinde olmadığından bu bilinçte hareket etmediğinden verilen rızanın geçerli olmadığı düşüncesindedir. (Bu görüş için bkz. **HEINDRICH**, Ceza Hukuku Genel Kısım-II, s. 303) Ancak olayda (O)'nun malik olarak TCK m. 155/1'deki güdülen hukuki değere saldırısı mümkün olmadığından azmettirme ve bunun yanında bu suça faillik durumu da oluşmaz. Ancak kanımızca üç saat önce (A) öldüğünde yanındaysa ve haberdar olduğu satıma karşı bir engellemede bulunmamışsa bu bilince sahip olduğundan zımnende olsa rızanın kabulü gerekir. Ancak eğer bu kitap satıldıktan 3 gün sonra (A) ölseydi ve ölmeden önce (B) için şikâyette bulunsaydı bu durumda bu olayda tamamen farklı bir durum söz konusu olurdu. Bu durumda (A) şikâyet sonrası vefat etse bile savcılıkça soruşturmaya devam ettirilir ve (B) hakkında güveni kötüye kullanma suçundan (O) hakkında bu azmettirmeden ötürü şerik olarak kamu davası açılırdı. Şikâyet ancak (A) tarafından geri alınabileceğinden oda öldüğünden geri alacak kimse kalmadığından davaya devam edilirdi. (Bkz.Yargıtay 2.CD E: 2008/30475 K: 2009/30297, T:23.06.2009 ve Yargıtay 2.CD E: 2010/8418 K: 2010/28858 T:19.10.2010 www.kazanci.com Erişim Tarihi:13.09.2017) Neticede (O) mağdur (A)'nın mirasçısı bile olsa hatta satılmayıp (B)'nin bu kitabı kiralaması neticesi, suça konu kitabın maliki kendisi bile olsa ceza almaktan kurtulamazdı. Ancak (A) kamu davası açılması akabinde davaya hemen müdahil olup ölmüşse, uzlaşma teklifi bu aşamaya kadar yapılmamışsa; (O) eğer suça azmettiren veya yardım eden olarak yargılanmayıp, (B)'nın sanık olduğu davaya ölen babası (A)'nın adına CMK m.243 gereği katılırsa durum değişebilir. Zira Yargıtay 8.CD'sinin 2016/11883 E ve 2017/4062 K T:12.04.2017 sayılı içtihadına göre (bu karar için bkz. **Cengiz APAYDIN**, Ceza Hukukunda Uzlaşma ve Uzlaşmacılar İçin Ceza Hukuku, Yazarın Kendi Yayını, (2017), s. 61) böyle bir durumda mahkeme (O) ve (B)'ye uzlaşma teklifinde bulunmak üzere dosyayı savcılık uzlaşma bürosuna göndermek zorundadır. Bu durumda (B), (O) ile burada uzlaşıp ceza almaktan kurtulabilir.

[1225] Bkz. **İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 21.CD E.2017/48 K.2017/80 T.11.1.2017** (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 06.06.2017) Ayrıca bu mahkeme kararında zikredilen **Yargıtay**

24.11.2016 tarihine kadar etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama alanı bulacağı suçlar açısından uzlaşma olamayacağı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) m. 253/3'te öngörülmekteydi. Bu suç içinde uzlaşma yolu kapalıydı. Ancak bu maddeden "etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile" tümcesi 6763 sayılı kanun ile madde metninden çıkarılmıştır. Neticede CMK m.253/1-a'da soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlar açısından uzlaşma kabul edildiğinden güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli (TCK m. 155/1) ve 167/2. maddedeki şikâyete tabii cezayı indiren halleri için uzlaşma imkânı mevcut hale getirilmiştir. Bunun hemen ardından 17.10.2019 tarihli 7188 sayılı Kanunu'nun 26.maddesi ile CMK'nın 253.maddesi tekrar değişikliğe uğramış ve bu suçun 155/2'de öngörülen nitelikli hali de uzlaşma kapsamına alınmıştır.

Bu durumda bu maddeye yaptırım yönünden sonuç bağlanan Dernekler Kanunu'nun 32-f maddesindeki güveni kötüye kullanma suçu yönünden de uzlaşma hükümlerinin uygulanması düşünülebilir. Buna karşın kanaatimizce yine bu maddeye sonuç bağlayan Ser.PK m.110/1'deki güveni kötüye kullanma suçu yönünden ise uzlaşma hükümlerinin uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. Zira buradaki suç SPK'nın yazılı başvuru şartına bağlanmış olmakla suçun mağdurlarından biri SPK'dır. SPK idare hukuku manasında "bağımsız idari otorite" olarak da kabul edilse bile bir kamu kurumudur. CMK m.253/1 manasında mağdur veya suçtan zarar görenin kamu tüzel kişisi olduğu suçlarda uzlaştırma imkânı mümkün değildir.

Öte yandan 7188 sayılı Kanun'un 19.maddesi CMK'nın 171.maddesini değiştirerek Cumhuriyet Savcısına üst sınırı 3 yıl veya daha az süreli hapis cezası gerektiren suçlar için "kamu davasının açılmasının ertelenmesi" kararı verebilme imkânı tanımıştır.[1226] Ancak uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere ibaresi ile bu yönden böyle bir kararı savcının alamayacağı aynı madde kapsamında belirtilmiştir. Bu yönden savcının kamu davasının ertelenmesi kararı alabilme yetkisi daraltılmıştır. Bu sebeple güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli (TCK m.155/1) açısından kamu davasının açılmasının ertelenmesine dair karar verilemez.

18.CD, E.2015/17757, K.2016/14213 T:27/06/2016 sayılı, Yargıtay 3. CD, E.2013/3888 K.2013/43531 T. 03/12/2013 sayılı ilamları

[1226] İş bu kanun için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k7188.html (Erişim Tarihi: 20.10.2019)

CMK.'nın 12. maddesine göre bir davaya bakmaya suçun işlendiği yer mahkemesi esas olarak yetkilidir. Güveni kötüye kullanma suçu sırf hareket suçudur. Devir olgusunun inkârı veya rıza dışı tasarruf yapıldığı anda suç tamamlanır. Bu duruma göre devir olgusunun inkâr edildiği, rıza dışı tasarrufun yapıldığı yer mahkemesi davayı görmeye yetkilidir.

Bu suçun temel şekli (TCK m. 155/1) açısından altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ve nitelikli hali (TCK m. 155/2) bir yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. On yıldan az hapis cezası öngörüldüğünden yetkili mahkeme "5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun"'un 11. maddesine göre Asliye Ceza Mahkemeleri'nin görevidir.[1227]

Güveni kötüye kullanma suçu genel yargılama usulüne tabiidir; ancak "yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hâlleri ile soruşturma veya kovuşturma

[1227] Ancak zimmet, yağma, dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri (TCK m. 158) gibi ağır ceza mahkemesinin alanına giren suçlar ile bu suç arasıdaki ayrımın ilk başta yapılması kimi halde çok zordur, iddianameyi hazırlayan savcının kaçırdığı detaylarda bu duruma sebep olabilir. Bu sebeple bu hallerde dikkatli bir yargılama yapılması gerekmektedir. Bu durumda güveni kötüye kullanma suçunun mu yoksa bu suçun mu oluştuğu yönündeki tespit ve yargılama bir üst mahkeme olan Ağır Ceza Mahkemesinin görevidir. **Yargıtay 15. CD E. 2015/11280 K. 2015/28415 T. 9.9.2015** "*…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.Ambalaj ve tekstil bobini sektöründe faaliyet gösteren katılan ..., 2000 yılından 25/02/2010 tarihinde kadar üretim ve fabrika müdürü olarak sanık ...'nın, satış müdürü olarak ise sanık ...'in görev yaptıkları, sanıkların iş akitlerinin feshinden önce katılan şirket ile iş sözleşmeleri devam ederken 2005 yılında aynı sektörde ve rakip firma konumunda olan ... ünvanlı firmayı sektörde tecrübesi olmayan akrabaları vasıtasıyla kurdurarak faaliyete geçirdikleri ancak sanıkların dolaylı olarak şirket kurduklarının ortaya çıkması üzerine oluşan sorunu gidermek amacıyla katılan şirket ile ... ... arasında 09/06/2006 tarihinde Varlık Devri Sözleşmesi yapılarak 1.800.000 Euro karşılığında tüm makina ve teçhizatların katılan firmaya devredildiği ayrıca sözleşmede sanıkların Türkiye'nin çeşitli bölgelerinde rekabet eden faaliyetlerde bulunmayacaklarına dair kural bulunduğu, buna rağmen sanıkların 2007 yılında ... şirketinin tüm hisselerini akrabaları üzerinden alarak şirketi yeniden faal hale getirdikleri, sanıkların arkadaşı olan ve sektörde tecrübesi bulunmayan ... isimli kişi tarafından 11/07/2007 tarihinde kurulan ... ünvanlı tüzel kişiliği olmayan kişi şirketinden, katılan firma zararına piyasa rayicinin üzerindeki fiyatlarla kesim hizmeti ve kağıt satın aldıkları, ... ile ... firmaları arasında makina kira sözleşmesi aktedilerek, kira sözleşmesi karşılığı alınan kira parasının ...'ya ödenmesiyle katılan firmanın parasının dolaylı yoldan sanıkların sahibi olduğu ... şirketine aktarıldığı, ve yine ...nden satın aldıkları kağıtların kesimini piyasa rayicinin üzerindeki fiyatlara ... şirketine yaptırarak, katılan firmanın zararına haksız kazanç edindikleri anlaşılmakla, sanıkların eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 158/1-h maddesinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağına dair delilleri takdir ve tartışmanın üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesi'ne ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması…"* (www.kazanci.com Erişim Tarihi:25.12.2017) Bu konudaki diğer bir Yargıtay kararı **(Yargıtay 11.CD E:2006/9034 K:2007/2136 T:27.03.2007)** için bkz. 949 nolu dipnot ayrıca bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 22.CD E:2016/256 K:2016/213 T:13.12.2016 (bu karar için bkz. **PARLAR- ÇOBANOĞLU**, s.135)

yapılması izne ya da talebe bağlı olan suçlar" hariç olmak üzere üst sınırı 2 yıl veya daha az hapis cezası gerektiren suçlar için basit yargılama usulünün mahkemece uygulanabileceği CMK'nın 251.maddesinde belirtilmiştir. Bu durumda iddianamede yalnızca bu suçun temel şeklini işlediği belirtilen kişi (TCK m.155/1) açısından basit yargılama usulü uygulanabilecektir. Basit yargılama usulüne göre hüküm kurulması ve mahkumiyet halinde sonuç cezada dörtte bir indirim yapılacaktır. Ancak güveni kötüye kullanma suçunun TCK m.207'deki özel belgede sahtecilik suçu gibi basit yargılama usulüne tabii olmayan bir suç ile birlikte işlenmesi veyahut şüpheli veya taraflardan birinin itirazı halinde bu usul uygulanamayacaktır.

Bu suç neticesinde yapılan yargılama neticesinde hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ya da adli para cezası olması durumunda "hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına" da karar verilebilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki bu karar için suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. Sanığın hâkimin bu teklifini kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez. (CMK m. 231/6-c)[1228] Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karara itiraz yolu açıktır. Bu itiraz bir üst mahkemeye yapılacaktır. Bu durumda ağır ceza mahkemesine itiraz yolu açıktır. Yargıtay CGK'nın 22.01.2013 tarihli 2012/10-534 E. ve 2013/15 K. sayılı ilamı gereğince itiraz incelemesi hem maddi olay hem de hukuki yönden yapılmalıdır. [1229] Bireyselleştirme

[1228] Ancak bunun da istisnası vardır. TCK m. 168 kapsamında güveni kötüye kullanma suçu bakımından ödeme yapılması ve zararın giderilmesi karşılığı etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılmış ve bunun karşılığı indirim cezada yapılmış bu sayede ceza hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamına girmişse artık zararı tazmin şartı aranmamalıdır. Zira etkin pişmanlık hükümlerin uygulanma alanı mağdurun zararının tamamen giderilmesidir.

[1229] Ayrıca **Yargıtay 5.CD 2014/1878E, 2014/2141K T:27.02.2014** *"... Kanun yararına bozma mündeceratında atıfta bulunulan YCGK'nın 22/01/2013 gün ve 2013/15 sayılı kararında itiraz mercii inceleme sırasında sadece CMK'nın 231. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususuyla sınırlı bir inceleme yapmayarak, incelenen kararın hem maddi, hem de hukuki yönünü ele alarak hukuka uygunluğunu denetleyeceğinin belirtildiği, bunun suçun sübutu, vasıf değişikliği gibi konuları da içerdiği, bu açıklamalara göre; somut olayda tefecilik suçundan açılan kamu davasında sanığın 1 yıl 8 ay hapis ve 80,00TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, 5271 sayılı CMK'nın 231/5 maddesi uyarınca hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair verilen karara sanık müdafii tarafından suça konu çekin sanığa ciro yoluyla intikal ettiği, çek lehtarının beraet edip sanığın mahkumiyetine karar verilmesinin doğru olmadığı, savunmanın dikkate alınmadığı belirtilerek itiraz edildiği nazara alınıp iddia ve savunma değerlendirilerek gerekçeleriyle itiraz konusunda denetime elverişli bir karara varılması gerekirken maddi olay ve hukuki yönden irdelemeye yer vermeyen yetersiz gerekçe ile itirazın reddine karar verilmesi isabetsiz, bu itibarla kanun yararına bozma talebine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden Alanya 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 08/07/2013 gün ve 2013/652 Değişik İş sayılı Kararının 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, dosyanın müteakip işlemlerin yapılması için*

gibi mahkemenin takdirine bağlı hususlarda ise itiraz mercii değerlendirmede bulunmayacaktır.[1230] Bununla birlikte geri bırakılma kararının itirazen incelenmesi de bu kararın ardından adeta istinaf incelemesine dönmüştür. Kanunda belirtilen haller haricinde merciin merciinin duruşma yapması söz konusu değilse bile her zaman araştırma yapması mümkündür.[1231]

Bunun dışında mahkemenin güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin mahkûmiyet ve beraat kararlarına karşı Bölge Adliye Mahkemesi'ne istinaf başvurusu mümkündür. Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararlarının da Yargıtay'da temyizi mümkündür. Ancak 5 yıldan az hapis cezası gerektiren bir ilk derece mahkemesi kararı varsa ve Bölge Adliye Mahkemesi verilen cezada sanık aleyhine olarak bir artışa gitmemişse artık bunların temyiz edilebilme imkânı yoktur. Güveni kötüye kullanma suçu açısından ilk derece mahkemesinin verdiği beraat kararı ve sonrasında istinaf yoluna başvuruda Bölge Adliye Mahkemesinin bu kararı onaması halinde de temyiz yolu kapalıdır. [1232] Güveni kötüye kullanma suçu açısından temyiz başvurusunda inceleme Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 2017/1 sayılı ve

---

anılan mahkemeye gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 27/02/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi…" (www.kazanci.com Erişim Tarihi:07.02.2017)

[1230] **Nur CENTEL- Hamide ZAFER**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 12.Bası, (2015) s. 772; **Cumhur ŞAHİN**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr.Nur Centel'e Armağan, Cilt:19 Sayı:2, (2013), s. 293

[1231] **CENTEL-ZAFER**, s. 772

[1232] CMK *Madde 286 – (1) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir. (2) Ancak; a) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adlî para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları, b) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları, c) (Değişik: 18/6/2014-6545/78 md.) İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları, d) Adlî para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları, e) (Değişik: 18/6/2014-6545/78 md.) Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları, f) On yıl veya daha az hapis cezasını veya adlî para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak (…)(1) istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,(g) (Değişik: 18/6/2014-6545/78 md.) Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar, h) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları, Temyiz edilemez…"*

30.01.2019 tarihli ve 1 sayılı kararları gereği Yargıtay 15.Ceza Dairesinde yapılacaktır.[1233]

Güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli için dava zaman aşımı süresi sekiz yıldır. (TCK m. 66/1-e) Nitelikli hali için ise on beş yıldır. On beş yaşından küçük çocuklarda ise süre bunun yarısı kadardır. (Temel şekli dört yıl; nitelikli hali için yedi buçuk yıl) On beş yaş ile on sekiz yaş arasındaki küçükler için ise bunun üçte ikisidir. (Suçun temel şekli beş yıl dört ay, nitelikli hali on yıl)

2) Yaptırım

Güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli açısından 5237 sayılı TCK'da altı ay ile iki yıl arası hapis cezası öngörülmüştür. Bunun yanında kanunda kullanılan "ve" ifadesinden anlaşılacağı üzere ayrıca para cezasına da hükmedilecektir. Suçun nitelikli hallerinde ise yapılacak artırımlar neticesinde faile bir yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ve üç bin güne kadar para cezasına hükmedilebilecektir.

Bununla birlikte hafifletici sebepler nedeniyle veya güveni kötüye kullanma suçunun temel şeklinde ve nitelikli halinde alt sınırlardan hüküm kurulması halinde ise kanunun 49. maddesine göre bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları kısa süreli hapis cezalarından olabileceğinden seçenek yaptırımların birine hâkim hükmedebilecektir. (TCK m. 50)

Buna göre bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde hâkim takdiren seçenek yaptırımlara hükmedebilecektir. Bununla birlikte kanunun hâkimin seçenek yaptırımlara hükmetmesini zorunlu gördüğü hallerde bulunmaktadır. a) Kişi başka bir hapis cezasına mahkûm olmamışsa otuz günden az hapis cezasına hükmedilmesi halinde veyahut b) başka bir suçtan ceza almamış olmak kaydıyla 65 yaşından büyük 18 yaşından küçük kimseler için bir yıl veya daha az hapis cezasına hükmedilmişse hâkim zorunlu olarak hapis cezası yerine TCK'da belirlenen seçenek yaptırımlara hükmedecektir.

[1233] Bu kararlar için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/sayfa/dairelerin-is-bolumu/documents/isbolumu/isbolumukarar20012017.pdf (Erişim Tarihi:03.03.2017) ve https://www.yargitay.gov.tr/documents/isbolumukarar30012019.pdf (Erişim Tarihi:13.04.2019)

Güveni kötüye kullanma suçundan verilecek bir yılı geçmeyen hapis cezası bakımından da hâkim hapis cezasına seçenek yaptırımlara da hükmedilebilir. (TCK m.50[1234])

TCK 52. maddesi gereği kanunda aksine bir hüküm yoksa eğer hapis cezası seçenek yaptırım olarak para cezasına çevrilmişse, para cezası en az beş en fazla yedi yüz otuz gün olabilir. Bununla birlikte bu suçun nitelikli hali için üç bin güne varan üst sınıra yaklaşan para cezası verilebileceği öngörülmüştür.

Yine iş bu para cezasının günlüğü TCK'nın 52. maddesi gereği en düşük yirmi Türk lirası, en yüksek yüz Türk lirası üzerinden kişinin ekonomik durumuna göre, kusurunun niteliğine hesaplanacaktır. Zira fakir birine günlüğü yirmi Türk lirasından hesaplanan bir para cezası etkili olabilecekken varlıklı biri açısından günlüğü yüz Türk lirasına varan para cezasının uygulanması yerinde olacaktır.

Aynı şekilde güveni kötüye kullanma suçunu haksız tahrik altında işleyen bir kimse ile bu suçu hiçbir neden olmadan işleyen kimse arasında bir fark gözetilmesi gerekir. Ancak ne yazık ki pek çok olayda hâkimler kişinin ekonomik durumuna, kusuruna bakmadan, cezaların caydırıcılığını göz önünde tutmadan para cezalarını yirmi Türk lirası alt sınırından hesaplama eğilimindedirler.

Bunun dışında, hâkim bir yıl kadar para cezasını ödemek için kişiye mehil verebileceği gibi; iki yılı geçmemek üzere dört taksitten az olmamak üzere bu para cezasını taksitlere bölerek failin ödemesini isteyebilir. Ancak bir taksit ödenmezse geri kalan bütün kısımların tahsiline başvurulur ayrıca ödeme için tazyik hapsi uygulanır.

Hükmedilen para cezasını veya kısmen ödemeyen mahkûmun zamanında ödemediği para cezaları için uygulanan tazyik hapsinin infazı ertelenemez şartlı salıverilme hükümleri uygulanmaz. Bununla birlikte tazyik hapsi gerektiren para cezasının süresi üç yılı geçmez, birden fazla para cezası varsa bu süre beş yılı

[1234] TCK m. 50'ye göre bunlar "*a) Bu hapis cezasının da adli para cezasına çevrilmesine b)mağdurun uğradığı zararın aynen iade; suçtan önceki hale getirme c) en az iki yıl süreyle bir meslek veya sanat kurumuna devam etme d) mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya, e) sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı suç işlenmesi durumunda mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ilgilinin ruhsat ve belgelerinin alınması, belirli bir meslek yada sanatı yapmaktan yasaklanmaya f) mahkûm olunan cezanın yarsından bir katına kadar süreyle gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma"*dır.

geçmez. (CGİK m. 106) Bu sürelerden sonra hükümlü hapisten çıkarılır hapiste yattığı süreler düşülerek kalan kısım Amme Alacakları Usulü Kanununa göre tahsil edilir. Yine kişi tazyik hapsi esnasında para cezasını öderse hapisten çıkarılır.

Bunun dışında adli para cezası erteleme kararı verilemez. Ancak bir yıl veya daha az hapis cezasına hükmedilmesi halinde hâkim takdiren bu cezayı para cezasına çevirebilir. Bununla birlikte hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla mahkûm olunan otuz gün veya daha az süreli hapis cezası ile 18 yaşından küçük kimselerin ve 65 yaşını doldurmuş olan kişilerin bir yıl veya daha az süreli hapis cezalarının adli para cezasına veya 50. maddede belirtilen seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunludur. (TCK m. 50/3) Adli para cezası da hapsi cezasının infazı aşamasında söz konusu olan şartlı salıvermede etkisi bulunan tekerrür hükümlerine esas tutulabilir.

Hâkim her somut olayda, TCK m. 61 de belirtilen suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulunduracaktır. Buna göre işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınır arasında temel cezayı belirleyecektir. Hâkimin adli para cezasının miktarını belirlerken sanığın ekonomik durumu yanında suçtan elde ettiği maddi yararı da göz önünde bulundurması gerekir. Aksi halde verilecek para cezasının caydırıcılık özelliği kalmaz.

TCK'nın 53. maddesi belli haklardan yoksun bırakılma başlığı altında, kasten işlenen suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin sonuçları ayrıntılı olarak açıklamıştır. Buna göre fail, TCK 53/1. madde kapsamında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılacaktır.[1235]

[1235] TCK m. 53 "*1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin Kanuni sonucu olarak; a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten, b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,*
c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyumlığa ait bir hizmette bulunmaktan, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,
e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır."

Diğer taraftan TCK'nın 169. maddesindeki hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarından haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunacaktır.[1236]

Tüzel kişiler için uygulanabilecek güvenlik tedbirlerinden biri faaliyeti yönündeki iznin iptalidir. Bunun için tüzel kişinin izne bağlı bir faaliyette bulunuyor olması ve bu iznin sağladığı yetki kötüye kullanılarak tüzel kişi yararına kasıtlı bir suçun işlenmiş olması şarttır. Ayrıca suça konu fiil ile tüzel kişinin faaliyeti arasında bir nedensellik bağı olmalıdır. Örneğin taşıma şirketi olarak faaliyet gösteren bir işletmenin, bu amaçla kendisine teslim edilen eşyaları sahiplerine teslim etmeyip satması halinde, bu şirketin faaliyet ve taşımaya yönelik izinleri iptal edilebilir.

Bunun yanında hem tüzel kişilere hem de suçu işleyen faile uygulanabilecek diğer bir tedbirde müsaderedir. Ortada tüzel kişi yararına bir suç varsa ve müsadere ile ilgili diğer koşullarda gerçekleşmiş ise suçla bağlantılı olan malın (TCK m. 54) veya kazancın müsaderesine (TCK m. 55/1) karar verilebilecektir. Mahkeme bu tür güvenlik tedbirine hükmederken orantılılık ilkesini göz önünde bulundurmalıdır. Eğer güvenlik tedbiri uygulamasıyla çok ağır sonuçlar ortaya çıkacaksa hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilecektir. (TCK m.54/3)

[1236] Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri TCK 60. maddede sayma yoluyla belirtilmiştir.
"TCK m.60 *(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.*
(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.
(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır so¬nuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir
(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır."

SONUÇ

Güveni kötüye kullanma suçu, uygulamada sık karşılaşılan suçlardan biridir. Uzun yıllar hırsızlık suçu ile bir arada değerlendirilen bu suçun bağımsız bir suç haline gelmesi ancak 18. yy. sonu 19. yy. başlarında Fransa'da olabilmiştir.[1237] Buna rağmen Anglosakson Hukuku'nun geçerli olduğu İngiltere ve ABD gibi ülkelerde halen hırsızlık suçu içinde değerlendirilmektedir. [1238]

19.yy'a kadar ki İslam hukukunda ise güveni kötüye kullanma suçuna ceza hukuku manasında bir suç olarak yer verilmemiştir. Güveni kötüye kullanmaya yönelik hareketler ancak günümüz özel hukuk uygulamasına benzer tazminat-malın iadesini gerektiren bir fiil olarak değerlendirilmiştir. Bunun tek istisnası hırsızlık suçu gibi düşünülen teslim edilen eşyanın alınmadığı yolunda devir olgusunun inkârı hareketidir. Osmanlı Devleti'nde bu suç 19. yy'da 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun iktibasıyla oluşturulan 1274 tarihli Kanunname (1858) ile ancak bağımsız bir suç haline gelmiştir.[1239]

[1237] **SOYASLAN,** Ceza Hukuku Özel Hükümler s. 431- 433

[1238] **ÇINAR**, Birleşik Krallık Ceza Hukuku'na Göre Dolandırıcılık Suçu, s. 151-153; **ÇINAR**, ABD'de Dolandırıcılık Suçu, s. 31; Ayrıca bkz. Birinci Bölüm, Suçun Bazı Ülkelerde Düzenleniş Biçimi, İngiltere kısmı

[1239] Bkz. Birinci Bölüm, Suçun Tarihi Gelişimi kısmı s. 9

1889 İtalyan Ceza Kanunu da güveni kullanma suçunu düzenlemiştir. Bu suç burada bağlı hareketli değil, serbest hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Ancak 1926 yılında 765 sayılı TCK'nın 508. maddesine iktibas yapılan İt.CK. hükümleri eksik tercüme edilmiş sonucunda madde yanlış düzenlemiştir. Sonuçta bu suç, düşünülenin aksine gerekçeleri ile ortaya koyduğumuz gibi, bağlı hareketli bir suç gibi işlem görmüş ve uygulamada da sorunlar yaşanmıştır.[1240] 1933 yılında 765 sayılı TCK'nın 508. maddesi çıkarılan bir yasa ile tamamen değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle çeşitli tasarruf şekilleri maddeye konulmuş ve suçun bu sayılan tasarruf şekilleri ile işlenebileceği öngörülmüştür. Neticede bu suç bağlı hareketli ama aynı zamanda seçimlik hareketli suç haline gelmiştir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da ise bu suç serbest hareketli ama aynı zamanda seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç rızaya aykırı tasarruf veya devir olgusunun inkârı ile oluşacaktır. Yine bu kanun kendisine veya başkasına menfaat sağlama maksatlı her türlü tasarrufun veya devir olgusunun suç olacağını belirtmiştir. Kanunun bu yöndeki düzenlemesi kanaatimizce yerindedir.

Öte yandan 5237 sayılı TCK'da mülga 765 sayılı TCK'nın aksine "açığa atılan imzanın kötüye kullanılması" suçu güveni kötüye kullanma suçunun bir çeşidi olarak değil, bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bununla da yetinilmemiş bu suç "Malvarlığına Karşı Suçlar" bölümünden çıkarılıp "Kamu Güvenine Karşı Suçlar" bölümünde 209. maddede belgede sahtecilik suçları bölümüne yerleştirilmiştir. Böylece bu suçun esasında mağdurunun kamu olduğu suçla korunan hukuki değerin sadece bir kimsenin malvarlığı değerleri ve sözleşmeye dayalı güven ilişkisi değil, devletin ekonomik ve ticari menfaatleri de olduğu ortaya konmuştur.

Diğer taraftan 765 sayılı TCK'da güveni kötüye kullanma suçunun bir şekli olarak görülen, bedelsiz kalan senedi kullanma suçuna da ayrı bir suç olarak 5237 sayılı TCK'nın 156. maddesinde malvarlığına karşı suçlar kısmında yer verilmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçu, esasen sözleşmeye dayalı güven ilişkisini ve kişinin üzerinde mülkiyet hakkını korumak için ihdas olunmuştur. Ancak dolaylı da olsa zilyetlik hakkını korumaktadır. Buna karşın hırsızlık suçunda korunan hukuki

[1240] Bkz. Birinci Bölüm, Suçun Tarihi Gelişimi kısmı s. 17

değer zilyetliktir. Zira; hırsızlık suçunda malın malikinin veya mala müşterek malik olan kimselerin, zilyet bıraktığı kimseden rıza dışı eşyasını alması suç olarak değerlendirilmektedir. Güveni kötüye kullanma açısından ise böyle bir durumun söz konusu değildir. Her ne kadar aksi kanaatte olsak da Yargıtay ve TCK m. 155 gerekçesine göre, bir mala müştereken malik olma durumu varsa, diğer müşterek maliklerden eşyanın zilyetliğini devralan ve onların rızasına aykırı tasarrufta bulunan malikin eylemi güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmamaktadır. Bu durumu eleştirmekle beraber bu durum kanun koyucunun tercihini ve korunan hukuki değer olarak bu suçun hırsızlık suçundan farkını ortaya koymaktadır. [1241] Diğer taraftan Almanya'da ve şu anda İtalya'da güven ilişkisinin güveni kötüye kullanma suçunun korunan hukuki değerler arasında olmadığı, sadece mülkiyet hakkının korunan değer olduğu iddia edilmekle, bu görüşe katılma olanağı yoktur. Bu hareketlerin, adından anlaşılacağı kişilerin güven duygusunu da suiistimal ettiği, ticari ve ekonomik hayatta da bu güven ilişkisinin koruması babında bu suçun düzenlendiği açıktır.

Bunun yanında ele aldığımız şekilde tecrübe ve muayene şartıyla satım sözleşmesinde doktrinde çoğunluk güveni kötüye kullanma suçunun oluşmayacağı kanaatini taşımaktaysa da Yargıtay bu konudaki son kararında Yılmaz'ın suçun oluşacağı yönündeki azınlık görüşünü benimsemiştir. [1242]

Suçun maddi konusu açısından somut varlığı olan, mülkiyet ve zilyetlik kurmaya elverişli her türlü eşya mal güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturur. Fikri ve sınai mülkiyet hakları ayrı ve bağımsız bir hak türü olarak değerlendirildiğinden, bu sebeple çeşitli kanunlarda ayrı düzenlemelere gidildiğinden; işgücü de somut bir varlığa sahip olmadığından güveni kötüye kullanma suçunun konusu olamaz. Somut bir maddi değere sahip olan bir eşyayı ifade etmediğinden alacak hakkı da suçun maddi konusu olamaz. Diğer taraftan insan organları ve vücut sıvılarının konusu olamadığı ve TCK'nın m. 91- 93. maddelerinde tarif edilen "doku ve organ ticareti" suçuna konu olabileceği doktrinde belirtilmektedir. İnsan organları, vücut sıvılarına ilişkin mevzuattaki düzenlemelerin yeterli olduğu da öğretide kabul edilmektedir. Bu görüşlere katılmamaktayız. Zira Almanya, İngiltere ve İsviçre gibi pek çok ülkede önceden vücuda ait olan herhangi

[1241] Bkz. Üçüncü Bölümde "Suçun Maddi Unsuru" başlığı altında "Suçun Fail ve Mağduru" kısmı s. 299

[1242] Bkz. Üçüncü bölümde "Suçun Maddi Unsuru" başlığı altında "Suçun Maddi Konusu"- "Satış Sözleşmeleri ve Mülkiyeti Muhafaza Kayıtlı Satış Sözleşmeleri" kısmı, s.282- 285

bir parçanın vücuttan ayrılmasıyla birlikte belli şartlar altında eşya olarak kabul edilebileceği doktrinde kabul edilmektedir. Kaldı ki TCK'daki 91. madde hem bu konuda cezai düzenlemeler içeren 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun son derece eksiktir. Açıklar bulunmaktadır. Buna benzer açıklar başkaca ülkelerde de vardır. Fakat mesela İngiltere'de bu sorun ilgili organ, vücut sıvısı ve dokunun bir kimseye enstitüye teslimi halinde malvarlığına karşı suçların konusu olabileceği belirtilerek aşılmıştır. Aynı şekilde özel hukukta da belli şartlar altında vücut sıvısı ve doku mal olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple bunları gerekli koşulları taşıması halinde insan vücudundan ayrılan organların, vücut sıvılarının, spermin, yumurtanın eşya olarak değerlendirilip güveni kötüye kullanma suçunun konusu olabileceğini düşünmekteyiz. Fakat öncelikle bu konuda TCK m. 91- 93 ve 2238 sayılı kanundaki düzenlemeler esas alınmalı eğer bu düzenlemeler çerçevesinde cezalandırma mümkün olmazsa o zaman bu suçtan cezalandırma yoluna başvurmalıdır.

Diğer bir durum da taşınır ve taşınmaz eşyalarla ilgilidir. Karşılaştırmalı Hukuk bahsinde ele aldığımız üzere Türkiye haricinde pek çok Kara Avrupası ülkesinde güveni kötüye kullanma suçunun sadece taşınır mallar üzerinde işlenebileceği öngörülmüştür veya öğretide kabul edilmiştir. Ülkemizde ise taşınmazlar üzerinde, bu suçun işlenebileceği hem kanunun gerekçesinde hem de Yargıtay'ca belirtilmektedir. Biz de bu suçun taşınmaz eşyalarda işlenebileceğini düşünmekteyiz. Ancak tapulu bir taşınmazın satılması halinde mülkiyette zilyetlikle birlikte naklolacağından güveni kötüye kullanma suçu işlenemeyecektir. Zira güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi için failin ilgili mal üstünde sadece zilyetlik kurması mülkiyetin kendisine nakledilmemesi gerekir. Hal böyle iken Yargıtay son 4- 5 yıldaki bir kısım kararlarında tapulu taşınmazların faile anlaşmalı satımı ve failin anlaşmaya aykırı şekilde taşınmazı bir başkasına satması halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağından bahsetmektedir.[1243] Bu kararlara katılmamaktayız.

Kanun maddi unsur açısından suça konu eşyanın suç işlenmeden önce sözleşme ile faile devri ile failin eşya üstünde zilyetliğini şart koşmuştur. Sözleşmenin yazılı veya sözlü olması önemli değildir. Doktrinde sözleşme ilişkisinin iki taraflı olduğu ve rıza ile bir araya gelerek kurulduğundan bahisle suça konu

[1243] Yargıtay 15. CD E. 2013/15297 K. 2015/30352 T: 21.10.2015

eşyanın sadece sözleşme ilişkisi ile tesliminin kayda bağlanması eleştirilmektedir. Mahkeme kararı ile veya idarece faile teslimin de bu suçu oluşturacağı belirtilmiştir. Bu düşüncenin mantıklı olduğu düşünülse bile hataları bulunmaktadır. Bir kere sözleşme ilişkisi her zaman iki taraflı değildir. Örneğin; İdare Hukuku'nda "idari sözleşmeler" bulunmaktadır. Bu sözleşmelerde bazı hallerde sözleşmeleri yapma ve yapılan öneriyi reddetme şartları kanun tarafından kısıtlanmıştır. Sözleşme ilişkisi mahkeme kararıyla da kurulabilir. Bu kanunda zikredilen sözleşme ilişkisi dar değil, geniş şekilde yorumlanmalıdır. Ancak faile devri içeren yazılı veya sözlü yapılacak teslim sözleşmesinin mutlaka muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak amacıyla yapılması gerekir.

Bununla birlikte, TCK m. 155/2'de bu suçun nitelikli halleri öngörülmüştür. Buna göre meslek ve sanat ya da ticaret ya da hizmet ilişkisinin veya hangi sebepten olursa olsun, başkalarının eşyalarını idare etmek yetkisinden kaynaklı güveni kötüye kullanma fiilleri hem daha ağır cezayı gerektirmekte hem de resen kovuşturulmaktadır. Ancak 765 sayılı TCK'da "emanetçi sıfatıyla" teslim edilen ve "teminat olarak" verilen mal üzerinde işlenen güveni kötüye kullanma fiillerini ağırlaştırıcı sebep olarak görürken 5237 sayılı TCK'da buna yer vermemiştir. Emanetçi sıfatıyla teslim belki ticaret ilişkisi kapsamında değerlendirilebilir. Ancak teminat olarak verilen mal üzerinde işlenen güveni kötüye kullanma fiillerinin cezayı ağırlaştırıcı şart olarak değerlendirilmemesini eleştirmekteyiz. Doktrinde bazı görüşler, ticaret ilişkisinin bu hali de içine aldığını iddia etse de bu görüşe katılma imkânı bulunmamaktadır. Bu yönde bir düzenleme yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Diğer bir büyük hata da bu kanun düzenlenirken 155/2.maddede failin hangi nedenden olursa olsun bir gerçek veya tüzel kişinin mallarını idare etmesi halinde "mal" yerine "malvarlığı" ibaresinin konulmamasıdır. Zira bir gerçek veya tüzel kişilik bünyesinde maddi mallar yanında marka, patent, telif hakları gibi fikri ve sınai hak niteliğinde gayri maddi malları veyahut şahsi hak olarak alacak haklarını da bulundurmaktadır. Maddenin bu düzenlemesinden hareket edilirse halka açık olmayan bir şirkette, bu şirket borçlusunun temin ettiği menfaat karşılığı, diğer hissedarların rızası olmadan, alacak hakkından feragat ederek şirketi ağır şekilde zarara uğratan yönetim kurulu üyesinin veyahut bir kimsenin mallarını yöneten ve yönetirken bu şekilde alacak hakkından feragat edip kişiyi zarara uğratan bir kayyımın güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Oysaki incelediğimiz üzere Almanya, Avusturya, gibi pek çok

Avrupa ülkesinde bu nitelikli hale karşılık gelen düzenlemelerde "mal/eşya" ibaresi yeri "malvarlığı" ibaresine yer verilmektedir.[1244]

Diğer taraftan hizmet sözleşmesi iki taraflı sözleşmelerden olup işverenin de işçisine karşı çeşitli hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Ele aldığımız şekilde 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesi işverene, işçiye ödeyeceği ücretten kesinti yapmak suretiyle sigorta primini kendi payına düşen primle birlikte SGK'ya yatırmasını öngörmektedir. Türkiye gibi bu konuda özel cezai düzenlemeleri bulunmayan İtalya'da İtalyan Yargıtay'ı işverenin işçilerin primini yatırmamasının güveni kötüye kullanma suçu oluşturmayacağı kanaatindedir. Buna karşın tarafımız işverenin, işçinin ücretinden kestiği SGK primini süresi içinde kuruma yatırmayıp başkaca amaçlarla kullanması halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağı kanaatindedir. Ancak tartışmaların sona ermesi bakımından yine de bu konuda Almanya ve Avusturya gibi yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

Bunun yanında yağma ve hırsızlık suçlarında değer azlığı cezanın indirilmesi sebebiyken güveni kötüye kullanma suçunda böyle bir indirim nedeninin öngörülmemesi de önemli bir eksikliktir. Bu suç ile ilgili ayrıca diğer malvarlığına karşı suçlar açısından da hükümlerin yer aldığı TCK m. 167'de bulunan şahsi cezasızlık ve indirim sebepleri ile m. 168'deki etkin pişmanlık hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Bunun yanında her ne kadar bu suç için zararın oluşması şart olmasa da bu suç açısından zararın oluşmasının ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmesi daha iyi olabilirdi. Bu konuda Mahmutoğlu'nun görüşünü benimsiyoruz.[1245]

Manevi unsur açısından incelediğimiz üzere öğretide bir kısım kişiler bu suçun genel kastla işlenebileceğini belirtmektedir. Bu görüşe katılmamaktayız. Yargıtay'ında belirttiği gibi güveni kötüye kullanma suçunun "kendisinin veya başkasına menfaat sağlama amaçlı olarak işlenmesi gerekir. Bu yarar amacını taşımayan sadece intikam vs. amaçlı mala zarar verme amacı taşıyan tasarruflar, kanaatimizce güveni kötüye kullanma değil ancak mala zarar verme suçunun konusunu oluşturur. Zira güveni kötüye kullanma suçunda güven ilişkisi korunan bir değer de olsa, kanun her güven ilişkisini korumak zorunda değildir. Kanun bu güven

[1244] Bkz. Birinci Bölüm, Başka Ülkelerdeki Düzenleniş Biçimi, Almanya s. 22 ve Avusturya s. 30
[1245] **MAHMUTOĞLU**, TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, s. 373; Ayrıca bkz. 978 nolu dipnot

ilişkisinin kendisine veya başkasının yararına olacak şekilde suiistimalini cezalandırmaktadır. Bununla birlikte bu suçta manevi unsur yönünden "kendisi veya başkasına yarar sağlama" ibaresinin "kendisi veya başkasına maddi veya manevi yarar sağlama" veya Fransız CK'sındakine benzer şekilde "devraldığı kişinin zararına olarak" şeklinde değiştirilmesi veya bütün maddenin Alman CK m.266'dakine benzer şekilde veya suçun genel kastla işlenebilecek şekilde düzenlenmesinin iyi olabileceği görüşündeyiz.

Bununla birlikte özel kast gerektiren güveni kötüye kullanma suçunun olası kastla işlenebilmesine imkân bulunmamaktadır. Özel kast gerektiren halde failin kanunda belirtilen amacı (saiki) bilmesi şarttır. Sonucu bilebilecek, tahmin edebilecek durumda olmak, tek başına yeterli değildir. Diğer taraftan gerçekleşmesi muhakkak olan bir neticenin, fail tarafından bilinmediği bu amaçla hareket etmediği de iddia olunamaz. Fail güveni kötüye kullanma suçuna konu hareketi iki veya daha fazla amaçla da yapabilir. Bu durumda bir kimseye zarar verme amacı taşıyan failin malı tahrip etmek veya kendisine emanet edilen eşyayı bir yerde terk etmek yerine satım veya bağışlama tasarrufunu tercih etmesi halinde güveni kötüye kullanma suçu gerçekleşmiş olur. Doktrinde özel kastı savunan bazılarınca bu durum suçun olası kastla suçun işlenebileceğinin gerekçesi olarak belirtilirken bizim kanaatimiz tam aksi yöndedir. Zira satım, trampa veyahut bağışlama, ihtimal dâhilinde değil, muhakkak netice olarak kendisine veya başkasına yarar sağlama amacını doğurmaktadır. Küçük bir çocuğun bile bildiği bu durumu, sezgin, ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin bilmediği iddia edilemez. Bu durumda failin bu hareketi kanımızca olası kasta değil, doğrudan kasta vücut verir ve güveni kötüye kullanma suçu oluşur.

Bununla birlikte failin kendisine veya başkasına yarar sağlamak yerine sadece eşyayı teslim aldığı malike, asli zilyede yarar sağlama maksatlı, malike yönelik ciddi ve hemen gerçekleşmesi muhtemel bir tehlikeyi bertaraf için zaruri bir sebeple rıza dışı tasarrufta bulunması halinde de kanaatimizce bu suç yine oluşmayacaktır.

Hukuka uygunluk nedeni olarak bu suçun meşru savunma ve hakkın kullanılması kapsamında işlenmesi halinde bu suç oluşmayacaktır. Bu suç özgü suç niteliğinde olduğundan sadece kendisine eşya teslim edilen kişi/kişiler faildir. Bunlar dışında suça iştirak edenler, fail olarak değil; ancak şerik sıfatıyla azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceklerdir.

Güveni kötüye kullanma suçu, sırf hareket suçudur veya diğer bir ifade ile neticesi harekete bitişik suçtur. Bunun anlamı hareketin yapılmasıyla suç tamamlanır. Bu sebeple bu suçta ancak suça konu icra hareketleri bölünebilirse suç teşebbüse elverişlidir.

İçtima açısından ise bir eşya üzerinde kendisine veya başkasına yarar sağlama amaçlı tasarrufta bulunulmuyorsa ve fail eşyayı bu yönde amaç olmadan tahrip ederse kanımızca güveni kötüye kullanma değil; sadece mala zarar verme suçu oluşacaktır. Yine güveni kötüye kullanma suçuna konu hareket eşya üzerinde yapılmış örneğin devir olgusu inkâr edilmiş ve sonrasında fail suça konu eşyayı yok etmişse bu durumda mala zarar verme suçundan faili cezalandırma imkânı bulunmayıp (cezalandırılmayan sonraki hareket) sadece güveni kötüye kullanma suçundan ceza verilecektir. Diğer taraftan ayrıntıları ile anlattığımız şekilde güveni kötüye kullanma suçu sadece TCK ile sınırlı değildir. Ser.PK'nın m. 110/1-a, b, c maddelerinde de sermaye piyasalarına kimilerine göre nitelikli hal bize göre ise ayrı bir suç olarak değerlendirilmesi gereken özel bir güveni kötüye kullanma suçu öngörülmüştür. Eğer buradaki suç unsurları gerçekleşirse faile güveni kötüye kullanma suçundan değil, Ser.PK m. 110/1-a, b, c maddesindeki suçtan ceza verilmelidir. Güveni kötüye kullanma suçunun kapsamı sadece bununla da sınırlandırılamaz. TCK m. 247'deki zimmet suçu bazı farklılıklarına karşın kamu görevlisinin işlediği güveni kötüye kullanma suçu olarak da bilinmektedir. Bu suç ve Bankacılık Kanunu'ndaki zimmet, Askeri Ceza Kanunu'ndaki zimmet, Sigortacılık Kanunu'nundaki zimmet ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'ndaki zimmet suçu da doğal olarak güveni kötüye kullanma suçunun özel türleridir. Bunların gerçekleşmesi halinde TCK'nın 155. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçundan ayrıca cezalandırma imkânı bulunmamaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunun özel bir hali de TTK m. 358 ve m. 395/2'de bulunmakla, müeyyidesi de TTK m. 562/5-b ve c maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre bu maddelere aykırı olarak anonim şirket kaynaklarını yakın akrabalarına veya diğer paydaşlara açan onlara borç veren yöneticiler eğer bir süreklilik durumu yoksa, uzun vadeli, karşılığı olmayan ve şirketi zora düşürecek bir borçlanma söz konusu değilse güveni kötüye kullanma suçundan değil, TTK'daki bu suçtan cezalandırılacaktır. Buna karşın bu saydığımız hallerin mevcudiyeti halinde yapılan işlemler TTK m. 395/2'ye veya m. 358'e uygun olsa dahi güveni kötüye kullanma suçundan fail cezalandırılabilecektir.

Bunun yanında Dernekler Kanunu'nun 32/f maddesinde de güveni kötüye kullanmaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre "…Her ne suretle olursa olsun kendisine tevdi olunan derneğe ait para veya para hükmündeki evrak, senet veya sair malları kendisinin veya başkasının menfaatine olarak sarf veya istihlâk veya rehneden veya satan, gizleyen, imha, inkâr, tahrif veya tağyir eden yönetim kurulu başkanı ve üyeleri veya denetçiler ile derneğin diğer personeli Türk Ceza Kanunu'nun güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır. Ayrıca, mahkeme yargılama sırasında sanıkların, organlardaki görevlerinden geçici olarak uzaklaştırılmasına da karar verebilir."

Esasında kanun koyucunun Der.K'nın 32/f fıkrasına böyle bir hüküm koymasına kanımızca gerek bulunmamaktadır. Zira Der.K'da böyle bir düzenleme olmasa bile TCK m. 155/2'deki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali ile yerine göre temel hali zaten dernekler açısından uygulanabilecektir. Dahası kanımızca kanun koyucu 32/f maddesinde TCK'nın 155/1 ve 2.maddesindeki düzenlemeden çeşitli farklılıklar içeren -adeta mülga 765 sayılı TCK'nın 508.maddesinin biraz geliştirilmiş bir hali olan- suç tanımlamasına dernekler açısından yer vererek suçun cezalandırılmasında ikilik yaratmış bu yönden olumsuz sonuçlara neden olmuştur. Zira TCK'da Dernekler Kanunu'nun atıf yaptığı düzenlemede suç serbest hareketli iken Dernekler Kanunundaki suç bağlı hareketlidir. Suçun bağlı hareketli suç olarak düzenlenmesinin en kötü yanı gelecekte ortaya çıkacak veya madde kapsamında düşünülmeyen yeni kullanım, yararlanma ve tasarruf şekilleriyle suç işleyen failin fiillerinin cezasız kalabilme riskidir. Bu sebeple bu maddedeki tanımlamanın 5237 sayılı TCK'nın 155.maddesi ile uyumlu hale getirilmesini veya bu maddenin kaldırılmasını savunmaktayız. Buna ilaveten Sigortacılık Kanunu, Bankacılık Kanunu, Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ve TCMB Kanunu'nda da özel düzenlemelere yer verilmektedir. Mevzuatın bu kadar dağınık şekilde düzenlenmesi yanlış, hatalı ve geçmişte kalan bir yaklaşımdır. Zira incelediğimiz üzere Almanya gibi pek çok ülkede güveni kötüye kullanma veya zimmet suçuna ilişkin iki veya üç tane ceza normu ile cezalandırma yapılmaktadır. Bu şekilde kazuistik düzenlemelere ancak eski ceza kanunlarında (örneğin: eski Prusya Ceza Kanunu) ve Amerika'da Kaliforniya gibi bazı eyaletlerin ceza kanunlarında rastlanmaktadır. Eğer kanun koyucu bu faaliyet alanlarına ilişkin görev alanlarda daha ağır cezalandırma yapmak istiyorsa, bu konuda zimmet

suçunun veya güveni kötüye kullanma suçunun içinde ayrı bir nitelikli hal olarak bu düzenlemelere yer verebilirdi.

Öte yandan güveni kötüye kullanma suçunun yaptırımı, temel şeklinde altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası, cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerinde (TCK m. 155/2) ise bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezasıdır. Diğer taraftan Ser.PK'nın m. 110/1-a, b, c fıkralarındaki yaptırım için TCK m. 155/2'deki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli haline başvurulacaktır. Ancak TCK 155/2. maddeye göre kararlaştırılan ceza üç yıldan az olmayacaktır.

KAYNAKÇA

I- KİTAPLAR

ACUNER, Serkan; Türk Hukukunda Bireysel Emeklilik Sistemi ve Vergilendirilmesi, On İki Levha Yayınları, (2017)

AKDAĞ GÜNEY, Necla; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Yayınları, İstanbul, (2012)

AKGÜNDÜZ, Ahmet; Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahliller (11 Cilt), Osmanlı Araştırmaları Vakfı, (2015)

AKGÜNDÜZ, Said Nuri; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2010)

AKIN, Mustafa; Bankacılığın Kırmızı Çizgileri Bankacılık Suçları, Dersaadet Yayınları, (2015)

AKİPEK, Jale - **AKINTÜRK**, Turgut; Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku 1.Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, 6.bası, (2007)

ALACAKAPTAN, Uğur; Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, (1975)

ALŞAHİN, Mehmet Emin; Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları (TCK 151 vd.), Turhan Kitabevi, Ankara, (2010)

ANDERS, Ralph Peter; Untreue zum Nachteil der GMBH, Springer, (2013)

ANTOLISEI, Francesco **;** Manuale di diritto penale. Parte speciale vol. 1 (a cura di C.F. Grosso), A. Giuffre Editore, (2008)

APAYDIN, Cengiz; En Son Yargıtay ve Askeri Yargıtay Kararları Işığında Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları, Yazarın Kendi Yayını, (2009)

APAYDIN, Cengiz; Ceza Hukukunda Uzlaşma ve Uzlaşmacılar İçin Ceza Hukuku, Yazarın Kendi Yayını, (2017)

ARTUÇ, Mustafa; Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Kitabevi (2007)

ARTUK, Mehmet Emin- **GÖKCEN**, Ahmet- **ALŞAHİN**, Mehmet Emin- **ÇAKIR**, Kerim; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 11. Bası, (2017)

ARTUK, Mehmet Emin- **GÖKCEN**, Ahmet- **ALŞAHİN**, Mehmet Emin- **ÇAKIR**, Kerim; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınları, 16.bası, (2017)

ARTUK, Mehmet Emin- **GÖKCEN**, Ahmet- **YENİDÜNYA**, Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınları, 15.bası, (2016)

AVCI, Mustafa; Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Polat Kitapçılık, (2010)

AYAN, Özge; Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, (2013)

AYDIN, Hüseyin; Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2008)

AYDOĞDU, Murat- **KAHVECİ** Nalan; Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Adalet Kitabevi, 2. Bası, (2014)

AYOĞLU, Tolga; Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, (2008)

AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman; Bankacılık Kanununda Yeralan Suçlar, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2006)

BAHTİYAR, Mehmet; Ticari İşletme Hukuku, Beta Yayınları, 16.bası (2015)

BAKICI, Sedat, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri- I, Adalet Yayınevi, Ankara, (2008)

BAYINDIR, Sinan; Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, Beta Yayınları, İstanbul, (2011)

BAYINDIR, Sinan; Orman Suçları, Legal Yayınları, (2016)

BİLMEN, Ömer Nasuhi; Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiye Kamusu, 3.Cilt, İstanbul, (1950)

BİN HACCAC, Müslim; Sahih-i Müslim Tercemesi (Kitabu'l Hudud- 5.cilt Çeviren: Mehmed Sofuoğlu), İrfan Yayımcılık ve Ticaret, (1988)

BOHLANDER, Michael; Principles of German Criminal Law, Hart Publishing, (2009)

BONFILS, Philippe- **GALLARDO**, Eudoxie; Droit Pénal des Affaires, LGDJ Lextenso Éditions, (2016)

BOZBEL, Savaş; Fikri Mülkiyet Hukuku, On İki Levha Yayıncıları, (2015)

BOZER, Ali - **GÖLE,** Celal; Ticari İşletme Hukuku, Türkiye İş Bankası Vakfı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 3.bası (2015)

BOZKURT YAŞAR, Sevgi; Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Busıness Judgment Rule) Uygulanması, Beta Yayınları, İstanbul, (2015)

BUCKLAND, William Warwick; The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge University Press, (2011)

BULUTOĞLU, Kenan; Emniyeti Suistimal Cürümleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, (1955)

BURTON, William C.; Burton Legal Theasarus, 5th edition, (2013)

CANPOLAT, Can; 5237 Sayılı TCK'da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2009)

CAPPEL, Alexander; Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht: das Mannesmann-Verfahren und § 266 StGB als Beispiele eines expansiven Wirtschaftsstrafrechts, Peter Lang, (2009)

CARLO, Zaza; I reati societari Infedeltà e ipotesi residuali, Key Editore, (2015)

CENTEL, Nur- **ZAFER**, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 12.Bası, (2015)

ÇAKIR, Kerim; Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, Legal Yayınları, Ankara, (2016)

ÇAKIR, Rasim Can; Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Doğan Sorumlulukları (Ceza Sorumluluğu), Vedat Kitapçılık, İstanbul, (2016)

ÇAKIROĞLU, Şölen; Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,(2017)

ÇEKER, Mustafa; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Sigorta Hukuku, Karahan Kitabevi, 12. Baskı, Adana, (2015)

ÇELİK, İsa; Güveni Kötüye Kullanma Suçu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, (2005)

DEĞİRMENCİ, Olgun; Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınları, (2013)

DEMİR, Abdullah; Türk Hukuk Tarihi, Işık Yayınları, (2011)

DEMİRAĞ, Fahrettin; Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara, (2016),

DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler,Seçkin Yayınları, 11.Baskı, Ankara, (2016)

DONAY, Süheyl; Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, (2009)

DÖNDÜREN, Hamdi; İbni Abidin Tercümesi Fihristi ve Terimler Sözlüğü, Şamil Yayınları, İstanbul

DÖNMEZER, Sulhi- **ERMAN**, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku- Genel Kısım, (3 cilt), Beta Yayınları, (1999)

DÖNMEZER, Sulhi- **ERMAN**, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (2. cilt), 14.bası, Der Yayınları, (2019)

DURAL, Mustafa - **ÖĞÜZ**, Tufan; Türk Özel Hukuku Cilt: II-Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, (2015)

DURGUT, Ramazan; Cari Hesap Sözleşmesi, Vedat Yayınları, İstanbul, (2012)

DURSUN, Sanem Aksoy; Eşya Kavramı, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, (2012)

DURSUN, Selman; Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, (2010)

EKİNCİ, Mustafa- **ESEN**, Sinan; Açıklamalı ve İçtihatlı Sahtecilik Dolandırıcılık Gasp Hırsızlık Emniyeti Suistimal Bilişim Suçları ile Müşterek Hükümler, Adalet Yayınevi, (2003)

ELIOTT, Catherine- **QUINN**, Frances; Criminal Law, Pearson,10th edition, (2014)

ELIOTT, Catherine; French Criminal Law, Routledge Taylor & Francis Group, (2011)

ELMALICA, Hasan; Öğreti ve Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Seçkin Yayınları, (2019)

ERCAN, Hüsnü; Askeri Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2010)

ERDOĞMUŞ, Belgin; Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, (2012)

EREM, Faruk; Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, (3 Cilt), Seçkin Kitabevi, Ankara, (1993)

EREM, Faruk; Ceza Hukuku Hususi Hükümler, Bilim Yayınları, Ankara, (1968)

EREM, Faruk- **TOROSLU,** Nevzat**;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınları, (2000)

EREN, Fikret; Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2.Baskı, (2012)

ERMAN, Sahir- **ÖZEK**, Çetin; Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202 – 281), İstanbul, (1992)

ERMAN, Sahir; Sahtekârlık Cürümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Bası, İstanbul, (1970)

ERMAN, Sahir; Ticari Ceza Hukuku- Cilt 1: Genel Kısım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3.baskı, İstanbul, (1992)

ERMAN, Sahir; Şirketler Ceza Hukuku, (Ticari Ceza Hukuku VII),İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, (1993)

ERTAŞ, Şeref- **SERDAR,** İlknur- **GÜRPINAR,** Damla**;** Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 11. Baskı, İzmir, (2014)

ERTÜRK, Arzu Aslan**;** Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Oniki Levha Yayınları, (2010)

EVİK, Ali Hakan; Türk Ceza Hukuku'nda Hileli ve Taksirli İflas Suçları, Oniki Levha Yayınları, (2015)

EYÜPOĞLU, İsmet Zeki; Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü, Sosyal Yayınlar, 3. Bası, (1995)

FERRAN, Ellis - **HO,** Look Chan; Principles of Corporate Finance Law, Oxford University Press, (2014)

FIANDACA, Giovanni- **MUSCO,** Enzo; Diritto penale Parte speciale, Volume 2 tomo 2, I delitti contro il patrimonio, Zanichelli Editore, Settima edizione, (2015)

FISCHER, Thomas; Strafgesetzbuch: StGB- Beck'sche Kurz-Kommentare; Band 10, C.H Beck, 61. Auflage, (2014)

FUCHS, Helmut- **REINDL**, Susanne; Strafrecht Besonderer Teil-I (Delikte gegen Einzelnen (Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Privatsphere, Vermögen), SpringerWien Newyork, Zweite Auflage, (2007)

GAIUS; Institutiones- Borçlar Hukuku Kısmı, (Çeviren:Türkan Rado), Doğan Kardeş Yayıncılık A.Ş, (1953)

GATTEGNO, Patrice; Droit Pénal Spécial, Dalloz, 6e edition, (2005)

GEDİK, Doğan; Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri, Adalet Yayınevi Ankara, (2010)

GENÇ, Durmuş Ali; Dernekler Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara, (2016)

GERÇEKER, Hasan; Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3.Cilt, Seçkin Yayınları, 2.baskı, (2014)

GÖKCEN, Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, (1989)

GÖKCEN, Ahmet- **BALCI**, Murat; Kasten Öldürme Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, Adalet Yayınları, Ankara, 2. Bası, (2015)

GÖKCEN, Ahmet- **ALŞAHİN**, Mehmet Emin- **ÇAKIR**, Kerim; Ceza Muhakemesi Hukuku- I, Adalet Yayınları, Ankara, 3. Bası, (2018)

GÖKTÜRK, Kürşad; Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Adalet Yayınları, Ankara, (2015)

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat; Alman, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt: 4, Kazancı Matbaası, Ankara,3.Bası (1979)

GÜLŞEN, Taner; Zimmet Suçu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2011)

GÜMÜŞ, Mustafa Alper "Borçlar Hukuku Özel Hükümler "Vedat Kitapçılık 3.Bası İstanbul (2013)

GÜNAY, Ece Deniz; Sermaye Piyasası Hukuku'nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, 12 Levha Yayınları, (2018)

GÜNAY, Hüseyin; İçtihatlarla Uygulamada Dernekler Hukuku, Adalet Yayınları, (2015)

GÜREL, Murat; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2009)

GÜLŞEN, Taner; Zimmet Suçu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2011)

HAFIZOĞULLARI, Zeki- **ÖZEN**, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, Ankara, (2015)

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 20.bası, (2017)

HAKERİ, Hakan; Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, (2015)

HAMAMCIOĞLU, Gülşah Vardar- **AYDIN**, Gülşah Sinem; Eşya Hukuku Pratik Çalışmalar (Açıklamalı-Şematik-Çözümlü), On İki Levha Yayınları, (2016)

HATEMİ, Hüseyin -**SEROZAN** Rona -**ARPACI**, Abdülkadir; Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul ,(1991)

HEINDRICH, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım-I (Türkçeye çevirenler: Hakan Hakeri-Yener Ünver-Veli Özer Özbek-Özlem Yenerer Çakmut-Barış Erman-Koray Doğan-Ramazan Barış Atladı-Pınar Bacaksız-İlker Tepe), Adalet Yayınevi Ankara, (2014)

HEINDRICH, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım-II (Türkçeye çevirenler: Hakan Hakeri-Yener Ünver-Veli Özer Özbek-Özlem Yenerer Çakmut-Barış Erman-Koray Doğan-Ramazan Barış Atladı-Pınar Bacaksız-İlker Tepe), Adalet Yayınevi Ankara, (2015)

HERRING, Jonathan; Criminal Law Text, Cases and Materials, Oxford University Press, Sixth Edition, (2014)

HERRING, Jonathan; Medical Law and Ethics, Oxford University Press, (2014)

HONIG, Richard; Roma Hukuk, (Tercüme Eden: Av.Dr.Şemsettin Talip) ,İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (1938)

HUBER, Nina; Die Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften Eine Analyse der Strafbestimmung des § 153 StGB, Springer-Verlag/Wien, (2012)

İÇEL, Kayıhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, Yenilenmiş Bası, (2016)

İÇEL, Kayıhan; Suçların İçtimaı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (1972)

JESCHECK, Hans Heinrich; Alman Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 2.baskı, (2007)

JUSTINIANUS; Institutiones, (Çeviren:Ziya Umur), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Fakülteler Matbaası, İstanbul, (1968)

KANGAL, Zeynel T.; Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, İstanbul, (2003)

KARACAN, Ali İhsan; Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar, Cilt: I, Legal Yayınları, (2017)

KARAHAN, Sami; Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 27.bası, (2015

KARAHASAN, Mustafa Reşit; Sorumluluk Hukuku-Sözleşmeler, Cilt:1, Beta Yayınları (2003)

KARDAŞ, Ümit- **ÇINGI**, Mehmet; Askeri Ceza Kanunu Şerhi, 3.Cilt, Legal Yayınları, (2014)

KARSLIOĞLU, Hasan; Anonim Şirketlerde Örtülü Kar Dağıtımı, Adalet Yayınevi, Ankara, (2015)

KAYGUSUZ, Sait Y.- **ASLAN**, Ümmühan- **KEPÇE** Nazlı; Genel Muhasebe-I, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Yayınları, (2012)

KENDİGELEN, Abuzer; Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayınları, Güncellenmiş 2. Bası, (2012)

KIZILKAYA, Ertuğrul; Türkiye'de Merkez Bankacılığı Fikrinin Gelişimi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (1995)

KOCA, Mahmut- **ÜZÜLMEZ**, İlhan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, (2016)

KOCA, Mehmet Reis; Zimmet- İrtikap- Rüşvet- Nüfuz Ticareti ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, (2014)

KOCASAKAL, Ümit; Karapara Aklama Suçu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2000)

KÖSE, Hamid; Emniyeti Suistimal (Güveni Kötüye Kullanma) Suçu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2009)

KREY, Volker; Financial Crisis and German Criminal Law,Institut für Rechts Politik an der Universitat Trier, (2009)

KUNTER, Nurullah - **YENİSEY**, Feridun - **NUHOĞLU**, Ayşe; Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 18.bası, (2010)

KURTDARCAN, Bleda Rıza; Muharebe Alanının Yeni Aktörleri: Askeri Yükleniciler, Beta Yayınları, (2017)

KÜTÜK, Cengiz; Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, (2016)

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami; Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara, (2003)

MAJNO, Luigi; Ceza Kanunları Şerhi-Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Yargıtay Yayınları, Ankara, (1981)

MARTIN, Jacqueline; Criminal Law Key Facts Key Cases, Routledge Publishing, (2014)

MEMİŞ, Tekin – **TURAN**, Gökçen; Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 4.Bası, Ankara, (2019)

MENEKŞE, Ömer; XVII. ve XVIII.yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, (1998)

MERAN, Necati; Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, (2008)

MERAN, Necati; Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma, Seçkin Yayınları, 4.bası, (2016)

MILLER, Roger LeRoy; Fundamentals of Business Law: Summarized Cases, Centgage Advantage Books, 9th edition, (2013)

MITSCH, Wolfgang; Strafrecht Besonderer Teil 2 Vermögensdelikte, Springer, 3e Auflage, (2015)

MOMMSEN, Theodor- **KRUEGER**, Paul; The Digest of Justinian Vol. 1 (Editor: Alan Watson), University of Pennsylvania Press, (1985)

MONAGHAN, Nicola; Criminal Law Directions, Oxford University Press, 10th Edition, (2009)

MUTLUER, Kamil- **HEREKMAN**, Aykut- **HEPER**, Fethi- **DÖNMEZ**, Recai; Türk Vergi Sistemi, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2.Baskı, (2004)

NOMER, Haluk Nami- **ERGÜNE**, Mehmet Serkan; Eşya Hukuku Zilyetlik ve Tapu Sicili, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, (2015)

NOYAN, Erdal; Hırsızlık Suçları, Adalet Yayınları, (2007)

OĞUZMAN, M.Kemal - **SELİÇİ**, Özer - **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi,İstanbul,15.bası, (2015)

OĞUZMAN, M. Kemal - **SELİÇİ**, Özer - **OKTAY**, Saibe; Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 13.Baskı, (2011)

OKTAR, S. Ateş; Vergi Hukuku, Türkmen Yayınevi,12. baskı, (2017)

OLLARD, Romain - **ROUSSEAU,** François; Droit Pénal Spécial, Éditions Bréal, (2011)

ORUZ, Zafer; Emniyeti Suiistimal Cürmü (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, (1988)

ÖNDER, Ayhan; Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, (1994)

ÖZ, Turgut; Yönetim (Management) Sözleşmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul (1997)

ÖZ, Turgut; Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık, 3.Bası, İstanbul, (2012)

ÖZBEK, Veli Özer- **DOĞAN**, Koray- **BACAKSIZ**, Pınar- **TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Kitabevi, 11.bası, (2017)

ÖZEN, Mustafa; Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, Adalet Yayınları, Ankara, (2017)

ÖZER SARITAŞ, Duygu; Roma Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, (2016)

ÖZGENÇ, İzzet; Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, (2002)

ÖZGENÇ, İzzet; Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yayınları, (1996)

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara (2013)

ÖZTÜRK, Bahri- **TEZCAN**, Durmuş- **ERDEM**, M.Ruhan- **GEZER**, Özge Sırma-**KIRIT**, Yasemin F.Saygılar- **ÖZAYDIN**, Özdem- **AKCAN**, Esra Alan-**TÜTÜNCÜ**, Efser Erden; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,Seçkin Yayınları, 10.Baskı, (2016)

ÖZON, Muzaffer Nihat; Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, İnkılap Yayınları, 9.baskı, (2005)

PARLAR, Ali- **ÇOBANOĞLU,** Yekta**;** Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Aristo Hukuk Yayınevi, (2018)

PARLAR, Ali- **HATİPOĞLU**, Muzaffer; Açıklamaları-Yeni İçtihatlarıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi Ankara, (2010)

PASLI, Ali; Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, (2005)

POLAT, Halit; Özel Ceza Yasalarındaki Suçlar, Adalet Yayınları, 4.bası Ankara, (2016)

POLATCAN, İsmet; Notlu Açıklamalı İçtihatlı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu,Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu,Subay Sicil Yönetmeliği, Astsubay Sicil Yönetmeliği, Yazarın Kendi Yayını, (2001)

POROY, Reha- **TEKİNALP,** Ünal- **ÇAMOĞLU,** Ersin**;** Ortaklıklar Hukuku 1, Vedat Yayınları, Yeniden Yazılmış 13.bası, (2014)

PRADEL, Jean- **JUAN**, Michel Danti; Droit Pénal Spécial Droit Commun-Droit Des Affaires, Editions Cujas, 5e édition, (2010)

PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt-1, 2.baskı, Adalet Yayınları, Ankara,(2014)

REİSOĞLU, Safa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 23.Bası, (2012)

REİSOĞLU, Safa; Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, (1980)

RENTROP, Katrin; Untreue und Unterschlagung (§§ 266 und 246 StGB): Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, BWV Verlag, (2010)

SAATCIOĞLU, Onur Can; Uluslararası Özel Hukukta Trust Kavramı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, (2010)

SADAK, Murat; Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, Legal Yayınları, İstanbul, (2016)

SARSIKOĞLU, Şenel; Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması, Adalet Yayınevi, (2014)

SAYAR, Filiz; Hırsızlık Suçu ve Yeni Türk Ceza Kanunu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2008)

SCHÜNEMANN, Bernd; Leipziger Praxiskommentar Untreue- § 266 StGB, Überarbeitete und ergänzte Sonderausgabe, De Gruyter, (2017)

SELÇUK, Sami; Adalet ve Yaşayan Hukuk, İmge Kitabevi, 1.Baskı, (2009)

SELÇUK, Sami; Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Kadıoğlu Matbaası, Ankara, (1986)

SELÇUK, Sami; Dolandırıcılık, Yasa Yayınları, (1982)

SELÇUK, Sami; Karşıoylarım Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar, Turhan Kitabevi, (2001)

SERAHSİ; Kütabül Mebsüt, (Editör: Mustafa Cemal Akşit), 9.Cilt, Gümüşev Yayınları, (2008)

SİRMEN, **A. Lale;** Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 3.bası, (2015)

SONAY EVİK, Vesile; Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, Oniki Levha Yayınları, 2.baskı, (2011)

SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 11.Bası, (2016)

STRATENWERTH, Günter -**JENNY**, Guido- **BOMMER**, Felix; Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil-I: Straftaten Gegen Individualinteressen, Stampfli Verlag AG Bern, Siebente Auflage, (2010)

ŞAFAK, Ali; Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Selim Kitabevi, 4.Bası

ŞAHİN, Meral Ekici, Ceza Hukukunda Rıza (On İki Levha Yayınları Tarafından Yayınlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara (2010)

ŞENER, Esat; Açıklamalı-Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara, (2001)

ŞENER, Oruç Hami; Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, (2015)

ŞENTOP, Mustafa; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Kanunlar- Tadiller- Layihalar- Uygulama, Yaylacık Matbaası, İstanbul, (2004)

TAHİROĞLU, Bülent; Roma Hukukunda Furtum, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doçentlik Tezi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, (1975)

TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, (2008)

TAŞDELEN, Selim Servet; Bankacılık Kanunu Şerhi 2.cilt (Madde 73- 171), Adalet Yayınları, 2.Bası, (2015)

TEKİNALP, Ünal; Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Vedat Yayıncılık, 2.bası, (2011)

TEKİNAY, Selahattin Sulhi- **AKMAN**, Sermet- **BURCUOĞLU**, Haluk- **ALTOP**, Atilla; Eşya Hukuku Cilt: I Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, Filiz Kitabevi, (1989)

TEZCAN, Durmuş- **ERDEM**, Mehmet Ruhan- **ÖNOK**, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 12.baskı, (2015)

TIEDEMANN, Klaus; Ekonomi Ceza Hukuku (Çeviren: Ayşe Nuhoğlu), Seçkin Yayınları, Ankara, (2017)

TOROSLU, Nevzat- **TOROSLU**, Haluk; Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara,(2016)

TOROSLU, Nevzat "Ceza Hukuku Özel Kısım" Savaş Kitabevi, Ankara, 8.baskı, (2015)

TOROSLU, Nevzat; Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara, (1970)

TRIOLO, Dario Primo; I reati contro il patrimonio, Keyeditore, (2017)

TURABİ, Selami; İrtikap Suçu, 2.Baskı, Adalet Yayınları, (2017)

TÜMERKAN, Somay; Dolandırıcılık Suçu ve Haksız Çek Keşidesi Fiileri, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, (1987)

TÜRK, Ahmet- **ÖZDAMAR**, Demet - **İKİZLER**, Metin - **ÇAĞIRGAN**, Senar; İsviçre Medeni Kanunu (ZGB), Alman Medeni Kanunu (BGB) ve Özellikle Alman Dernekler Kanunu (VEREİNSG) Gözönünde Tutularak Yeni Dernekler Hukuku Mevzuatımızın Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi, Seçkin Yayınevi, (2008)

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi Rehberi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, (2010)

ULUSOY, Erol; Almanca-Türkçe Türkçe-Almanca Hukuk Sözlüğü, Beta Yayınları, 1.Baskı, (1999)

ÜÇIŞIK, Güzin - **ÇELİK**, Aydın; Anonim Ortaklıklar Hukuku 1.Cilt, Adalet Yayınları, Ankara, (2013)

ÜLGEN, Hüseyin - **HELVACI**, Mehmet - **KENDİGELEN**, Abuzer - **KAYA**, Arslan - **NOMER ERTAN**, Füsun; Ticari İşletme Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, (2015)

VELAZQUEZ, Mariano - **GRAY**, Edward - **IRIBAS**, Juan L; The New Velazquez Spanish and English Dictionary, Velazquez Press, (2003)

WATSON, Alan; Studies in Roman Private Law, A&C Black, (1991)

WESSELS, Johannes- **HILLENKAMPF**, Thomas; Strafrecht- Besonderer Teil 3- Straftaten Gegen Vermögenswerte, C.F Müller, 37. Auflage, (2014)

WILSON, William; Criminal Law, Longman Law Series, Fourth Edition, (2011)

YASAMAN, Hamdi; Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, Vedat Yayınları, İstanbul, (2006)

YAŞA, Yasemin; İtalyan-Türkçe Türkçe-İtalyanca Hukuk Terimleri Sözlüğü, Beta Yayınları, İstanbul, (2013)

YAŞAR Osman-**GÖKCAN**, Hasan Tahsin- **ARTUÇ**, Mustafa; Açıklamalı Yorumlu Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, (2014)

YAVUZ, Cevdet; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul, (2011)

YENİSEY, Feridun- **NUHOĞLU**, Ayşe; Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.Baskı, (2018)

YENİSEY, Feridun - **PLAGEMANN**, Gottfried; Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (Stgb), Beta Kitabevi, 2. Baskı, (2015)

YILMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 9. Bası, Yetkin Yay., Ankara, (2006)

YILMAZ, Mehmet Şerif; Emniyeti Suistimal Suçu (Suçun Basit Hali), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mali Hukuk Bölümü, İstanbul, (1988)

YİĞİT, Yaşar; İslam Hukuku Hükümlerinin Yürürlüğü, Sistem Ofset Yayıncılık, Ankara, (2012)

ZAFER, Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), Beta Yayınevi, İstanbul, (2015)

II-MAKALELER

AKBULUT, İlhan; İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:52, Sayı:1, (2003), s. 167- 181

AKER, Halit; Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: "Hâkim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu" (TTK Tasarısı M. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:57, Sayı: 4, (2008), s. 1- 97

AKGÜNDÜZ, Ahmet; Osmanlı Hukuku-Kanunnameler ve Şeri'at Köprü Dergisi,.Sayı:65, Kış (1999), s. 3- 30

AKTAŞ, Mehmet Murat; Sermaye Piyasası Kanunu Bakımından Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Düzenlemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:5, Sayı:10, Aralık, (2017), s. 1- 41

ANTALYA, Gökhan; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (2008), s. 143- 152

ANTOLISEI, Francesco; Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar, (Çeviren:Uğur Alacakaptan), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı:4, (1962), s. 65- 94

APAYDIN, Eylem; Common Law'da Trust Kavramı ve Civil Law'da Trust Alanında Güncel Gelişmeler, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:12, (2016), s. 1791-1838

ARTUK, Mehmet Emin- **ALŞAHİN**, Mehmet Emin; Objektif Cezalandırılma Şartı ve Zamanaşımı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt: 19, (2013), s. 17- 44

ARTUK, Mehmet Emin- **ÇINAR**, Ali Rıza; Yeni Bir Türk Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler Görüşler Raporlar (Editör.Teoman Ergül), TBB Yayını, Ankara, (2004) s. 37- 84

AYGÖRMEZ, Gülsüm Ayhan; Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş- I, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:14, Aralık, (2010), s. 67- 88

AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman; Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1, Ocak, (2018), s. 41- 85

AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman; Güveni Kötüye Kullanma, Özel Ceza Hukuku Cilt: IV- Malvarlığına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, (2018), s. 196- 238

BARDAKOĞLU, Ali; Hırsızlık, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt:17, (1998), s. 384- 396

BAYINDIR, Sinan; Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. Maddesinde Yer Alan "Yazılı Başvuru Şartı"nın Hukuki Mahiyetine ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme, TBB Dergisi, Sayı:93, (2011) s. 215- 238

BAYRAKTAR, Köksal; Mala Zarar Verme, Özel Ceza Hukuku Cilt: IV Malvarlığına Karşı Suçlar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, (2018), s. 115- 178

BAYRAKTAR, Köksal; Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler Görüşler Raporlar (Editör; Teoman Ergül), TBB Yayını, Ankara, (2004), s. 21- 36

BERKİ, Şakir; Roma'da Borçların Kaynakları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:3-4, (1950), s. 378- 413

BOLLENBERGER, Raimund - **WESS**, Norbert; Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, Recht der Wirtschaft (RdW), Lexis Nexis Zeitschrift, No:5, Artikel Nr.273, (2014), s. 247- 251

BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah; Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçirilmiş Eşya Üzerinde Tasarruf, Özel Ceza Hukuku Cilt IV Malvarlığına Karşı Suçlar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, (2018), s. 294

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru; Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:73, Sayı:2, (2015), s.173- 204

CANDAN, Rabia Beyza; 1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, (2015), s. 63-81

CASPER, Matthias; Liability of the Managing Director and the Shareholder in the GmbH (Private Limited Company) in Crisis; German Law Journal, Volume: 9, No: 9, (2008), s. 1125- 1140

CENTEL, Nur; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu, Prof Dr. Fırat Öztan'a Armağan, II.Cilt, Turhan Yayınevi, Ankara, (2010), s. 2575- 2597

CENTEL, Nur; Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu ve Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı:4, (2016), s. 3313- 3326

ÇAMOĞLU, Ersin; Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof Dr.Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 2013/2, (Yayın Tarihi: 2015) s. 19- 33

ÇETİN, Sanem, Alman Ceza Hukukunda Malvarlığı Zararları, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2005, Sayı: 4, s. 117- 125

ÇINAR, Çağatay; ABD'de Dolandırıcılık Suçu, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Legal Yayınları, Cilt: 7, Sayı: 18, (2015), s. 23- 55

ÇINAR, Çağatay; Birleşik Krallık Ceza Hukuku'na Göre Dolandırıcılık Suçu, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 152, (2015), s. 149- 184

DEĞİRMENCİ, Olgun; 5237 Sayılı Kanunda Düzenlenen Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçunun 4208 Sayılı Kanundaki Düzenleme İle Karşılaştırılması, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı (Editör Süleyman Aydın), Adalet Yayınevi, (2008), s. 105- 153

DEĞİRMENCİ, Olgun- **ERGUTEKİN**, İdris; Askeri Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 15, Ekim, (2013), s. 127- 154

DEMRAN DÖNMEZ, Burcu; Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 97, (2011), s. 95- 130

DİLİK, Sait; Merkez Bankasının Bağımsızlığı, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 3, (2005), s. 1- 15

DOĞAN, Murat; Teslime Bağlı Olmayan Motorlu Taşıt Rehni, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:3- 4, (2008), s. 181- 207

DOĞRUSÖZ, Hanife; Türk Hukukunda Koşullu Menkul Rehninde Rehin Alanın Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:14, Sayı: 3 (2008), s. 243- 264

EISENBERG, Melvin Aron; An Overview of the Principles of Corporate Governance, The Business Lawyer, Volume: 48, (1993) s. 1271- 1296

EKİNCİ, Mehmet Vehip; Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay Uygulamalarına Göre Zimmet Suçu; Özyeğin Üniversitesi Ekonomik Suçlar Kamusal Alanda Yolsuzluk ve Kara Paranın Aklanması Suçları, Ceza Yargılamasında Faille Hükümde Anlaşma ve Kriminal Compliance Sempozyumu (Editör: Yener Ünver), Seçkin Yayınları, (2015), s. 51- 101

ELÖVE, Mustafa Emil; Emniyeti Suiistimal Cürmü, Adalet Dergisi, Sayı: 3, Mart (1954), s. 256-284

ELÖVE, Mustafa Emil; Emniyeti Suiistimal Cürmü, Adalet Dergisi, Sayı: 4, (1954), s. 450-478

ENGELHART, Marc; Development and Status of Economic Criminal Law in Germany, German Law Journal, Vol: 15, No: 04, (2014), s. 693- 718

ERCAN, Ümit; Güvenlik Faaliyetlerinde Özelleştirme: Paralı Askerler mi? Özel Askeri Birlikler mi? Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi, Cilt: 5 Sayı:1, (2014), s. 52- 67

EREM, Faruk; İrtikap, Adalet Dergisi, Yıl: 49, Cilt: 24 Sayı: 6, (1958), s. 519- 527

EREM, Faruk; Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 38, Sayı:331, (1981), s. 19-30

EREM, Faruk; Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması, Yargıtay Dergisi, Ekim, (1983), s. 496- 509

EREM, Faruk; Ümanist Doktrin Açısından Özel Kast, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 1-2, (1969), s. 1- 4

ERMAN, Sahir; Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 4, Nisan, (1949), s. 214- 226

EVİK, Ali Hakan- **SONAY EVİK**, Vesile; İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu, İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Cilt:53, Sayı: 1-2, (2005), s. 1- 56

EVİK, Ali Hakan; Sermaye Piyasası Kanununda Yer Alan Suç Tipleri, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof Dr.Ayferi Göze'ye Armağan, Yayın No: 19/5, Sayı: 1-2, (2004), s. 135- 167

GAINET, Celine; Controlling Shareholders' Fiduciary Duties Owed to Minority Shareholders – A Comparative Approach: The United States and France, Entrepreneurship Finance, Governance and Ethics (Editors: Robert Cressy-Douglas Cumming-Chris Mallin), Springer, (2013), s. 137- 175

GÖKCAN, Hasan Tahsin; Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 2, (2009), s. 151- 156

GÖKCEN, Ahmet- **BALCI,** Murat; Dolandırıcılık Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1-2, (2008), s. 1- 40

GÖKCEN, Ahmet- **BALCI**, Murat**;** Dolandırıcılık Suçu (m. 157- 159), Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141- 169), Adalet Yayınevi, Ankara, (2018), s. 203- 250

GÖKCEN, Ahmet- **ERDİN,** Selim- **ŞENERDOĞAN,** Büşra; Hırsızlık Suçu (m. 142), Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141- 169), Adalet Yayınevi, Ankara, (2018), s. 1- 56

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat; Emniyeti Kötüye Kullanma, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:5, (1973), s. 879- 885

GÜNGÖR, Devrim; 5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 4, Güz, (2009), s. 23- 29

GVELESIANI, Irina; German "Treuhand" Vıs-Á-Vıs Austrian "Treuhand" (Terminological Study), European Scientific Journal, April, (2015), s. 133- 138

GVELESIANI, Irina; "Treuhand" And "Fiducie" (Terminological Problematics), University of Craiova- Revue Des Sciences Politiques (RSP), University of Craiova Publications, No:49 ,(2016), s. 170- 175

HAFIZOĞULLARI, Zeki- **KURŞUN**, Günal; Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı, Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, (2008), s. 145- 176

HAFIZOĞULLARI, Zeki- **ÖZEN**, Muharrem; Hırsızlık, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, Sayı: 1- 2, (2008), s. 773- 796

HAFIZOĞULLARI, Zeki; Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Prof Dr.Fırat Öztan'a Armağan Cilt:-II ,Turhan Kitabevi, Ankara, (2010), s. 2760- 2784

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma, Cilt:28,Sayı:1,(1971),s. 91-132

HAMM, Rainer; Untreueschaden bei Konzernen, Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, Nomos, (2015), s. 147- 154

HANSEN, Charles; The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and The American Law Institute Corporate Governance Project, The Business Lawyer Volume: 48, No: 4 (August 1993) s. 1355- 1376

HEGHMANNS, Michael; Entscheidungsanmerkung- Subsidiarität der Unterschlagung (BGH, Beschl. v. 26.6.2012 – 2 StR 137/12), Zeitschrift für das Juristische Studium, Ausgabe:1, (2013), s. 124- 127

HELLWEGE Phillip - **WITTIG**, Petra; Delictual and Criminal Liability in Germany, Comparing Tort and Crime: Learning from across and within Legal Systems (Editor: Matthew Dysons), Cambridge University Press, (2015), s. 123- 172

HIZIR, Serdar- **MERKİ**, Duygu; Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezai Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 63, Sayı: 4, (2014), s. 779- 812

HUBER, Erich; Karşılaştırmalı Hukuk İsviçre Hukukunda "Trust" ve "Treuhand" (Çeviren: Eylem Apaydın), Küresel Bakış Dergisi, Yıl: 12, Sayı: 6, Temmuz, (2012), s. 1- 3

İÇEL, Kayıhan; Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli Kast, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:VI, Sayı:12, (2007), s. 61- 70

İÇEL, Kayıhan; Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 7, Sayı 14, Güz, (2008), s. 35-49

İÇER, Zafer**;** Güveni Kötüye Kullanma Suçu (m. 155), Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141- 169), Adalet Yayınevi, Ankara, (2018), s. 169- 187

İTİŞGEN, Rezzan; Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:71, Sayı:1, (2013), s. 639- 672

KAN, Çağrı; Üçüncü Kişi Lehine Zorunluluk Hali, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3,(2015), s. 51-85

KANBUR, Mehmet Nihat, 6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu (TCK m.250), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt: 19, (2013), s. 1177- 1207

KANGAL, Zeynel; Türk Ceza ve Kabahatler Hukuku Açısından Tüzel Kişilerin Sorumluluğu, Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s. 201- 208

KARAKAŞ DOĞAN, Fatma; Türk Ceza Hukuku'nda Cezaların İçtimaı Kurumunun Düzenlenmesi Gerektiği Üzerine, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, (2011), s. 85-104

KAYA, Arslan; Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt:71, Sayı:2, (2013), s. 193-204

KAYA, Arslan; Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağının TK'ya Tabi Şirketler/Şirketler Topluluğu ve SerPK ile İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi -Cevdet Yavuz'a Armağan (Cilt: II), Dergi Cilt: 22, Sayı:3, (2016), s. 1531- 1547

KAYA, Asım; Amaçsal Yorum, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:72, Sayı:4, (2014), s. 363- 383

KILIÇOĞLU, Ahmet; Fiili Sözleşme İlişkileri, Ankara Barosu Dergisi Sayı:5-6, (1985), s. 758- 752

KOCASAKAL, Ümit; Anayasa Mahkemesi'nin Suçta Kanunilik İlkesi ile İlgili Bir Kararının İncelenmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:108, Ağustos, (2015), s. 24- 40

KOCASAKAL, Ümit; Karapara Aklama İle Mücadelede ve Yeni Türk Ceza Kanununun 282. Maddesinde Düzenlenen Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı (Editör Süleyman Aydın), Adalet Yayınevi, (2008), s. 55- 104

KOUSEDGHI, Samira; Protection of Minority Shareholders and Creditors in Italian Corporate Group Law, European Company Law Journal, Kluwer Law Online, Volume: 4, Issue: 5, (2007), s. 217- 226

KOYUNCUOĞLU, Hikmet; Franchise Alanın Denkleştirme İsteminin (Portföy Tazminatı) Türk Ticaret Kanunu Madde 122 Hükmü Karşısında Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 164, (2016), s. 4297- 4308

KÖPRÜLÜ, Timuçin; Malvarlığına Karşı Suçlarda Değer Azlığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:71, (2007), s. 254- 263

KUNDLICH, Hans; Yeni Yargı Kararlarında Al.CK'nun 266.Paragrafı- contra legem Ekonomik Yaşamda Malvarlığına Karşı Suçtan Genel Ahlakı Koruyan Suç Tipine Değişim Yolunda Güvenin Kötüye Kullanılması mı? (Çeviren: Yener Ünver), Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Cilt:3, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, (2010), s. 643- 651

LADIGES, Manuel; Criminal Liability of Directors of A Private Limited Company Seated in Germany, Criminal Law Forum, Springer, Volume: 24, No:1, March, (2013), s. 87- 111

LAHTI, Raimo; Finlandiya Hukukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu (Çeviren: Feridun Yenisey), Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s. 121- 124

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami; TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, Türk Ceza Kanunu Reformu 2. Kitap, TBB Yayınları, (2004), s. 357- 378

MAIER, Stefan; A Close Look At The Mannesmann Trial, German Law Journal, Vol:7, No:06, (2006), s. 603- 610

MANAVGAT, Çağlar; Örtülü Kazanç Aktarımının Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 1, Mart (2015), s. 87- 105

MERAKLI, Serkan; Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:11, (2009), s. 1657- 1714

MITCHELL, Lawrence E.; Fairness and Trust in The Corporate Law, Duke Law Journal, Volume: 43, Number: 3, (1993), s. 425- 491

MÜLBERT, Peter O.- **WILHELM,** Alexander; Varlığı Yok Etme Mükellefiyeti-Kuruluşa Alacaklıya Zarar Verici Etkileri İçin Hissedar Mesuliyeti, Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları Sunum Tebliği, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, (2014), s. 217- 238

NIMMERFALL, Paul - **PEISSL,** Lukas Josef; The Business Judgment Rule and its Impact on Austrian Law, Časopis pro právní vědu a praxi (Journal of Legal Science and Practice), No: 4, (2015), s. 352- 357

NISCO, Atillo; İtalyan Sistemi Örneğinde Tüzel Kişilerin Cezalandırılabilirliği (Çeviren: Ayşe Nuhoğlu), Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s. 97- 114

NUHOĞLU, Ayşe; Sonuç: Tüzel Kişilerin Sorumluluğu Hakkında, Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011) s. 227-230

OĞUZMAN, M. Kemal; Emniyeti Suistimal Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, Ekim 1951, Cilt:XXV, Sayı:10, Ayrı Bası, s. 1- 14

OKUTAN NİLSSON, Gül; Türk Ticaret Kanunu'nda Şirketler Topluluğu Hukukunun Ana Hatları, Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları Sunum Tebliği, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, (2014), s. 239- 256

ÖZBEK, Veli Özer ,Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, (2007), s. 1019- 1063

ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52 Sayı: 1, (2003), s. 63- 88

ÖZGEN, Eralp; Sermaye Piyasası Kanunun 49 uncu Maddesi ile Sermaye Piyasası Kurulu'na Tanınan "Başvuru" Yetkisinin, "Talep" ve "Şikayet" Kavramları Açısından Değerlendirilmesi ve Cumhuriyet Savcılarının Takdir Yetkisi, SPK 15. Yıl Sempozyumu, Ankara, (1998), s. 189- 198

PAMUK ŞİVİLOĞLU, Gülfem- **ÖZTÜRK**, Nurten; Kaybolmuş Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçu (m. 160), Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169), Adalet Kitabevi, Ankara, (2018), s. 251- 260

PEDÜK, Türkben; Servet Yönetimi Hizmetleri (Trust/Fiduciary Services), Maliye Finans Yazıları Dergisi, Sayı:83, Yıl:23, (2009), s. 131- 139

RADO, Türkan; Gaius'a göre Klasik Roma Hukuku'nda Furtum Suçu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:1-2, (1952), s. 479- 519

RINCEANU, Johanna; Societas delinquere potest: Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunda Romanya Perspektifi (Çeviren: G. Hande Ulutürk), Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s. 137-148

RIONDATO, Silvio; İtalya'da İktisadi veya İktisadi Olmayan veya Kamusal Güç Kullanan Kamu Kurumunun Cezai Sorumluluğu (Çeviren: Vesile Sonay Evik), Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s. 67- 76

ROXIN, Claus; Crimes as Part of Organized Power Structures, Journal of International Criminal Justice (Translation: Belinda Cooper), Oxford University Press, Volume:9, Issue: 1, March, (2011), s. 193- 205

SAĞLAM, İpek; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (2008), s. 153- 162

SCHRAMM, Edward - **HINDERER,** Patrick; Die Untreue-Strafbarkeit eines Limited-Directors, § 266 StGB, insbesondere im Lichte des Europäischen Strafrechts, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Monat: 5, (2010), s. 494- 502

SCHURR, Jan C.; Güveni Kötüye Kullanma Suçunda Ceza Hukukunun Sınırları (Alman Ceza Kanunu Prg. 266) (Çeviren: Şölen Çakıroğlu), Hukuk Köprüsü, Sayı:11, Aralık, (2016), s. 225- 236

SCHÜNEMANN, Bernd; Identität des Schadensbegriffs bei Betrug und Untreue?, Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, Nomos, (2015), s. 61-77

SCHÜNEMANN, Bernd; Die Target 2-Salden der Deutschen Bundesbank in der Perspektive des Untreuetatbestandes, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Monat: 4, (2012), s. 84- 106

SCHÜNEMANN, Bernd; Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Monat: 5, (2012), s. 183- 194

SEZGİNER, Murat; İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri Birleşik İradeli Sözleşmeler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı 1-2, (2013), s. 1589- 1621

SONAY EVİK, Vesile; Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, Özel Ceza Hukuku, Cilt: IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, (2018), s. 424- 447

SONAY EVİK, Vesile; Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Cilt: 19, Sayı;2, (2013), s. 667- 697

SÖZÜER, Adem; Bankacılık Kanununda Yer Alan Suçlar ve Cezalar, Hukuki, Perspektifler Dergisi, Sayı: 5, Aralık, (2005), s. 166- 191

SÜMER, Reha; Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu, TBB Dergisi, Sayı:75, (2008), s. 109- 137

ŞAHİN, Cumhur; Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof Dr.Nur CENTEL'e Armağan, Cilt:19 Sayı:2, (2013), s. 283- 294

ŞENSÖZ, Ebru- **ÖZBİLEN**, Arif Barış- **SAVAŞ**, Burcu; Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Yıl: 4 Sayı: 8 Güz, (2005/2), s. 233- 252

TANER GÖKCEN, Fahri; Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur? Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, Cilt 56, Sayı: 2, s. 75- 81

TEPE, İlker; Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK M. 239/1-3), Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:14 Aralık, (2010), s. 103- 127

TEZCAN, Durmuş; Cezai Konularda Türk-İtalyan İlişkileri, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:.49, Sayı: 1, (1994), s. 365- 371

THEUSINGER, Ingo; Alman Şirketler Topluluğu Hukuku – İlkeler ve Güncel Pratik Sorunlar, Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları Sunum Tebliği, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını,(2014), s. 257- 286

TIEDEMANN, Klaus; Avrupa Birliği Hukukunda Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar ve Ceza Hukukunun Avrupalaşması (Çeviren: Ayşe Nuhoğlu), Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s. 31- 40

TOROSLU, Nevzat- **ERSOY**, Yücel; Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Makaleler Görüşler Raporlar (Editör; Teoman Ergül), TBB Yayını, Ankara, (2004) s. 1- 20

TURABİ, Selami, Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (2012), s. 267- 292

TÜMERKAN, Somay; Emniyeti Suiistimal Cürümlerinde Mülkiyet Geçişinin Değerlendirilmesi Sorunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Doğumunun 100.Yılında Atatürk'e Armağan, Cilt:45, Sayı:1-4, (1981), s. 333- 345

TÜRAY, Aras; 5237 Sayılı TCK'nun 5.Maddesine İlişkin Bir İnceleme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof Dr.Nur CENTEL'e Armağan, Cilt:19, Sayı:2, (2013), s. 1727- 1747

ULUSAN, İlhan; İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokurist, Ord.Prof Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, (1978), s. 625- 675

ÜÇOK, Coşkun; Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukuku'na Aykırı Hükümler (I), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı: 1, (1946), s. 125- 146

ÜÇOK, Coşkun; Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukuku'na Aykırı Hükümler (III), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-4, (1947), s. 48- 73

ULUSOY, Erol; Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Bildiri Metni), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (2008), s. 351- 401

UYAR, Talih; Takip Hukukunda "Alacaklısını Zarara Sokmak Kasdiyle Mevcudunu Eksiltme Suçu" (İİK. Mad. 331), Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 68, Sayı: 1, (2010), s. 175- 186

ÜNAL, Ertuğrul; Kısmen veya Tamamen Bedelsiz Kalmış Senedi Kullanma Suçu (m. 156), Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141- 169), Adalet Yayınevi, Ankara, (2018), s. 189- 201

WEIGEND, Thomas; Perpetration through an Organization, Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, Vol:9, (2011), s. 91- 111

WESSELS, Johannes- **HILLENKAMP**, Thomas; Avusturya Ceza Kanununda Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar (Çeviren: Gülsün Ayhan Aygörmez), Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk (Editör: Yener Ünver), Seçkin Yayınları, Ankara, (2009), s. 217- 244

WESSELS, Johannes- **HILLENKAMPF**, Thomas; İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar (Çeviren: İlker Tepe), Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk (Editör: Yener Ünver), Seçkin Yayınları, Ankara (2009), s. 183- 216

WESSELS, Johanness– **HILLENKAMPF**, Thomas; Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanmak Suçları (Çeviren: Yener Ünver),Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk (Editör: Yener Ünver), Seçkin Yayınları, Ankara, (2009), s. 15- 76

WILLIAMS, Glanville; Temporary Appropriation Should be Theft, Criminal Law Review, (1981), s. 129- 141

WÜRDIGER, Hans; The German Trust, Journal of Comparative Law and International Law Third Series, Vol:33, No:3/4, (1951), s. 31- 40

YANLI, Veliye; Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından mı Atanabilir? İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:71, Sayı:2, (2013), s. 439- 448

YARSUVAT, Duygun; Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Ögretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 8: Prof. Dr.Sahir Erman'a Armağan, Alfa Yayınları, İstanbul, (1999), s. 889- 918

YAVUZ, Hakan A.; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Basit Dolandırıcılık Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, (2006), s. 343- 375

YAZICIOĞLU, R. Yılmaz; Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, Suç ve Ceza- Ceza Hukuku Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, Sayı:4, (2011), s. 1- 42

YAZICIOĞLU, R.Yılmaz; Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi,. Özel Sayı,. Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt: 19, Sayı:2, (2013), s. 757- 795

YEĞRİM, Vakkas; Kişinin Hatırasına Hakaret, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:6, Sayı: 22, (2015), s. 455- 494

YEKTAR, Osman Nedim; Hz. Peygamber'in Suçlar Hakkında Uyguladığı Temel Prensipler, Namık Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, (2015), s. 57- 102

YENİDÜNYA, Caner- **CANPOLAT**; Can; Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu (SPK.m. 110/1, 3), Bankacılık ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:9, (2014), s. 109- 160

YENİDÜNYA, A.Caner - **İÇER**, Zafer; Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, (2013), Cilt: 19, s. 797- 828

YENİSEY, Feridun - **NUHOĞLU**, Ayşe; Yazılı Başvuru Şartının Hukuki Niteliği, Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:101, (2013), s. 97- 108

YERDELEN, Erdal; Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 23, Aralık, (2013), s: 71- 91

YEŞİLTEPE, Salih Önder; Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Cilt:13 Sayı:1-2, (2007), s. 169- 191

YETKİN, Erdi; Bankacılık ve Sermaye Piyasasına İlişkin Muhakeme Kuralları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı:3, (2015) s. 403- 434

ZAFER, Hamide; Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Duygun Yarsuvat'a Armağan, Cilt: 9, Sayı:2, (2012), s. 213- 226

ZAPATERO, Luis Arrayo; İspanya'da Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu (Çeviren: Ali Kemal Yıldız), Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, (2011), s. 49- 54

III- İNTERNET KAYNAKLARI

AMBOS, Kai; Fujimori Judgment, Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, Vol:9, (2011), s. 137- 158 https://ssrn.com/abstract=1874615 (Erişim Tarihi: 21.01.2017)

BEAUSSONIE, Guillaume; La dématérialisation de l'abus de confiance, AJ Pénal (2017) s. 215- 221 http://www.dalloz.fr (Erişim Tarihi: 28.01.2018)

CASTELLÓ NICÁS, Nuria; Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Sayı: 19, Haziran (2017), s. 1-29 http://criminet.ugr.es/recpc /19/recpc19-06.pdf (Erişim Tarihi: 01.01.2018)

CONAC, Pierre- Henri - **ENRIQUES**, Luca - **GELTER**, Martin; ; Enforcing Self-Dealing Constraints on Dominant Shareholders in Continental Europe: The Legal Framework In France, Germany, And Italy, Harvard John M. Olin Center For Law, Economics And Business Fellows Discussion Paper Series, Discussion Paper No:18, (2008) http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/ (Erişim Tarihi: 10.03.2017)

ÇARKACIOĞLU, Abdurrahman; Kripto Para Bitcoin, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi Araştırma Raporu, (2016), http://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/1130 (Erişim Tarihi: 10.03.2017)

DECHENAUD, David; L'exercice des droits de la défense justifiant le vol de document commis par un salarié dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, Revue des Droits et Libertes Fondamentaux (RLDF), Chronique n°3, (2012), http://www.revuedlf.com/droit-penal/les-droits-de-la-defense-justifiant-la-commission-d%E2%80%99une-infraction-penale/ (23.09.2016)

DREYER, Emmanuel; L'exception de groupe pourrait justifier, tant l'abus de confiance, que l'abus de biens sociaux, Issu de Gazette du Palais - 11/05/2013 - n° 131, (2013), s. 31- 32 https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn:GPL130b0 (Erişim Tarihi: 30.09.2016)

EREM, Faruk; Yasaların Dili, http://www.farukeremvakfi.org.tr/14/s1.html (Erişim Tarihi: 30.09.2016)

HOHMANN, Olaf; StGB§246 Unterschlagung, Münchener Kommentar zum StGB Band 4: §§ 185-262, 3. Auflage (2017), https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MuekoStGB_3_Band4/StGB/cont/MuekoStGB.StGB.p246.glI%2Ehtm#Y-400-W-MuekoStGB-G-StGB-P-246-GL-I-1 (Erişim Tarihi: 28.09.2017)

IPPOLITO, Viviana Francesca; L'appropriazione indebita e l'operatività del principio di compensazione sulla configurazione di tale delitto, Deiustitia Rivista

Giuridica, No:4, (2016), s. 144- 161 http://www.deiustitia.it/cms /cms_files/20170112042052_vnbn.pdf, (Erişim Tarihi: 27.12.2017)

JAROŠ, Klara; Austria: Breach of trust - A recent Supreme Court ruling has broad implications for Stock Corporations, https://www.schoenherr.eu/ uploads/tx_news/schoenherr_AT_Breach_of_trust_-_A_recent_Supreme_Court_ ruling_had_broad_implications_for_Stock_Corporations.pdf, (Erişim Tarihi: 10.11. 2017)

KARAHAN, Sami; Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişikliğin Sonuçları (Yaklaşım Dergisi, Kasım, (2012)) http://www.ticaretkanunu.net/makale-24/, (Erişim Tarihi: 10.04.2017)

MASCALA, Corinne; Abus de Confiance, Dalloz: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Avril, (2017), http://www.dalloz.fr, (Erişim Tarihi: 12.11.2017)

MÉSA, Rodolphe; Abus de confiance : maintien de l'interprétation extensive de l'article 314-1 du Code pénal, Issu de Gazette du Palais - 12/12/2013 - n° 346, (2013) https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn:GPL157j2, (Erişim Tarihi: 12.11.2017)

MOUIAL-BASSILANA, Eva; Quand l'intérêt de groupe ne permet pas de justifier un abus de biens sociaux, Bulletin Joly Sociétés, n°4, avril (2017), s.239, https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn%3ABJS116f1, (Erişim Tarihi: 14.11.2017)

OLLARD, Romain; Abus de confiance, propriété et inexécution contractuelle, Issu de Revue des contrats - 01/07/2014 - n° 02, s. 262- 267, (2014) https://www.lextenso.fr /lextenso/ud/urn:RDC110p9, (Erişim Tarihi: 09.10.2017)

OLLARD, Romain; L'extension de l'abus de confiance aux choses fongibles ou l'histoire d'une petite révolution (tout en douceur), Issu de Revue des contracts, Septembre, (2017), s. 493 https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn:RDC114n3, (Erişim Tarihi: 03.10.2017)

ÖZDAN, Vedat; TARGET2 ve Alman Merkez Bankası hakkında suç duyurusu başlıklı 30.05.2012 tarihli yazısı, http://m.t24.com.tr/yazarlar/bilinmeyen/target2-ve-alman-merkez-bankasi-hakkinda-suc-duyurusu, (Erişim Tarihi: 06.01.2018)

PAŞALI TAŞOĞLU, Nihal; Çok Katlı Pazarlama Şirketleri İle Piramit Şema Organizasyonlarının Yapısal Farklılıkları Üzerine Bir İnceleme, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 2008 Sayı:1 s.25- 39 http://www.nihalpasali.com/cok-katli-pazarlama-sirketleri-ile-piramit-sema-organizasyonlarinin-yapisal-farkliliklari-uzerine-bir-inceleme.html, (Erişim Tarihi: 06.05.2016)

PAULITSCH, Heidemarie; Austria: Reform Proposals Seek to Clarify Breach of Trust https://www.schoenherr.eu/en/publications/publications-detail/oesterreich-reformversuch-2015-zur-praezisierung-der-untreue/, (Erişim Tarihi: 06.10.2017)

PIERGROSSI, Alberto; Criminal Liability of Directors and Officers in Insolvency Proceedings under Italian Law, International Insolvency Institute (III), Conference Berlin, 9-10 June 2008 https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/025_Criminal_Liability_of_Directors_Alberto_Piergrossi_1003398_1.PDF, (Erişim Tarihi: 06.10.2017)

QU, Charles Zen- **AHL**, Bjorn; Lowering of the corporate veil in Germany: a case note on BGH 16 July 2007 (Trihotel), Oxford University Comparative Law Forum, (2008), http://ouclf.iuscomp.org/articles/zhen_ahl.shtml, (Erişim Tarihi: 06.05.2017)

SCHMITZ, Roland; StGB § 242 Diebstahl, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB Band 4: §§ 185-262, 3. Auflage, (2017) s. 1571- 1638 https://beck-online.beck.de/ ?vpath=bibdata/komm/MuekoStGB_3_Band4/StGB/cont/MuekoStGB.StGB.p242.glA.glI.gl1.gld.htm, (Erişim Tarihi: 27.08.2017)

ŞEN, Ersan; Hakim, Savcı ve Avukat; Memur veya Kamu Görevlisi midir?, Hukuki Haber internet sitesindeki 24.10.2013 tarihli yazısı http://www.hukukihaber.net/hakim-savci-ve-avukat-memur-veya-kamu-gorevlisi-midir-makale,3235.html, (Erişim Tarihi:06.12.2016)

ŞEN, Ersan; Zimmet Suçu Ek Açıklama (14.07.2015), http://sen.av.tr/tr/makale-detay/169/ zimmet_su%C3%A7u_ek_a%C3%A7%C4% B1klama.html, (Erişim Tarihi:06.12.2016)

USTAKARA, Fuat; Bir Halkla İlişkiler Anlayışı Olarak Kurumsal Vatandaşlık, İnönü Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi, Cilt:1 Sayı:1,(2016), s.7- 15 http://dergipark.ulakbim.gov.tr/inifedergi/article/view/5000172465, (Erişim Tarihi: 07.12.2017)

VÉRON, Michel; Le détournement d'un « projet », Droit pénal n° 12, comm. 179 Commentaire par Michel VÉRON, Decembre, (2004), http://www.lexisnexis.com /fr/droit/auth/checkbrowser.do;jsessionid=336E5EF964B577DDB666D88CD0811A 45.ewyMX9a9SYch6kmFXpqnDA?ipcounter=1&cookieState=0&rand=0.40661764 24029043&bhcp=1, (Erişim Tarihi: 23.10.2017)

VÉRON, Michel; Détournement de clientèle ou d'informations sur la clientèle? Commentaire par Michel Véron, Droit pénal no:1, comm. 1, Janvier, (2012), https://www.lexisnexis.com/fr/droit/auth/checkbrowser.do?ipcounter=1&cookieState =0&rand=0.24827124160742742&bhcp=1 (Erişim Tarihi: 16.09.2017)

VULETIĆ, Igor; "The Organised Structure of Power" and Economic Crime "FIMI-Media" Case and a View from the Croatian Perspective Journal of Law and Criminal Justice, American Research Institute of Policy Development, Vol. 2, No:2, December, (2014), s. 133-149 http://dx.doi.org/10. 15640/jlcj.v2n2a8 (Erişim Tarihi: 06.07.2019)

http://www.anayasa.gov.tr
http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19020522-010-eng.pdf
http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf
http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm
http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_3.htm

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t13.html#a245
http://www.adlisicil.adalet.gov.tr
http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/22/dei-delitti-contro-il-patrimonio
http://www.bailii.org
http://www.baskent.edu.tr
http://www.cjoint.com/doc/16_01/FAhnIM1xInM_codepenal2016.pdf
http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes
http://www.parliament.am/library/Qreakan/ispania.pdf
http://www.spk.gov.tr/
http://www.tdk.gov.tr
https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/a/a2/De_Constitutio_criminalis_Carolina_%281577%29_55.jpg
https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html
https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p2057
http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-84.html#h-97
http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8574&l=1
https://www.tbmm.gov.tr/
http://www.kazanci.com
http://www.lexpera.com
https://www.lextenso.fr
http://www.lexinter.net
http://www.oecd.org
https://www.msb.gov.tr
https://www.borsaistanbul.com
https://www.gib.gov.tr
https://www.basbakanlik.gov.tr
http://www.mevzuat.gov.tr
https://www.hazine.gov.tr
http://www.ticaretkanunu.net/makale-24/
http://www.turkhukuksitesi.com
http://www.askerihukuk.net
http://www.hurriyet.com.tr
http://www.jstor.org

https://www.jurion.de
http://www.hrr-strafrecht.de
http://www.dw.com
http://www.centroestero.org
http://www.resmigazete.gov.tr
http://www.legalbank.net
https://kararara.com
https://jurix.com.tr
http://www.hukukmedeniyeti.org
http://www.dernekler.gov.tr
http://www.abendblatt.de
http://www.invispress.com
http://www.austlii.edu.au
http://www.casebriefs.com
http://swarb.co.uk
https://www.lexology.com
http://juris.bundesgerichtshof.de
https://www.ris.bka.gv.at
https://reuters.com
http://www.dircomm.it
https://openjur.de
https://globalcompliancenews.com
https://www.zip-online.de
https://www.bger.ch
http://www.yenisafak.com
http://www.haberturk.com
http://www.hurriyet.com.tr
http://ya2001.yeniasir.com.tr
https://www.gazeteduvar.com.tr
http://www.biyografi.net
http://jure.juridat.just.fgov.be
http://www.servat.unibe.ch
https://elpais.com
http://www.hukukturk.com

http://www.mahkemeler.net

http://www.kadisicilleri.org/

KAVRAM CETVELİ

A

Actio furti (Hırsızlıktan kaynaklanan tazminat davası)..... 10
Açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçu (TCK m.209/1) 81
Alacaklıları zarara uğratmak kastıyla ticari işletmedeki borçları kısmen veya tamamen ödemeyerek alacaklıları zarara sokma suçu (İİK m. 333/a-1) 423
Anonim şirkete borçlanma yasaklarının ihlali suçu (TTK m. 358, m. 395/2, m. 562/5-b, c) 177
Asgari geçim indirimi (AGİ)..... 373
Askeri Ceza Kanunu'ndaki zimmet, ihtilaslı zimmet, askeri eşyayı rehne verme, gizleme suçları (As. CK m.131)..... 214
Askeri Eşyayı Özel Menfaatine Kullanma Suçu (As. CK. m.130) 222
Avukatın vekâlet görevi sebebiyle kendisine tevdii edilmiş eşyada bu görevini kötüye kullanarak hukuka aykırı olarak tasarrufunun güveni kötüye kullanma suçu mu zimmet suçu mu teşkil ettiği yönünde tartışmalar..... 364, 365, 367

B

Bağlı şirket 112
Banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu (TCK m. 245/1) 425
Banka veya kredi kartı 425
Bankacılık Kanunu'ndaki zimmet suçu (Bank K. m.160)..... 183-191
BASF/Glasurit davası 130
Başkasına aidiyet kavramı üzerine tartışmalar..... 315, 316, 317, 318
Bedelsiz kalmış senedi kullanma suçu (TCK m.156) 86, 87
BETYSK'daki zimmet suçu (BETYSK m. 23/2)..... 209
Bilgi suiistimali (içeriden öğrenenlerin ticareti) suçu (Ser.PK m.106)..... 160
Bireysel Emeklilik Sistemi (BES) . 209
Bremer-Vulcan davası (2001)..... 151
Bütünüyle dürüstlük İlkesi (Entire Fairness/intrinsic fairness) 147

C

Cezalandırılmayan sonraki hareket 419, 430, 439
Cezaların içtiması 414
Condictio ex causa furtiva 10

D

Der.K 'daki güveni kötüye kullanma suçu (Der. K. m.32-f) 163
Der.K'daki güveni kötüye kullanma suçu (Der. K. m.32-f)
suça konu fiil 173
suçla korunan hukuki değer 165
suçun faili ve mağduru 171
suçun hukuka aykırılık unsuru ... 174
suçun maddi konusu 165
suçun maddi unsurları 165
suçun manevi unsurları 174
suçun özel görünüş şekilleri 175
suçun yaptırımı, suçta etkin pişmanlık ve uygulanacak usul hükümleri..... 176
Dolandırıcılık suçu (TCK m.157).... 70

E

Ekonomik yaklaşım ilkesi..... 145
En çok kayırılan ülke modeli (Most favored nation model/ meistbegünstigungsmodells)..... 126
Eşyanın başkasına aidiyeti kavramı 315

F

Fiili sözleşme ilişkileri..... 292
Frey Kararı..... 265
Furtum..... 6, 8
Furtum türleri

furtum improrium (gayrimuntazam hırsızlık) 9
furtum ipsius rei (mal hırsızlığı) 8
furtum possesionis (zilyetlik hırsızlığı) 8
furtum proprium (muntazam hırsızlık) 9
furtum usus (kullanma hırsızlığı) ... 8

G

Ghosh kararı 39
Güveni kötüye kullanma suçu (TCK m.155)
bu suçun açık suç mu yoksa kapalı suç mu olduğu yönünde tartışmalar 381
ceza verilmesini engelleyebilecek önemli bazı kusurluluk halleri 393
cezayı kaldıran veya indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler ve etkin pişmanlık..... 439
emanete konu bir eşyanın içinde başka eşyaların olması halinde hangi suçlardan cezalandırma yapılacağı tartışmalar 338, 339
Eşyanın başkasına aidiyeti kavramı üzerine tartışmalar.. 315, 316, 317, 318
hukuka uygunluk halleri 383
kendisine veya başkasına menfaat sağlama ibaresinin yetersizliği üzerine eleştiriler..... 405, 408
sözleşme ilişkisi 287
suça iştirak 432
suça konu fiil 321
netice 347
suça konu hareket..... 321
suça konu olabilecek eşyalar 235, 241
suça teşebbüs 411
suçla korunan hukuki değer..... 226
suçların içtiması..... 414
suçta cezayı ağırlaştıran nitelikli haller 354
suçta eşyanın zilyetliği 268
suçun faili 311
suçun hukuka aykırılık unsuru ... 381
suçun ihmali hareketle işlenip işlenemyeceği yönünde değerlendirmeler..... 337
suçun karşılaştırmalı hukuktaki durumu..... 23
suçun kasten işlenme zorunluluğu 396, 398
suçun maddi konusu..... 234
suçun maddi unsurları 234
suçun mağduru ve suçtan zarar gören 318
suçun manevi unsurları 396
suçun mütemadi suç şeklinde işlenip işlenemeyeceği yönünde tartışmalar 352
suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği sorunu 408
suçun özel görünüş şekilleri..... 411
suçun soruşturması, kovuşturması ve yaptırımı..... 448
suçun tarihi gelişimi 6
suçun TCK ve özel kanunlarıdaki benzer suçlardan ayrımı..... 57
suçun unsurları 225
suçun zarar suçu mu- tehlike suçu mu olduğu yönünde tartışmalar 348, 349
Güveni kötüye kullanma suçuna iştirak
suç eşyasını satın alma suçu arasında ilişki..... 436
Güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilecek eşyalar
alacak hakkının durumu 265
alışveriş kartlarının durumu 268
eklenti ve bütünleyici parça niteliğindeki eşyaların durumu 262
hukuka aykırı eşyaların durumu. 256
işverenin yaptığı ücret kesintilerinin durumu..... 265
kripto ve sanal paraların durumu 266

misli eşyaların durumu 253
mülkiyet, zilyetlik, üst hakkı gibi haklar, alacak ve borçlardan doğan öznel hakların durumu .265
taşınır eşyaların durumu 241
ceset insan vücudu organlarının, vücut sıvılarının suça konu olması yönündeki tartışma ve eleştiriler.....245, 246, 247, 250
fikri ve sınai haklar 251
hayvanlar.....243
insan vücudu ve organları 245
senet ve kıymetli evraklar 251
su gaz, enerji üretiminde kullanılan maddeler.....243
uçak, gemi, otomobil gibi araçlar 241
taşınmaz maların durumu 259
transit rejimine tabii olarak yasal yoldan Türkiye'den geçiş yapan hukuka aykırı eşyaların durumu 259
üretim olanakları ve işgücünün durumu.....268
Güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilecek sözleşme ilişkileri.....290
beğenme şartlı (tecrübe ve muayene şartlı) satış sözleşmelerinin durumu.....296, 298
çeşitli atipik (kendine özgü) sözleşmelerin durumu....301, 302, 303, 305
doktrindeki sözleşme ilişkisi görüşüne karşı eleştirilerimiz..290
fiili sözleşme ilişkilerinin durumu 292
idare hukuku kapsamındaki sözleşmelerin durumu.....292
idari bir kararla kurulabilecek sözleşme ilişkilerinin durumu.291
inançlı temliklerin durumu 307
kanunla kurulan sözleşme ilişkilerinin durumu.....290
mahkeme kararıyla kurulabilecek sözleşme ilişkilerinin durumu 291
muvazaalı işlemlerin durumu..... 305
mülkiyeti muhafaza kayıtlı satış sözleşmelerinin durumu 295
satış sözleşmesinin durumu..... 295
satış vaadi sözleşmelerinin durumu 298
sözleşmelerin malı muhafaza etme belli şekilde kullanmak üzere yapılması zorunluluğu 292
taşınır rehni sözleşmesinin durumu 298, 299
trust sözleşmelerinin durumu.... 308, 310, 311
tüketim ödüncü (karz) sözleşmelerinin durumu 294
vekalet sözleşmesinin durumu ... 300
Güveni kötüye kullanma suçunda suçların içtiması
Alacaklıları zarara uğratmak kastıyla ticari işletmedeki borçları kısmen veya tamamen ödemeyerek alacaklıları zarara sokma suçu arasındaki ilişki... 423
banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu ile ilişkisi ... 425
Bankacılık Kanunu'ndaki zimmet suçu arasındaki ilişki 421
bilişim sisteminin menfaat amaçlı kullanılması suçu arasındaki ilişki 422
Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemleri Kanunu'ndaki zimmet suçu arasındaki ilişki . 421
fikri içtima..... 416
gerçek içtima 424
görünüşte içtima..... 418
haksız rekabet suçları ile ilişkisi 425
hileli iflas suçu arasındaki ilişki. 420
kültür ve tabiat varlıklarını kanuna aykırı yurtdışına çıkarma suçu ilişkisi 429

özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile ilişkisi.....427
suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu arasındaki ilişki 424
suç eşyasını satın alma ve kabul etme suçu arasındaki ilişki.....423
suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve örgüte üye olma suçuyla ilişkisi.....431
suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçuyla ilişkisi 428, 430
ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu ile ilişkisi.....426
zincirleme suç.....415
Güveni kötüye kullanma suçunda
TCK'da öngörülen cezayı ağırlaştıran nitelikli haller
faile hizmet ilişkisinin gereği olarak malın teslim edilmiş olması 368
faile meslek ve sanat ilişkisinin ilişkisinin gereği olarak malın teslim edilmiş olması 361
faile ticaret ilişkisinin gereği olarak malın teslim edilmiş olması 357
failin hangi nedenden olursa olsun bir gerçek veya tüzel kişinin mallarını idare etmesi.....373
Güveni kötüye kullanma suçunun karşılaştırmalı hukuktaki durumu
Almanya 23
Avusturya 31
Fransa 51
İngiltere 37
İspanya.....46
İsviçre 43
İtalya.....34
Norveç 44
Güveni kötüye kullanma suçunun özel kanunlardaki benzer suçlardan ayrımı.....104
anonim şirkete borçlanma yasaklarının ihlali suçundan ayrımı..... 177
Askeri Ceza Kanunu'ndaki zimmet, ihtilaslı zimmet, Askeri eşyayı rehne verme, gizleme suçlarından ayrımı..... 214
Bankacılık Kanunu'ndaki zimmet suçundan ayrımı 183
BETYSK'daki zimmet suçundan ayrımı..... 209
Sig.'K'daki aktif azaltıcı işlem yasağının ihlal suçundan ayrımı 204
Sig.K'daki zimmet suçundan ayrımı 198
TCMB K'daki zimmet suçundan ayrımı..... 191
Güveni kötüye kullanma suçunun TCK'daki benzer suçlardan ayrımı 59
açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçundan ayrımı.. 81, 82, 83, 84, 85
bedelsiz kalmış senedi kullanma suçundan ayrımı 86, 87
dolandırıcılık suçundan ayrımı.... 70, 71, 72, 73, 75, 76, 77, 78, 80
hırsızlık suçundan ayrımı 59, 62, 63, 66
kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf suçundan ayrımı 88
mala zarar verme suçundan ayrımı 67, 69
muhafaza görevini kötüye kullanma suçundan ayrımı 91, 92, 93
zimmet suçundan ayrımı . 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103

H

Hâkim şirket..... 112
Hakimiyet sözleşmesi 112

Haksız rekabet halleri (TTK m.62) güveni kötüye kullanma suçu ilişkisi 437
Hata suretiyle işlenen irtikap suçu (TCK m.250/3) 90
Hırsızlık suçu (TCK m.141).....59
Hileli iflas suçu (TCK m.161).....420

İ

İrtikap suçu (TCK m.250).....98
İşadamı kararı (business judgment role) ilkesi.....141, 142, 144, 146
İşverenin yatırmadığı SGK priminin güveni kötüye kullanma suçuna konu olup olmaması sorunu 371

K

Karşı değer 410
Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf suçu (TCK m.160).....88
KBV davası 152
Kripto para 266
Kurul halinde güveni kötüye kullanma suçu (Organuntreue).....136
Kurumlar Vergi Kanunu'nda örtülü kazanç aktarımı (KVK m.15/3,17) 114, 119, 122, 124, 156
Kurumsal vatandaşlık olgusu (Good corporate citizen).....126

L

Limited şirket ve anonim şirket organlarınca işlenen güveni kötüye kullanma suçlarında cezai sorumluluk.....136

M

Mal ve eşya kavramı 235
Mala zarar verme suçu (TCK m.151 vd).....67
Mannesmann kararı.....143
Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu (TCK m.289).....91
Mülkiyet hakkı..... 268

N

Nordbank davası 144

O

Orman Kanunu'nun 98.maddesindeki suçun, güveni kötüye kullanma suçundan farklılıkları 58
Orman Kanunundaki işgal ve faydalanma suçu..... 59

Ö

Örgüt hakimiyeti sebebiyle dolaylı faillik teorisi 433
güveni kötüye kullanma suçunda ve diğer ekonomik suçlarda uygulanabilirliği 434
Örtülü kazanç aktarımı 117
Özel hukuktaki güveni kötüye kavramı ile ceza hukukundaki güveni kötüye kullanma kavramı arasındaki farklılıklar..... 286

P

Pay sahipliğine bağlı hakimiyet..... 112

R

Rozenblum kararı..... 131

S

Schwarzen Kase (Kara Kasa) davası34
Ser.PK'daki güveni kötüye kullanma suçu (Ser.PK m.110/1-a,b,c) 104
iştirak..... 148
korunan hukuki değer..... 106
örtülü kazanç aktarımına konu hareketler 117, 123, 124, 125, 127
suça konu hareketler..... 117
suçun faili ve mağduru..... 111
suçun hukuka aykırılık unsuru ... 129
suçun maddi konusu..... 108
suçun maddi unsurları 108
suçun manevi unsurları 138

suçun özel görünüş şekilleri 148
suçun yaptırımı, etkin pişmanlık ve uygulanacak usul hükümleri ...156
Ser.PK'daki örtülü kazanç aktarıma konu hareketler 118, 121, 124
değerlendirme kriterleri 120, 122, 123, 124, 125, 126, 127
netice 128
Ser.PK'daki yazılı başvuru şartı....157, 159
Sig. K.'daki aktif azaltıcı işlem yasağını ihlal suçu (Sig.K m. 19, m. 35/17).....204
Sigortacılık Kanunu'ndaki zimmet suçu (Sig.K. m. 35/3-4) 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204
Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu (TCK m. 281/1) 424
Suç eşyasını satın alma ve kabul etme suçu (TCK m.165).....423
Suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve örgüte üye olma suçu (TCK m.220) 430
Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu (TCK m.282).....428

Ş

Şirket topluluklarında güveni kötüye kullanma suçu....129, 131, 133, 134, 135, 149, 151, 152, 154

T

TCMB K'daki Zimmet Suçu (TCMB K. m.68/II-b).....191
Telafi edici menfaat.....131, 132
Teşebbüs 411
Transfer fiyatlandırması..... 121
Trihotel davası 153
TTK'daki güveni kötüye kullanma suçuna konu olabilecek haller... 177, 178
Tüzel kişilik perdesinin aralanması 378

U

Usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyeti suçları (Ser.PK m.109/1-2)..... 161

Z

Zilyet yardımcısı..... 278
Zilyet yardımcısı- başkası için zilyet ayrımı 277, 278, 279
Zilyet- zilyet yardımcısı ayrımı 278, 279
Zilyetlik..... 268
kavramı..... 268, 269
mülkiyet kavramından farkı..... 269
Zilyetlik türleri 271
Zilyetlik türleri
asli zilyet 272
başkası için zilyet..... 276
doğrudan zilyetlik 271
dolaylı zilyetlik 271
fer'î zilyetlik..... 272
iştirak halinde zilyetlik..... 271
kendisi için zilyet 276
malik sıfatıyla zilyetlik..... 272
müşterek zilyetlik..... 271
tek başına zilyetlik 271
Zimmet suçu (TCK m.247 vd.)..... 94

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	: T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü	: SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı	: Çağatay Çınar
Tez Başlığı	: Türk Ceza Kanunu'nda Güveni Kötüye Kullanma Suçu
Savunma Tarihi	: 24 /Ekim / 2019 Saat:14.00
Danışmanı	: Prof Dr. Ümit Kocasakal

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı	İmza
1-Prof Dr. Serap Keskin Kiziroğlu	
2-Prof Dr. Ayşe Nuhoğlu	
3-Prof Dr Ümit Kocasakal	
4-Doç. Dr. Pınar Memiş Kartal	
5-Doç Dr. Sinan Bayındır	

Enstitü Müdürü
Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK