

GENEL OLARAK MAMELEKE KARŞI İŞLENEN SUÇLAR

YAZAN :
Francesco ANTOLISEI

ÇEVİREN :
Doç Dr. Uğur ALACAKAPTAN

ÖZET : 1. Giriş - 2. Mamelek Kavramı - 3. Eşyanın ayrımı - 4. Şeyin Başkasına Aidiyeti - 5. Zarar - 6. Menfaat - 7. Ceza Hukukunda Zilyedlik - 8. Kanaatımız - 9. Mameleke Karşı İşlenen Suçların Sınıflandırılması - 10. Mameleke Karşı İşlenen Suçlarda Müeyyide Noksanlığı.

1. Giriş :

Mameleke karşı cürümler kanunun İkinci Kitabının son babı olan Onüçüncü Bab'da toplanmışlardır (1).

1889 tarihli kanun, bu suç zümresini, «mülkiyete karşı cürümler» şeklinde cezalandırmaktaydı; fakat, teklifi yapan Adalet Bakanı bile, «mülkiyet» deyiminin, yalnız mülkiyet hakkını değil, zilyedlik ve her çeşit aynî haklar ile alacak haklarını içine alacak surette geniş bir şekilde anlaşılması gerektiğini ifade ederek, başlıktaki isabetsizliğin farkına varmıştı. Bu sebeple, üzerinde duracağımız hususlardan da anlaşılacağı gibi, söz konusu tecrimlerde, istisnasız olarak, mameleki meydana getirmekte olan bütün değerler korunmakta, bugünkü kanunu hazırlayanların getirdikleri bu uslûb farkı, hiç şüphesiz bir gelişmenin ifadesi olmaktadır.

(1) Bak. SANTARO : *La tutela penale del patrimonio*, in *Studi Economico - Giuridici dell'Università di Cagliari*, 1935, s. 49 ve mü. - ANGELOTTI, *I delitti contro il patrimonio*, *Trattato di Florian*, 1935, - DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, *Lezioni Universitaire*, 1931. Mameleke karşı suçlarla ilgili genel problemler, PETROCELLI'nin şu kıymetli monografisinde de incelenmişlerdir : *Cappropriazione indebita*, 1933.

Kanunun söz konusu babında yer alan suç şekillerinin mameleke karşı işlenen bütün suçları kapsadığı sanılmamalıdır. Başka baplarda da, başka menfaatlerle ilgili olmakla beraber, mamelekle ilgili menfaatleri ihlâl eden suçlara rastlanmaktadır. Amme (Devlet) idaresi aleyhine işlenen cürümlerden rüşvet (Mad. 314) ile Aile Nizamı Aleyhindeki cürümler arasında yer alan, reşid olmayan çocuğun, sagirin veya eşinin mallarının zimmete geçirilmesi (Mad. 575 f. 2, n. 1) örnek olarak gösterilebilirler. Çok kuvvetli bir fikre göre, 16 Mart 1942 tarih ve 267 sayılı iflâs Kanunu tarafından derpiş edilen (Mad. 216 ve mü.) hileli iflâs da mameleke karşı işlenmiş bir suçtur (3).

Kanunun ikinci kitabının onüçüncü babı dışında mamelekî suçların varlığı gerçeği yalnız inkârı gayri kabil olmakla kalmayıp, kanun tarafından da açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır. Gerçekten, kanun, önemli mamelekî zararlar hakkındaki genel ağırlaştırıcı sebebi (Mad. 61, n. 7) ve aynı cinsten çok hafif zararlar hakkındaki cezayı azaltıcı sebebi öngörürken, mameleke karşı cürümler yanında, «her ne suretle olursa olsun mameleki ihlâl eden» cürümlere açıkça işaret etmektedir.

Diğer taraftan, söz konusu babda yer alan suçların yalnız mamelekî menfaatleri haleldar ettiğini ileri sürmek de yanlışdır. Bunlar arasında yağma (Mad. 628), gasp (Mad. 629), adam kaldırmak (Mad. 630), gayrimenkul zilyedliğinin cebren ihlâli (Mad. 634) gibi aynı zamanda kişi güvenlik ve hürriyetini ihlâl edenler de vardır.

Mameleke karşı suçlarla ilgili etüdlerde ve özellikle, özel hukuktan gelen mamelek, şey, zilyedlik, vaziüyedlik v. s. gibi kavram ve terimler konusunda, doktrinde iki fikir cereyanı arasında bir çatışma belirmiştir. Bunlardan, özel hukuk-

(2) Relazione al Re sul Codice Zanardelli, n. XCIII.

(3) Krsz. LONGHI : *La bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, in enciclopedia giuridica di Pessina, Cilt. XIV, 1913, sah. 484 ve *DELITALA, Contributo alla determinazione giuridica del reato di bancarotta*. Rivista del Diritto Commerciale, 1926, Sah. 438 ve mü.

çu (privatistica) denilen birincisi, menşelerini özel hukukta bulan terimlere verilecek anlamların münhasıran bu hukuk dalından çıkarılması gerektiğini, çünkü, ceza hukukunun, hukukun diğer dallarına has müesseselerin esasında bir değişiklik yapamayacağını ve özel hukukun normal himayesine, kendi özel himayesini eklemekle yetinmek zorunda olduğunu ileri sürmektedir (4). Autonomist adı verilen ikinci cereyan ise, ceza hukukunun esas itibarile, özel hukuk tarafından düzenlenen müesseselerle meşgul olduğu zaman, onlara bağımsız bir tarza yeniden şekil verdiğini, bu sebeple, adı geçen müesseselerin bağımsız bir anlam kazandıklarını, hiç olmazsa muhtar bir hüviyete büründüklerini iddia etmektedir (5).

Özel hukukçu cereyan, ceza hukukunun müeyyideci karakteri (Krsz. Parte Generale, n. 18) veya medenî hukukun, özel hukuk müesseseleri ile terimlerinin anlamını tâyin yetkisi gibi son derece münakaşalı görüşlerden hareket etmekle yarılmıştır. Bu cereyan, bizim hukuk dalımızın kendine has gereklerinin, özel hukuk tarafından tanımlanmış bulunan kavramların oldukları gibi kabulüne engel olabileceği hususunu nazara almamaktadır.

Diğer yönden, mamelek, zilyedlik v. s. gibi kavramların ceza hukukunda, medenî hukuka has olanlardan daima ayrı anlam taşıdıkları da ileri sürülemez; çünkü, böyle bir iddia apriorizm ile malûl olur.

Bize göre, bir yorum meselesi söz konusu olduğu için, problem, her olayda, yani, her kavram için ayrı ayrı çözülmeye

(4) ROCCO : *L'oggetto del reato*, 1913, Sah. 53, not. 11 - LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, FLORIAN'ın *Trattato*'sunda, 1935, sah. 173 ve mü. ANGELOTTI de (op. cit. s. 167 ve mü.) bu görüşe katılmaktadırlar.

(5) Bu cereyana dahil olan yazarlar arasında, MARCIANO, *Il titolo del codice penale*, 1926, I, sah. 39 - GREGORI, *L'elemento «possesso» nel furto e nell'appropriazione indebita*, in «*Il pensiero giuridicopenale*» 1931, sah. 304 - PETROCELLI, *Institutive termini del diritto privato nel diritto penale*. *Annali*. 1932, sah. 1199 ve mü. *riprodotto in saggi di diritto penale*, 1952, sah. 295 ve mü. - MAGGIORE, *Diritto Penale*, Vol. II. tom. II, 4. bası, 1950, sah. 917 ve NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, 1942, sah. 42 mü. yi hatırlıyoruz.

lidir. Hareket noktası, ilgili müesseseleri bünyesinde topla-
yan özel hukuk tarafından üzerinde çalışılmış ve kabul edil-
miş kavramlar olmalıdır. Bununla beraber, bu kavramların
uygulanmasından doğan sonuçların uygun olup olmadıkları-
nın anlaşılması için ceza hukukunun çeşitli kurallarının işi-
ği altında denenmeleri gerekir. Şayet, böyle bir deneme, özel
hukuk kavramlarının tam manasile ve sert bir şekilde uygu-
lanmalarının, tecrim edici kuralların amacı ve ceza huku-
kunun kendine has gerekleriyle çatışma halinde bulunan so-
nuçlara götürdüğünü ortaya koyacak olursa, ceza hukukçu-
su, bu çeşit sonuçları önlemek için kaçınılmaz olan değişik-
likleri (genişletme ve daraltma) adı geçen kavramlara getir-
mek imkânına sahip olmakla kalmayıp buna mecburdur da...

Ceza hukukçusu, bu şekilde hareket etmekle, özel hukuk
alanını istilâ yahut şu veya bu müessese hakkında yeni bir
anlayış icad etmiş olmayıp, yalnız, terimin ceza hukuku çer-
çevesi içinde özel bir anlam alması gerektiğini teyid etmiş
olur. Bu, hiç bir şekilde keyfi veya anormal sayılamaz; çün-
kü, kanunun, hukuk düzeninin bazı kural ve bölümlerinde
belli kelimelere, teknik dildeki veya gündelik dildeki anlam-
larından farklı bir anlam verdiği hallere oldukça sık rastla-
nır.

2. Mamelek Kavramı :

Herkesin bildiği gibi, bir kişinin aktif ve pasifinin bütü-
nü mamelektir. Bunun için, şeylerin ve borçtan ayıklanmış
alacakların bütünü olan safi mamelekle bu ayıklamadan ön-
ceki aktif tutarının meydana getirdiği gayri safi mamelek
ayrılmaktadır.

Tamamen hukukî bir görüş açısından, mamelek, genel
olarak, bir kimseye ait ve iktisadî bakımdan değerlendirilme-
si mümkün hukukî münasebetlerin bütünü olarak tanımla-
nır. Özel hukukla meşgûl olanlar (6), burada, eşyanın bütü-

(6) KRŞZ. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, Parte Generale, 4.
bası, 1929, sah. 252 - FERRARA, *Trattato di diritto civile ita-
liano*, 1921, sah. 865 - DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto ci-
vile*, 6. bası, sah. 205.

nünden çok, münasebetlerin, yani, hak ve vecibelerin bütünü-
nün söz konusu olduğunu söylemekte, fakat, adı geçen mü-
nasebetlerin iktisadî bir değer taşıyan, bu itibarla parayla de-
ğerlendirilebilen şeyler ve sair değerlerle ilgili olması gerek-
tiği hususunu da belirtmektedirler.

Özel hukukçular tarafından belirtilen kavram ceza hu-
kuku bakımından da hüküm ifade etmekle beraber, bu alan-
da bir vuzuha ihtiyaç vardır. Gerçekten, iktisadî veya nakdî
değer kriterinin, cezacılar tarafından, özel hukukçu cereya-
nın anladığı dar anlamda kabul edilmesi mümkün değildir.

Şüphesiz, bizim hukuk dalımız da, genel kanaata göre,
ekonomik bakımdan değersiz sayılan şeyler, mamelekin bir
parçası, dolayısıyla, özel himayesine konu olarak mütalea et-
memektedir. Gerçekten, hiç kimse, bir kimsenin, kendine ait
olmayan bir üzüm tanesini, bir iğneyi veya paslanmış bir çi-
viyi temellük etme fiilini hırsızlık saymağı aklından geçirmez.
Bu husus üzerinde hiç bir ihtilâf yoktur. Mamafih, sevilen
bir kimseye ait bir tutam saç veya mektup, dini bir resim ve
hatta şans getiren eşya (iki kuyruklu kertenkele, dört yap-
raklı yonca v. s.) gibi, mübadele değeri bulunmayan bir şe-
yin, sahibi nezdinde manevî bir değeri varsa, mameleke ta-
mamen yabancı olarak mütalea edilmesi mümkün değildir.
Gerçekten, son derece açık sebepler yüzünden, bu çeşit eşya-
nın, bunları muhafazada yalnız hissî de olsa bir menfaati bu-
lunan zilyedinin elinden hiç bir müeyyideyle karşılaşmaksı-
zın çekilip alınabileceğini kabul etmek imkânsızdır. Bundan
çıkarılacak sonuç şudur ki, ceza hukuku bakımından mame-
lek, mübadele değerinden yoksun olmakla beraber, manevî
bir değer taşıyan eşyayı da içine alır.

Bu açıklamayı yaptıktan sonra, yalnız bütün aynı hakların-
değil, fakat alacak haklarının da mameleke dahil oldukları
anlaşılmıştır. Diğer yönden, zilyedliğin de mameleke dahil
olduğu hususunda bir ihtilâf olamaz. Zaten doktrinimizde de
böyle, bir ihtilâf ortaya çıkmamıştır. Beklenen kazançlar,
yani, meşru bir kazançla sonuçlanacak durumlar vesilesile
bir iki şüphe belirmiş bulunmaktadır. Tazminet konusu ile
ilgili olarak, yoksun kalınan kârı tâyin etmek için hukuk ta-
rafından nazara alınan bu beklenen kazançların da hukuken

korundukları düşünülecek olursa, şüpheyi olumlu bir anlamda gidermek gerekir.

Hukuka aykırı bir şekilde edinilmiş değerler de, hemen hemen ittifakla kabul edildiği üzere, bunlara zilyedliğin (örneğin, hırsızın zilyedliği) hukuk düzeni tarafından belli bir sınıra kadar korunmakta oluşu sebeble mameleke dahil sayılırlar.

Buna karşılık, insanın kişiliği ile çok sıkı bir bağlantı halinde olduğu için üretim kapasitesi, yani, iş kuvvetinin mameleke dahil bulunmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Hukukî bir temele dayanan iddialar ve evveleminde, örneğin, karaborsada icra edilmiş mukaveleden doğanlar gibi hukuka aykırı iddiaların mameleke dahil olmadıkları konusunda hiç bir şüphe yoktur.

Söylediklerimizden, cezaî himayenin konusu olarak (7) mamelekin hukukî mi yoksa ekonomik bir mahiyet mi taşıdığı şeklindeki tartışmalı problemin birinci anlamda çözülmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Gerçekten, hukukî anlayışın, beklenen kazançları mamelek dışında bıraktığı iddiası doğru değildir; çünkü, görüldüğü gibi, bunlar da, yoksun kalan kârın tazmini vasıtasile hukuk tarafından korunmaktadır. Diğer yöden, ekonomik anlayış (concezione economica) kabulü mümkün olmayan sonuçlara götürmektedir. Bu anlayışa göre, başkasının taşınabilir bir malını eline geçirerek, onun yerine hiç değilse aynı değerde bir şey bırakan kimse- nin fiilinde hırsızlığın unsurlarının mevcut olmadığı kabul edilmek gerekir. Sonuç olarak, üzerinde durmakta bulunduğumuz cürümlerin özünü teşkil eden mameleke tecavüz vakı- ası, mamelekî bir münasebete ve özellikle, konusu ya ekonomik ya hissî bir değer olan münasebete müdahale eylememek mecburiyetinin ihlâl edildiği her olayda vukua gelmiş olacaktır.

Bilindiği gibi, hukuk düzeni, bazı hallerde ve belli amaç- larla, mameleki organik bir ünite (universitas iuris) şeklin-

(7) Mesele, özellikle alman doktrinde tartışılmıştır. Krşz. HIRSCH- BERG, *Der Vermögensbegriff im Strafrecht*, 1934, sah. 271 ve mü. İtalyan doktrini için bak. ANGELOTTI, *op. cit.* sah. 39, ve mü.

de mütalea eder ve kendisini meydana getiren haklardan ayrı bir bütün olarak işleme tabi tutar. Ölünün, iflâs edenin mamelekinden bu anlamda bahsedilir.

İtalyan doktrini, mamelekin, ceza hukuku alanında hiç bir 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 (8).

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 mamelekî suçların önceden belli münferid haklara yönelmiş olmalarına rağmen (hırsızlık, emniyeti suiistimal, yağma, gayrimenkullerin sınırlarını değiştirme nası ızrar v. s.) mamelekin bütününe tecavüz teşkil eden suçların da varlığını ortaya koyan alman doktrinin varlığı sonuçlarla çatışma halindedir. Dolandırıcılık, (9), gasp, akde hileli riayetsizlik, ehil olmayan kişilerin kandırılması, tefecilik v. s. bu arada sayılabilirler. Şüphesiz, bu suçlar da, somut olaylarda belli haklara yönelmiş olabilirler ve kaide-ten yönelmektedirler : fakat, yukarıdakilerden farklı olarak, ihlâl edilen haklar, kanunî tipte belli edilmemişlerdir. Örneğin, hırsızlığı öngören maddede (Mad. 624) «başkasına ait taşınabilir mal» dan, gayrimenkullerin sınırlarını değiştirme ile ilgili olan maddede (Mad. 631) «başkasına ait gayrimenkul bir mal» dan söz açıldığı halde, dolandırıcılıkta (Mad.

(8) SANTORO, op. cit. sah. 53 - 53 - DE MARSICO, op. cit. sah. 10 - MAGGIORE, op. cit. sah. 918. Bak. keza, FRISOLI, *Oggetto delle tutela penale nei delitti contro il patrimonio*. Riv. it. 1935, sah. 657 ve mü.

(9) En yeni doktrin için : MEZGER, *Strafrecht*. II. Besonderer Teil, Ein Studienbuch, 1949, sah. 95 - 97 - WELZEL, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1949, sah. 156 - SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 4. Bası, 1949, Sah. 571.

640), sonucu, belli bazı hareketlerle ve daha kesin bir deyişle, hile ve sanialarla başkasına bir zarar ikai fiili meydana getirmektedir. Bundan, ikinci gruba giren suçların konusunu, mamelekin her hangi bir unsuru teşkil edebileceği halde (menkul şey, gayrimenkul şey, alacak hakkı v. s.), birinci gruba girenler için bu hususun söz konusu olamayacağı sonucu çıkar.

Bu fark, onu, mameleke karşı işlenen suçların sınıflandırılmasında esas olarak alan alman doktrinin verdiği derecede önem taşımamakla beraber, ihmal edilemez.

3. Eşyanın Ayrımı :

Günlük dile göre, dış alemde insanın dışında kalan her cisim «şey» sayıldığı halde, hukukî bakımdan, mamelek haklarının konusunu teşkil edebilecek her şeyin bu anlama geldiği malûmdur. Daha açık deyişle, bütün cisimler ve ekonomik değer taşıyan ve mülkiyete elverişli olan diğer bütün varlıklar hukukî bakımdan şey sayılırlar. Şey'in hukukî kavramı, esas itibarile, ekonomik «mal» kavramını karşılar .

«Şey» kavramına enerjiler de girer. Şeyin ayırıcı özelliği, bir cisim teşkil etmesinde (**res corporales** veya **quae tangi-possunt**) arandığı için, enerjiler uzun zaman «şey» kavramı dışında tutulmuşlardır. Ceza kanunumuz 624. maddesinin birinci paragrafında, «ceza kanununa göre, elektrik enerjisi ve ekonomik değer taşıyan diğer her çeşit enerjinin taşınabilir eşya» sayılacağını bildirmiştir. Bu ilke, 814. maddesinde, «ekonomik değer taşıyan tabii enerjiler taşınabilir eşya sayılırlar» hükmünü koyan yeni medenî kanun tarafından hukuken tamamına teşmil edilmiştir. Yalnız elektrik enerjileri değil, termik enerjiler ve gazlar da taşınabilir eşya sayılırlar. Mülkiyete elverişli olmayan esir ve ışık ise bu kavramın dışında kalırlar.

İnsan vücudu (yaşan insan), şey değildir. Ölümün vukuu ile beraber vücut eşya haline (kadavra) gelir; fakat, ileride göreceğimiz gibi, hukuk, ölü insan vücudu için özel hükümler koymuştur. Vücuttan ayrılmış olan saç, dişler, kan v.s. gibi parçalar şey halini alırlar. Yaşayan hayvanların şey oldukları konusunda hiç bir şüphe yoktur.

Herkesçe bilindiği gibi, eşya menkul ve gayrimenkullere ayrılır. Bu ayırım, ceza hukuku bakımından büyük bir önem taşır; çünkü, suç tiplerinin büyük bir kısmı, eşya kategorilerinden biri veya diğeri ile ilgilidir. Yalnız, menkul eşya için kabulü mümkün olan hırsızlık ve yalnız gayrimenkul eşya hakkında söz konusu olabilen gayrimenkullerin sınırlarını değişterme tipik örneklerdendir.

Derhal hatırlatalım ki, adı geçen ayırım, 812. maddesinde, «Toprak, kaynakları ve su mecraları, ağaçlar, binalar ve geçici bir maksatla da olsa, toprağa raptedilmiş sair inşaat ve umumiyet itibarile, tabii veya sun'î bir şekilde toprakla birleşmiş olan her şey gayrimenkul maldır. - Değirmenler, banyolar, sahile veya kenara sağlam bir şekilde bağlanmış ve faydalanmayı sağlamak için devamlı olarak bu durumda kalmak için tahsis edilmiş diğer yüzen binalar da gayrimenkul sayılırlar. - Diğer bütün mallar menkuldür» hükmünü koyan medenî kanun tarafından nizamlanmış bulunmaktadır. Aynı kanunun 817. maddesinde yer alan, «Diğer, bir şeye devamlı olarak hizmet etmeğe tahsis edilmiş bulunan şeyler mütemmim cüzdürler» hükmü de bizim bakımımızdan önemlidir. Biraz önce işaret edildiği gibi, ekonomik değer taşıyan tabii enerjiler menkul eşya sayılırlar.

Medenî kanun tarafından, menkul ve gayrimenkul eşya arasında yapılan ayırım ceza hukuku alanında değer taşır; ancak, bağlı oldukları gayrimenkulün bütününden ayrılmış bulunan şeylerin ceza hukuku bakımından artık gayrimenkul sayılamayacaklarını hatırd tutmak gerekir. Örneğin, bir gayrimenkulün (ev, arazi, baraj, v. s. alınması düşünülemediği halde, medeni kanunun 812. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, bir evin malzemesi, turba veya çakıl, ağaç, biçilmiş ekin gibi eşyanın, bir kere menkul haline getirilip alınmaları mümkün bir mahiyet kazanmalarından sonra alınmaları imkân dahilindedir.

4. Şeyin Başkasına Aldiyeti :

Cürüm eşyasını satın alma suçunu (Mad. 648) öngören kural müstesna, konuları bütün bir mamelek olmayıp belli bir şey olan cürümleri tanımlayan hükümlerde, «başkasına

ait» sıfatına rastlanır. Bunun anlamı, çalınan, gasp edilen, zarar verilen şeyin, cürmî hareketin failinden başka bir kimseye ait olmasıdır.

Acaba, ne zaman bir şeyin başkasına ait olduğu söylenebilir ? Bir mamelekî cürümler genel teorisinin yokluğu sebebiyle doktrinin, hırsızlık suçunu incelerken koyduğu ve çözüldüğü problem, şimdi dokunduğumuz mülâhaza dolayısıyla, yani, şeyin başkasına ait oluşunun, bir çok cürüm tiplerinin ana şartı olması yüzünden burada ele alınmalıdır.

Bir nokta üzerinde anlaşmazlık olmamak gerekir : **res nullius**, yani, kimsenin mülkiyetine girmeyen şey, başkasına ait sayılamaz.

Böyle bir durumun ne zaman var olacağı, hükümleri, şüphesiz, ceza hukuku alanında da, değer taşıyan medenî kanun tarafından tâyin ve tesbit edilmiştir. (Karşz. Mad. 923 ve mü. keza, Mad. 827). Burada, şeyin öteden beri, kimseye ait bulunmamış olması veya sonradan bu vasfı kazanmış olması arasında fark bulunmadığına işaret etmek yeter. Örneğin, işgal yolu ile belli bir kişinin zilyedliğine geçmedikçe, tabii mecrasında akan su, keza, belli bir iş için bir kap içine toplanmış olmaması şartile (basıncılı hava) hava, birer **res nullius**' turlar. Avcılık ve balıkçılık hakkındaki kanunların tesbit eylediği sınırlar içinde, kuşlar (av hayvanları) ve balıklar da kimsenin malı değildirler. Ehli hayvanlar, arı sürüleri, arılar, güvercinler, tavşanlar v. s. hakkında ise medenî kanunun 924, 925 ve 926. maddeleri hüküm koymaktadır.

Daha evvel başkasının malı olan şeyler, terk edildikleri takdirde (**res ereclictae**), yani, malik, bunların üzerindeki hâkimiyetinden vazgeçmek niyetiyle feragat ederse **res nullius** halini alırlar. Örneğin, çöplüğe atılan şeyler de bu kabil eşyadandırlar; bunun için, bunları mal edinen kimse hırsızlık suçunu işlemiş olmaz. Zamanı gelince söz konusu edeceğimiz kaybolmuş eşya ile terkedilmiş eşyayı karıştırmamak lâzımdır.

Bu noktayı açıkladıktan sonra, başkasına aidiyetin neden ibaret olduğunu, yani, «başkasının malı» tabirine ne anlam verilmesi gerektiğini tesbit etmek lâzımdır. Özellikle, başkasının mülkiyetine giren şeyin mi, yoksa, üzerinde baş-

kasının intifa veya teminat hakkı olan şeyin mi başkasına ait olduğu münakaşa edilmektedir.

Problem, pratik bakımdan çok önemlidir; çünkü, birinci anlam kabul edilecek olursa, malik, hareketiyle, aynı şey üzerinde üçüncü şahısların sahip buldukları hakları ihlâl eylemesine rağmen, ana unsuru, şeyin başkasına ait bulunması olan suçlardan sorumlu tutulamayacak; bu sebeple, rehinli alacaklıdan, ona rehin olarak verilmiş şeyi aşırın, üzerinde başkalarının intifa hakkına sahip bulunmadıkları araziye keyfi bir şekilde tecavüz eden, kiralanan şeyi, (örneğin, bir otomobili) tahrip eden veya kullanılmaz hale getiren mal sahibi cezalandırılmayacaktır.

Oysa ki, «başkasının malı» deyimine yukarıda sözü geçen geniş anlam, başka bir deyişle, esas itibariyle, failin, üzerinde tasarruf hakkına sahip olmadığı halde fiilen tasarruf ettiği şey anlamı verilecek olursa, şeyin malikinin, zilyede karşı irtikâp eylediği bu çeşit ve benzeri kötüye kullanmalar ceza yaptırımlarından kurtulamayacaklardır. Bu yoruma göre, intifa veya teminat hakları ile mükellef olan şey, üçüncü kişinin ihlâl eden malik için de başkasının sayılır (10).

Başkasına ait oluşa verilen birinci anlama karşı, bunun, kanunun sözüne aykırı düştüğü, çünkü, carî dile göre, «başkasına ait» kelimesinin «başkasının mülkiyetine giren» anlamına geldiği söylenmiş ve malın aynı anda hem kendine hem başkasına ait sayılmasının çelişik olduğu görüşü ileri sürülmüştür (11).

Bu edebî münakaşa, gerek ceza kanununun «başkasına ait» terimine genel anlamından başka bir anlam verilmesi imkânı apriori ortadan kaldırılamıyacağı için, gerek üzerin-

(10) Bugünkü kanunun yürürlüğe girmesinden önce, PESSINA, PUGLIA, LUCCHINI, MARGIANO, furtum rei propriae'nin kabulüne taraftar, CARRARA, CRIVELLARI ve IMPALLOMENE ise aleyhtar idiler. MANZINI, *Trattato*, Vol. IX, 333, bunu de iure conditio kabul etmektedirler.

(11) MAGGIORE, *op. cit.* sah. 941 ve NUVOLONE, *op. cit.*, sah. 184. ve VANNINI. *Manuale di diritto penale Parte Speciale*. 2 Ed. 1951, sah. 333.

de başkalarının bir intifa veya teminat hakkına sahip oldukları şeyin, malikin mamelekine girdiği kadar hak sahibinin mamelekine girmekte oluşu dolayısıyla meseleyi çözmekten uzaktır.

Kanaatımızca, geniş bir yorumu engelleyen şey, kanunun sistemidir. Gerçekten, kanunun 627. maddesi, ortak malı eline geçiren, birlikte malik, ortak ve birlikte mirasçıyı, hırsızlık hakkında koyduğundan daha az bir ceza ile cezalandırmaktadır. İmdi, payına düşen malı, meşrû zilyedinin elinden alan kişi, hırsızlıktan sorumlu tutulsaydı, bu özel muamele tarzı tamamen haksız olurdu. Çünkü, bu halde zarar, kısmen başkalarına ait bir malın alınmasıyla meydana gelen zarardan şüphesiz (hiç olmazsa kaideten) daha azdır.

Muhafazasına tevdi edilmemiş merhun veya mahcuz malını çalan veya tahrip eden mal sahibi hakkında açık hüküm koyan ceza kanununun 334. maddesinin son fıkrası hükmü daha da mânidardır. Bu fiil için, nakdi de olabilen hafif bir ceza konulmuştur. Bu özel hüküm, kanun koyucuya göre başkalarının meşrû zilyedliğinde bulunan şeyi alan mal sahibinin hırsızlık işlemiş sayılmayacağını açıkça göstermektedir. Başka türlü olsa idi, adı geçen hükmün varlığı için sebep kalmazdı.

Bu sebeple, «başkalarına ait şey» deyiminin dar anlamda, yani, «başkalarının mülkiyetine giren şey» şeklinde anlaşılması gerektiğini ve bunun sonucu olarak, malikin, şeyin başkasına ait oluşunu gerektiren suçların aktif süjesi olamayacağını ileri sürmek zorunludur (12).

5. Zarar :

Mameleke karşı cürümler konusunda zarar ve menfaat kavramları birinci derecede önem taşırlar.

Sırası gelmişken belirtelim ki, zarar, yalnız bir iki suç tipinin (dolandırıcılık, gasp, ehil olmayanları kandırmak)

(12) PETROCELLI de bu kanıdadır : *L'appropriazione indebita* s. 123 ve mü. Fakat, adı geçen yazar, kanunun yalnız 627. maddesine dikkati çekmektedir. Oysa ki, 334. maddenin son fıkrası bize daha etkin görünmektedir.

açık unsuru olmayıp bütün mamelekî cürümlerin zorunlu unsuru sayılmak gerekir. Çünkü, çeşitli kanun kurallarında tanımlanan fiiller, hukukça önem taşıyan bir zarara sebep olmadıkça cezalandırılmazlar. Bu, genel olarak kabul edilmekte olup (13) sebebi açıktır. Zira, söz konusu olan şey, fiil, yalnız zararsız olduğu zaman değil, fakat, toplumun, önemsiz, ihmali kabül saydığı bir zarar meydana getirdiği zaman dahi, yaptırımların en ağırı olan cezaya başvurulması imkânını ortadan kaldıran genel hukuk ilkelerinin zorunlu bir sonucudur.

Şüphesiz, inceleme konusu olan suçların meydana gelmesi için varlığı açık veya kapalı bir şekilde istenen zararın, mamelekle ilgili bir zarar olması lâzımdır. Hukukî himayenin konusu mamelek olduğu için bu noktada hiç bir şüpheyeye yer yoktur.

Acaba ne zaman mamelekle ilgili bir zarar vardır denilebilir ?

Meseleye kabataslak olarak ve ceza hukuku bakımından verilecek cevabı bulmakta büyük güçlüklerle karşılaşılmaz : **deminutio patrimonii**, yani, mameleki meydana getiren değerlerin bütünündeki eksilme zarardır. Madem ki, mamelek, aktif (şeyler ve alacaklar) ile pasif (borçlar) dan meydana gelmektedir, zararın birinci gruptaki bir azalma veya ikinci gruptaki bir artıştan ibaret olacağı gayet tabiidir. Her halde, mamelekin aktif ve pasif unsurları arasındaki münasebette aleyhe (veya kötüye doğru) bir değişiklik söz konusudur.

Söz konusu zararın objektif kriterlerle tâyin edilmesi lâzımdır; çünkü, zarar, pasif süjenin zarar olarak kabul ettiği şey değil, aksine, insanların çoğunluğunun düşüncesine göre mamelekle ilgili bir kayıp teşkil eden şeydir. Bununla beraber, değerlendirmede, somut olayların bütün özelliklerinin ve bundan sonra bu belli kişinin mamelekî münasebetlerinin de nazara alınacağından şüphe yoktur.

Fakat, bir açıklamada bulunmak zarureti vardır. Görüldüğü gibi, mamelek, yalnız ekonomik değeri olan, hukukî mü-

(13) Bütün yazarlar için bak. MANZINI. Trattato, Cilt IX, sah. 610

nasebetleri, yani, parayla ölçülebilen hakları değil, aksine, yalnız manevî değeri olan şeylerle ilgili hakları da içine alır : aile hatıraları, özel sebepler yüzünden bir kimsenin değer verdiği eşya, v. s. Bu çeşit şeyler de mamelekin bir parçasını teşkil ettiklerinden, bunların alınması bir **deminutio patrimonii** (mamelekte azalma) yı temsil ve dolayısıyla mamelekî bir zarar teşkil eder. Bununla beraber, bu özel karakterde bir zarardır; çünkü, olayların çoğunda görüldüğü gibi, ekonomik bir muhtevası yoktur : başka bir deyişle, para ile değerlendirilmesi mümkün değildir.

Şimdi verdiğimiz bu izahat, mamelekî zararlar, iktisadî zarar arasında tam, mutlak bir ayniyet olmadığını göstermektedir. Birincisi, şüphesiz, ikincisini de içine almakla beraber, mubadele değeri olmayan şeylerle olan ilgisi dolayısıyla, nisbeten daha geniş bir alanı kaplar.

Mamelekî zararlarla, ekonomik zarar arasındaki söz konusu ayrım, skolastik bir bilgiçlik yahut zikri lüzumsuz bir husus değildir; bu, bilimsel kesinliğin (14) gerekleri tarafından zorunlu kılınmış olmakla kalmayıp, tazminat konusunda da önem taşır. Çünkü, yalnız mânevî veya hissî değeri olan şeyler alındığı zaman tazminat, var olmayan ekonomik bir zarara değil, fakat, yalnız ve yalnız, mamelek sahibinin karşılaştığı mânevî zarara dayandırılır.

6. Menfaat :

Mamelekî suçlar incelenirken menfaat kavramına verilen değer, ilgili tecrim edici kuralların büyük bir kısmında hareketin menfaat sağlanması amacı ile yapılmış olmasının sonucudur. Bundan başka, menfaatin elde edilmiş bulunması, dolandırıcılık, gasp gibi bazı suçların tamamlanması için şarttır.

Çeşitli yabancı mevzuattan farklı olarak İtalyan hukuku bir süreden beri, menfaatin en geniş şekilde anlaşılması istikametine yönelmiş bulunmaktadır. Yalnız ekonomik fayda,

(14) Kaldı ki, MANZINI'nin (op. cit. sah. 29), şeyin mamelekî değeri ile iktisadî değeri arasında yaptığı ayırma da uymaktadır.

daha genel olarak, mamelekteki artma değil, fakat failin cürmî hareketinden umduğu her hangi 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** görüşü açısından tam bir görüş birliği vardır. Esasen bu husus, menfaatin, failin elde ettiği veya elde etmeği tasarladığı «her hangi bir fayda veya haz» dan ibaret olabileceğini, çünkü, fiilî bir zenginleşmenin zarurî olmadığını ileri süren (15) Carrara tarafından da ifade edilmiş bulunmaktadır.

Menfaat kavramının genişletilmesinin kanunun uygulanmasında önemli sonuçları vardır : çünkü, menfaatin mamelekî bir karakter taşıması şartının aranması halinde ceza yaptırımına konu teşkil etmeyecek fiillerin de cezalandırılmasına müncer olmaktadır. Bu sebeple, örneğin, bir miktar kokaini kullanmak; bir ipi, hapishaneden kaçmak; bir tabancayı, adam öldürmek veya intihar etmek; mukaddes bir şeyi ona tapmak için çalan, cebren alan veya hile ile eline geçiren kimsenin cezalandırılacağında şüphe yoktur.

Menfaatin, ele geçirilen şeyden doğrudan doğruya elde edilmeyip de onun dolaylı sonucu olması hususuyla ilgili olarak bazı tereddütler belirmiş bulunmaktadır. Örnek olarak, hapishanede kalabilmek için mameleke karşı bir cürüm işleyen kimsenin durumu gösterilmektedir. Bununla beraber, menfaatin, mahiyeti icabı izafî olduğu ve bu olayda hapishaneyle ilgili oluşunun fail için bir fayda teşkil ettiği nazara alındığı takdirde, tereddüt ve şüphenin varlığı sebebi kanaatimizce ortadan kalkmaktadır. Gerçekten, sık sık rastlanan, kaatilin, şüpheyi kendi üzerinden uzaklaştırmak için maktulün cüzdânını aşırması olaylarında, hırsızlıktan da sorumlu tutulacağında şüphe yoktur.

Menfaatten söz açan, hemen hemen bütün maddelerde « h a k s ız » sıfatına da rastlanır. Bunun anlamı, adı geçen

(15) CARRARA, Programma, Parte Speciale, N. 2035.

hallerde, suçun meydana gelebilmesi için, sağlanmak istenen veya sağlanan menfaatin haksız bir mahiyet taşımasının zorunlu olmasıdır. Böylelikle, menfaatin ne zaman bu mahiyeti taşıdığı hususunun belirtilmesi zorunu ortaya çıkmaktadır; zira, « h a k s ı z » deyimi, her çeşit şüpheyi yok edebilecek vasıfta olmayıp, kanunun uygulanması sırasında beliren bir çok tereddütlü durumların çözümü bu kelimeye verilecek anlama bağlıdır.

Şimdi, kural olarak, ilk plânda nazara alınan mamelekî menfaat konusunda, yalnız, gerçek bir hakka, daha kesin bir deyimle, kaza makamları önünde dava yoluyla tanıtılabilen bir iddiaya tekabül eden menfaatin haklı olduğunu ileri sürmek doğru değildir. Böyle bir yorum, kanun koyucunun kullandığı ifadeye hiç bir şekilde uymaz. Çünkü, hukuk düzenimizde, dava hakkı doğurmamakla beraber, hukuk tarafından korunan ve dolayısıyla haksız sayılması mümkün olmayan iddialar vardır. Bununla, özellikle, bilindiği gibi, edime zorlamak için dava yetkisi vermemekle beraber, kendiliğinden edim halinde geri vermeyi isteme yetkisini yok eden tabîî borçlara işaret etmek istiyoruz. Bu sebeple, yalnız, hukuk düzeni tarafından hiç bir şekilde, yani, ne doğrudan doğruya ne dolayısıyla korunmayan menfaatin haksız sayılması gerektiğini iddia ediyoruz.

Böyle bir ölçü uygulanacak olursa, örneğin, bir oyun veya bahis alacağını (M. K. mad. 1939), zamanaşımına uğramış bir alacağını elde etmek isteyen menfaati ve genel olarak, işgal edilmiş bir kadın veya gayrimeşrû çocuk tarafından istenen para yardımı gibi ahlâkî veya sosyal mükellefiyetlerin yerine getirilmesiyle (M. K. mad. 2034) ilgili menfaatler haksız sayılamazlar.

Bu görüşün bir çok pratik sonuçları vardır; çünkü, sağlanmak istenen veya sağlanan menfaat, tabîî bir borcun edimi ile ilgiliyse, menfaatin haksızlığı şartını arayan, emniyeti suiistimal, dolandırıcılık, yağma, gasp gibi suç tiplerinin meydana gelmediğini kabul etmek gerekecektir. Bununla beraber, bu cürümlerin meydana gelmemesinin her zaman cezasızlık sonucunu doğurduğu sanılmamalıdır. Zira, şiddet veya tehdit kullanılan vak'alarda, başka bir suçtan doğan, husu-

sile, tehdit (Mad. 610) ve kazaî makamlar önünde tanıtılabilen bir iddianın söz konusu olduğu halde, daha az önemli bir cürüm olan bizzat ihkakı hak suçu dolayısıyla (Mad. 292-293) sorumluluk ortaya çıkabilir.

Mamelekî olmayan menfaatin, hukuk düzeni ile çatışma halinde olmadığı her olayda haksız sayılması gerekir. Bunun için, intihar etmek amacı ile tabanca çalan kimsenin elde ettiği menfaatin haksız sayılması lâzımdır. Zira, birkaç kere işaret etmiş olduğumuz veçhile, intihar, cezalandırılmamakla beraber hukuka aykırı bir fiildir.

Kanun, menfaatten söz açarken, buna, daima, «kendisine veya başkalarına» formülünü eklemektedir. Bundan, mamelekî zarar, fail tarafından üçüncü bir şahsın yararına husûle getirilse bile ceza sorumluluğunun var olacağı sonucu çıkar.

Son olarak söyleyelim ki, menfaatin geçici oluşunun hiç bir önemi yoktur. Geçici bir fayda da menfaati ifade eder.

7. Ceza Hukukunda Zilyedlik :

Çeşitli kanun hükümlerine açık veya kapalı olarak giren «zilyedlik» kavramının anlamının tesbiti, mameleke karşı işlenen suçların incelenmesinde özel bir önem taşır. Özellikle iki ana suçun, hırsızlıkla (Mad. 624) emniyeti suiistimal (Mad. 646) in birbirinden ayrımı konusunda bu kavram büyük bir değer taşır. Çünkü, ileride göreceğimiz gibi, birincisi, başkasına ait taşınabilir bir malın meşrû olmayan bir şekilde elde edilmesinden ibaret olduğundan, zilyedliğin failde bulunmamasını gerektirdiği halde, ikincisi, malike ait yetki-lerin keyfi olarak benimsenmesi suretile meydana geldiği için, münhasıran, şeyin zilyedliğini elinde bulunduran kimse tarafından işlenebilir.

Zilyedlikten çıkarılarak anlama göre, bir çok olaylarda, somut fiilin şu veya bu kanunî tiipe sokulması gerekecektir.

Mesele oldukça çetindir ve bununla ilgili güçlüklerin artmasının bir sebebi, zilyedlik kavramı üzerinde, özel hukuk alanında da anlaşma olmayışıdır. Bittabiî, konuyu burada te-

ferruatıyla değil, ana hatları bakımından ve bu çalışmanın mahiyetinin müsaadesi nisbetinde inceleyeceğiz.

İncelemenin açık olabilmesi, medenî kanunun, zilyedliği düzenleyen ve ele alıp çözmek zorunda olduğumuz problemle ilgili hükümlerinin göz önünde bulundurulmasına bağlıdır.

Adı geçen kanunun 1140. maddesi, «zilyedlik, şey üzerinde, mülkiyetin veya başka bir aynî hakkın kullanılmasıyla ilgili bir faaliyet şeklinde tezahür eden salâhiyettir. -Zilyedlik, vasıtasız veya şeye vaziülyed olan başka bir kişi vasıtası ile olabilir» hükmünü koymaktadır.

Sonraki maddenin birinci bölümünde ise, «Zilyedliğin, salâhiyeti fiilen kullanılan kişide olduğu farz olunur, meğer ki, bunun kullanmağa vaziülyed sıfatı ile başladığı isbat oluna.» hükmünü koyuyor.

Nihayet, 1168. madde ilk iki fıkrasında :

«Cebren veya gizli olarak zilyedliğinden yoksun bırakılan kimse, yoksunluğundan itibaren bir sene içinde, failden zilyedliği geri vermesini isteyebilir. -Dava, şeyi, hizmet veya misafirlik dolayısıyla elinde bulundurması hâli hâriç, vaziülyed tarafından da açılabilir.» hükmünü sevk etmektedir.

Şimdi, özellikle zilyedlik kavramı konusunda, doktrini-mizde, bu faslın başında işaret ettiğimiz iki akım (özel hukukçu ve otonomist akımlar) arasında ayrılık belirmiş bulunmaktadır. Birinci görüşün taraftarlarına göre, ceza hukuku bakımından zilyedlik, medenî kanun tarafından tanımlanan ve düzenlenen zilyedliğe tam mânasile intibak eder. İkinci fikrin taraftarları ise, derece farklarıyla, zilyedlik kavramının ceza hukuku alanında özel anlam ve önemi olduğunu ileri sürerler.

Son derece kararsız ve insicamsız çözüm şekilleri teklif eden mahkeme içtihadı konuya hiç bir ışık tutmamaktadır (16).

(16) Burada, Yüksek Mahkeme'nin tamamen aykırı sonuçlara varan iki kararını hatırlatmak yetecektir. Giustizia Penale, 1938, IV, c. 754 de neşredilen 30.6.1938 tarihli kararda şu satırlar okunmak-

Bu konuda, ceza hukuku doktrinde önemli yankılar yaratan ilgi çekici bir çalışma yapmış bulunan Nuvolone de otomomist görüşe mütemayildir (17).

Bu değerli yazar, ceza hukuku bakımından önem taşıyan tek bir zilyedlik tipinin varlığını inkâr, yani, kanunun zilyedliğe atıfta bulunduğu bir kaç maddede bu kavramın daima aynı anlama gelmediğini iddia etmiş ve mufassal bir tahlille her olayda anlamı ayrı ayrı tâyine çalışmıştır.

Fakat Nuvolone'nin görüşünün en karakteristik noktası, zilyedlik fenomeninin mihrakını **apperantia juris** kavramının teşkil ettiği şeklindeki tezidir. Mumaileyhe göre, şeyle madî bir münasebet, olumlu ve olumsuz ikili bir âmiller dizisinin muhassılası olan hukukî görünüş ile bir arada bulunduğu takdirde zilyedliği getirir. Belli alenilik şekilleri veya bir hakkın sahibine normal surette ait olan durumlar, olumlu âmiller; bu fiilî durumda cebir ve gizliliğin yokluğu ise olumsuz âmillerdir. Şu halde, zilyedliğin özel hukukçu kavramının, şey üzerinde bir hukukî görünüş ile beraber bulunan ve daha ilk ortaya çıktığı anda bir mânevî unsur (**animus rem sibi habendi**) tarafından kendisine hayatiyet bahşedilen bir hakkı kullanmak imkânı şeklinde anlaşılması mümkündür.

Bu anlayış, özel hukukla uğraşanlar arasında taraftar bulamadığı gibi (18), bize de inandırıcı görünmemektedir. Çünkü, **apparentia juris** kavramı, bu nazik konuya ışık tutmak için gerekli kesinlikten yoksundur. Gerçekten, eğer «hukukî görünüş» tabirinden, aynî bir hakkın kullanılmasına tekabül eden hâricî bir faaliyet anlaşılacaksa, M. K. nun 1140.

tadır : «Ceza hukuku bakımından zilyedliğin, medeni hukuktaki anlamında mütalâa edilmemesi gerektiği malûmdur». Gius. Pen. 1947, II. c. 12 de neşredilen 13 Mayıs 1946 tarihli kararda ise aksine,, Gerek vazîlyedlik, gerek zilyedliğin medeni hukuktaki anlamlarının ceza hukuku bakımından da değer taşıdığı malûmdur» denilmektedir.

(17) NOUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, cit.

(18) Krşz. FUNAROLI, *Aproposito di «apparentia juris» in «rivista di diritto civile»*, 1942, sah. 128 ve mü. - MENGONI, *L'acquisto «a non domino»*, 1949, sah. 75 ve mü. - FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, 1950, sah. 109.

maddesince yapılan tanımlamaya göre zilyedliğin maddî unsurunu teşkil etmesinden başka bir şey söylenmiş olmaz. Yok, eğer, bununla, genel olarak hukuka uygunluk kastediliyorsa, son derece müphem ve anlaşılmaz bir görüşe varılmış olur. Ve son olarak, adı geçen deyim, bazı alman yazarlarının eş anlamlı **Reshtsschein** deyimine verdikleri anlama uygun bir tarzda, sübjektif bir hak hâmilliğinin tezahürü şeklinde anlaşılırsa, zilyedlik kavramına, müessesenin pozitif hukukumuzda düzenlenmiş şekline yabancı olduğu genel olarak kabul edilen yeni bir unsur sokulmuş olur (19). Diğer taraftan, Nuvolone'nin **apparentia juris** kavramını bir parça somut bir hale getirmek için işaret ettiği kriterlerden biri, yani, gizlilik veya cebrin varlığı halinde zilyedliğin mevcut olamayacağı iddiası, hırsızın zilyedliğinin inkârına götürür. Oysa ki, özel hukuk doktrini, hırsızın zilyed olabileceğini kabulde oy birliği halinde olup, cezacılar da, hırsıza karşı hırsızlık yapılabileceğini kabul ederek aynı sonuca ulaşmaktadırlar.

Nuvolone'ye göre, «zilyedlik» teriminin çeşitli maddelerde aldığı farklı anlamlara gelince; burada konunun teferruatına girmek mümkün olmamakla beraber, böyle bir inşanın, zilyedlik kavramında, tartışılabilir mahiyette ve bir değer taşımayan izahatın haklı gösteremediği ve konuyu son derece mudil bir hale getiren bir parçalanmaya müncer olduğunu söylemek yetecektir (20).

Son zamanlarda Pannain, zilyedlik konusunda geniş bir etüd yapmış ve meseleyi bütün yönleri bakımından teferruatıyla incelemiştir (21).

Bu değerli yazarın ana tezi, şu kısa cümleler içinde özetlenebilir: Bizatihi zilyedlik sayılamayacak her durum gerek

(19) MAGGIORE (op. cit. sah. 1040, dip not) «Zilyedlik müessesesinin esasını aydınlatması gereken meşhur **apparentia juris** (kimme) kavramı doğrudan doğruya bir **obscurum per obscuris**'e müncer olmaktadır» derken haksız değildir.

(20) Bu konuda bak : GRISPIGNI, **Diritto Penale**, cit. Vol. II, 2. bası, 1947, Önsöz, sah. X - PETROCELLI, **Del possesso nel diritto penale e delle cose custodite in involucro chiuso**. Saggi di diritto penale 1952, sah. 326 ve mü. de yayınlanan bir içtihada ek not; ve özellik.

(21) PANNAIN, **Il possesso nel diritto penale** cit.

medenî hukuk gerek ceza hukuku bakımından zilyedlik sayılmalıdır. Vaziüyedlik ise, sadece, şeyi, zilyed hesabına, adına ve menfaatine, onun aleti **longa manusu** olarak elinde bulunduran kimsenin şöyle maddî münasebetidir.

Pannain'in görüşündeki hata, yalnız ceza hukuku bakımından benimsediği zilyedlik kavramında değil, bunun kadar, aynı kavramın özel hukuk alanında da değer taşıdığı şeklindeki tezindedir. Bu tez, biraz sonra ifade edeceğimiz gibi, yeni kanunun müesseseyi düzenleyen hükümleri ile bağdaşmamakta ve özel hukukçu doktrininde olduğu sonuçlarla açık çatışma halinde bulunmaktadır.

8. Kanaatımız :

Bize kalırsa, madem ki, zilyedlik esas itibarile bir özel hukuk müessesesidir; hareket noktasının, medenî kanun tarafından tespit edilen kavram olması lâzımdır.

Bu vesileyle, özel hukuk alanında da rastlanan tereddütlerle ve dalgalanmalara rağmen yeter bir kesinlikle, zilyedliğin varlığı için, adı geçen kanuna göre, iki unsurun bir arada bulunmasının gerektiğini söyleyebiliriz : a) Şey üzerinde, mülkiyet veya başka bir aynî hakkın kullanılmasıyla ilgili bir faaliyet şeklinde tezahür eden fiilî bir hâkimiyet; b) Buna dair bir **animus**, daha doğru bir deyişle, mülkiyet hakkının veya başka bir aynî hakkın hâmile olarak hareket etmek niyeti. Şey üzerindeki fiilî iktidarı böyle bir niyetle desteklenmeksizin kullanan kimse, sadece vaziüyeddir. Bu takdirde, dolaylı, yani, medenî kanunun 1140. maddesinin birinci fıkrasında sözü geçen, başka bir kişi vasıtası ile kullanılan zilyedlik hali vardır

Yukarıda söylediklerimizden, özel hukukçu «zilyedlik» kavramının oldukça dar, buna karşılık «vaziüyedlik» in oldukça geniş bir şekilde, şey üzerindeki fiilî iktidarın **nomine alieno** (başkası adına) kullanıldığı bütün halleri içine aldığı sonucu çıkmaktadır. Bilnetice, gerek zilyedlik gerek vaziüyedlik şey üzerinde aynı fiilî münasebeti tazammun ederler

(ve dolayısıyla geniş anlamda zilyedlik fenomeninin ayrı şekilleridirler); fakat, müesseseyi düzenleyen kurallardan şüpheye yer bırakmayacak bir tarzda anlaşıldığı üzere, birincisini ikinciden ayıran husus, mülkiyeti veya başka bir aynı hakkı kullanma niyeti (animus) dir.

Burada, özellikle, zilyedlik kavramına tanınan dar sınırlar dolayısıyla, kanun koyucunun, 1168. maddede şeyi sadece elinde bulunduran kimseye bile yedin iadesi davası açma yetkisini tanımayı uygun bulduğunu ve bu hakkı, yalnız, şeyi hizmet veya misafirlik dolayısıyla elinde bulundurana tanımadığını belirtmekte fayda vardır.

Şimdi, yukarıda sözü geçen zilyedlik ve vazülyedlik kavramları ceza hukuku alanına nakledilecek olursa, bu hukuk dalı bakımından da, vedia alan, kiracı, ariyet alan ve vekil, zilyed değil vazülyedirler. Gerçekten, bu kişiler, şey üzerindeki fiilî iktidarlarını, başkası adına (**nomine alieno**), daha kesin bir deyimle, aynı bir hakkı kullanmak niyeti olmaksızın (çünkü, bunların şey üzerinde basit bir şahsî hak sahibi olmaktan ileri gidemeyecekleri hususunda her hangi bir anlaşmazlık yoktur) istimal etmektedirler.

Bununla beraber, bu görüş kabul edilecek olursa, kendisine tevdi edilen bir otomobili mal edinen garaj sahibinin, kendisine kiralanmış bir piyanoyu satan kimsenin, bir anonim şirketin genel kuruluna katılmak için ariyet olarak aldığı hisse senedini üçüncü bir kişiye devreden kimsenin, alışveriş yapması için kendisine verilen parayı cebine indiren kişinin, emniyeti suistimalden değil hırsızlıktan sorumlu tutulmaları gerekir. Ancak, bu ve benzeri olaylarda hırsızlık suçunun varlığını kabul etmek doktrin kadar mahkeme içtihadının da devamlılık arzeden geçmişteki ve şimdiki tutumuna aykırı düşer ki, bu tutum, adı geçen olaylarda hırsızlık değil emniyeti suistimalden söz edilebileceğinden şüphe etmiyen genel düşünüş tarzına da uygundur.

Bu sebeple, özel hukukçu doktrin taraftarları, zilyedliğin özel hukukçu kavramını benimsediklerini bildirdikten sonra bununla açık uyumsuzluk halinde bulunan ananevî ve cârî tatbikata bağlı kalarak büyük bir insicamsızlık örneği

vereceklerine mantıkî davranabilselerdi, bu iki ana suçla ilgili konuları baştan aşağı değiştirirlerdi (23).

Biraz önce söylediklerimiz, zilyedliğin özel hukukçu kavramının değiştirilmesi gerektiğini açıkça göstermektedir. Bunun, bizim hukuk dalmızın özel gerekleri tarafından zorunlu kılınan çıkar yolu, kanaatımıza göre, zilyedlik kavramını, şey üzerindeki fiili iktidarın özerk bir şekilde, yani, şeyde daha üstün bir hakka sahip olan bir kimsenin doğrudan doğruya nezaretine tabi olmaksızın kullanıldığı bütün durumları içine alacak tarzda genişletmektir.

Zilyedlik kavramındaki genişlemenin sonucu olarak, ceza hukuku bakımından vazülyedlik fiili iktidarın, zilyedin, nezaret alanı içinde kullanıldığı, başka bir deyişle, şeyi maddeten elinde bulunduranın, zilyedin bir aleti, bir longa manusu olduğu hallere inhisar etmektedir.

Bu ayırıcı kriter uygulanınca -eğer tartışmalara daha çok sebep olmuş halleri ele almak gerekiyorsa- hizmetçiler, evde bulunan misafirler, şeyi, işverenin veya bir temsilcisinin doğrudan doğruya nezareti altında ellerinde bulunduran tezgâhtar ve işçi, okuma salonunda incelemek üzere kitaplıktan kitap alan kimse, yükünü taşıyarak yolcuya refakat eden hırsız, muayene etmesi için dükkânda kendisine bir şey verilen alıcı, ve benzer durumda bulunan diğer kişilerin ceza hukuku bakımından da zilyed değil vazülyed (veya şeyi maddeten elinde bulunduran) sayılacakları sonucuna varılır.

Buna karşılık, şey üzerindeki fiili iktidarlarını özerk bir şekilde kullanan, yani, şeyi serbest olarak elinde bulunduran her kes zilyedir (24).

(23) Aynı şey PANNAN için söylenemez; fakat, o, yukarıda da gördüğümüz gibi, özel hukukçular tarafından benimsenmeyen bir özel hukuk kavramından hareket etmektedir.

(24) Bazı özel hukukçular da özerk olmayan zilyedlikten söz açmaktaysalar da, bundan maksatları, Medeni Kanununun 1168 m. de öngörülen «hizmet veya misafirlik sebebi ile» vazülyedliktir. Fakat, bizim kabul ettiğimiz vazülyedlik kavramı daha dardır. Çünkü, cezası için, şeyi hizmet veya misafirlik sebebiyle elinde bulunduran kimse de, tasarruf kudretini, şey üzerinde daha üstün bir hukuki iktidara sahip bulunan bir kişinin nezaret alanı dışında kullanabiliyorsa, vazülyed değil zilyedir.

Zilyedlikle vazüyledlik arasındaki sınırın böylece yer değiştirmesi sebebiyle, zilyedlik kelimesi, ceza hukukunda esas itibarile, günlük hayattaki anlamını kazanmaktadır. Bununla beraber, zilyedliğin özel hukukçu kavramına şekil veren şeyin, özel sebepler, daha kesin bir deyişle, hukukî himaye ve iktisabî zamanaşımı ile ilgili pratik gayeler olduğunda şüphe etmemek gerekir.

Özet olarak diyebiliriz ki, ceza hukuku alanında zilyedlik, kişi ile şey arasında mevcut ve kişiye şey üzerinde serbestçe tasarruf etmek imkânını bahşeden bir münasebet olup, tasarruf yetkisi (veya iktidarı), şey üzerinde daha üstün hukukî bir iktidara sahip bulunan kimsenin doğrudan doğruya nezareti dışında kullanıldığı takdirde özerk sayılır. Diğer yönden, şey üzerindeki fiilî iktidarını, zilyedin nezaret alanı içinde kullanan kimse ise yalnız vazülyedir (25).

Zilyedlik kavramının bu şekilde genişlemesinin sonucu, şey üzerindeki iktidarla birlikte bulunması ve onu desteklemesi gereken mânevî unsurun, özel hukuktaki gibi, malik veya diğer bir hakkın sahibi sıfatile hareket etmek niyeti olmayıp, **animus rem sibi habendi**, yani, şeyi yedinde bulundurma niyeti olduğudur ve zaten başka türlü de olamaz. Bu psikik unsur, ceza hukuku bakımından da kaçınılmaz bir unsurdur; zira, aksi takdirde, bir şeyi, örneğin, haberi olmaksızın cebine konulan bir silâhı, yanında bulunduran kimseyi de zilyed saymak gerekecektir.

Zilyedlik kavramının ceza hukukunda aldığı geniş anlamı bu şekilde belirttikten sonra, geri kalan kısımlar için, konuyu medenî hukukta düzenleyen ve özellikle, zilyedelik fenomeninin normatif-sosyal önemini yansıtan kuralların bi-

(25) Bu görüş, PANNAIN (op. cit) in gerek ceza hukuku gerek medenî hukuk için kabul ettiği fikirle birleşmekte ve PETROCELLI'nin L'appropriazione indebita (sah. 196 ve mü.) hakkındaki eserinde ileri sürdüğü fikre yaklaşmaktadır. Fakat, bu değerli yazar, muhafazası veya malike yahut diğer bir hak sahibine ait faaliyet alanı dışında kullanılan iktidardan söz açmaktadır. Bu iddia, tamamen doğru sayılamaz; çünkü, bu alan çok geniştir ve örneği, vediyayı dahi içine alır.

zim hukuk dahilimiz için de muteber olduklarını söylemeliyiz. Sonuç olarak;

a) Fiilî iktidar, geçici olarak müessir bir şekilde kullanılmasa bile zilyedlik devam eder. Bu sebeple, seyahatte bulunan kiracının, meskeninde bıraktığı eşya üzerindeki zilyedliği berdevamdır; bunun gibi, kulübesinin yakınlarında dolaşan ehli hayvanlar üzerinde de ziraatçi zilyedliğini devam ettirir. İleride göreceğimiz gibi, otomobil veya bisikletini geçici olarak genel bir yolda bırakan veya bir şeyini nezaret alanı dışında unutan ve fakat kolaylıkla ve büyük bir güçlüğü uğramaksızın bulmak imkânına sahip bulunan kişilerin durumu ceza hukuku bakımından önem taşır.

b) Ölüm halinde zilyedlik, medenî kanununun 1146. ve 460. maddelerinde yer alan hükümlere göre, mirasçının şahsında, bunu, maddeten eline geçirmesine hacet kalmaksızın devam eder. Ceza hukuku doktrininde genel olarak ihmâl edilen bir ilkeye önem vermek lâzımdır. Çünkü, maalesef pek sık görülen «**sciacallismo**», yani cesedlerden kıymetli eşya çalınması olaylarında hırsızlığın varlığının kabul edilmekte oluşunu yalnız bu ilke izah edilebilir. Ölü, zilyed sayılamayacağına göre, eğer zilyedliğin mirasçıya intikali kabul edilmeyecek olursa bir **res nullius** karşısında kalırız ve başkasına ait taşınabilir bir malın ele geçirilmesini gerektiren hırsızlıktan bahsolenamaz.

c) Her ne kadar zilyedlik, **animus rem sibi habendi**'yi ve dolayısıyla, fiilî iktidarın konusunu teşkil eden şeyin bilinmesini gerektirirse de, bu bilginin her eşyaya ayrı ayrı taalluk etmesine lüzum yoktur. Bilgi genel olabilir ve posta kutusuna konulmuş mektuplar, ağa düşen kuş veya balıklar, gönderilenin evde bulunmadığı sırada getirilen zarflar v.s. gibi, süjenin tasarrufunda bulunan bütün şeylere ayırım gözetmeksizin ilgili olabilir. Bu ve benzeri hallerde, zilyedliğin varlığı, ceza hukuku bakımından da inkâr edilemez.

Son olarak, daha yukarıda arzettiğimiz görüşün, mantıken, şeyi alan kimsenin, onun üzerinde bir iktidar elde edememesi, yani, şeye, zilyedin nezaret alanı dışında tasarruf edebilecek duruma geçememesi halinde zilyedliğin elde edilmiş olmasından bahsedilemeyeceği iddiasına götüreceğini

önemle belirtmek ve buna dikkati çekmek gerekir. Bu sonuç, ileride göreceğimiz gibi, hırsızlığın tamamlandığı anla ilgili problemin rasyonel ve doğru bir şekilde çözülmesinde önemli bir rol oynar.

9. Mameleke Karşı Cürümlerin Sınıflandırılması :

Yürürlükte bulunan kanun, eskisinden farklı olarak eşya veya kişiler üzerinde cebir kullanarak yahut hileyle işlenmiş olmalarına göre, mameleke karşı suçları iki sınıfa ayırmaktadır. Sınıflardan birincisinde (XIII. Babın I. Başlığı) hırsızlığın çeşitli şekilleri, yağma, gasp, adam kaldırmak, gayrimenkul zilyedliğinin cebren ihlâli ve gayrimenkul mallar üzerindeki haklarla ilgili diğer ihlâller, keza nası ızzar, ikincisinde (Aynı Babın II. Başlığı), aynı cinsten hilelerle dolandırıcılık, emniyeti suiistimal, fahiş faizle ödünç para vermek, eşyayı cürmiyeyi satın almak suçları yer almaktadır.

Bu sınıflandırma haklı bir çok tenkitlere mâruz kalmıştır (26).

Bu, suçluluğun, yalnız cebir veya hile(**aut vi aut fraude delinquitur**) gibi iki şekli olabileceği tarzındaki eski görüşü dayanmaktadır; fakat, bu görüşün doğru olduğu söylenemez. çünkü, ceza kanunu tarafından yasaklanan fiillerin büyük bir kısmında cebir veya hile bulunmasına rağmen, ne birini ne diğerini ihtiva etmeyen bir çok suç tipleri de vardır.

Sözü geçen ayırım, mameleke karşı cürümler konusuna nakledilince, yersiz, hatta keyfi sayılmaması imkânsız olan sonuçlara götürmüştür. Böylece, hırsızlık, ilk safta, eşya veya kişiler üzerinde cebir kullanarak işlenen cürümler arasında sınıflandırılmıştır. Oysa ki, bu suç olayların çoğunda gizlilik vasfını taşır ve bu vasıf ona, bu cürümde **contectare clam et occulte** arayan eski doktrin ve mevzuat tarafından tanın-

(26) Bak. PETROCELLI, **Violenza e frode**, in «Rivista Penale», 1928, riprodotto in **Saggi di diritto penale**, cit. sah. 177 ve mü. - MANZINI, **Trattato**, a.g.e. bası ve cilt. sah. 3-4 - GRISPIGNI, op. cit. sah. 150 ve 172.

mıştır. Zaten, basit şekliyle hırsızlıkta cebirin varlığının asla şart olmadığı hususu, kanunun 625. m. nin 2. bendinin, şey üzerinde cebir kullanarak işlendiği takdirde hırsızlığı şiddet sebebiyle seyması ve cebir kişiler üzerinde kullanıldığı takdirde, cürmün, yerini, daha ağır bir suç olan yağmaya (M. 628) bırakması vakıası tarafından da isbat edilmektedir. Bir örnek daha vermiş olmak için, başkasının etrafı çevrili arazisine zorunluluk olmadığı halde girmekten, yani, cebirin en ufak izini bile taşımayan bir fiilden ibaret olan başkasının ârazisine haksız olarak girmenin (Mad. 637) cebirle işlenen mameleki cürümler arasında yer aldığı söylenebilir.

Kanunu hazırlayanlar, işaret olunan güçlüğün farkına varmışlar, fakat, mameleke karşı cürümler konusunda cebirin geniş anlamda, yani, «şeye yönelmiş fizik enerji» şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmekle (27) onu yenebileceklerini sanmışlardır. Hilenin mevcut olmadığı herhalde cebir mevcut olacak ve sınıflandırma, esas itibarile, hileli ve hilesiz suçlar arasındaki ayrıma muadil olacaktır. Fakat, böylelikle, «cebir» kelimesine çok müphem ve tamamen yanlış bir anlam verilmekte oluşu bir yana, sınıflandırma, yukarıdaki şekliyle anlaşılrsa bile, eleştirmeye mukavemet edememektedir. Gerçekten, bir yandan, sınıflardan birincisinde, örneğin, hileli vasıtalarla veya kıyafet değiştirmiş yahut yetkisi olmaksızın kamusal memur sıfatını takınan bir kimse tarafından işlenen hırsızlık gibi (Mad. 625, n. 1 ve 5), hile ihtiva ettiğinde şüphe olmayan suç tiplerine rastlanmakta, diğer yandan, ikincisinde, emniyeti suiistimal, fahiş faizle ödünç para verme, cürüm eşyasını satın alma gibi, hiç veya hemen hemen hiç hile ihtiva etmeyen suç şekilleri yer almaktadır.

Fakat, kanunu hazırlayanlar tarafından kabul edilen sınıflandırma, belli ve inkâr kabul etmez yanlışlığı dolayısıyla, yalnız değerden yoksun olmayıp, bunun, kanunun yorumlanması bakımından da her hangi bir faydası yoktur. Aksine, «cebir» terimine açık olmayan ve kavranması imkânsız bir anlam verdiği için, bütün konuyu aydınlıktan ziyade karanlığa götürmektedir.

(27) *Relazione Ministeriale al Progetto*, C. II, sah. 435.

Alman doktrininde hâkim bulunan ve işaret ettiğimiz veçhile, söz konusu cürümleri, hareketin maddî konusunu tecrim eden kuralda gösterilen tek bir mal veya bütün bir mamelekin teşkil etmekte olmasına göre ayrıma tabi tutan sınıflandırma, bir temelden, şüphesiz, daha az yoksundur. Fakat, bu sınıflandırmanın dahi doyurucu olduğu söylene-
mez; çünkü, bir kere, tatbikatta bazı tereddütlere sebep olur (örneğin, cürüm eşyasını satın alma, bazı yazarlar tarafından birinci gruba sokulduğu halde bazıları bunu ikinci grup için-
de mütalâa ederler) (28), diğer taraftan, özellikle, dayandığı fark, mamelekî suçların iki büyük sınıfa ayrılmalarını haklı gösterecek kadar önemli değildir. Bize göre, sözü geçen cürümlerin sınıflandırılmaları problemi, hepsi mameleki ihlâl ettikleri cihetle, hukukî konuları aynı olduğu halde, birbirleri arasındaki farklılıkların, cürmî hareketin şekli, maddî konunun mahiyet ve cinsi, failin niyeti v. s. gibi, değişik karakterdeki çeşitli ve üstelik sık sık birbiri içine giren unsurlara istinad etmekte oluşu vakiasında, aşılması belki imkânsız bir engelle karşılaşmaktadır. Bununla beraber, mamelekî cürümlerin tam bir sınıflandırılmasında zaruret yoktur ve doktrin pekâlâ bunsuz da yapabilir. Bu sebeple, biz, mahiyetlerini açıklamaya ve karşılıklı münasebetlerini belirtmeye en çok yarayacak özelliklerine dayanmak suretile, bu suçları, mümkün olduğu kadar, benzer fiilerin yer aldığı gruplarda birleştirmekle yetineceğiz.

Yanılmıyorsak, bu usûl, ne pahasına olursa olsun teorik sistemleştirmelere değil, kanunların yorumlanması sırasında doğacak uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmak olan diğer görevini ihmâl etmeksizin, hukuk normlarının doğru ve tam olarak bilinmesine yönelmesi gereken disiplinimizin gerçek fonksiyonuna da uygundur.

10. Mamelekî Cürümlerin Tenkilindeki Noksanlar :

Ceza hukukçusu, kanunun İkinci Kitabının XIII. Babında çizilen tablonun, mamelekin, kendisini tehdit eden huku-

(28) Örneğin, MEZGER (op. cit. sah. 130), cürüm eşyasını satın almağı münferit mamelekî haklara karşı işlenen cürümler arasına, WELZEL (op. cit. sah. 188) ise bütün mameleke karşı işlenen cürümler arasına sokar.

ka aykırı fiillere karşı korunması zorunlarına gerçekten cevap verip vermediğini sormaktan kendini alamaz.

Biz, bu soruya olumlu bir cevap verilemeyeceğini sanıyoruz. Gerçekten, kanun tarafından tanımı yapılan suç şekillerinin bütününe bakıldığında, kamusal ve özel ekonominin yapısında, herkesçe bilindiği gibi, derin değişiklikler meydana geldiği halde, hukukî düzenleme, hiç değilse, ana hatları bakımından, geçmiş asırlardaki şeklinde kalmıştır. Ekonomik münasebetlerin aldığı yeni şekiller ve üretim ile ulaştırmanın yoğunlaşması için bulunan araçlar, servete karşı, eskiden meydana gelmesi imkânsız olan ve gerek sebep oldukları zarar gerek ortaya koydukları suç kapasitesi bakımından, çok tehlikeli tecavüzlerin yapılması ihtimalini doğurmüşlardır. Özellikle, anonim ortaklıkların mekanizması, bir çok kez dokunulduğu gibi, vicdansız iş adamlarının eline, eski maymuncuklardan daha etkili soğun aletleri vermiştir.

Kısacası, kanun, ekonomi ile eşit adımlar atamayarak, aşağı yukarı eski yerinde kalmıştır. Bunun için, kanunun çerçevesi içine girmeyen, yeni bir çok suçluluk şekillerinin cezasız kalması sonucunu doğuran bir harabiyete ulaşılmıştır.

Yürürlükteki tecrim edici kuralların henüz açıklanmamış ve yorumlanmamış olmaları sebebiyle de, burası, 'bu boşlukların bir listesinin yapılmasının yeri değildir. Yukarıda işaret olunan sebep yüzünden, anonim ortaklıklarda gafil ve müdafaasız tasarruf sahiplerinin zararına yapılan ve kural olarak ceza yaptırımlarına tabi tutulamayan sayısız hileler dışında, başkalarının mamelekî menfaatlerini koruma mükellefiyetinin ihlâlerinin de ancak pek sınırlı hallerde bastırılabilindiğini söylemekle yetineceğiz. İdareci, temsilci ve vekillerin cezasız kalan sadakatsizliklerinin sayısı az değildir (29).

Aynı şekilde, yalnız, hoş görülmemesi gereken bazı rekabet şekilleri değil, spor müsabakaları ve at yarışlarında müşterek bahislere katılan kişilerin zararına sık sık vuku bulan,

(29) Krşz. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, 1941, sah. 57 ve mü.

oyuncu ve jokeylere rüşvet verilmesi gibi yolsuzluklar da cezasız kalmaktadırlar.

Zamanı gelince daha geniş olarak göreceğimiz gibi, dolandırıcılığın esas şekli, çeşitli hileli hareketlerden, özellikle, mağdurun, içinde bulunduğu hatadan faydalanarak irtikâp edilenlerle başlangıçtaki anlaşmadan sonraki bir faaliyetle gerçekleştirilenleri dışarıda bırakmak suretile pek dar alanda sınırlandırılmıştır.

Diğer yandan, evvelce işaret ettiğimiz gibi, en çok taraf tar bulan ve kanunun sistemine en uygun yoruma göre, mamelekî cürümlerin pek çoğunda aranan, şeyin başkasına ait oluşu şartı, malikin, şeyin zilyedine ait hakların zararına yaptığı bir çok suiistimallerin cezasızlığı sonucunu doğurmaktadır. Kanunî düzenlemede görülen bu son yetersizlik, adı geçen düzenlemenin zamana uymayan karakterinin açık bir teyidini teşkil eder. Çünkü, malikin, mülkiyetin sosyal fonksiyonunun henüz kabul edilmediği geçmiş devirlerdeki durumunu yansıtmaktadır.

Kanunumuzun, hırsızlığı kabuldeki, özellikle, şiddet sebeplerinin içtimai konusunda kabul ettiği sert ve yanlış sistem dolayısıyla gösterdiği aşırı şiddet, temas edilen ve suçların teker teker incelenmesi sırasında (fahiş faizle para vermek, ileride ifa etmemek maksadile akid yapmak, v. s.) belirtilecek diğer noksanlarla açık çatışma halindedir.

Örneğin, bir parça odun çalan köylünün cezasındaki şiddet ile iş aleminde kum gibi kaynayan beyaz eldivenli suçluların faydalandıkları cezasızlık arasındaki çelişme yalnız büyük bir adaletsizlik değil, bugünkü hukuk düzeninde bir sınıfın izinin bulunduğunu iddia edenlerin eline son derece tersirli bir delil vermesi bakımından aynı zamanda bir hatadır.

Kanunda yakında yapılacak bir reformda, mameleke karşı tecavüzlerin önlenmesi probleminin eski formüllerden kurtulmuş bir zihniyetle ve ceza hukukunun bu kesimini zamanın ihtiyaçlarına gerçekten cevap verecek bir hale getirmek amacıyla esaslı bir şekilde gözden geçirilmesi temenniye değer.