

EMNİYETİ SUIİSTİMAL SUÇU

Ar.Gör. Selman Dursun*

Giriş

“Toplumsal yaşantı yönünden en önemli değerleri özel biçimde koruma” amacı olan¹ ceza hukuku, emniyeti (güveni-itimadı) ve mülkiyeti önemli değerler olarak görmüş ve bunları emniyeti suiistimal suçu kapsamında, ceza yaptırımını öngörek korumuştur. Bu cümleden olarak adı geçen suçun “çok hukuki konulu suç” kavramına² dahil olduğu belirtilmiş olmaktadır. Bu konu, aşağıda “Korunan Hukuksal Yarar” başlığı altında tartışılacaktır.

Ceza hukukunun yukarıda belirtilen amacına uygun olarak, Ceza Kanunumuzda cürümlerin düzenlendiği ikinci kitabın, 10. babının, 4. faslında genel ve özel emniyeti suiistimal suçları düzenlenmiştir. TCK. nun 508. maddesinde, genel(asıl) emniyeti suiistimal suçu, 509. ve 511. maddelerinde özel emniyeti suiistimal suçları (açığa atılan imzanın suiistimali, kaybolmuş şeyi mal edinme) düzenlenmiştir³. Bunlardan aşağıda sadece genel emniyeti suiistimal suçu incelenecektir.

Yukarıda emniyeti suiistimal suçunun genel ve özel şeklinde yapılan ayrımı açısından bakıldığında, özel emniyeti suiistimal suçu kategorisi kapsamına giren bir başka önemli düzen-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 **İçel K./Donay S.;** *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, Genel Kısım I, İstanbul 1999, s.10.

2 **Selçuk S.;** *Dolandırıcılık (Evrimi-Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri)*, Doktora tezi, İstanbul 1982, s. 69.

3 **Bulutoğlu K.;** *Emniyeti Suiistimal Cürümleri*, İstanbul 1955, s. 4.

leme, Bankalar Kanunu'nun 22.maddesinin 3.fıkrasında yer alan suç tipidir. Bu suçun sadece banka mensupları tarafından işlenebilmesi, yani failin taşıdığı sıfat şeklindeki fazladan taşıdığı özellik unsurları nedeniyle, bu suç, özel emniyeti suiistimal suçları kategorisi içinde daha da özelleşir.

Aşağıda, suçun "Tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurluluk niteliklerine ve özel ağırlıkta olma niceliğine sahip bir eylemle ceza normunun ihlali" şeklindeki tanımına⁴ bağlı kalınarak, ancak her suçun kendi sistematiğini yaratacağı da dikkate alınarak, genel(asıl) emniyeti suiistimal suçu incelenmiştir.

Bu bağlamda söz konusu suç tipi incelenirken öncelikle suçun genel görünümü, bu kapsamda suçun Kanundaki yeri ve metni, korunan hukuksal yarar, mala karşı işlenen diğer suçlardan farkı ve suçun niteliği irdelenmiştir. Daha sonra özel olarak suç tipinin incelenmesine geçilmiş ve burada da suçun ön koşulu, tipe uygun eylem, kusurluluk ve nitelikli unsurları incelendikten sonra kısaca suçun özel oluşum biçimleri ile usule ilişkin hükümler ve cezalar açıklanmıştır. Ayrıca, mümkün olduğunca incelenen konularla ilgili Yargıtay Kararlarına da yer verilmiştir.

I. Genel Olarak

A. Suçun Kanundaki Yeri ve Metni

Kitap, bap, fasıl, madde ayrımını benimseyen TCK.nun, "Cürümler" adını taşıyan ikinci kitabının onuncu babı, "Mal Aleyhinde Cürümler"i düzenlemektedir. Bu babın dördüncü faslı "Emniyeti Suiistimal" suçlarına ayrılmıştır. Bu fasılda dört madde(508-511) yer almaktadır. Bu maddelerden 508.maddede emniyeti suiistimal cürmü ve 510.maddede cürmün cezasını ağırlatıcı sebepleri veya yeni tabiriyle "nitelikli unsurları"⁵ düzenlenmiştir. Dördüncü fasılda, emniyeti suiistimal suçu ya-

4 İÇEL K./Sokullu-Akıncı F./Özgenç İ./Sözüer A./Mahmutoğlu F.S./Ünver Y.; *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 2000, s.4.

5 İÇEL, *Suç Teorisi*, s. 89, 410.

nında başka suçlar da yer aldığından faslın başlığının "Emniyeti Suiistimal ve Benzeri Suçlar" olması gerektiği belirtilmiştir⁶. Kanaatimizce, faslın başlığı yerindedir. Ancak faslın içinde genel emniyeti suiistimal suçu ve özel emniyeti suiistimal suçları şeklinde bir ayırım yapılması yerinde olurdu.

TCK. madde 508: "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 inkar eyler veyahut tahvil ve tağyir ederse mutazarrır olan kimsenin şikayeti üzerine iki aydan iki seneye kadar hapis ve dokuz bin liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ile cezalandırılır."

B. Korunan Hukuksal Yarar

Suç teşkil eden her eylem aynı zamanda, sosyal düzenin devamı açısından korunması gereken soyut değerleri ifade eden bir "hukuksal değer"i ihlal eder. Bir hukuki değerle ilişkilendirilemeyen bir suçtan söz edilemez. Hukuki değer, hukuki konu, ya da hukuksal yarar kavramları bir suça ilişkin yasal tanımın yorumunda kullanılan en önemli araçlardır⁷. Belirtildiği gibi her suç bir hukuksal değeri ihlal ettiğine göre, hukuksal değerlerin kapsamı belirlendiğinde aynı zamanda suçun da kapsamı belirlenmiş olacaktır. Hukuksal değer ile suç kavramları üst üste gelmiş iki daireye benzetilebilir. Hukuksal değer dairesi genişlediğinde veya daraldığında onun üstündeki suç dairesi de eş zamanlı olarak genişleyecek veya daralacaktır.

Emniyeti suiistimal suçunun altındaki hukuksal değer dairesi, doktrindeki genel eğilime göre, mülkiyetten ibarettir. Başka bir ifadeyle, emniyeti suiistimal suçunun "mülkiyet hakkı" aleyhine işlenen bir suç olduğu kabul edilmektedir⁸. Buna gö-

⁶ **Elöve M. E.;** "Emniyeti Suiistimal Cürmü", *Adalet Dergisi*, Sayı:3-4,1954, s.271; **Oğuzman M. K.;** "Emniyeti Suiistimal Suçu", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:XXV, Sayı:10, 1951, s.561.

⁷ **İçel,** *Suç Teorisi*, s.87.

⁸ **Bulutoglu,** s.7; **Erem F./Toroslu N.;** *Türk Ceza Hukuku Özel Hüküm-*

re, zilyedin malik gibi davranarak, malike ait yetkileri kullanarak, malikin mülkiyetine zarar vermesi, suçun temeli olarak telakki edilmektedir.

Kanaatimizce, emniyeti suiistimal suçu ile korunan sadece mülkiyet değildir. Mülkiyetin yanı sıra bu suçta, insanların toplumsal yaşantısındaki en önemli değerlerinden, toplum olarak yaşamının yapı taşlarından olan "güven" adlı hukuksal yarar gözden kaçmaktadır. Aslında, ihlal edilen hukuksal değer mülkiyetten ibaret olduğunu savunan görüşler de güven ihlalinin tamamen göz ardı edememekte⁹, kanaatimizce suçu tek bir hukuksal değerle açıklama şeklinde kolaycılığa gitmektedirler.

Gerçekten de, zilyedin, yasal tanımında yer alan hareketleri ile malikin mülkiyet hakkı zarar görmekte ise de mülkiyet hakkından daha ileri derecede, malikin zilyed olan şahsa duyduğu güven ve dolayısıyla malikteki güven duygusu daha çok zarar görmektedir. Mala gelen zararın karşılanması, ödenecek tazminatla çok kolaydır. Fakat güven duygusunda meydana gelen hasar, manevi olduğu için, ödenecek olan parasal değer bu hasarı karşılaması çok zordur. *Bu zorluk, mağdur olan kişinin, ödenecek tazminatla malına kavuşmasına rağmen, fail zilyede aynı veya başka bir malını bir daha teslim etmemesinde açıkça görülebilir.* Böyle bir davranışın genelleşmesi halinde, toplumdaki sosyal düzenin devam etmesinin imkansızlığı ortadadır.

Doktrinde, "**çok hukuki konulu suç**" kavramı vardır. Buna göre, bir fiil kanunda suç olarak tanımlanarak, birden çok hukuksal yarar koruma altına alınabilir¹⁰. Bu durum sadece yağma gibi bileşik suçlarda değil, basit (yalın) suçlarda da söz konusu olabilmektedir. Her normun, genelde tek hukuksal yararı koruması söz konusu olduğundan ve bu suçlarda birden çok hukuksal yararın korunduğu savunulduğundan, bu tip

ler, Ankara 1994, s.568; **Dönmezer S.**; *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 1995, s.407; **Önder A.**; *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s. 409.

⁹ **Bulutoğlu**, daha ileri olarak, güven ihlalinin öne almakta ve bunu suçun vahameti açısından delil olarak göstermektedir (**Bulutoğlu**, s.74).

¹⁰ **İçel**, *Suç Teorisi*, s.87-88.

yalın suçlara "atipik suçlar" denmektedir¹¹. Ayrıca doktrinde, emniyeti suiistimal gibi yalın bir suç olan dolandırıcılık suçunda da birden çok hukuksal yararın korunduğu kabul edilmektedir¹².

Bütün bu açıklamalar ışığında; emniyeti suiistimal suçunun mülkiyeti koruması yanında güveni da koruduğu gözden kaçırılmamalıdır. Böyle bir kabul doğrultusunda, **emniyeti suiistimal suçu ile**; zilyedin, tevdi ve teslim olunan şeyi, tevdi ve teslim amacı dışında kullanması ve malik gibi davranması önlenerek, malikin mülkiyet hakkı ve aynı önleme ile malikin zilyede olan güveni, toplumsal alanda ise, güvene dayalı ilişkilerin, dolayısıyla toplumun korunması sağlanmaktadır.

C. Mala Karşı İşlenen Diğer Suçlardan Farkı

Emniyeti suiistimal suçunun, mala karşı işlenen belli başlı diğer cürümlerden farkını belirtmek, hem emniyeti suiistimal suçunun kapsamının daha iyi ortaya konması hem de emniyeti suiistimal suçunun diğer suçlardan kolayca ayrılabilmesi açısından faydalı olacaktır. Çünkü emniyeti suiistimal suçu, bazı yönlerden diğer mal aleyhine işlenen suçlara benzerlik gösterebilmekte, bu nedenle de somut olayda hangi suçun söz konusu olduğunun tespiti zorluk arz edebilmektedir.

1. Hırsızlık

Emniyeti suiistimal suçu ile hırsızlık suçu arasında büyük bir benzerlik söz konusudur¹³. Her iki suçun konusu da başkasına ait bir maldır ve her ikisinde de mülkiyet hakkı korunan hukuksal yarar açısından ortaktır¹⁴. Ancak hırsızlıkta, fail, malın zilyedi olmayıp zilyed olmaya çalıştığı halde, emniyeti

¹¹ Durigato'dan naklen **Selçuk**, s.69.

¹² **İçel**, *Suç Teorisi*, s.88, **Selçuk**, s.76.

¹³ **Erem/Toroslu**, s.567.

¹⁴ Zaten bütün mal aleyhinde işlenen suçlarda, mülkiyet, ortak olarak korunan bir hukuksal değerdir.

suiistimalde, failin malın zilyedi olması bir ön koşuldur ve fail zilyed olma zahmetine katlanmadan¹⁵ bu suçu işlemektedir. Başka bir anlatımla, emniyeti suiistimalde fail, meşru zilyed olduğu halde, hırsızlıkta böyle bir şey söz konusu değildir¹⁶.

Bu farklardan başka, yukarıda, korunan hukuksal yarar bölümündeki açıklamalar yönünden konuya yaklaşıldığında, bir fark daha ortaya çıkacaktır. Hırsızlıkta, malın tevdi edilmesi söz konusu olmadığından, faille mağdur arasında, önceden kurulmuş bir güven ilişkisi yoktur. Belki de mağdur faili hiç tanımamaktadır. Dolayısıyla, hırsızlık suçu ile sadece mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir. Oysa emniyeti suiistimal suçunda, yukarıda da belirtildiği gibi, tevdi ve teslim nedeniyle, önceden kurulmuş bir güven ilişkisi söz konusudur ve bu suçla, mülkiyet hakkının yanısıra, güven duygusu da sarsılmaktadır.

2. Yağma

Emniyeti suiistimal suçu ile yağma suçu arasında, yukarıda hırsızlık suçu ile ilgili olarak belirtilen, "zilyed olmaya çalışma" yönüyle varolan farka ek olarak, zilyed olmaya çalışmanın cebir ve şiddetle sağlanması şeklinde fark vardır. Korunan hukuksal yarar açısından ise, hırsızlıkla ilgili söylenenler yağma açısından da geçerlidir.

Yukarıdaki farkların karşısında, emniyeti suiistimal suçu ile yağma suçu arasında korunan hukuksal yararın birden fazla olması açısından bir benzerlik de söz konusudur. Yağma suçunda da, mülkiyet hakkına ek olarak, vücut dokunulmazlığı ve hatta irade hürriyeti¹⁷ korunmaktadır.

3. Dolandırıcılık

Emniyeti suiistimal suçu ile dolandırıcılık suçu arasında,

15 **Önder**, s.409.

16 **Bulutoglu**, s.10.

17 **İçel**, *Suç Teorisi*, s.88.

yukarıdaki suçlar gibi tevdi ve teslim yani zilyedlik açısından fark vardır. Fakat burada yukarıdaki iki suçtan farklı olarak, tevdi ve teslim, emniyeti suiistimal suçundaki gibi rıza ile olmaktadır. Ancak emniyeti suiistimalden farklı olarak, dolandırıcılıkta rıza, hile ve desiselerle sakatlanmış bir rızadır. Emniyeti suiistimalde ise, hile ve desise olmadan, geçerli bir rıza ile malın teslimi söz konusudur.

4. Nası ızzar

Öncelikle, emniyeti suiistimal suçu ile nası ızzar suçu arasında, malın failin zilyedliğinde bulunup bulunmaması açısından bir fark yoktur. Bu nedenle bu yönden bu iki suçu ayırmak zordur¹⁸. Her iki suç arasındaki fark, tipe uygun eylem unsuru açısından daha belirgindir. Nası ızzar suçunda, fail mala, zarar verdiği halde, emniyeti suiistimal suçunda, fail yarar sağlamaktadır¹⁹.

Kusurluluk unsuru açısından, emniyeti suiistimal suçunda, özel kast arandığı halde, nası ızzar suçunda, genel kast yeterlidir²⁰. Korunan hukuksal yarar açısından ise, nası ızzar suçu tevdi edilen şey üzerinde işleniyorsa, emniyeti suiistimal suçu ile benzerlik gösterebilir. Aksi durumda ise, hırsızlık suçu açısından belirtilen farklılık burada da geçerlidir ve sadece mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir.

D. Suçun Niteliği

1. Emniyeti suiistimal suçu, cürüm-kabahat ayırımına göre, bir cürümdür. Bu nedenle ancak kasten işlenebilir²¹.

2. Emniyeti suiistimal suçu, icrai bir hareketle işlenebilir. Ancak, "ketmetme" hareketinde olduğu gibi, ihmali bir hareketle de işlenebilir²².

18 **Bulutoğlu**, s.13.

19 **Önder**, s.409.

20 **Bulutoğlu**, s.13.

21 **Elöve**, s.271.

22 **Erem/Toroslu**, s.575.

3. Emniyeti suiistimal suçu, ani bir suçtur. Maddede belirtilen hareketlerin yapılmasıyla suç oluşur. Ancak, mütemadi olması da mümkündür²³.

4. Emniyeti suiistimal suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Bu nedenle, bütün seçimlik hareketli suçlarda olduğu gibi, aşağıda açıklanacak olan seçimlik hareketlerden biri yapıldığında suç oluşacaktır. Seçimlik hareketlerin birkaçı veya hepsi icra edilse bile, ortada tek suç olacak ve görünüşte birleşmenin bir türü olarak (ilk hareketten) sonraki eylemler cezalandırılmayacaktır²⁴.

5. Emniyeti suiistimal suçu, şekli bir suçtur²⁵. Yani hareketin yapılması ile sonuç oluşmaktadır. Hareketten ayrı olarak bir sonuç belirmemektedir.

II. Suç Tipinin İncelenmesi

A. Suçun İnceleniş Metodu

Suç; nitelik itibariyle, tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurluluk niteliklerine sahip ve nicelik itibariyle özel ağırlıkta olma niceliğine sahip bir eylemle ceza normunun ihlali olarak tanımlanabilir²⁶. Aşağıda suç tipi incelenirken genel olarak bu ayırımı bağlı kalınmakla beraber, ceza özel hukukunun kendine has metodu, suç tiplerinin kanunda ifade edilmiş tazyi gibi nedenlerle, inceleme birebir bu ayırımı tekabül etmemiştir. Örneğin, hukuka aykırılık unsuru, eylemin tipikliğinin aynı zamanda onun hukuka aykırılığı açısından karine oluşturması²⁷ ve emniyeti suiistimal suçunun bu unsur açısından bir özellik göstermemesi nedenleriyle ayrıca incelenmemiş ve ceza genel hukukundaki ilgili bilgilere atıf yapılmıştır.

²³ **Elöve**, s. 272; **Erem/Toroslu**, s.576; **Oğuzman**, s.568.

²⁴ **İçel**, *Suç Teorisi*, s.75, 472.

²⁵ **Elöve**, s.272; **Oğuzman**, s.568.

²⁶ **İçel**, *Suç Teorisi*, s.4.

²⁷ Bauman J./Weber U.; Strafrecht. Allgemeiner Teil'den naklen **İçel**, *Suç Teorisi*, s.92.

Bunun dışında, tipe uygun eylem ve kusurluluk gibi unsurlar konusunda ayrıca bir özellik göstermedikçe, ceza hukukunun genel kısmındaki gibi ayrıntılı bir incelemeye yer verilmemiştir. Gerçekten de ceza özel hukukunda bir suç tipi incelenirken yapılan açıklamalar, ceza hukukunun genel kısmındaki kavram ve kurumlar “temel” alınarak, bu temelin üstüne yapılmaktadır. Örneğin; suç tipinin kusurluluk unsuru anlatılırken, kast veya taksirle işlenebileceği belirtilir, fakat kast veya taksirin ne olduğu, özel bir durum olmadıkça ayrıca irdelenmez.

Bu nedenlerle, ceza özel hukukunda, ağırlıklı olarak suçun “tipiklik” unsuru incelenir diyebiliriz. Tipiklik unsuru da yasa metninde yer aldığı için, aslında yasa metni incelenmektedir. Bu nedenle, emniyeti suiistimal suçu ile ilgili aşağıdaki açıklamaların sistematığı, suçun yasadaki ifade ediliş tarzına göre şekillenmiştir. Gerçekte, belli başlı başlıklar dışında, her suç tipi kendi sistematığını oluşturmaktadır.

B. Emniyeti Suiistimal Suçunun Unsurları

TCK. nun 508. maddesine bakıldığında, emniyeti suiistimal suçu ile ilgili olarak iki esaslı unsur belirlenebilir. Bu unsurlar şunlardır: 1) *Şeyin tevdi ve teslim olunduğu şahsın, şey üzerinde tevdi ve teslim amacına aykırı hareketlerde bulunması*: Bu unsur suçun tipe uygun eylem unsurunu oluşturmaktadır. Tipe uygun eylem unsuru içinde de hareket alt unsuruna tekabül etmektedir. Emniyeti suiistimal suçu sonucu harekete bitişik bir suç olduğundan, ayrıca bir sonuç alt unsuru bulunmamaktadır. Burada hareketin doğal sonucu ile yetinilmiştir. Ancak burada, eylemden önce varolup, eylemin tipe uygunluğunu sağlayan vasıflardan olan bir ön koşul²⁸ mevcuttur. Failin tipe uygun eylemi gerçekleştirebilmesi için ön koşul olarak, bir şeyin faile tevdi ve teslim olunarak failin o şeye fer'an zilyed olması gerekir²⁹. O halde bu unsurdan ayrı olarak bir ön ko-

28 İçel, *Suç Teorisi*, s.21.

29 Bulutoğlu, s. 37

şul unsur ortaya çıkmaktadır. Böylelikle unsur sayısı üçe çıkmaktadır³⁰. 2) *Failin belirtilen hareketleri kasten gerçekleştirme- si*: Suçun kusurluluk unsurunu oluşturan bu unsorda, fail yetkisi olmadığını bilerek, kendisine veya başkasına menfaat temin etmek amacı ile tipe uygun eylemi gerçekleştirmelidir³¹.

1. Ön koşul: Bir şeyin tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim edilmesi

Bu unsur, “şey” ve “tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim” alt başlıklarına ayrılarak incelenebilir. Kanun metninde yer alan ve tevdi veya teslimin amacını belirten “...iade veya muayyen surette kullanılmak üzere” ibaresi, ön koşul ile ilgili olmayıp, daha çok tipe uygun eylem unsuruyla bağlantılıdır.

a) Hareketin yönelik olduğu konu : “şey”

Bu alt unsur, ön koşulun ön koşulu olarak da düşünülebilir. Çünkü öncelikle ortada tevdi veya teslim edilecek bir “şey” in bulunması gerekmektedir. Aşağıda şey alt unsuru incelenirken, öncelikle şeyin tanımı yapılmış daha sonra ise, şeyle ilgili belli başlı, özellikle sorun çıkarıcı konular incelenmiştir.

(1) Tanım

Burada söz konusu olan “şey”; üzerinde mülkiyet hakkı bulunan,³² maddi herhangi bir bünyeye sahip³³ veya doğal varlığı olan,³⁴ bir görüşe göre ekonomik değeri olan³⁵ karşı gö-

³⁰ Buradaki “unsur” ifadesi teknik anlamda değildir. Çünkü ön koşullar teknik anlamda unsur sayılmamaktadırlar. Bakınız; **İçel**, *Suç Teorisi*, s.19 ve devamı.

³¹ **Bulutoglu**, s.37.

³² **Dönmezer**, s. 413; **Erem/Toroslu**, s.569.

³³ **Bulutoglu**, s.58; **Önder**, s.409.

³⁴ **Erem/Toroslu**, s.569.

³⁵ **Erem/Toroslu**, s.569; **Önder**, s.409.

rüşe göre mutlaka ekonomik değeri olması gerekmeyen³⁶ eşya³⁷ veya objedir³⁸.

(2) Taşınırlar-taşınmazlar

Kanunumuz, hırsızlığı düzenleyen 491. maddesinde, hırsızlığın konusu olarak, "taşınır" bir maldan söz ettiği halde, emniyeti suiistimali düzenleyen 508. maddesinde böyle bir ayırım yapmadan "şey" ifadesine yer vermiştir. Sözü edilen suçun konusu açısından, taşınırlar açısından bir sorun yoksa da taşınmazlar sorun çıkarmakta ve çeşitli gerekçelerle, taşınmazların incelenen suça konu olamayacağı belirtilmektedir³⁹. Doktrinde bir yazar ise, öncelikle ileri sürülen gerekçeleri, daha sonra ülkemiz gerçeklerini tek tek irdeledikten sonra, tapusuz gayrimenkullerin emniyeti suiistimal suçuna konu olabileceğini ifade etmektedir⁴⁰. Gayrimenkullerin bu suça konu olamamasının nedenleri olarak dört neden belirtilmektedir. *Suçun geleneksel anlayışı, gerçek anlamda tevdi veya teslimin menkullerde mümkün olduğu, gayrimenkullerin tapu sicili ile korunduğu ve gayrimenkullerin kanununun başka hükümlerindeki suçlarla korunduğu gerekçeleriyle, gayrimenkullerde emniyetin suiistimal edilemeyeceği*⁴¹ ileri sürülmüştür.

Belirtilen nedenler incelendiğinde, *geleneksel anlayış gerekçesi*; eski ceza kanunlarımızda ve İslam Hukukunda menkul-gayrimenkul ayrımının olmaması, *gerçek anlamda teslim gerekçesi*; teslimin hukuken de mümkün olabilmesi, *başka suçlarla korunduğuna dair gerekçe ise*; TCK.undaki 513. ve

36 **Bulutoğlu**, s.57.

37 **Önder**, s. 409.

38 **Erem/Toroslu**, s.569.

39 **Dönmezer**, s.414; **Erem/Toroslu**, s. 568,569; **İçel K./Ünver Y.**; *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 4. Kitap, İstanbul 2000, s.1023; **Önder**, s.409; **Oğuzman**, s. 562.

40 **Bulutoğlu**, s. 55.

41 **Erem/Toroslu**, s. 568; Garçon, Art. 408 N. 19'dan naklen, **Dönmezer**, s.414; Manzini,Tratto di Diritto Penale'den naklen, **Bulutoğlu**, s. 48; **Önder**, s. 409.

516. maddelerin gayrimenkulleri yeterince korumaması nedenleriyle, bu gerekçelerin ülkemiz açısından geçerli olmadıkları sonucuna varılabilir. İleri sürülen gerekçelerin en önemlisi, *gayrimenkullerde mülkiyetin tapu 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 değildir⁴². Bu nedenle tapusuz gayrimenkuller, bu suça konu olabilirler.

Kanaatimizce; yukarıda korunan hukuksal yarar başlığı altındaki açıklamalar dikkate alındığında, yani emniyeti suiistimal suçunun, mülkiyetin yanı sıra, güveni de ihlal ettiği kabul edilirse ve tipe uygun eylem açısından buna uygun düzenlemeler yapılırsa, belirtilen sorun ortadan kalkacaktır.

(3) *Misli olan-misli olmayan şeyler*

Kanunumuz, emniyeti suiistimal suçu açısından taşınır-taşınmaz şeyleri ayırmadığı gibi, misli olan-misli olmayan şeyler ayrımını da yapmamıştır. Misli olmayan şeyler, parça olarak belirli olduklarından bu konuda herhangi bir sorun çıkmamaktadır. Burada sorun çıkaran; sayı, tartı, ölçü ile belirtilen, tek başına belirlilik özelliği olmadığı için, teslimle karşı tarafın mülkiyetine karışan misli eşyanın, özellikle paranın emniyeti suiistimal suçuna konu olup olamayacağıdır.

Ülkemiz doktrin ve uygulaması bu soruya olumlu cevap vermekte ve misli şeylerin de söz konusu suça konu olabileceğini kabul etmektedir⁴³. Buna gerekçe olarak ise; misli şey, medeni hukuk hükümlerine göre teslimle karşı tarafın mülkiyetine karıştığı için, her ne kadar şeyin mülkiyeti karşı tarafa geçse de TCK.nun 508. maddesi açısından bu kurala istisna

42 **Bulutoglu**, s.49 ve devamı.

43 **Bulutoglu**, s.64; **Dönmezer**, s.413; "Görevi nedeniyle değil, gördüğü hizmet nedeniyle başkasınca teslim edilen **parayı** kendi yararına harcayan muhtarın eylemi; zimmet suçunu değil, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur" (5. Ceza Dairesi, 30.12.1980, 4026/4370, Önder, s.410).

konulduğu belirtilmektedir. Bu istisnanın kaynağı olarak; 508. maddenin 2275 sayılı Kanunla değiştirilirken, ilgili komisyonun hazırladığı gerekçede, bu yönde açıkça belirttiği irade açıklaması gösterilmektedir. Demek ki bu halde, mülkiyet tevdi veya teslim olunan şahsa geçtiği halde, kanun koyucunun açık iradesi gereği, emniyeti suiistimal suçu işlenebilmektedir⁴⁴.

Yukarıda taşınır- taşınmaz mal ayrımı için yapılan açıklamalar, burada da geçerlidir. Emniyeti suiistimal suçunun, güven aleyhine işlenmiş bir suç olduğu kabul edildiğinde ve buna uygun düzenlemeler yapıldığında, mülkiyetin geçip geçmediğine bakılmaksızın, güven ihlali nedeniyle, misli eşya da, istisnaya gerek olmaksızın, emniyeti suiistimal suçunun konusunu oluşturabilecektir.

(4) Şeyin başkasına ait olması

Emniyeti suiistimal eden kişi şeyin maliki ise, bu suç oluşmayacaktır. Örneğin; malik, taşınır bir malını kiracıya verdikten sonra, kiracı aynı malı emanet olarak malike teslim etse ve malik bu malı iade etmezse, Kanunumuzun açıkça "...başkasına ait..." ifadesine yer vermesi nedeniyle suç oluşmayacaktır. Bu nedenle şey, gerçek veya tüzel, ancak, "başka" bir kişinin mülkiyetinde olmalıdır.

"Başkası" deyimi, müşterek mülkiyet ve iştirak halinde mülkiyet çeşitlerinde sorun çıkarır. Kısaca ifade etmek gerekirse her iki çeşit mülkiyette de maliklerden biri, o şey üzerinde, "tek başına malik" olanların yapabilecekleri eylemleri -doğal olarak tipe uygun olan eylemleri- icra ederse, emniyeti suiistimal suçu işlenmiş olacaktır⁴⁵.

44 **Bulutoglu**, s. 63, 64.

45 **Bulutoglu**, s. 39; **Önder**, s.410.

b) Tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim

Eşyanın faile tevdi veya teslim edilmiş olması, emniyeti suiistimal suçunu karakterize eden, onu ferdileştiren bir özelliktir. Bu özelliği ile emniyeti suiistimal suçu, hırsızlık suçundan ayrılmaktadır⁴⁶.

(1) Tevdi veya teslim fiilen ya da hukuken gerçekleşebilir

Tevdi veya teslimin fiilen yapılması şart değildir. Fiili teslim olmadan yapılan hukuki teslim de geçerlidir⁴⁷. Çünkü, 508. maddedeki ifade incelendiğinde, teslim konusunda fiili veya hukuki teslim ayrımının olmadığı, dolayısıyla zilyedliğin her iki nakil şeklinin de geçerli olduğu söylenebilecektir⁴⁸.

(2) Tevdi veya teslim iradi olmalıdır

Malik; bilerek ve isteyerek, yani rızası ile tevdi veya teslimi gerçekleştirmelidir⁴⁹. Ayrıca malik güven duygusu içinde ve rızası sakatlanmadan bu işlemi yapmalıdır. Bu alt unsur, emniyeti suiistimal suçunu, dolandırıcılık suçundan ayırır⁵⁰.

⁴⁶ "...rıza hilafına sökü� götürmekten ibaret olan eyleminin **özel teslim ve tevdi söz konusu bulunmaması** nedeniyle hırsızlık olarak nitelendirilmesi gerektiği gözetilmeden unsurları itibariyle oluşmayan inancı kötüye kullanmak suçundan yazılı biçimde hüküm kurulması" (11.Ceza Dairesi, 16.4.1996, 351/425, Malkoç İ./Güler M.; Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 4.Cilt, Ankara 1996, s.4501).

⁴⁷ Bulutoğlu, s. 76; Dönmezer, s. 410; Önder, s.412.

⁴⁸ Hukuken teslim hakkında bakınız, Bulutoğlu, s. 77, 78.

⁴⁹ Dönmezer, s. 408; Elöve, s. 273; Önder, s.413.

⁵⁰ Elöve, s.273; İçel, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.720; "Müştekinin **teslim iradesinin sanığın kullandığı hile ve sanialar ile elde edildiğinin** anlaşılmasına göre eylemin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu..." (11.Ceza Dairesi, 30.5.1996, 781/852); "Müştekinin **iradi tesliminin, sanığın sahte plaka kullanması ile sağlanmadığı** ve sahteciliğin ilerideki muhtemel kovuşturmadan kurtulmak amacıyla yapıldığı ve bu itibarla eylemin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma

(3) *Tevdi veya teslim bir hukuki sözleşmeye dayanmalıdır*

Tevdi veya teslim, borçlar hukuku anlamında bir hukuki sözleşme sonucu yapılmış olmalıdır⁵¹. Aslında bu unsur, yukarıda açıklanan, tevdi ve teslimin rıza ile yapılmasının doğal bir sonucudur. Çünkü sözleşmeler, rızaların uyuşması ile ortaya çıkarlar. Ancak burada, sözleşmelerin mülkiyeti nakledip nakletmemesi noktası üzerinde durulmalıdır. Mülkiyeti nakleden sözleşmelere dayalı tevdi ve teslim, emniyeti suiistimal suçunun konusunu oluşturmaz⁵². Bu sözleşmelerden, emniyeti suiistimal suçunu sonuçlayanlar arasında, en çok göze çarpmanı vedia sözleşmesidir⁵³. Ayrıca, söz konusu sözleşmelerin sınırlı sayıda olmadığı da belirtilmelidir.

(4) *TCK. nun 491. maddesinin 3. fıkrası ve emniyeti suiistimal suçu*

TCK.nun 493.maddesinin 3.fıkrasında yer alan ve hırsızla malı çalınan arasında hizmet veya bir iş yapmak veya bir yerde muvakkat olsun birlikte oturmak yahut karşılıklı nezaket icaplarından ileri gelen itimadı suiistimal neticesi olarak hırsızın siyanetine terk ve tevdi olunmuş eşya hakkında işlenmesi şeklinde ifade edilen hırsızlık suçunun nitelikli unsuru ile emniyeti suiistimal suçu arasındaki fark nedir? Bu iki suç tipi birbirinden nasıl ayırt edilecektir? Çünkü her iki durumda da tevdi olunmuş bir eşya⁵⁴ söz konusudur ve her iki suç da bu eşya üzerinde işlenmektedir.

suçunu oluşturduğu gözetilmeden dolandırıcılık kabulü.." (9.Ceza Dairesi, 4.12.1990, 3456/4186), kararlar için bakınız, **Malkoç/Güler**, s.4502, 4505.

51 **Bulutoglu**, s. 82, 83; **Dönmezer**, s. 408; **Elöve**, s. 273; **Erem/Toroslu**, s. 571; **Önder**, s. 410.

52 **Bulutoglu**, s. 7; **Dönmezer**, s. 410; **Elöve**, s. 274; **Erem/Toroslu**, s. 570; **İçel**, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s.725; Emniyeti suiistimal suçunu sonuçlayan sözleşmeler konusunda geniş bilgi için bakınız, **Bulutoglu**, s.83 ve devamı.

53 **Elöve**, s. 273.

54 Bu ayırt etme zorluğu, TCK.nun 491.maddesinin 3.fıkrasındaki "hiz-

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu konunun çözümünde çoğunlukla Eşya Hukukunun bir kavramı olan "zilyedlik" kurumu ve özellikle zilyedlik çeşitleri esas alınmaktadır. Bu nedenle kısaca zilyedlik konusuna değinmek gerekir. Bir şeye, malik sıfatıyla zilyed olma asli zilyedlik, sınırlı aynı veya şahsi hakka dayalı zilyedlik, fer'i zilyedlik olarak adlandırılmaktadır. Bunların dışında, bir şeyi, başkasına bir hizmeti ifa etmek maksadıyla elinde bulundurma, zilyedlik değil zilyed yardımcılığı şeklinde ifade edilmektedir⁵⁵. Zilyed yardımcısının eşya üzerinde aynı veya şahsi bir hakkı yoktur. Sadece, zilyede, zilyedliğini kullanması konusunda yardımcı olmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, doktrinde çoğunlukla, failin mala fer'i zilyed bulunduğu hallerde emniyeti suiistimal, fer'i zilyed olmayıp sadece zilyed yardımcısı olduğu hallerde hırsızlık suçunun sözü edilen nitelikli şeklinin oluşacağı belirtilmektedir⁵⁶. Doktrinde bir görüş ise, 508. maddenin zilyed kelimesini kullanmadığı, bu nedenle mülkiyet geçmedikçe, zilyed yardımcısının da tevdi ve teslim edilen olduğu, bu iki suç arasındaki farkın, tipe uygun eylem unsurunda olduğunu belirtmektedir⁵⁷. Buna göre zilyed yardımcısı, malı, malikin hakimiyet sahasından kendi hakimiyet sahasına geçirdiğinde fiil hırsızlık suçunu, buna karşılık, zilyed yardımcısı, malı, malikin hakimiyet sahasında, ona yardımcı olma yerine doğrudan elde bulundurursa, fiil emniyeti suiistimal suçunu oluşturur. Yine bu görüşe yakın sayılabilecek bir başka görüşe göre ise, emniyeti suiistimal suçundaki tevdide zilyedlik faile geçtiği halde, 491.maddenin 3.fıkrasında yer alan durumda, zilyedlik hiçbir şekilde faile geçmemekte, malik zilyedliğini muhafaza et-

met" ibaresi ile emniyeti suiistimal suçunun TCK.nun 510.maddesinde yer alan ve ileride incelenecek olan nitelikli şeklindeki "hizmet sebebiyle" tevdi arasında daha açık biçimde ortadadır.

55 **Oğuzman K./Seliçi Ö.;** *Eşya Hukuku*, İstanbul 1992, s. 64-65, 67; **Öz-tan B.;** *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Ankara 1998, s. 496-497; **Sirmen A.L.;** *Eşya Hukuku Dersleri*, Ankara 1995, s. 49, 52-54; **Tekinay S. S./Akman S./Burcuoğlu H./Altop A.;** *Eşya Hukuku*, Cilt:1, İstanbul 1989, s. 52-53, 63.

56 **Elöve**, s. 275; **Erem/Toroslu**, s. 572; **Oğuzman**, s. 564.

57 **Bulutoğlu**, s. 70-71.

mektedir⁵⁸. Yine bu görüşe göre, zilyed yardımcılığı halinde dahi zilyedlik fiilen nakledilmiştir ve eylem emniyeti suiistimal suçunu oluşturur.

Bu konuda bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁵⁹, burada esas alınması gereken kriter, “genel tevdi veya teslim”, “özel tevdi veya teslim” kriteridir. Bu ayrıma göre, hırsızlık suçunun sözü geçen nitelikli şeklindeki tevdi veya teslim, genel bir tevdi olduğu halde, emniyeti suiistimal suçundaki tevdi veya teslim özel bir tevdidir. Başka bir ifadeyle, nitelikli hırsızlıktaki tevdi, *fiili bir durumun sonucu olup, ortada hukuki bir tasarruf yoktur; bu tevdi tamamen objektiftir ve daha önce varolan güven ilişkisinden doğan bir durumdur*. Oysa emniyeti suiistimal suçunda ise, gerçek bir özel teslim, *hukuki tasarrufun bir sonucu olup, tevdi durumu tamamen subjektif bir nitelik taşımaktadır*. Gerçekten de emniyeti suiistimal suçunda, esas olarak korunan hukuksal yararlarından birisi de güvendir ve bu düzeyde bir güven ilişkisinin sağlanması için özel bir tevdi veya teslimin yapılması veya farklı bir deyişle, suç konusunun failin, *siyanetine değil, emanetine bırakılmış olması gereklidir*.

Yargıtay’ın ulaşabildiğimiz kararlarının çoğunluğunda, “genel-özel” tevdi veya teslim kriterini esas aldığı söylenebilir⁶⁰.

58 **Şensoy N.**; *Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar*, İstanbul 1963, s.129-131.

59 **Dönmezer**, s. 315-316; **Önder**, s. 307; Manzini, s. 182, Döndemez, Nr., 222, Kıyak F., s. 29, Alicanoğlu M., s.471’den naklen **Şensoy**, s. 129, dipnotu:232.

60 “Suçlu çobana koyunlar güdülmek üzere **hususî bir şekilde teslim edilmiş** olmasına ve hizmetçi çoban tarafından da tesellüm olunarak, hususî bir mesuliyet kabul ve deruhte edilmiş bulunmasına ve gütmek için kendisine teslim olunan koyunlardan birisini kesip yemekten ibaret olan hadisede **umumî teslim ve tevdi bulunmamasına** binaen bu muayyen koyunlardan birkaçının çoban tarafından temellük edilmesi, doğrudan doğruya *emniyeti suiistimal* teşkil eder mahiyette bulunduğu halde aksine olarak **umumî teslim ve tevdi** anasırı ihtiva eden *hırsızlık* suçu olduğunun kabul edilmesi (ve 491/3 üncü madde ile hüküm verilmesi) kanuna muhaliftir”, (**Ceza Genel Kurulu, 13.4.1936, 61/54, Şensoy**, s.130). “bir ay müddetle bekçi olarak tutulduğu mağdurun hazırlık ifadesinde tasrih edilmekle beraber toplatılmış olan pa-

Ancak bir kararında zilyedlik kriterine⁶¹ yer verdiği de görülmektedir.

(5) Tevdi veya teslim iade veya belirli şekilde kullanılmak üzere yapılmış olmalıdır

Tevdi veya teslim yukarıda belirtilen amaçla gerçekleştirilmelidir⁶². Bu amaçlar dışında, örneğin; ilerideki bir edaya karşılık tevdi veya teslim yapılmışsa ve daha sonra bu eda yerine getirilmemişse, emniyeti suiistimal suçu oluşmaz⁶³. Tevdi veya teslimin amacı bu şekilde sınırlı olmasına rağmen, tevdi veya teslimin nedeni önemli değildir. Zira kanun, "her ne namla olursa olsun teslim" den bahsetmektedir⁶⁴. Buradaki neden, sözleşme, kanun hükmü, mahkeme kararı vs. olabilir.

Teslim nedeni hukuka aykırı ise durum ne olacaktır? Aca-ba bu durumda da söz konusu suç oluşacak mıdır? Bu konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, teslim nedeni hukuka aykırı olsa dahi emniyeti suiistimal suçu oluşabilir⁶⁵. Buna karşılık

mukların sanığa **sureti hususiyede teslim edilmemiş** olmasına göre hareketin (mağdurun çiftliğinde bekçi bulunduğu sırada pamuğu alıp götürmek) 491/3 üncü maddeye uyacağı gözetilmeden yazılı maddenin (TCK.m.510) uygulanması yolsuzdur", (**4.Ceza Dairesi, 16.1.1951, 227/227, Şensoy**, s.133, dipnotu:235. Aynı dipnotta benzer şekilde bir çok karara yer verilmiştir). " (siyanete terk ve tevdi), çalınan malın **özel surette teslimi** anlamında düşünülemez. Zira bu taktirde eylemin, TCK.nun 508 inci ve müteakip maddelerinde tarifi yapılan *emniyeti suiistimal* suçunu oluşturacağı kuşkusuzdur. ...", (**Ceza Genel Kurulu, 21.6.1982, 194/285, Savaş V./Mollamahmutoglu S.**; *Türk Ceza Kanunununun Yorumu*, Cilt:4, Ankara 1999, s.5210).

⁶¹ "Sanık, müşterinin tuhafiyeye dükkanında tezgahtar olarak çalışmakta, bu itibarla suça konu mallar tüm sorumluluğu sanığa ait olmak üzere ona teslim edilmemiş ve dolayısıyla ne **zilyetliği** ne **yardımcı zilyetliği** sanığa geçmiş değildir. Sanığın eylemi, TCK.nun 491.maddesi 2.fıkrasının 3.bendinde belirtilen *mevsuf hırsızlık* suçunu oluşturur.", (**Ceza Genel Kurulu, 6.2.1995, 345/11, Savaş/Mollamahmutoglu**, s.5193).

⁶² **Erem/Toroslu**, s. 573; **Önder**, s. 413.

⁶³ **Erem/Toroslu**, s. 573.

⁶⁴ **Bulutoğlu**, s. 71; **Erem/Toroslu**, s. 570.

⁶⁵ **Bulutoğlu**, s. 118, 119; **Dönmezer**, s. 412; **Önder**, s. 413.

karşı görüş ve Yargıtay, Borçlar Kanunu'nun 20. ve 65. maddelerini gerekçe göstererek buna karşı çıkmaktadır. Sözü geçen maddelere göre, hukuka aykırı bir nedenle verilen bir malın geri alınması hukuken mümkün değildir ve mal, verenin mülkiyetinden çıkmış bulunmaktadır⁶⁶.

Kanaatimizce, bu suçla "güven" in de hukuksal yarar olarak korunduğu kabul edilirse, sorun daha kolay çözülecektir. Ortada bir tevdi ve teslim olsa da toplumsal açıdan korunması gereken bir güven ilişkisi söz konusu değildir. Çünkü malik ile tevdi veya teslim edilen şahıs arasındaki ilişki hukuka aykırı bir ilişkidir ve bu toplumsal yaşantı açısından korunması gereken önemli değerleri özel biçimde koruma amacı olan ceza hukukunun kapsamı dışındadır. Böyle bir ilişkinin korunması, toplum açısından yararlı olmayıp, zararlıdır. Çünkü aksi kabul edilip, hukuka aykırı nedenle yapılmış bir tevdi ve teslim sonucunda yapılan eylem cezalandırıldığında, emniyeti suiistimal suçu bir sözleşmeye dayandığı için, tevdi ve teslim nedeni olan sözleşmenin hukuka aykırılığı görmezlikten gelinmiş olur. Bu taktirde, hukuka aykırı işlemler adeta teşvik edilmiş olur. Çünkü, 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.

Kanundaki, "her ne namla olursa olsun" ibaresi, hukuka uygun işlemleri, fakat sınırlandırma yapmaksızın kapsar ve bu amaçla konmuştur. Yoksa, yukarıdaki ifadeye hukuka aykırı işlemler girmez⁶⁷.

(6) Tevdi veya teslimi malikin yapması şart değildir

Tevdi veya teslimi, malikin dışında bir kişi -malikin zararına (ve iradesine aykırı) olmayacak şekilde- yapsa dahi suç olu-

⁶⁶ Elöve, s. 276; Oğuzman, s. 506.

⁶⁷ Aksi fikir, Bulutoğlu, s.119.

şur⁶⁸. Kanunumuz bu konuda bir açıklık taşımasa da teslimin, malik veya başka biri tarafından yapılması arasında hiçbir fark yoktur⁶⁹.

(7) *Tevdi veya teslim edilen kişi herkes olabilir*

Kanundaki "her kim" ifadesi karşısında tevdi ve teslim edilebilecek kişi açısından bir sınırlama yoktur. Burada, tevdi ve teslim edilen kişi aynı zamanda suçun faili olmaktadır. Dolayısıyla herkes bu suçun faili olabilir⁷⁰.

Tevdi edilen kişi, memur sıfatını taşıyorsa ve tevdi, memurluk görevi nedeniyle yapılmışsa, TCK.nun 202. maddesinde yer alan zimmet suçu, görevi nedeniyle yapılmamışsa emniyeti suiistimal suçu oluşur⁷¹. Tevdi edilen kişiler, banka ile ilişkili şahıslar ise ve tevdi edilen mallar bankaya ait ise, Bankalar Kanununun 22.maddesinin 3.fıkrasında düzenlenen "özel" emniyeti suiistimal suçu oluşur⁷².

(8) *Tevdi veya teslim edilen şeyin içinden alınan şey*

Tevdi veya teslim edilen şeyin içinden bir şey alınması halinde de emniyeti suiistimal suçu oluşur. Örneğin; bir kabın emanet edilmesi zorunlu olarak içeriğinin de emanet edildiğini ifade eder⁷³.

68 **Dönmezer**, s.409; **Erem/Toroslu**, s.572 ; **Gözübüyük A. P.**; "Emniyeti Suiistimal Cürmü", *Adalet Dergisi*, 1973, s. 567; **Önder**, s. 412.

69 Majno'dan naklen **Elöve**, s. 273.

70 **Erem/Toroslu**, s.567.

71 **Dönmezer**, s. 410.

72 Bu konuda ayrıntılı bilgi için ileride incelenen "Suçun Nitelikli Unsurları" konusuna bakılmalıdır.

73 **Erem/Toroslu**, s. 573; "...emanet olarak verilen **kumbaranın içinden** para almak emniyeti suiistimaldir" (6. Ceza Dairesi, 26.4.1983, 283/3686, **Önder**, s.414).

2. Tipe uygun eylem: Tevdi veya teslim olunan şeyin “satılması/ rehnedilmesi/ sarf ve istihlak edilmesi/ ketim ve inkar edilmesi/ tahvil ve tağyir edilmesi”

a) Genel olarak

TCK.nun 508. maddesinde, failin kendisine tevdi veya teslim olunan şey üzerinde, suçun oluşması açısından yapması gereken hareketler teker teker sayılmıştır⁷⁴. Bu durum, aşağıda belirtilecek olan bazı sorunlara neden olmaktadır. Sayma sistemi, 1933 yılında, 2275 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle, 508. maddeye girmiştir. Bu değişikliğin nedeni ise, değişiklikten önceki metinde yer alan “temellük iddiasında kıyam” ibaresinin uygulamada yol açtığı sorunlardır⁷⁵.

b) 508. maddede sayılan hareketler sınırlıdır

Değişiklikten önceki metinde genel bir ibare kullanılması, değişiklikten sonra ise sayma sistemine geçilmesi, doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Bir görüşe göre, maddedeki hareketler sınırlı sayıda değildir, örnek kabilindedir. Bu görüşün gerekçesi, maddede yapılan değişikliğin, maddenin uygulama alanını daraltmak amacıyla değil genişletmek için yapıldığıdır⁷⁶. Çoğunluk görüşüne göre ise, maddede sayılan hareketler sınırlıdır⁷⁷. Gerekçe olarak ise, kanunun sarıh olduğu ve bu nedenle kanun koyucunun amacını araştırmaya gerek olmadığı, kanun koyucunun örnek kabilinden belirtmek istemesi halinde “gibi” şeklinde bir ibare kullanması gerektiği gösterilmektedir.

Kanaatimizce, her ne kadar bu suçla korunan hukuksal yararın mülkiyet yanında güven olduğu ve bu nedenle güveni

74 **Dönmezer**, s. 414; **Erem/Toroslu**, s. 573.

75 **Dönmezer**, s. 414; **Elöve**, s. 276, 277; **Önder**, 414; yapılan değişikliğin geniş eleştirisi için bakınız, **Bulutoglu**, s.121 ve devamı.

76 **Önder**, s. 415.

77 **Bulutoglu**, s. 127; **Dönmezer**, s. 415; **İçel**, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 1014.

ihlal edici bütün hareketlerin anılan suçu oluşturması gerektiği savunulabilirse de Kanunumuzda yer alan ifade ve "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" dikkate alındığında, çoğunluk görüşüne katılmak gerekir. Kaldı ki maddenin açıklığı karşısında yorum yapılacak bir durum yoktur. Aksi savunulsa ve yorum yapılması gerektiği ileri sürülse bile, ceza hukukunda, kanunilik ilkesinden kaynaklanan, "ceza kurallarının olanak ölçüsünde dar yorumlanması" kuralı vardır⁷⁸.

c) Satmak

Tevdi veya teslim olunan şeyin satılması halinde suç oluşacaktır⁷⁹. Bu konuda da bir tartışma söz konusudur. Hukukumuzda, satış sözleşmesi ile mülkiyet geçmemektedir. Menkullerde ayrıca teslim işlemi yapılmalıdır. Burada tartışmaya konu olan, teslim olmadan yapılan satış sözleşmesinin, mülkiyet geçmediği için, emniyeti suiistimal suçunu oluşturup oluşturmadığıdır. Çoğunluk görüşü, teslimin yapılmasının şart olduğunu savunur⁸⁰. Buna karşılık azınlıkta kalan görüşe göre ise, satışın yapılması yeterlidir. Bu görüş, satış sözleşmesi ile fer'i zilyedin güvenilir bir kişi olmadığına ortaya çıktığını ve zararın fiilen gerçekleşmesinin gerekmediğini, gerçekleşme ihtimalinin güçlü olması halinde de zararın oluştuğunu gerekçe göstermektedir⁸¹.

Kanaatimizce, korunan hukuksal yarar konuyu aydınlatacaktır. Emniyeti suiistimal suçu ile güvenin korunduğu kabul edilirse, ikinci görüş tercih edilecektir. Buna karşılık suçun sadece mülkiyet aleyhine işlendiği düşünülürse, mülkiyetin geç-

⁷⁸ Donnedieu de Vabres, no:98 den naklen, **İçel/Donay**, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 122.

⁷⁹ "Şikayetçinin ücret vererek öğüttürüp geri getirmesi için çiftçi olan sanığa teslim ettiği buğdayların bir bölümünü, sanığın kendi hesabına **satmasından** oluşan eylemine TCK.nun 508. maddesi uygulanmalıdır." (**Ceza Genel Kurulu, 3.12.1984, 9-212/414, Yargıtay Kararları Dergisi**, Nisan 1985, Cilt: XI, Sayı :4, s. 568).

⁸⁰ **Bulutoglu**, s. 135; **Dönmezer**, s. 415; **Elöve**, s. 287; **Oğuzman**, s. 567.

⁸¹ **Önder**, s. 416.

mesi gerekli olduğundan birinci görüşe katılmak gerekecektir. Azınlıkta yer alan görüş, bu suçu sadece mülkiyet aleyhine işlenebilen bir suç saydığı halde⁸² burada güven ihlalini gerekçe göstermesi, söz konusu suçu, zorunlu olarak, "çok hukuki konulu suç" olarak kabul ettiğini gösterir. Kanaatimizce, ilgili konuda tartışıldığı gibi, emniyeti suiistimal suçu, mülkiyetin yanında güveni de ihlal eden bir suçtur. Bu nedenle burada satış sözleşmesinin yapılmasını, suçun oluşması için yeterli saymak gerekir.

d) Rehnetmek

Sayma sistemini seçen kanunumuz, tevdi veya teslim olunan şeyin rehnedilmesini de seçimlik hareketlerden biri olarak kabul etmiştir. Hukukumuzda, satım işleminde olduğu gibi rehin işleminde de istisnalar hariç olmak üzere⁸³ sözleşme ve teslim birbirinden ayrıdır. Bu nedenle yukarıda satımla ilgili tartışmalar burada da aynen geçerlidir.

e) Sarf ve istihlak etmek

Bu tabirlerden, tevdi ve teslim olunan şeyin, kullanma suretiyle miktar veya değer yönünden sarf edilmesi, yani *harcanması* ve istihlak edilmesi, yani *tüketilmesi* anlaşılmalıdır⁸⁴. Sarf ve istihlak, manevi ve kısmi de olabilir⁸⁵. Yargıtay, ne miktar kullanmanın sarf ve istihlak sayılacağı konusunda, taktir yetkisini, oldukça geniş kullanmaktadır. Doktrinde bir yazarın belirttiği gibi, kanunumuz ne miktar kullanmanın sarf ve istihlak olarak kabul edileceği noktasında oldukça tehlikeli bir müphemiyet (belirsizlik) arz etmektedir⁸⁶. Kanunilik ilkesi nazara alındığında, bu görüşe katılmamak mümkün değildir.

82 Önder, s.409.

83 Bulutoğlu, s. 136.

84 Dönmezer, s.415.

85 Bulutoğlu, s.136; "Sarf ve istihlakin teslim edilen şeyin mahiyetine veya tamamına taalluku meşrut olmayıp **manevi ve kısmi** sarf ve istihlakin de..." (4. Ceza Dairesi, 27.6.1945, 6647/6734, Elöve, 282).

86 Bulutoğlu, s. 137.

f) Ketim ve inkar etmek

Ketim ve inkar, şeyin, tevdi ve teslim olunduğu şahsın, böyle bir tevdi ve teslimin olmadığını açıkça beyan ve iddia etmesidir⁸⁷. Ketim ve inkar, başkasının malında mülkiyet iddiasının en açık ve bariz şeklidir⁸⁸. Suç, malın teslimi anında değil, iade isteminin reddi anında meydana gelir⁸⁹.

Bu hareketi diğer seçimlik hareketlerden farklı kılan husus; diğer hareketlerin mal üzerinde *doğrudan* girilen hareketler olmalarına karşılık, burada mağdur, tevdi ve teslim olunan şeyin iade zamanında, şeyin iadesini ihtar ettiği halde, fail açıkça veya zımni olarak bu teklifi reddettiği için *dolaylı* olarak suç teşekkül etmektedir⁹⁰.

g) Tahvil ve tağyir etmek

Maddede belirtilen seçimlik hareketlerden beşincisi tahvil ve tağyirdir. Tahvil; tevdi ve teslim olunan şey yerine, diğer bir şeyi, değiştirerek koymaktır. Tağyir ise; tevdi ve teslim olunan şeyden alınan bir kısım yerine, diğer bir şeyi koyarak, şeyin vasfını değiştirmek manasına gelir⁹¹. Tahvil ve tağyir neticesinde, mutlaka bir değer azalmasının oluşması gerektiği doktrinde belirtilmektedir⁹². Oysa, daha önce belirtilen görüşümüzün devamı olarak, güven de korunan hukuksal yararlarından biri olduğuna göre, değer azalması oluşturmayan tahvil ve tağyir de güveni ihlal edebileceğinden bu halde de suç oluşacaktır.

87 **Dönmezer**, s. 416; **Önder**, s. 417.

88 **Elöve**, s. 283; **Oğuzman**, s. 568.

89 **Elöve**, s. 283.

90 **Bulutoglu**, s. 137, 138.

91 **Önder**, s.417.

92 **Bulutoglu**, s.139; **Erem/Toroslu**, s. 575.

h) Özel olarak iade etmeme ve başka şekilde kullanma hareketlerinin incelenmesi

508. madde, ifadesine, "iade veya muayyen surette istimal" etmek üzere tevdi ve teslim edilen bir şeyden söz ederek başlamasına karşılık, devamında adı geçen şey üzerinde yapılabilecek hareketleri sayarken, "iade etmeme ve muayyen suretin dışında istimal etme" hareketlerine yer vermemiştir.

Maddede sayılan hareketler sonuçta, iade etmeme veya başka bir suretle kullanma manasına gelseler de bu hareketlerin dışında, sadece kullanma ve sadece iade etmeme halinde ne olacağı hakkında maddede açıklık yoktur. Doktrinde, başka surette kullanma, şeyin değerinde azalma meydana getirmesi şartıyla sarf ve istihlak hareketine⁹³, sadece iade etmeme ise, dolaylı olarak inkar hareketine⁹⁴ sokulmaktadır.

Kanaatimizce; kanun koyucunun, başlangıçta tevdi ve teslim edilen şeyin, tevdi ve teslim amacını belirtmesi(iade veya muayyen surette istimal), daha sonra meydana gelebilecek ihlalleri belirtirken, sadece başta belirtilen tevdi amacına aykırı davranılmasını hareket unsuru olarak belirtmesi yeterli iken, sayma yoluna başvurusu⁹⁵, emniyeti suiistimal suçunun sa-

93 **Dönmezer**, s. 416; **Erem/ Toroslu**, s. 574; **Önder**, s. 417.

94 **Erem/ Toroslu**, s. 574. "... Uyuşmazlık konusu: Kayhan Travel Agency'den kiraladığı arabayı **iade etmeme suretiyle emniyeti suiistimal suçunu işleyen** sanığın, bu arabayı sahte belgelerle satması nedeniyle, sahte hususi evrak tanzim etmek suçundan mahkumiyetine karar verilmesi (gerekip) gerekmediği, başka deyişle sanığın eyleminin iki ayrı suç oluşturup oluşturmadığı hususudur. Sanık kiraladığı otomobili iade etmemiştir. Bu şekilde elinde tuttuğu arabayı kendi ihtiyacında kullanmaya devam etmesi, rehnetmesi, başkasına satması, imha etmesi mümkündür. Bütün bu hallerde sadece emniyeti suiistimal suçunu işlemiş sayılacaktır. Ancak, sanık böyle yapmamış, sahte evrak düzenleyerek bu arabayı satmak suretiyle ayrı ve bağımsız bir suç işlemiştir..." (Ceza Genel Kurulu, 7.8.1985, 9-115/440, **Savaş/Mollamahmutoglu**, s. 5539).

95 İade etmeme hareketi ile ilgili olarak Erem, "... Zira böyle hadiselerde fail malı ne saklamakta, ne de inkar etmektedir. Maddenin yazılışında filleri tek tek sayma, usulünün mahzurlarından biri de budur. Halbu-

dece mülkiyeti ihlal ettiği, dolayısıyla bir zararın bulunması gerektiği şeklindeki düşünceden kaynaklanan bir yanıdır. Oysa emniyeti suiistimal suçunun, güveni de ihlal ettiği kabul edildiğinde, tevdi ve teslim amacına aykırı bütün hareketler, emniyeti suiistimal suçunu sonuçlayacaktır.

Ayrıca, bütün normlarda olduğu gibi, ceza normunda da bir mantık silsilesi vardır. *Büyük önerme* ile kural konur, *küçük önerme* ile büyük önermeye yapılabilecek aykırılık belirtilir ve *sonuçta* da yaptırıma yer verilir. 508. madde, büyük önerme olarak, tevdi veya teslim edilen şeyin iade edileceği veya belli şekilde kullanılacağı önermesini koyduğu halde, küçük önerme olarak, buna yapılabilecek aykırılığı, yani "tevdi ve teslim olunan şey iade edilmezse veya farklı şekilde kullanılırsa" demesi gerektiği halde, olması gereken küçük önerme ile dolaylı olarak bağ kurulabilecek bir küçük önermeye yer vermiş, yukarıdaki asıl küçük önermeden -büyük önermede yer verdiği halde- hiç bahsetmemiştir. Dolayısıyla büyük önermedeki ifade ile sonuç arasında, arada olması gereken küçük önerme yer almadığından, mantıksal bağ kurulamamakta, dolayısıyla ceza verilememektedir. Bu açıdan da bakıldığında maddenin, yazım ve daha önemlisi içerik açısından başarılı bir düzenleme olmadığı açıktır.

Bu konuda son olarak, "iade de gecikme" hareketine de değinmek gerekir. Belirtmek gerekir ki, sadece iadede gecikme emniyeti suiistimal sayılmamakta, sözkonusu gecikmenin, temellük iradesinden ileri geldiğinin anlaşıldığı hallerde emniyeti suiistimal suçunun oluşacağı kabul edilmektedir⁹⁶.

ki emniyeti suiistimal suçu ile cezalandırmak istenilenler arasında emanet alınanın iade edilmemesi başta gelir." ifadelerini kullanmıştır (**Faruk Erem**; *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, Cilt: III, Ankara 1993, s. 2477.

⁹⁶ Bouzat'tan naklen **Erem**, s. 2476. "... Bu genel açıklamalardan sonra, sanığın gerçekleşen eylemi yeniden değerlendirildiğinde; suç konusu mobiletin sanık tarafından "satılması", "rehin edilmesi" ve "sarf ve istihlak edilmesi", "ketim ve inkar edilmesi", "tahvil ve tağyir edilmesi", söz konusu olmadığı gibi **iadede gecikmenin "temellük iradesi"nden ileri gelmediği**, bu haliyle eylemin kira alacağına dayanan bir hukuki

3. Kusurluluk: özel kast

Suçun yapısal unsurları olan, tipe uygun eylem, hukuka aykırılık, kusurluluk unsurlarından, tipe uygun eylem unsuru yukarıda incelendi. Hukuka aykırılık unsuru ise, daha önce de belirtildiği gibi, eylemin tipikliğinin, onun hukuka aykırılığı açısından karine oluşturması ve emniyeti suiistimal suçu ile ilgili özel bir durum olmaması nedeniyle ayrıca incelenmeyecektir. Burada, üçüncü yapısal unsur olan kusurluluk unsuru, ceza özel hukukunun çerçevesinde incelenecektir.

Emniyeti suiistimal suçu, bir cürüm olduğu için ve aksi ayrıca belirtilmediği için TCK.nun 45. maddesine göre ancak kasten işlenebilir. Bu nedenle fail, yukarıda sayılan tüm unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir. Örneğin; şeyin başkasına ait olduğunu, şeyi iade etmesi veya belli şekilde kullanması gerektiğini bilmelidir⁹⁷. Sözü edilen suçun kasten işlenebileceği belirtilirken kanun koyucunun bir tercihi ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, emniyeti suiistimal suçu fiili olarak, taksirle de işlenebilir. Ancak kanun koyucu, taksirle gerçekleşen eylemi cezalandırma ihtiyacı duymamış⁹⁸, kasten işlenen eylemleri suç olarak kabul etmiştir.

Burada basit kast yeterli olmayıp, *kast-amaç ilişkisinin* veya *özel kast*⁹⁹ adıyla anılan kastın bulunması gerekir. Bu suçta, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan bir düşünce olarak amaç; failin kendisine veya başkasına, maddede sayılan hareketleri gerçekleştirerek, bir menfaat sağlamasıdır. Hemen belirtmek gerekir ki bu sadece bir amaçtır. Dolayısıyla gerçekte,

ihtilaf niteliğinde kaldığı...” (Ceza Genel Kurulu 10.10.1983, 6/234, 329, Savaş/Mollamahmutoglu, s. 5544-5545); “... sanık cezaevi çatısında çıkan çinko levhaları kendisine ait olduğu kanısıyla götürdüğünü ve iade edeceğini belirtmiş olmasına göre, **iadede gecikme halinde yüklenilen suçun yasal unsuru bulunmamaktadır**. Eylem Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesine aykırı olup, hukuki niteliktedir.” (Ceza Genel Kurulu, 7.11.1988, 9-338/441, Savaş/Mollamahmutoglu, s. 5603).

97 Erem/Toroslu, s. 576.

98 Önder, s.419.

99 Kavram için bakınız, İçel, Suç Teorisi, s. 238- 239.

menfaatin sağlanmış olması aranmaz¹⁰⁰. Menfaat temini maksadı yoksa, örneğin, fail emanet malı açıkta bıraksa, telef olmaya terk etse, kanunumuz özel kast aradığı için emniyeti suiistimal suçu oluşmayacaktır. Ancak, koşulları varsa nası ızzar suçu oluşabilir¹⁰¹.

Kanunun dolandırıcılık suçunu düzenleyen 503. maddesindeki ifadenin aksine, bu suç açısından sağlanmak istenen menfaatin, haksız olması aranmamıştır¹⁰². Bunun yanında menfaatin ekonomik nitelikte olması da gerekmez; manevi, duygusal bir menfaat de olabilir. Elde edeceği parayı, bir hayır kurumuna bağışlamak için, emanet şeyi satan kimsenin fiili emniyeti suiistimal suçunu oluşturacaktır¹⁰³.

Bu konuda son olarak, söz konusu suç açısından genel kastın yerine özel kast aranmasının yerinde olup olmadığına değinmek gerekir. Kanaatimizce, olması gereken hukuk açısından, savunduğumuz görüşle bağlantılı olarak, emniyeti suiistimal suçunun güveni de koruduğu kabul edildiğinde, genel kast yeterli olmalıdır. Fail, şeyin başkasına ait olduğunu ve bunun yanında şeyi iade etmesi veya belli şekilde kullanması gerektiğini bilmesi gerektiği gibi¹⁰⁴, tipik eylemleri de yine bilerek ve ayrıca iradesi ile yani isteyerek gerçekleştirmelidir. Nitekim, bazı Avrupa Devletleri kanunlarında genel kast yeterli sayılmıştır¹⁰⁵. Kaldı ki fiilen taksirle dahi işlenebilmesi mümkün

¹⁰⁰ **Bulutoğlu**, s. 146,147; **Dönmezer**, s. 418, **Erem/Toroslu**, s. 576; **Gözübüyük**, s. 568; **Oğuzman**, s. 568; **Önder**, s. 418.

¹⁰¹ **Bulutoğlu**, s. 147; "... Sanıkların hac seyahatı nedeniyle yaptıkları anlaşma dışı masraflardan paylarına düşen miktarları müştekilerden istemeleri üzerine çıkan anlaşmazlıktan ötürü pasaportları iade etmemelerinden, bu pasaportlardan **şahsi ve haksız yarar sağlama kastı** ve diğer unsurlar da bulunmadığından inancı kötüye kullanmak suçu oluşmamıştır." (6. Ceza Dairesi, 19.2.1975, 760/959, **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s. 5552).

¹⁰² **Erem/Toroslu**, s.577; aksi fikir için bakınız, **Önder**, s. 418.

¹⁰³ **Erem/Toroslu**, s. 577.

¹⁰⁴ Sayılan hususlar suçun ön koşulunu oluşturmaktadırlar ve tipik eylemden önce varolan bu koşullar failce bilinmelidirler (**İçel**, *Suç Teorisi*, s.21).

¹⁰⁵ Bu devletler için bakınız, **Bulutoğlu**, s.146.

olan¹⁰⁶ fakat kanun koyucunun takdiri neticesinde kastla işlenebilen bir suçta, ayrıca bir amacın aranması hukuksal yararın korunma alanını oldukça daraltmaktadır. Burada önemli olan, tevdi ve teslim olunan şeyin, yani emanetin korunması sağlanarak, mülkiyet hakkının güvence altına alınması ve toplum açısından ise insanlar arası ilişkilerdeki güven duygusunun sağlanmasınıdır. Amaç bu olunca, failin bunu ihlal ederken taşıdığı amacın bir önemi yoktur.

4. Suçun nitelikli unsurları

Suç genel teorisinde, ağırlatıcı-hafifletici neden ayırımından vazgeçilmekte, bunun yerine kanunlarda suçun basit şekli belirtildikten sonra nitelikli şekline ilişkin unsurlara yer verilmektedir¹⁰⁷. Biz de buna uygun olarak, yukarıda emniyeti suiistimal suçunun basit şekline ilişkin unsurları açıkladıktan sonra, aşağıda suçun nitelikli şekline ilişkin açıklamalarda bulunacağız.

Suçun nitelikli unsurlarını iki grupta toplayabiliriz. Bunlardan birinci grubu, TCK.nun 510. maddesinde belirtilen ve sadece emniyeti suiistimal suçuna mahsus olan unsurlar oluşturmaktadır. İkinci grupta ise, TCK. nun 522. maddesi ve 524. maddesinin 2.fikrasında belirtilen ve bütün mal aleyhine işlenen suçlar açısından ortak olan nitelikli unsurlar yer almaktadır.

a) TCK. nun 510. maddesinde yer alan nitelikli unsurlar

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

Buradaki nitelikli unsurlar, diğer gruptakilerden farklı ola-

¹⁰⁶ Önder, s.419.

¹⁰⁷ İçel, Suç Teorisi, s.410.

rak, emniyeti suiistimal suçunun daha çok güveni koruma yönüyle bağlantılıdır. Dikkat edilmelidir ki güvenin ön planda olduğu bütün bu durumlarda, suçun basit şekline oranla daha fazla ceza verilmektedir. Bu unsurlar da üç gruba ayrılarak irdelenebilir.

(1) Failin işlevsel sıfatı

Başta belirtmek gerekir ki bu unsurun, suçun nitelikli unsuru olarak maddede yer almasının nedeni, bu sıfatı taşıyan kişilere daha fazla güven duyulmasıdır. Bu nitelikli şeklin oluşması için, şeyin, faile, failin *meslek ve sanatı sebebi* ile veya *emanetçi sıfatı* nedeniyle teslim edilmiş olması gerekir. Bundan önce olarak, failin, meslek ve sanat sahibi olması veya emanetçi sıfatını taşıması şarttır¹⁰⁸. Bunun ölçüsü, failin bu işleri, geçimini temin için yapmasıdır¹⁰⁹.

Yukarıda belirtilenlerden daha önemli olarak, tevdi veya teslimin, faile işlevsel sıfatı nedeniyle yapılması gerekir. Aksi halde, meslek ve sanat sahibi olma veya emanetçi sıfatı taşıma, tek başına suçun nitelikli şeklinin oluşumu için yeterli değildir¹¹⁰.

(2) Tevdi veya teslim olunan şeyin niteliği

Teminat olarak verilen şeyler üzerinde emniyeti suiistimal suçu işlendiğinde, tevdi ve teslim olunan şeylerin belirtilen nitelikleri gereği¹¹¹, suçun nitelikli şekli oluşacaktır. Tevdi ve

¹⁰⁸ Bulutoğlu, s. 155.

¹⁰⁹ Bulutoğlu, s. 155; Önder, 423.

¹¹⁰ Bulutoğlu, s. 156; Dönmezer, s. 419; Erem/Toroslu, s. 577; Oğuzman, s. 569; Önder, s.423, "Otelin resepsiyon görevlisi olan sanığın, müşterinin otelin garajına bıraktığı otoyolu alarak kullanması, otonun kendisine gördüğü **görev sebebiyle** teslim edilmemiş bulunması sebebiyle hırsızlık teşkil eder." (6. Ceza Dairesi, 25. 11. 1980, 7229/7322, Yargıtay Kararları Dergisi, Nisan 1981, Cilt:VII, Sayı:4, s.513).

¹¹¹ Erem/Toroslu, s. 577.

teslim olunan kişinin sıfatı ne olursa olsun, tevdi ve teslim edilen şeyler "teminat" niteliğini taşıyorsa suçun nitelikli unsuru gerçekleşir.

Tevdi ve teslim olunan şeyin teminat niteliği taşıyabilmesi için, öncelikle temin ettiği bir borç ilişkisi olmalıdır¹¹². Borçlu borcunu vadesinde ödemezse, alacaklı İcra ve İflas Kanunu'na göre, teminatı paraya çevirip alacağını tahsil eder. İşte, vadeden önce veya vadede fakat borçlu borcunu ödemediğinde, alacaklı adı geçen teminat üzerinde emniyeti suiistimal suçunu oluşturan eylemleri gerçekleştirirse suçun nitelikli şekli ortaya çıkacaktır.

(3) *Tevdi veya teslimin hukuksal kaynağı*

Bu grupta, tevdi ve teslimin; *ticaret, hizmet ve idare etme* hukuksal sebepleriyle gerçekleştirilmesi halini içeren nitelikli unsurlar yer almaktadır. Burada da özellikle teslimin hukuksal kaynağının *ticaret* olmasında, güven hukuksal değeri, mülkiyetten önce gelmektedir¹¹³.

Ticari sebeple teslim olunan şey üzerinde işlenen emniyeti suiistimal suçunun nitelikli olabilmesi için, fail veya mağdurun tacir olması gerekmez. Tevdi veya teslimin ticari amaçla yapılması yeterlidir¹¹⁴.

Hizmet sebebiyle tevdi ve teslim olunan şeyler üzerinde işlenen emniyeti suiistimal suçu da suçun nitelikli şekline vücut verir. Aradaki hizmet ilişkisi, iş, nakliye, istisna, vekalet ve benzeri sözleşmelerden kaynaklanabilir¹¹⁵. Bu nitelikli unsur

112 **Bulutoğlu**, s. 159; **Önder**, s.425.

113 Aynı kanaatte, **Bulutoğlu**, s.158.

114 **Bulutoğlu**, s. 158; **Önder**, s.424.

115 **Bulutoğlu**, s.158; **Önder**, s. 424; "Sanığın vekalet veren (müvekkil olan) şikayetçi adına icra dairesinden aldığı (tahsil ettiği) parayı şikayetçiye vermemekle oluşan eylemi, **hizmet nedeniyle** güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur." (4. **Ceza Dairesi**, **23.9.1988**, **5080/5688**, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Aralık 1989, Cilt:XV, Sayı:12, s.1784).

açısından iki konu doktrinde tartışmalıdır. Bunlardan birincisi, hizmetin, ücretli olmasının gerekip gerekmediğidir ki Yargıtay ve bir kısım doktrin, hizmetin ücretli olmasının gerekli olduğu¹¹⁶, karşı görüş ise, ücretli olmasının gerekli olmadığı¹¹⁷ fikrindedir. Tartışılan ikinci konu, hizmet ilişkisinin sürekli olmasını gerekip gerekmediğidir. Bu noktada doktrin, sürekliliğin gerekmediğini savunmakta, Yargıtay ise, sürekliliğin şart olduğunu kabul etmektedir¹¹⁸.

Kanaatimizce, bu konuda da korunan hukuksal yarar sorunu çözecektir. Bu suçun güveni de koruduğu kabul edildiğinde, buradaki nitelikli unsur, aradaki hizmet ilişkisi nedeniyle bu ilişki taraflarının arasındaki güvenin, diğer ilişkilere oranla daha fazla olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, nitelikli unsura vücut verecek güven fazlalığı, hizmet ilişkisinin ücretli ve sürekli olması durumlarında daha belirgindir.

İdare amacıyla tevdi veya teslim olunan şeyler üzerinde emniyeti suiistimal suçu işlendiğinde de suçun nitelikli şekli oluşacaktır. Buna örnek olarak; idare için tayin olunan vekil, mümessil, şirket genel müdürü ve benzeri idari yetkiye sahip kişilere, söz konusu amaçla teslim edilen şeyler üzerinde bu kişilerin işledikleri emniyeti suiistimal suçu gösterilebilir.

Bu başlık altında son olarak, tevdi veya teslimin hukuksal kaynağının *hizmet veya idare* etme olmasının yanında, tevdi veya teslim olunan kişilerin *memur* ya da *banka görevlisi* sıfatını taşımaları durumuna değinmek gerekir. Sözü edilen sebeplerle tevdi veya teslim olunan kişi, memur sıfatını taşıyorsa,

116 **Bulutoğlu**, s. 159.

117 **Dönmezer**, s. 420.

118 **Bulutoğlu**, s.159; **Dönmezer**, s. 420; "...sanıkla mağdur arasındaki bu hizmet ilişkisi geçici olup kısa bir sürede tamamlanan ve sürekli olmayan bir ilişkidir. Hizmet ilişkisini TCK.nun 510. maddesi "meslek veya ticaret veya hizmet sebebiyle" şeklinde kabul etmektedir. Bu kabule göre **hizmet ilişkisinin sürekli olması gerekmektedir.**" (**Ceza Genel Kurulu, 3.12.1984, 9-21/414, Yargıtay Kararları Dergisi, Nisan, 1985, Cilt:XI, Sayı:4, s.570**).

emniyeti suiistimal suçu değil, özgü suçların¹¹⁹ tipik örneği olan zimmet suçu oluşacaktır.

Tevdi edilen kişi *banka görevlisi* ise durum biraz daha özellik göstermektedir. Bu durumla ilgili olarak, Bankalar Kanunu'nun 22.maddesinin 3. ve 10. fıkraları birlikte dikkate alınmalıdır. Buna göre, banka görevlilerinin tevdi veya teslim olunan şey üzerindeki maledinme hareketleri, söz konusu 22.maddenin 3.fikrasında yer alan ve TCK.nun 202.maddesindeki zimmet suçunun bir kopyası olan özel emniyeti suiistimal suçunu oluşturur. Ancak bu norm, aynı maddenin 10.fikrasındaki ifade gereği¹²⁰ "sarih ve nispi yardımcı norm"¹²¹ niteliğindedir. Yani başka kanunlarda örneğin TCK.nda, daha ağır cezayı gerektiren bir norm varsa, 3.fikradaki bu norm yardımcı normun sonralığı ilkesi¹²² gereği uygulanmayacaktır. Banka görevlilerinin maledinme şeklindeki eylemleri, genel emniyeti suiistimal suçunun, TCK.nun 510.maddesindeki hizmet veya idare amacıyla tevdi veya teslim şeklindeki nitelikli unsuruna da vücut verebilir. Ancak, TCK.nun 510.maddesindeki ceza ile

119 Özgü suçlar için bakınız, **İçel**, *Suç Teorisi*, s.90-91.

120 **Bankalar Kanunu'nun 22.maddesinin 10.fikrası**: "Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failer hakkında **en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi** uygulanır".

121 Bu kavram için bakınız, **İçel**, *Suç Teorisi*, s.459, 471 ve devamı. Bankalar Kanunu'nun 22.maddesinin 10.fikrasındaki hüküm dikkate alındığında, Bankalar Kanunu'ndaki suçları düzenleyen bütün hükümlerin "sarih ve nispi yardımcı norm" niteliği taşıdığı söylenebilecektir. Bu konuda EREM/ALTINOK/TANDOĞAN, bu hükmün eski 3182 sayılı Bankalar Kanunu'ndaki karşılığı olan 86.madde ile ilgili olarak, " Bu hüküm, genel kuralın (TCK.m.79) tekrarından ibarettir. Ceza hukukunda "fikri içtima" ismini alan müesseseye ait bu hükme genel kural sebebiyle ihtiyaç yoktu. ..." ifadelerini kullanmıştır (**Erem F./Altınok A./Tandoğan H.**; *Bankalar Kanunu Şerhi*, Ankara 1989, s.363). Kanımızca, diğer genel kuralları tekrar etmeyen Kanundaki bu hüküm, gereksiz bir tekrar olmayıp, Bankalar Kanunu'ndaki normların, duruma göre yardımcı norm olarak geri çekilmesini sağlamak içindir. Nitekim ERMAN da bunun gereksiz bir tekrar olmadığını, kanunlar ihtilafı meselesine çözüm getirdiğini belirtmiştir (**Erman, S.**; *Bankacılık Suçları*, İstanbul 1984, s. 128-129).

122 **İçel**, *Suç Teorisi*, s.459.

Bankalar Kanunu'nun 22.maddesinin 3.fikrasındaki ceza karşılaştırıldığında, Bankalar Kanunu'ndaki cezanın daha ağır olduğu ortadadır. Dolayısıyla, yardımcı norm, nispi olma özelliğini göstererek, burada yerini asal norma bırakmamakta ve bu gibi durumlarda Bankalar Kanunundaki hüküm uygulanmaktadır.

Buna karşılık *kamu bankaları* için aynı şey söylenemeyecektir. Çünkü kamu bankaları görevlilerinin Bankalar Kanunu'nun 22.maddesinin 3.fikrası kapsamındaki eylemleri, TCK.nun 202.maddesinin son fıkrası¹²³ gereğince de cezalandırılmaktadır. Bankalar Kanunu'nun 22.maddesinin 10.fikrası gereği, her iki hükmün öngördüğü ceza karşılaştırıldığında, bu defa TCK.nda yer alan normun cezasının daha fazla olduğu görülecektir. Bu durumda, Bankalar Kanunu'nun 22.maddesinin 3.fikrasında yer alan ve yardımcı norm durumundaki hüküm, yerini TCK.nun 202.maddesinin son fıkrasına bırakacaktır¹²⁴.

b) TCK.nun 522. maddesinde ve 524. maddenin 2. fıkrasında yer alan nitelikli unsurlar

Burada irdelenecek olan nitelikli unsurlar, sadece emniyeti suiistimal suçuna özgü olmayıp, bütün mal aleyhine işlenen suçlar için geçerli olan unsurlardır.

(1) Suç konusunun değeri

TCK. nun 522. maddesinde¹²⁵ yer alan bu nitelikli unsur

¹²³ **TCK.nun 202.maddesinin son fıkrası:** "Bu fiiller kamu bankaları aleyhine işlenmişse faile verilecek ceza üçte bir oranında artırılır."

¹²⁴ Bu noktada TCK.ndaki hükmün Bankalar Kanunu'ndaki hükme oranla özel norm niteliği taşıdığı ve bu nedenle özel normun önceliği ilkesinden hareketle bir sonuca varılması gerektiği düşünülebilir. Kaldı ki bu olayda, sözü edilen düşünceye göre de varılacak sonuç aynı olmakta ve TCK.ndaki hüküm uygulanmaktadır. Ancak bir normun yardımcı norm olduğu tespit edildikten sonra bunun karşısındaki normun özel veya genel norm olmasının bir önemi olmadığı da ifade edilmektedir (**İçel**, *Suç Teorisi*, s.461).

¹²⁵ **TCK.nun 522.maddesi:** "Onuncu babta beyan olunan cürümlerin işlen-

gerçekleştiğinde, verilecek ceza, suçun konusunun değerine göre artırılabilir gibi, Kanunun deyimiyile eksiltilebilir. Buna göre, suçun konusu olan şeyin, cürüm işlendiği sıradaki değeri, hakimin takdirine göre, "pek fahiş" ise, suçun nitelikli şekli gerçekleşir ve daha fazla ceza verilir.

Buna karşılık, tevdi ve teslim olunan şeyin, cürmün işlendiği sıradaki değeri, yine hakimin takdirine göre, "hafif veya pek hafif" ise verilecek temel ceza indirilir. Ancak suçun bu nitelikli şeklinin ön koşulu sayılabilecek bir durum söz konusudur. Buna göre ceza indiriminin söz konusu olabilmesi için, fail aynı neviden suçlardan biri ile mükerrir olmaması gerekir. Buradaki "aynı nev'i" unsuru TCK.nun 86.maddesine göre belirlenecektir. Yargıtay da bu görüştedir¹²⁶.

Açıklanan nitelikli unsurlar, emniyeti suiistimal suçunun, mülkiyeti koruma yönüyle daha fazla ilintilidirler. Ancak, güven duygusundaki hasarın da şeyin değerine göre değişebileceği söylenebilir.

(2) Mağdurun kimliği

TCK.nun 524.maddesinin 2.fıkrasında¹²⁷ belirtilen şahıslar aleyhine işlenen emniyeti suiistimal suçu da niteliklidir. Bu nitelikli unsur gerçekleştiğinde, aşağıda da değinileceği üzere,

mesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mahsus olan cezayı yarısına kadar artırır ve eğer hafif ise yarısına ve eğer pek hafif ise üçte birine kadar eksiltir. Kıymet tayini için cürmün mevzuu olan şeyin yahut vaki zararın cürmün işlendiği zamandaki kıymeti nazarı dikkate alınır. Yoksa failin istihsal eylediği menfaat hesap edilmez. Eğer fail aynı nev'iden olan cürümlerden dolayı mükerrir bulunur veya bu babın ikinci faslında yazılı cürümlerden birini işlemiş olursa cezayı tenkise mahal yoktur."

126 Önder, s.492.

127 **TCK.nun 524.maddesinin 2.fıkrası:** "Haklarında ayrılık kararı verilmiş olan karı veya kocanın yahut faille beraber bir dam altında yaşamayan erkek veya kız kardeşin veya faille beraber bir dam altında yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede sıhri akrabasının zararına olarak işlenmiş ise fail hakkında takibat icrası şikayete bağlıdır. Bu taktirde failin göreceği ceza üçte bir miktar azaltılır."

gerek TCK.nun 508.maddesinde düzenlenen ve şikayet koşulu aranan emniyeti suiistimal suçunda gerekse 510.madde yer alan ve takibat için şikayetin aranmadığı nitelikli unsurlarda, 524.maddenin birinci fıkrasında herhangi bir ayırım yapmadan "...dördüncü...fasıllarında...beyan olunan cürümler: ..." ifadesinin yer alması ve özel norm olması nedeniyle şikayet koşulu aranır. Şikayet sonucu kovuşturma yapıldığında daha az ceza verilir.

Bu nitelikli unsurun Kanunda yer almasının nedenini, yukarıdaki nitelikli unsurlarda olduğu gibi mülkiyet veya güven hukuksal değerleriyle açıklamak zordur. Belki bu kişiler arasında işlenen emniyeti suiistimal suçunun, toplumsal anlamda güven ve mülkiyet kavramlarını fazla ihlal etmediği ileri sürülebilir. Ancak asıl sebep, sözü geçen hukuksal değerlerden daha üstün, bazı sosyal mülahazaların düşünülmesidir.

C. Suçun Özel Oluşum Biçimleri

1. Suça teşebbüs

Emniyeti suiistimal suçu, şekli bir suç olduğu için¹²⁸, yani hareket yapıldığında sonuç da gerçekleştiğinden ya da başka bir deyişle, sonucu harekete bitişik bir suç¹²⁹ olduğundan, bu suça tam teşebbüs mümkün olmayıp bazı hallerde eksik teşebbüs mümkün olabilir¹³⁰. Fakat niteliği gereği, ketim ve inkar ile sarf ve istihlâk eylemlerinde teşebbüs mümkün olmadığı belirtilmiştir¹³¹.

128 **Oğuzman**, s.568.

129 **İçel**, *Suç Teorisi*, s. 67, 351.

130 **Bulutoğlu**, s. 133; **Oğuzman**, s. 568; **Önder**, s. 420.

131 **Bulutoğlu**, s.130; aksi fikir olarak, sarf ve istihlak eylemlerinde teşebbüsün mümkün olduğu görüşü için bakınız, **Erem/Toroslu**, s. 576. "Sanığın kız kardeşleri Meliha ve Mediha'ya verilmek üzere müdahil N.'den aldığı hamiline keşide edilmiş iki adet çeki, adları geçenlere vermeyerek muhatap bankaya ibraz ettiği ancak bankadaki hesapta karşılıklarının bulunmaması nedeniyle ödemenin yapılamadığı oluş ve kabilinden anlaşılmasına göre sanığın işlemeyi kast ettiği emniyeti suiisti-

2. Suç ortaklığı

Suç ortaklığı şekillerinden olan faillik ve şerikliğin¹³² bütün çeşitleri emniyeti suiistimal suçunda gerçekleşebilir. Emniyeti suiistimal suçunun, ortaklaşa (müşterek) faillik şeklinde işlenebilir. Yeter ki; suçun işlenişinde ortak hakimiyet kurulsun ve birlikte suç işleme kararı bulunsun¹³³. Buna göre, şeyin tevdi ve teslim olunduğu şahıstan, şeyin başkasına ait olduğunu bilerek satın alan şahıs, şeyi satan şahısla birlikte, suç ortaklaşa (müşterek) fail olarak işlemiştir. Bu suça, bağlılık ilkesi çerçevesinde şerikliğin çeşitleri olan azmettirme, yardımda bulunma (maddi-manevi) mümkündür.

3. Suçların birleşmesi

Esas itibariyle emniyeti suiistimal suçunda, suçların birleşmesinin bütün çeşitlerinin gerçekleşmesi mümkündür. Buna göre failin, birden fazla kişinin kendisine teslim ettiği şeyler üzerinde¹³⁴ veya bir kişinin değişik nedenlerle teslim ettiği birden çok şey üzerinde tasarrufta bulunması hallerinde diğer koşulları da varsa, yani bu suçlar arasında zincir kurulabiliyorsa *zincirleme suç söz konusu olur.*

mal cürmünü, ihtiyarında olmayan mani sebepler yüzünden cürmün husulüne muktazi filleri tamamlayamadığı ve bu surette suçun **eksik teşebbüs** aşamasında kaldığı gözetilmeden, ..." (6. Ceza Dairesi, 11.4.1984, 31/2946, Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 5550).

132 Bu başlık altında kullanılan kavramlar için bakınız, İçel, *Suç Teorisi*, s. 370 ve devamı.

133 İçel, *Suç Teorisi*, s. 371 ve devamı; "Oluşa ve kapsamına göre, mağdur Bekir Yozgat'ın çobanı olan sanık Aziz Ulutürk'ün sürüden bir koyun satması için diğer sanık Duran Çolak'ın sürüsüne kattığı, bu sanığın da Bekir'e ait olduğunu **bildiği** koyunu satarak Aziz'in fiiline **iştirak** ettiği anlaşılmalı..." (11. Ceza Dairesi, 29.5.1996, 890/834, Malikoç/Güler, s. 4502).

134 "Köy çobanı olan sanığın, kendisine **emanet edilen hayvanlardan** bir kısmını satmaktan ibaret olan eylemi, bir suç işleme kararını icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün birkaç kez ihlali niteliğinde olduğu gözetilmeden **TCK.nun 80.maddesi** yerine..." (6. Ceza Dairesi, 31.5.1983, 1634/5062, Önder, s. 421).

Seçimlik hareketli bir suç olarak emniyeti suiistimal suçunda daha çok rastlanabilecek olan suçların birleşmesi çeşitli görünüşte birleşmedir. Buna göre fail, kendisine tevdi ve teslim olunan şeyi, önce inkar etse, daha sonra bunları satsa veya rehnetse ortada birden fazla emniyeti suiistimal suçu varmış gibi görünür. Çünkü önceki ve sonraki eylemler aynı suçu sonuçlamaktadır. Ancak suçlardaki bu çokluk, belirtildiği gibi görünüştedir ve aslında tek bir emniyeti suiistimal suçu vardır. Burada görünüşte birleşme çeşitlerinden, tüketen-tüketilen norm ilişkisi söz konusudur ve önce gerçekleştirilen eylem (örneğin inkar eylemi) sonraki eylemleri tüketmektedir ve inkar eylemi ile birlikte suç gerçekleşmektedir. Bundan sonraki, satma ve rehnetme eylemleri cezalandırılmayan sonraki eylemler olarak kabul edilir¹³⁵.

D. Usuli Hükümler ve Cezalar

1. Usuli hükümler

TCK. nun 508. maddesinde "mutazarrırın şikayeti" ifadesine yer verilerek, emniyeti suiistimal suçunun temel şekli, şikayete bağlı tutulmuştur.

Acaba buradaki "mutazarrır" ibaresi neyi ifade etmektedir? Doktrinde çoğunluk, bunu suçun bir unsuru olarak görmektedir¹³⁶. Oysa 508. maddede bu yönde bir açıklık yoktur¹³⁷. Kanaatimizce, buradaki ibare, sadece şikayet hakkı olan kişiyi belirlemek için kullanılmıştır. Yani usuli bir ifadedir. Nitekim, maddedeki ifade akışının bunu haklı çıkarmasından başka, bütün şikayete bağlı suçlar açısından şikayetten vazgeçmeyi düzenleyen ve usuli bir hüküm olan TCK. nun 99. maddesinde de "suçtan zarar gören" ifadesine yer verilmiştir. Bununla, suçtan maddi veya manevi bir menfaati ihlal olunan kimse kastedilmektedir. Aksi halde, 99. madde genel bir hüküm olduğuna

¹³⁵ İçel, Suç Teorisi, s. 469.

¹³⁶ Bulutoğlu, s. 143; Dönmezer, s. 417; İçel, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 710, 717, 1019; Önder, s. 417.

¹³⁷ Dönmezer, s. 417; Önder, s. 417.

göre, bütün şikayete bağlı suçlarda zararın bir unsur olduğu neticesi çıkar.

Ayrıca, emniyeti suiistimal suçu, sonucu harekete bitişik bir suç olduğundan "zarar"ı ayrı bir unsur olarak aramaya gerek de yoktur. Görüşümüze göre, emniyeti suiistimal suçu, mülkiyetin yanında güveni de koruduğu için burada, mağdurun güven duygusunun ihlali, kanunumuzun herhangi bir ayırım yapmaması karşısında, manevi bir menfaatin ihlali olarak suçtan zarar gören olmak için yeterli sayılabilir.

TCK.nun 510. maddesinde yer alan nitelikli unsurlarda ise, resen kovuşturma yapılır. Bu madde dahi, emniyeti suiistimalde zararın ayrı bir unsur olmadığını gösterir. Çünkü burada, zararın unsur olduğuna ilişkin görüşün dayanak yaptığı, "mutazarrırın şikayeti" ifadesi yer almamaktadır. Suçun temel şekli ile nitelikli şekli arasında, fazladan yer alan nitelikli unsurlar dışında, asıl unsurlar açısından fark olmaması gerekir. Aksi halde temel-nitelikli şekil ayrımı değil, iki ayrı suç söz konusu olur. Daha önce de belirtildiği gibi, mağdurun kimliğinden kaynaklanan ve TCK.nun 524.maddesinin 2.fikrasında yer alan nitelikli şekilde ise, kovuşturma için şikayet şarttır.

2. Cezalar

Suçun temel şeklinde, iki aydan iki seneye kadar hapis ve belli miktarda ağır para cezası verilir. TCK.nun 510. maddesinde belirtilen nitelikli şekilde ise, bir seneden beş seneye kadar hapis cezası hükmolunur. Bundan başka TCK.nun 522.maddesinde yer alan nitelikli unsurların gerçekleşmesi halinde ise, verilecek ceza malın değerine göre artırılır veya azaltılır. Son olarak Kanunun 524.maddesinin 2.fikrasındaki durumda ise, verilecek ceza üçte bir azaltılır. Bunlardan başka söz konusu suça verilebilecek cezalar kapsamında, faal nedamet ve cezasızlık hali gündeme gelebilmektedir. Aşağıda bunlara ayrıca değinilecektir.

a) Faal nedamet

Buradaki "faal nedamet" kavramı, tam teşebbüsten vazgeçmeyi ifade etmek için kullanılan faal nedamet kavramı değildir. Burada suçun tamamlanmasından sonra, failin aktif olarak gösterdiği pişmanlık anlatılmak istenmektedir¹³⁸.

Buna göre, takibat icrasına başlamadan önce veya takibata başladıktan sonra fakat mahkemeye gitmeden önce fail, tevdi ve teslim olunan malı, iade eder veya iade mümkün değilse tazmin ederse, cezanın indirileceği, Kanununun 523.maddesinde belirtilmektedir¹³⁹. Belirtilen indirim sebebinin konuluş amacı konusunda, zararın tazmini¹⁴⁰ ve failin nedameti¹⁴¹ şeklinde iki ayrı görüş ileri sürülmüştür. Yargıtay her iki yönde de fikir belirtmiştir¹⁴². İkinci görüş gerekçe olarak; 523.maddenin takibat öncesi ve sonrası şeklinde ayırım yapmasını gösterir ve amacın zararın tazmini olması halinde böyle bir ayırımın gereksizliğinden bahseder.

Görüşümüze göre, korunan hukuksal yarar burada da devreye girer. Emniyeti suiistimal suçunun sadece mülkiyeti koruduğu kabul edildiğinde, zararın tamamının karşılanması halinde, cezada indirim yerine cezalandırmama yolunu tutmak gerekir. Çünkü korunmak istenen yarardaki ihlal, iade veya tazmin ile karşılanmaktadır. Oysa Kanunumuz, bu halde dahi sadece indirimi kabul ederek, emniyeti suiistimal suçu ile-bu arada bütün mal aleyhine cürümlerde- sadece mülkiyet hakkı-

¹³⁸ İcel, Suç Teorisi, s. 362, dip notu: 209.

¹³⁹ **TCK.nun 523. maddesi:** "Bu babın... dördüncü ... fasıllarında... beyan olunan cürümlerden birini işleyen kimse kendi hakkında bir guna takibat icrasına başlanmadan evvel aldığı iade eylerse yahut işlenen failin mahiyetine ve sair ahvale nazaran red ve iade kabil olmadığı taktirde mutazarrırın zararını tamamen tazmin ederse göreceği ceza üçte birden üçte ikiye kadar indirilir. Eğer bu red ve iade veya tazmin hususu takibat esnasında fakat işin mahkemeye verilmesinden evvel vuku bulursa failin göreceği ceza altıda birden üçte bire kadar indirilir..."

¹⁴⁰ Dönmezer'den naklen **Bulutoğlu**, s. 162.

¹⁴¹ **Bulutoğlu**, s. 162; **Oğuzman**, s. 572.

¹⁴² **Bulutoğlu**, s. 162.

nın korunmadığını, bunu yanında özellikle emniyeti suiistimal suçu açısından güvenin de korunduğunu dolaylı olarak kabul etmektedir. Çünkü, güven, manevi bir değerdir ve maddi bir karşılıkla tamamen karşılanması mümkün değildir. Maddi karşılama, olsa olsa cezada indirim sağlar.

b) Cezasızlık hali

Kanunun, 524.maddesinin birinci fıkrasında¹⁴³ belirtilen kişiler aleyhine işlenen, emniyeti suiistimal suçunun gerek temel gerekse nitelikli şekilleri, cezalandırılmaz.

¹⁴³ **TCK.nun 524. maddesinin 1. fıkrası:** "...1. Haklarında ayrılık kararı verilmemiş karı-kocadan birinin , 2. Usul ve fîrudan yahut bu derece sıhri akrabağan birinin veya analık, babalık veya evlatlığın, 3. Faille beraber birdam altında yaşıyan erkek veya kız kardeşin zararına olarak işlenmiş olursa fail hakkında tatbikat icra olunmaz."