

ALMAN VE İSVİÇRE CEZA KANUNLARINA GÖRE REHİN MALIN GERİ ALINMASI SUÇU VE TÜRK HUKUKUNUN DURUMU

Asistan Erdener YURTCAN

PLÂN

GİRİŞ

I — Alman Ceza Kanununa göre rehin malın geri alınması suçu. 1) Korunan hukuki menfaat. 2) Suçun konusu. a) Rehin hakkı. b) İntifa hakkı. c) Kullanma hakkı. d) Hapis hakkı. 3) Maddi unsur. 4) Manevi unsur. 5) Fail. 6) Teşebbüs. 7) Cezayı kaldıran sebep. 8) Koğuşturma. II — İsviçre Ceza Kanununa göre rehin malın geri alınması suçu. 1) Korunan hukuki menfaat. 2) Suçun konusu. a) 1. fıkraya göre. b) 2. fıkraya göre. c) 3. fıkraya göre. d) 4. fıkraya göre. 3) Maddi unsur. 4) Manevi unsur. 5) Fail. 6) Koğuşturma. 7) Suçun cezası. III — İki kanunun karşılaştırılması. 1) Korunan hukuki menfaat yönünden. 2) Suçun konusu yönünden. 3) Maddi unsur yönünden. 4) Manevi unsur yönünden. 5) Fail yönünden. 6) Koğuşturma yönünden. IV — Rehin malın geri alınmasının Türk hukukundaki durumu. 1) Doktrin. a) Fiilin hırsızlık olarak nitelendirilmesi. b) Fiilin suç olarak nitelendirilmemesi. 2) Uygulama.

SONUÇ

GİRİŞ :

Herhangi bir kimsenin rehnettiği veya üzerinde başkasını zilyed kıldığı malını onun rızası olmaksızın geri alması suç teşkil eder mi?

Yaptığımız incelemede bazı kanunların bunu ayrı bir suç saydığını, fakat bazılarının bu fiili suç olarak kabul etmediğini gördük. Örneğin Alman, Fransız, İsviçre ceza kanunları bu suçu düzenlemişler, fakat Türk, mehzaz İtalyan, Avusturya kanunları bu fiili suç olarak kabul etmemişlerdir.

Biz yazımızda Alman ve İsviçre kanunlarını örnek alıp inceleyeceğiz, bunların bir karşılaştırmasını yaptıktan sonra, bu fiilin Türk hukukundaki durumunu açıklamaya çalışacağız.

I — ALMAN CEZA KANUNUNA GÖRE REHİN MALIN GERİ ALINMASI SUÇU

Metin :

Alman Ceza Kanununun 289. maddesine göre: «Her kim, menkul malını veya başkasının menkul malını malik menfaatine intifa hakkı sahibinden, rehinli alacaklıdan veya o mal üzerinde kullanma veya hapis hakkı bulunan bir kimseden rızası hilâfına alırsa, üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

Hapis cezası ile birlikte siyasi ve medeni hakların kaybına da hükmedilebilir.

Teşebbüs cezalandırılır.

Koğuşturma şikâyete bağlıdır.

247. maddenin 2 ve 3. fıkraları burada da uygulanır.»

1 — Korunan hukuki menfaat :

Rehin malın geri alınması (Pfandkehr) suçu (1) haksız olarak bir menkulün ele geçirilmesi ile o mal üzerinde belli hakları olan kimselerin bu haklarını tehlikeye düşürmemek ve onları korumak amacı ile düzenlenmiştir. Kanunda sayılan hakların tahdidi olup olmadığı tartışmalıdır. Ebermayer - Lobe - Rosenberg bu hakların tahdidi olduğunu belirtiyorlar (2). Maurach ve Schönke - Schröder hakların kanunda misal kabilinden sayıldığını ileri sürmektedirler (3). Hattâ Schönke - Schröder mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcının mal üzerindeki hakkını örnek veriyorlar (4).

(1) Bu suça Almancasına uygun olarak «rehin malın geri alınması» adını verdik. Fakat gerek Almanca ve gerek Türkçe isim bu suçu tam olarak ifade edemiyor, çünkü madde üzerinde rehin, intifa, kullanma veya hapis hakkı bulunan malları kapsamına almaktadır.

(2) EBERMAYER - LOBE - ROSENBERG, Leipziger Kommentar, Berlin 1958 md. 289.

(3) MAURACH, Deutsches Strafrecht, besonderer Teil, Kalsruhe 1953 s. 214: SCHÖNKE - SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, Münih 1965 12. bası.

(4) SCHÖNKE - SCHRÖDER, md. 289 II/7.

2 — Suçun konusu :

Üzerinde intifa, rehin, kullanma veya hapis hakkı bulunan taşınır mal bu suçun konusunu teşkil eder.

a — *Rehin hakkı* :

Mukaveleden doğan ve kanuni rehin hakları aynı derecede korunur, örneğin müteahhidin rehin hakkı, kiralayanın rehin hakkı. Kanuni rehin hakkı haczedilemiyen mallar üzerinde tesis edilemediği halde, aktî rehin hakkı bu mallar için de geçerli olacak ve 289. maddeye göre korunacaktır (5).

b — *İntifa hakkı* :

Kanuni intifa hakkı kadar sözleşmeden doğan veya ölüme bağlı bir tasarrufla tanınan intifa hakları da aynı derecede korunacaktır (6). Ayrıca ana ve babanın çocuk malları üzerindeki istifade hakkının da buraya gireceği doktrinde ileri sürülmüştür (7).

c — *Kullanma hakkı* :

Kullanma haklarını en geniş mânâda anlamak gerekir ve bunların kanuni veya aktî, aynı veya şahsî olması fark yaratmaz, meselâ kiracının ve ariyet alanın hakları buraya girer ve korunur.

d — *Hapis hakkı* :

Bu haklar da keza kanuni veya aktî, aynı veya şahsî olabilir, meselâ kiralayanın mecurdaki menkuller üzerindeki hapis hakkı. Ayrıca kiralayan lehine tesis edilmiş aktî bir hapis hakkının kapsamına haczedilemiyen mallar da girer ve korunur (8). Bu konuda Alman Temyiz Mahkemesinin içtihatları müstakardır (9).

3 — *Maddî unsur* :

Suçun maddî unsuru malın bulunduğu yerden alınmasıdır. «alma»nın ne zaman tamamlanacağı hususunda Alman doktrini

(5) MAURACH, s. 214.

(6) SCHÖNKE - SCHRÖDER, md. 289/3.

(7) SCHÖNKE - SCHRÖDER, md. 289/3.

(8) EBERMAYER - LOBE - ROSENBERG, md. 289/2.

(9) RGSt. 35, 150; RGSt 37, 118; RGSt 63, 209.

ikiye ayrılmış durumdadır. Bir fikre göre, bu unsurun tamamlanması için, malın zilyedin hâkimiyet sahasından çıkması ve zilyedin o mal üzerindeki haklarını kullanmasının imkânsız hale gelmesi şarttır. Maurach, Binding, Welzel, Jagusch, Schwarz - Dreher bu kanaattedirler. Diğer bir fikir ise, maddî unsur zilyedin mal üzerindeki hâkimiyetinin inkıtaa uğraması ile meydana gelecektir, demektedir. Bu kanıda olan yazarlar Schönke - Schröder, Frank, Kohlrausch - Lange ve Ebermayer - Lobe - Rosenberg'dir. Alman Temyiz Mahkemesi 13 Şubat 1894 tarihli bir kararında ikinci fikri kabul etmiştir, ve bu içtihadını devam ettirmektedir (10).

Bir malın fail tarafından tahrip gayesiyle alınması da maddî unsuru meydana getirir (11). Fakat malın alınmadan tahrip edilmesi bu terime uygun düşer mi? Alman Temyiz Mahkemesi ve doktrini bu soruya menfi cevap veriyorlar (12). Kanaatimizce bu cevap yerindedir, çünkü malın bulunduğu yerde tahrip edilmesi ve zarara uğratılması «alma» unsurunu, yani maddî unsuru meydana getiremez.

4 — Manevî unsur :

Bu suç yalnız kasten işlenebilen bir suçtur. Kanun bu suç için hususî kast aramaktadır, çünkü failin malın zilyedinin o mal üzerindeki hakkına mâni olmak saiki ile hareket etmesi şarttır (13). Alman Temyiz Mahkemesi de 1894 tarihli bir kararında kanunun hususi kast aradığını belirtmiştir (14). Doktrinde verilen şu örnek meseleyi daha iyi aydınlatıyor (15). Fail tamire muhtaç şeyi değer kaybına engel olmak için tamir ettirmek ve hemen hak sahibine geri vermek maksadıyla alıyor. Burada failin fiili 289. maddenin manevî unsurunu gerçekleştiriyor, çünkü bunun sebebi failde zilyedin hakkına engel olmak iradesinin bulunmamasıdır.

(10) RGST, 25, 115.

(11) EBERMAYER - LOBE - ROSENBERG, md. 289/3.

(12) SCHÖNKE - SCHRÖDER, md. 289 III, SCHWARZ, md. 289 Nr. 1, EBERMAYER - LOBE - ROSENBERG, md. 289, Nr. 3, RGST 15, 434 RGST 41, 56.

(13) EBERMAYER - LOBE - ROSENBERG, md. 289 Nr. 6 b.

(14) RGST, 25, 156.

(15) EBERMAYER - LOBE - ROSENBERG, md. 289 Nr. 5.

e — Fail :

Suç faili malın sahibi veya bir üçüncü şahıs olabilir. Malikin kendi menfaatine hareket edeceği kabul edilmelidir, ancak üçüncü şahsın malik menfaatine hareket etmesi aranıyor. Şayet üçüncü şahıs kendi menfaatine hareket ederse, bu suçun faili olmayacaktır. Failin malikle anlaşarak veya kendiliğinden bu davranışta bulunmasının ehemmiyeti yoktur. Malın alınmasında malikle birlikte üçüncü şahsın da menfaati bulunduğu takdirde problem nasıl halledilecektir? Bir olayda Alman Temyiz Mahkemesi şöyle karar vermiştir: Malın alınmasında malikle birlikte üçüncü şahsın da menfaati bulunduğu takdirde, mücerret bu husus malik menfaatine hareket edildiğini göstermez. Ayrıca failde malik yararına hareket kastı aranacaktır (16). Petters tarafından verilen şu örnek malik yararına hareket unsurunu daha iyi belirtmektedir (17). Alacaklı (A) borçlusunu (B) ile anlaşarak (B) nin kiracı olduğu evden gece yarısı eşyalarını — kendi alacağını garanti altına almak için — kendi evine taşıyor. (A) nın bu hareketi o eşyalar üzerinde alacağı bulunan kiralayanın hakkını tehlikeye düşürmüş oluyor. Fakat (A) eşyaları malik yararına değil bizzat kendi menfaati için almış olduğundan 289. maddeye göre cezalandırılmaz. Sözünü ettiğimiz hüküm ancak (A) nın (B) menfaatine hareket etmesi halinde uygulanabilirdi.

Malikin veya üçüncü şahsın hak sahibi zilyeden malı almaları halinde suçun teşekkül edebilmesi için, malike karşı ileri sürülebilen muteber bir hakkın varlığı da şarttır. Eğer böyle bir durum yoksa, tabii ki bu suç teşekkül etmeyecektir (18). Alman Temyiz Mahkemesinin bu hususla ilgili kararında şöyle denilmektedir: Malikin emin sıfatıyla zilyed kıldığı bir kimse malikin rızası olmaksızın üçüncü kişi ile bir akit yapar (vedia, kira v.b.) ve sonra üçüncü şahsın o mal üzerinde bir hapis hakkı doğarsa, malik malını geri alabilir, çünkü malike karşı ileri sürülebilen geçerli bir hapis hakkı mevcut değildir. Ancak üçüncü şahıs hapis hakkını yetkisiz zilyede karşı ileri sürebilir (19).

(16) RGST, 7, 325.

(17) PETERS, Strafgesetzbuch, Berlin 1957, md. 289, 24. bası.

(18) EBERMAYER - LOBE - ROSENBERG, md. 289 Nr. 3.

(19) RGST, 63, 210.

6 — Teşebbüs :

Alman Ceza Kanununun 289. maddesinin 3. fıkrasının açık ifadesine göre bu suça teşebbüs cezalandırılır. Kanundaki bu açık ifadenin sebebi Alman Ceza Kanununun suçları cürüm, cünha, kabahat (Verbrechen, Vergehen, Übertretung) şeklinde üçlü bir ayırımı tâbi tutmuş olmasından, ve yine kanunun 43. maddesinin 2. fıkrasının, bir cünhaya teşebbüs, ancak kanunun 43. maddesinin 2. man cezalandırılır, şeklindeki ibaresinden doğmaktadır. Buna göre rehin malın geri alınması cünha kategorisine giren bir suçtur, ve bu sebeple teşebbüs cezalandırılacaktır.

Mühim olan husus suçun ne zaman teşebbüs derecesinde kaldığıdır. Maddi unsurun tamamlanması, yani neticenin meydana gelmesi ile ilgili iki fikrin Alman doktrinde savunulduğunu belirtmiştik. Bu fikirlerin ilkinde, malın zilyedin hâkimiyet sahasından çıkması ve failin zilyedliğine geçmesi, mağdurun o mal üzerindeki hakkından istifade edemeyecek duruma gelmesi aranıyordu. İkinci kanaat neticenin meydana gelmiş sayılması için, haklı zilyedin fiili hâkimiyetinin sona ermiş olmasını (Gewahrsamsbruch) yeterli görüyordu. Bu itibarla suçun teşebbüs derecesinde kalıp kalmadığı bu fikirlerden birinin kabulüne bağlıdır. Birinci fikir kabul edilirse, eşya zilyedin hâkimiyet sahasından çıkmakla beraber fail onun hakkını kullanmasını tam olarak önleyememişse, fiil teşebbüs derecesindedir. İkinci fikir burada suçun tamamlandığını kabul eder. Alman Temyiz Mahkemesi çeşitli kararlarında, malikin, üzerinde kiralayanın hapis hakkı bulunan eşyayı aynı evde başka bir daireye taşıması halinde fiilin teşebbüs derecesinde kaldığını kabul ederek birinci fikri kabul etmiş gözüküyor (20). Kanaatimizce gerek hırsızlıkta ve gerek rehin malın geri alınmasında zilyedliği inkıtaa uğratma suçun tamamlanması için kâfidir.

7 — Cezayı kaldıran sebep :

Alman Ceza Kanununun 289. maddesinin 5. fıkrasındaki hükümle aynı kanunun 247. maddesinin 2 ve 3. fıkralarının burada da uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre:

Madde 247, fıkra 2: «Usul tarafından fûrua karşı veya karı koca arasında işlenen hırsızlık ve emniyeti suiistimal suçlarından dolayı ceza verilmez.»

(20) RGST, 41, 397 RGST 10, 320.

Bu maddenin rehin malın geri alınması suçunda uygulanması neticesi, meselâ babanın oğluna kiraladığı sandalını ondan rızası dışında ve sözleşme devam ederken alması ile bu suç tamamlanacak, fakat özel hüküm gereğince baba cezasız kalacaktır. Maddenin açık ifadesi karşısında fûru tarafından usule karşı işlenen suçlar bu hükmün kapsamı dışında kaldığından cezalandırılacaktır.

Madde 247, fıkra 3: «Bu hükümler önceki fıkrada belirtilen hisimlik bağı bulunmayan şerikler ve yataklık edenler hakkında uygulanmaz.»

Kanun bu maddeyle suçun iştirak halinde işlenmesi halinde muafiyeti şeriklere ve yataklık edenlere tanımamıştır. Ancak şerik veya yataklık edenle mağdur arasında maddede gösterilen hisimlik bağı mevcutsa, fail cezasız kalacaktır.

8 — Koğuşturma :

Kanununun 289. maddesinin 4. fıkrası uyarınca suçun koğuşturulması şikâyete bağlıdır. Şikâyete hakkı olanlar suçtan zarar görenler, yani zilyedlikleri ve hakları önlenen ve zayi olanlardır.

II — İSVİÇRE CEZA KANUNUNA GÖRE REHİN MALIN GERİ ALINMASI SUÇU

Metin: İsviçre Ceza Kanununun 147. maddesine göre:

«Kendi zilyedliğinde bırakılan rehni alacaklısına zarar vermek niyetiyle devir ve ferağ eden veya zilyedliğinde bırakılan menkul veya gayrimenkul rehnine zarar veren, onu tahrip eden, değer kaybına uğratan veya kullanılmıyacak duruma sokan borçlu,

Alacaklısının zilyedliğindeki rehinli veya hapisli malı ona zarar vermek niyetiyle geri alan, ona zarar veren, onu tahrip eden, değer kaybına uğratan veya kullanılmıyacak duruma sokan borçlu,

Bu fiilleri malik yararına ika eden üçüncü kişi,

Alacaklıdaki rehinli veya hapisli malını ona zarar vermek niyetiyle geri alan, ona zarar veren, onu tahrip eden, değer kaybına uğratan veya kullanılmıyacak duruma sokan üçüncü kişi,

Şikâyet üzerine hapis cezası ile cezalandırılır.»

1 — *Korunan hukukî menfaat :*

147. maddede düzenlenen rehin malın geri alınması suçunun koruduğu hukuki menfaat alacaklının mal üzerindeki haklarıdır. Bu haklar ise alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan rehin ve hapis haklarıdır. İsviçre doktrininde kanun koyucunun bu hakları ceza müeyyidesi ile korurken fazla sert davranmış olduğu belirtilmiştir (21), çünkü suç bizzat malik veya onun yararına üçüncü kişi tarafından kendi malına karşı işlenmektedir. Her ne kadar eşya üzerinde alacaklının bir hakkı doğmuşsa da, mal yine borçlunun mülkiyetindedir.

2 — *Suçun konusu :*

Suçun konusu 147. maddenin çeşitli fıkralarında ayrı ayrı düzenlendiğinden bunları ayrı ayrı ele almak gerekir.

a — *1. fıkraya göre :*

Bu fıkraya göre suçun konusu rehnedilmiş, fakat borçlunun zilyedliğinde bırakılmış menkul veya gayrimenkuldür. Burada dikkat edilecek nokta, menkul rehninin belli istisnalar dışında meydana gelebilmesi için malın alacaklıya tesliminin gerekmesidir. Bu itibarla menkul rehninin söz konusu olduğu hallerde, bu fıkra çok sınırlı bir uygulama alanı bulacaktır. Meselâ hayvan rehninde teslim şartı aranmadığına göre, hayvan rehnedilmesi halinde bu fıkra uygulama alanı bulabilir. Ayrıca ZGB 888/2 deki durum da bu fıkraya uygundur. ZGB 888/2 ye göre: «rehneden rehinli alacaklının rızasıyla merhun üzerinde fiilen yedini idame ettikçe rehnin hükümleri muallak kalır.» Bu fıkradan anlaşılan şudur. Rehlin geçici bir süre için malike, yani borçluya bırakıldığında rehin hakkı düşmez, devam eder, fakat o zaman içinde hükümleri askıya alınmıştır. Bu durumda borçlu için rehni olduğu gibi muhafaza etmek söz konusudur. İşte böyle bir durumda borçlunun bu fıkradaki suçu işlemesi mümkün olacaktır.

b — *2. fıkraya göre :*

Suçun konusu borçluya ait olan, alacaklının zilyedliğinde bu-

(21) THORMANN und von OVERBECK, Schweizerisches Strafgesetzbuch, besonderer Teil, Art. 147, Nr. 1.

lunan ve onun üzerinde rehin veya hapis hakkı bulunan menkul maldır. Bu fıkrada iki husus dikkati çekmektedir. Önce bu fıkra yalnız menkul rehni bakımından söz konusudur, çünkü malın alacaklının zilyedliğinde bulunması aranmıştır. İkinci husus da bu fıkradaki sınırın öncekine nazaran daha geniş tutulduğudur. İlk fıkrada sadece rehin hakkı söz konusu iken burada hapis hakkı da suçun kapsamına alınmıştır. Böyle bir düzenleme getirirken kanunkoyucu hapis hakkının yalnız menkullerde olabileceğini, ve bu hak için malın alacaklı zilyedliğinde bulunması şartını göz önünde tutmuş gözükmektedir.

c — 3. fıkraya göre :

Bu fıkra suçun konusu bakımından enteresan bir durum arz etmemektedir.

d — 4. fıkraya göre :

Bu fıkrada da alacaklının rehin veya hapis hakkı mevcut olan bir menkul söz konusudur. Burada enteresan nokta failin üçüncü kişi olması ve alacaklıdaki malın bizzat ona ait bulunmasıdır. Üçüncü kişi kendi malını borçlu yararına alacaklıya rehnetmiştir, veya üçüncü kişinin alacaklıya teslim ettiği şeyde onun bir hapis hakkı doğmuştur.

3 — Maddî unsur :

Malın zarara uğratılması, tahrip edilmesi, değerinin azaltılması veya kullanılamıyacak duruma sokulması bu suçun maddî unsurunu meydana getirir. Kanun sınırı burada oldukça geniş tutmuş ve sayılan fiilleri hükmün kapsamına almıştır.

Ayrıca birinci fıkrada, yani rehlin borçlunun elinde olduğu halde bunun devir ve ferağ edilmesi de bir fiil olarak gösterilmiştir. Bundan başka iki ve dördüncü fıkralarda rehinli, veya hapisli malın alacaklı elinde bulunması durumunda malın onun zilyedliğinden çekilip alınması (entziehen) de ayrı bir hareket olarak belirtilmiştir.

Maddî unsurun bir kısmını teşkil eden hareket yönünden enteresan nokta, suçun seçimlik hareketli bir suç olmasıdır. Maddede gösterilen zarar vermek, tahrip etmek, çekip almak v.s. fiillerinde biri fail tarafından meydana getirilse suç tamamlanmış olacaktır.

Bu itibarla sayılan fiillerden iki veya üçü birarada bulunsa dahi ayrı ayrı suçlar meydana gelmeyecek suç bir defa teşekkül edecektir.

4 — Manevi unsur :

Bu suç yalnız kasten işlenebilen bir suçtur. Kanun cürmi kastı yeterli görmemiş, failin ayrıca alacaklıya zarar vermek saiki ile hareket etmesini de aramıştır. Demek ki bu suçun işlenmesi için hususi kastın varlığı aranacaktır. Fail alacaklıya zarar vermek saikiyle hareket etmezse, bu unsur tamamlanmamış olacaktır.

5 — Fail :

147. maddenin düzenleme tarzına göre iki kişi fail olarak gösterilebilir. Bunlar borçlu veya bir üçüncü kişidir. Çoğunlukla suçun faili, alacaklı ile borç münasebeti kuran ve malını rehneden malik olacaktır. Fakat üçüncü kişi de malik yararına hareket etmek ve alacaklıya zarar vermek niyeti bulunduğu takdirde fail olur.

Maddenin dördüncü fıkrasında malını borçlu adına alacaklıya vermiş olan bir üçüncü kişi söz konusudur. Bu şahıs alacaklıya zarar vermek saikiyle hareket ettiği takdirde fail olabilir. Bu üçüncü kişi yukarıda bahsettiğimizden farklıdır, kanun bunları farklı şekilde belirtmiştir. 3. fıkrada gösterilen üçüncü kişi alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiye tamamen yabancıdır, fakat malik yararına hareket ettiği zaman fail olmaktadır. Diğer de münasebet yabancı olmakla beraber, malını borçlu yararına alacaklıya rehneden kimsedir. Bu durumda onun alacaklıya zarar vermek niyeti fail olması için yeterlidir.

147. maddedeki suçta fail olabileme yönünden çok ilginç bir hükme yine İCK'nın 172. maddesinde rastlamaktayız. Bu maddenin hükmü şöyledir: «197 ve 163-170. maddelerde sayılan suçların bir tüzel kişinin işlerinin idaresi sırasında işlenmesi halinde, müdürler, mümessiller, yönetim ve denetim organları üyeleri ve tasfiye memurları fiillerinden dolayı cezalandırılır.»

Bu fiillerin bir kollektif, komandit veya limited şirketin işlerinin icrası sırasında işlenmesi halinde, kusurlu ortaklar, müdürler, mümessiller ve tasfiye memurları cezalandırılır.»

172. maddenin bu hükmü 147. maddeyi tamamlar mahiyettedir, çünkü madde fiilin bir tüzel kişinin işlerinin görülmesi sırasında

işlenmesini kapsamaktadır. 172. maddenin kanunda yer alması zaruri görülmüştür, zira tüzel kişiler suç faili olmazlar ve cezalandırılmazlar. Bu itibarla kanun bir hükmi şahısla veya bir ortaklıkla hukukî ilişki kuran alacaklıyı korumak istemiş ve bu hükmü sevk etmiştir. Akla gelen bir soru maddede gösterilen şahısların tahdid olup olmadığıdır. Federal Mahkeme bir kararında (22) aslında şirketi yöneten, fakat kanunda sayılan kimseleri «kukla adam» olarak kullanan kimselerin de cezalandırılmasını kabul etmiştir.

6 — Koğuşturma :

Suçun koğuşturulmasını kanun şikâyete tâbi tutmuştur. Şikâyete hakkı olan da İCK'nın 28. maddesinin ilk fıkrası gereğince suçtan zarar görendir. Bu suç bakımından alacaklı mağdur olarak bu hakka sahip olacaktır. Aynı kanunun 29. maddesine göre şikâyet süresi 3 ay olarak tesbit edilmiştir. Kanuna göre süre şikâyete hakkı olanın faile ittila etmesi ile başlayacaktır. Fakat Federal Mahkeme bir kararında (23) mağdurun faille birlikte fiile de ittilanın şikâyet süresinin başlangıcı için şart olduğunu belirtmiştir.

7 — Suçun cezası :

147. madde bunu hapis cezası olarak göstermiştir. 36. madde ise hapis cezasını düzenlemektedir. Bunun ilk fıkrasına göre hapis cezasının asgari süresi üç gün ve azami süresi de, kanun açıkça daha uzun bir süre tâyin etmediği zaman, 3 sene olacaktır. Faile hapis cezası ile birlikte para cezası da verilebilecek midir? 147. maddeyi göz önünde tutarsak bu soruya olumsuz cevap vermemiz gerekecektir. Ancak bu noktayı genel bir hükümle düzenleyen 50. maddenin 1. fıkrasına göre, hürriyet bağlayıcı bir cezayı gerektiren suç menfaat elde etmek (Gewinnsucht) için işleyen kimseye yargıç, hürriyeti bağlayıcı ceza yanında para cezası da verebilecektir. Bu nokta konumuz bakımından bilhassa malik yararına fiili ika eden üçüncü kişi bakımından söz konusu olacaktır. Şayet bu kimse malikle anlaşarak belli bir menfaat için fiili ika ederse, 50. maddenin 1. fıkrası uygulama alanı bulacaktır.

Para cezasının miktarı da 48. maddede tesbit edilmiştir. Bu cezanın tavanı (üst haddi) 20.000 Frank olacaktır. Ayrıca failin men-

(22) BGE 1952/78 IV 28.

(23) BGE 1949/75 IV 20.

faat elde etmek için suçu işlemesi halinde, yargıcın bu üst hadle bağlı olmayacağını 2. fıkra belirtiyor.

III — İNCELENEN İKİ KANUNUN KARŞILAŞTIRILMASI

1 — Korunan hukuki menfaat yönünden :

ACK'nın 289. maddesi ile İCK'nın 147. maddesi korunan menfaat yönünden tam bir uyuma gösteriyorlar. Gerek Alman ve gerek İsviçre kanun koyucusu, bu suç ile kendisine rızaen teslim edilen bir mal üzerinde belli hakkı olan zilyedi bu hakkın devamı süresince korumak, ve borçlunun da bu hakka riayetini sağlamak amacını gütmektedir. Burada kanunlar zilyedi malikten üstün tutarak onu korunmaya muhtaç görmüşlerdir.

2 — Suçun konusu bakımından :

İncelediğimiz iki kanunda suçun konusu bakımından yukardaki uyuşmayı görememekteyiz. Alman kanunu üzerinde intifa, rehin, hapis veya kullanma hakkı bulunan malı suça konu yapmışken, İCK'nın 147. maddesi daha değişik bir düzen kurmuştur. Şöyle ki, birinci fıkrada borçlunun zilyedliğinde bırakılmış menkul veya gayrimenkul rehni, diğer fıkralarda alacaklı yedinde bir menkul rehni veya üzerinde alacaklının hapis hakkı bulunan bir menkul eşya suçun konusunu teşkil etmektedir. Bu durum göz önünde tutulursa, Alman kanununun kullanma ve intifa haklarını da hükümün kapsamına almış olması dolayısıyla daha geniş bir sınır getirdiğini göstermektedir. Fakat buna karşılık İsviçrede kanun koyucunun maddenin ilk fıkrasında rehnin menkul ve gayrimenkul olabileceğini kabul etmesiyle, yalnız menkul rehnini kabul eden Alman kanunundan daha geniş bir sınır koyduğu göze çarpmaktadır.

3 — Maddi unsur yönünden :

Bu unsur yönünden de iki hukuk düzeni farklı sonuçlara varmaktadır. Alman kanun koyucusu malın yalnızca alınmasını, yani zilyedliğin sona erdirilmesini suçun teşekkülü için yeterli görmüştür. Buna karşılık İCK mal üzerinde genellikle bozucu bir takım tasarruflara girişilmesini aramaktadır. Bu fiiller malın zarara uğratılması olarak gösterildikten sonra, ayrıca malın tahribi, de-

ğerinin azaltılması ve onun kullanılmaz hale getirilmesi şeklinde daha özel durumlar olarak kanunda yer almaktadır. Bunlara ek olarak İCK malın alacaklının elinde olması haline mahsus olmak üzere malın alınmasını da bir fiil olarak göstermekle, bu noktada Alman kanunu ile uyuşmaktadır.

Yukarda açıklamalarımız sırasında belirttiğimiz gibi, 147. maddenin 1. fıkrasında rehin borçlu elinde bırakılıyordu. İşte bu durumda da kanun bu tip rehni devir ve feragatını da ayrı bir hareket olarak belirterek isabetli bir yol tutmuştur. Bu tip bir fiil Alman kanununda yer almıyor, çünkü buna lüzum yoktur. Alman kanunu bu tip rehni düzenlemiş değildir, ve üstelik kanuna göre malın alınması ile suç tamamlanmaktadır.

4 — Manevi unsur yönünden :

Her iki kanuna göre de bu suç yalnız kasten işlenebilen bir suçtur. Cürmi kastın yanında ayrıca hususi kast da aranacaktır. İCK bunu alacaklıya zarar vermek saikiyle hareket edilmesi olarak göstermiştir. Alman kanunu hukuka aykırı bir saikle (rechtswidrige Absicht) hareketi suçun teşekkülü için aramaktadır. Bu hukuka aykırı amaç da doktrinde failin zilyedin hakkına engel olma saikiyle hareket etmesi olarak nitelendirilmektedir (24).

Bu bakımdan iki kanunun aradığı saikler ilk bakışta farklı gibi görünüyorsa da, kanaatimizce bunlar aynı hususun farklı açıklanmasından başka birşey değildir. Fail alacaklının hakkına engel olma saikiyle hareket edince, yine neticede alacaklı zarar görmüş olacaktır. Bu sebeple manevi unsur yönünden iki kanunun uyuştuğunu söyleyebiliriz.

5 — Fail yönünden :

Her iki kanunda da fail malını rızaen zilyede bırakan maliktir. Fakat malikin yanında kanunlar üçüncü kişileri de cezalandırıyorlar. Bu noktada malik yararına hareket müşterek bir husus olmaktadır, çünkü kanunlar bunu arıyor.

İCK 172. maddesinde rehin geri alınması suçunun bir hükmi şahsın veya ticaret şirketinin işlerinin görülmesi sırasında işlemesi halinde, bir takım kimseleri cezalandırma yoluna giderek Alman kanunundan ayrılıyor. ACK'da böyle bir hükme rastlanmıyor.

(24) EBERMAYER - LOBE - ROSENBERG, Art. 289 Nr. 6 b.

6 — Koğuşturma yönünden :

Bu suçun koğuşturulmasının şikâyete bağlı oluşu her iki kanun da da yer alıyor. Süre bakımından da iki kanun uyuşmaktadır, çünkü şikâyet için 3 aylık süre tanınmaktadır. Ancak ACK'nın 61. maddesi bu sürenin başlangıcını faile ve fiile ıtıla ile başlatırken, İCK yalnız failin öğrenilmesini yeterli görmüştür. Fakat İsviçredeki uygulama ayrıca fiile ıtılaı da aramaktadır.

IV — REHNİN GERİ ALINMASINDA TÜRK HUKUKUNUN DURUMU

Rehin malın geri alınması suçu adını verdiğimiz suçu ACK ve İCK larını örnek alarak inceledikten ve bunların karşılaştırmasını yaptıktan sonra, TCK'da yer almadığını söylediğimiz bu fiilin Türk doktrin ve uygulamasındaki durumunu ele almak istiyoruz.

1 — Doktrin :

Türk doktrininde bu konu oldukça fikir ayrılıklarına sebep olmaktadır. Bir kısım yazarlar fiili hırsızlık olarak nitelendirirken, diğer bazı yazarlar fiilin suç teşkil etmeyeceğini savunuyorlar. Şimdi bu fikirleri açıklamaya çalışalım.

a — Fiilin hırsızlık olarak nitelendirilmesi :

Türk doktrininde Önder (25) hırsızlıkta korunan menfaatin zilyedinki olduğu noktasından hareket ederek, malın rehnedilmesi ile zilyedliğin rehinli alacaklıya geçtiğini kabul etmekte ve malikin kendi malını almasına rağmen fiilin hırsızlık olacağını savunmaktadır.

b — Fiilin suç olarak nitelendirilmemesi :

Diğer taraftan bazı yazarlar fiilin suç olmayacağı görüşündedirler. Örneğin Dönmezer bunu açıkça belirtiyor, ve bu konudaki görüşündeki gerekçesini başka bir noktaya değinerek açıklıyor (26).

(25) ÖNDER fikrini yazılı olarak açıklamış değildir.

(26) DÖNMEZER, Şahıslara karşı ve mal aleyhinde cürümler, 7. bası, İstanbul 1967, s. 209.

Bu nokta mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış müessesesidir. Dönmezer'e göre, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan ve teslim edilen bir malın malik tarafından geri alınması hırsızlık suçunu teşkil eder. Mâlik bu gibi hallerde zilyed tarafından bu mallara malik gibi tasarruf edileceğini kabul etmiş ve bu surette mülkiyete ait yetkilerin kullanılması ortadan kalkmıştır (27).

Kanaatimizce Dönmezer'in rehnin geri alınmasının hırsızlık olmayacağı fikrinin gerekçesi zımnen yukarıda verdiğimiz açıklamamızda mevcuttur. Rehin verilen mal üzerinde alacaklının bir zilyedliği tesis edilmekte, fakat mülkiyet hakkı malikte kalmaktadır. Her ne kadar rehnin mülkiyeti sınırlandırdığı söylenebilirse de, bu yetkiler mülkiyeti muhafaza ile satışta olduğu gibi zilyede geçmiş değildir, o yalnız malı yedinde alıkoymak hakkına sahiptir. Bu itibarla malik yine de tam bir mülkiyete sahiptir, ve kendi malının hırsız olamaz.

Erem de bu noktaya dokunuyor, ve fiilin hırsızlık olarak nitelendirilemeyeceğini savunuyor. Yazara göre şayet unsurları varsa, kendiliğinden hak alma suçu (TCK 308) veya başka bir suçun meydana geleceğini belirtiyor. Yazar, fail malikin kendisi ise zilyede karşı hırsızlık suçu işlenmiş olmaz, diyor ve böyle bir fiilin işlenemez suç olarak nitelendirildiğini de ekliyor (28). Daha sonra Erem mal üzerinde doğrudan doğruya tasarruf ve ondan istifade imkânı veren bir sebeple zilyed olana karşı malikin hareketini hırsızlık olarak nitelendirenlerin bulunduğunu açıklıyor, fakat bu yazarlarla aynı kanıyı paylaşmıyor. Erem'e göre, mal üzerinde tasarruf ve istifade yetkisini veren sebeplerle de olsa, mal başkasının malı olamayacağından, bu görüşe katılmak doğru olmaz (29).

Türk doktrinde konuyu ele alan Şensoy bu hususta iki fikrin Türk ve yabancı yazarlar tarafından savunulduğunu belirtiyor, fakat bu husustaki görüşünü açıklamıyor (30).

(27) DÖNMEZER, s. 209.

(28) EREM, Türk Ceza Hukuku, hususi kısım, 2. bası, cilt 2, Ankara 1965, s. 1206.

(29) EREM, s. 1206.

(30) ŞENSOY, Basit hırsızlık ve çeşitli mevsuf hırsızlıklar, 2. bası İstanbul 1963, s. 38 - 39.

2 — *Uygulama* :

Bu noktada Yargıtay 6. ceza dairesinin 29.6.1965 e. 4005 k. 4072 sayılı kararı bize ışık tutacak niteliktedir (31).

Bu karara mesnet teşkil eden olayda, sanıklar Ziraat Bankasına rehnettikleri fındıkları bankanın kiralayıp koyduğu depodan, bankanın izni olmaksızın almışlardır. Esas mahkemesi bu fiili hukuki mahiyette görerek sanıkların beraatine karar vermiştir. Ancak hükmün temyizi üzerine Yargıtay 6. ceza dairesi, her ne kadar rehin veya haciz olunan malların zilyedliğinin rehinle birlikte nakledilmiş olmayacağı ve hırsızlık fiili de zilyedliğin ihlalinden ibaret bulunacağı ve bu münasebetle malları rehnedenden şahsın bunlardan istifadesi, hırsızlık suçunu teşkil etmeyeceği vehleten düşünülebilirse de, rehin alacaklı lehine bir durum yaratması sebebiyle rehin edenin bu mal üzerindeki selâhiyeti bir takım tahditlere tabi bulunmaktadır. Bu itibarla mal üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılmış olan malik bu malı rehin almakla zilyed durumuna girmiş kimsenin veya müessesenin rızası hilâfına ve faydalanmak maksadıyla bu malları aldığı takdirde eylemi hırsızlık suçunu teşkil eder, kaldı ki mallar bankanın kiraladığı depoya konmuş ve anahtar da bankada bulunmuş olmasına göre bu mallar sanığın hukukan ve fiilen tasarrufundan çıkmıştır. Buna göre sanığın sübutu kabul edilen fiilinden dolayı mahkûmiyet cihetine gidilmek gerekirken yazılı gerekçelerle beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.»

Görüldüğü gibi Yargıtay yukarda 1 a bölümünde sözünü ettiğimiz görüşü aynen benimsemiş ve içtihadına mesnet yapmıştır.

SONUÇ :

Sonuç olarak diyebiliriz ki, Alman ve İsviçre kanun koyucuları sözü geçen fiili ayrı bir suç olarak düzenlemekle isabetli hareket etmişlerdir.

İki kanunun karşılaştırılmasından elde ettiğimiz neticeye göre İCK ve ACK büyük ölçüde uyuşmaktadırlar. Fakat bu arada İsviçre kanun koyucusunun daha geniş bir düzenleme tarzını seçtiği de göze çarpmaktadır.

(31) Adalet Dergisi Şubat 1966, sy. 2, s. 181 - 182.

Bizce fiilin Türk hukukundaki durumu önemlidir. Bu bakımdan bu husustaki görüşümüzü açıklamak isteriz.

Rehinli malın malik tarafından geri alınması halinde hırsızlık suçunun teşekkül edeceğini savunan yazarların görüşüne, ve bu görüşü benimseyen Yargıtay içtihadına iştirak edemiyoruz. Her ne kadar hırsızlık zilyedliğe karşı işlenen bir suç ise de, bu suç bakımından önemli bir husus da aşırılan malın başkasının malı olmasıdır, yani malikin kendi malının hırsız olamayacağıdır. Malikin malını rehnetmesi halinde mülkiyet hakkının kısıtlanmış olacağı ve malın malikin tasarruf sahasından çıkacağını kabul ederiz. Ancak rehin hakkının muhtevası icabı malı elinde bulunduran kimse de bu mal üzerinde hiçbir şekilde tasarruf edemeyecek, yalnız o malı hakkını kuvvetlendirmek için zilyedliğinde bulunduracaktır. Durum böyle olunca malikin mülkiyet hakkının kapsamına giren yetkiler yine kendinde kalmaktadır, fakat bunlar bir süre için kısıtlanmıştır, yoksa zilyede geçmiş değildir.

Durumu çoğu yazarların yapageldiği şekilde mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışıdaki durumla karşılaştırsak, fikrimizi daha da kuvvetlendirebiliriz. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı zilyed kılınmış ve malikin şey üzerindeki kullanma ve faydalanma yetkileri zilyede geçmiştir. Malik mal üzerinde yalnız kuru bir mülkiyete sahiptir. Bu itibarla buradaki durum rehnin geri alınmasından hayli farklıdır. Çünkü rehinde malikin mülkiyetten doğan bütün yetkileri kendindedir. Her ne kadar mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta da malik olma sıfatı devam ediyorsa da, bu artık şekli bir mülkiyettir, ve önemli iki yetki, kullanma ve faydalanma yetkileri zilyede, yani alıcıya geçmiş durumdadır. Bu açıkladığımız gerekçelerle biz de mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta, satıcının malı geri alması halinde hırsızlık suçunun meydana geleceğini kabul ediyoruz.

Sonuç olarak bu tip fiillerin kanunlarımızda da ayrı maddeler halinde düzenlenmesini faydalı bulmaktayız.

FAYDALANILAN ESERLER

- DÖNMEZER - ERMAN : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 3. bası, cilt 2, İstanbul 1966
- DÖNMEZER Sulhi : Şahıslara karşı ve mal aleyhinde cürümler, 7. bası İstanbul 1967
- EBERMAYER - LOBE - ROSENBERG : Leipziger Kommentar, Berlin 1958
- EREM Faruk : Türk Ceza Hukuku, hususi kısım, 2. bası, cilt 2 Ankara 1965
- GERMANN A. O. : Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich 1956
- MAURACH : Deutsches Strafrecht, besonderer Teil, Kalsruhe 1953
- SCHÖNKE - SCHRÖDER : Strafgesetzbuch Kommentar, München und Berlin, 1965 12. Auflage
- SCHWANDER Vital : Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zürich 1964
- ŞENSOY Naci : Basit hırsızlık ve çeşitli mevsuf hırsızlıklar 2. bası, İstanbul 1963
- PETTERS : Strafgesetzbuch, 24. Auflage, Berlin 1957
- THORMANN und von OVERBECK : Schweizerisches Strafgesetzbuch, besonderer Teil, Zürich 1941
- WELZEL Hans : Das Deutsche Strafrecht, 9. Auflage, Berlin 1965

KISALTMALAR :

- ACK: Alman Ceza Kanunu
 İCK: İsviçre Ceza Kanunu
 RGST: Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen
 ZGB: İsviçre Medeni Kanunu
 BGE: Bundesgerichtsentscheidungen

Asistan Erdener YURTCAN