

TÜRK CEZA KANUNUNDA MAL ALEYHİNDE İŞLENEN SUÇLARIN YETERSİZLİĞİ

Asis. Hasan ERMAN

İÇİNDEKİLER

Giriş

I — Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Cezalandırılması İle Korunan
Hukukî Menfaat

1 — Mâmelek Kavramı

2 — Eşyanın Ayırımı

3 — Malın Başkasına Aidiyeti

4 — Ceza Hukukunda Zilyedlik

II — Çağdaş Dönemde Karşılaşılan Sorunlar

1 — Mal Deyimi Açısından

a) Enerjiler

b) Gazlar

c) Müşterek Mal

2 — Yeni Suç İşleme Şekilleri Bakımından

a) Kullanma Hırsızlığı

b) Ödememek Kastıyla Mai Alma Veya Borçlanma

c) Gabin

Sonuç

Giriş :

Mal aleyhinde cürümler kanunumuzun 2. kitabının son bâbı olan 10. bâbda yer almıştır.

Burada üzerinde önemle durulması gereken konu, suç mağdurunun tesbiti ve bu suçların kapsamına girebilecek mal deyiminin tayinidir. Bundan başka, çağdaş zamanlarda kanunumuzda yer alan bu suçların yeterliliği de inceleme konumuza girmektedir. Sanayileşme ve şehirleşme mala karşı işlenen suçların işlenme şekillerini de çok arttırmıştır. Bu yüzden kanunumuzda mevcut hükümlerin yetersizliği söz konusu olmaktadır.

Biz bu etüdümüzü 2 bölümde incelemeyi uygun gördük. Birinci bölümde «mal aleyhinde işlenen suçların cezalandırılması ile korunan hukukî menfaat» ele alınmakta ve bu bölümde ceza hukukunda mal aleyhinde cürümler konusunda önemli saydığımız bazı konulara temas edilmektedir.

İkinci bölümde ise, «çağdaş dönemde karşılaşılan sorunlar» üzerinde durulduktan sonra, bir sonuca varılmaya çalışılmıştır.

Bu arada, özellikle 1930 İtalyan Ceza Kanununa getirilen yenilikler ve bu husustaki içtihatlar da gözönüne alınmış ve mukayeseli hukuktan da yararlanılmıştır.

I — Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Cezalandırılması İle Korunan Hukukî Menfaat :

Mehaz 1889 İtalyan Ceza Kanununda «mülkiyet aleyhinde işlenen suçlar» deyimi kullanılmıştı. Fransız Ceza Kanununda da aynı şekilde hareket edilmiştir. Ancak burada «mülkiyet» deyimi teknik-jüridik anlamda değil, fakat «malvarlığı» anlamında kullanılmıştır. Nitekim, İtalya'da teklifi yapan zamanın Adalet Bakanı bile, «mülkiyet» deyiminin, yalnız mülkiyet hakkını değil, zilyedlik ve her çeşit aynî haklar ile alacak haklarını da içine alacak surette geniş bir şekilde anlaşılması gerektiğini ifade ederek, başlıktaki isabetsizliğin farkına varmıştı (1).

(1) **Antolisei** (çev. **Alacakaptan**), Genel Olarak Mâmeleke Karşı İşlenen Suçlar (AHFD. — C. XIX, 1962, Sayı 1-3), sf. 65.

Yeni İtalyan, Alman ve İsviçre Kanunları ise «mâmeleke karşı işlenen», «mâmelek hakları aleyhine işlenen suçlar» başlıklarını kullanmışlardır ki, daha yerinde sayılmak gerekir (2). TCK «mal aleyhinde cürümler» başlığını kullanarak, yalnız mülkiyet haklarının değil, fakat mala ilişkin sair hakların da korunduğunu belirtmiştir.

1 — Mâmelek Kavramı :

Bir kişinin aktif ve pasifinin bütünü mâmelektir. Ceza Hukuku bakımından mâmelek, mübadele değerinden yoksun olmakla beraber, manevî bir değer taşıyan eşyayı da içine alır.

Hukuka aykırı bir şekilde elde edinilmiş değerler de, hemen hemen ittifakla kabul edildiği üzere, bunlara zilyedliğin (örneğin hırsızın zilyedliği) hukuk düzeni tarafından belli bir sınıra kadar korunmakta oluşu sebebiyle mâmeleke dahil sayılırlar (3).

Mal aleyhinde cürümlerin özünü teşkil eden mâmeleke tecavüz olayı, mâmelekî bir ilişkiye ve özellikle, konusu ya ekonomik, ya hissî bir değer olan ilişkiye müdahale etmemek zorunluluğunun ihlâl edildiği her olayda meydana gelmiş olacaktır.

2 — Eşyanın Ayırımı :

Bütün cisimler ve ekonomik değer taşıyan ve mülkiyete elverişli olan diğer bütün varlıklar hukukî bakımdan «mal» sayılırlar. Bu yüzden, enerjiler de «mal» kavramına girerler. Malın ayırıcı özelliği, bir cisim teşkil etmesinde (res corporales veya quae tangipossunt) arandığı için, enerjiler uzun zaman «mal» kavramı dışında tutulmuşlardır. Halbuki gaz veya sıvı şeklindeki şeyler de hırsızlığın konusunu teşkil edebilirler.

(2) Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım — Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler (9. Bası - İstanbul 1974), sf. 207.

(3) Cass. 16.3.1953 ve 4.4.1951: «hırsıza karşı da hırsızlık ika edilebilir»; aynı şekilde, 8.3.1950 ve 3.11.1948 tarihli kararlar. Zikreden Manzini (Nuvolone), Trattato di Diritto Penale Italiano — T. IX (4. ed., Torino 1963), sf. 10, d.n. 8.

3 — Malın Başkasına Aidiyeti :

Mâmeleke karşı işlenen suçlarda şahsî ve başkasına ait malları ayırmak gerekir. Çünkü, bu suçlar ancak başkasına ait mallar üzerinde ika edilebilirler. Bu yüzden bir malın ne zaman başkasına ait olduğunun tesbiti gerekmektedir. Gerçekten, bu tâyin mâlîk mi, yoksa zilyed mi gözönüne alınarak yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır (4).

Mal aleyhindeki cürümlerde «başkasına ait» deyimine rastlanmaktadır. Acaba ne zaman bir malın başkasına ait olduğu söylenebilir?

Her şeyden önce, şunu belirtmek gerekir ki, *res nullius*, yani kimsenin mülkiyetine girmeyen şey, başkasına ait sayılmaz. Aynı şekilde, daha önce başkasının malı olan şeyler, terk edildikleri takdirde (*res derelictae*), yani mâlîk bunların üzerindeki hâkimiyetinden vazgeçmek niyetiyle feragat ettiği zaman *res nullius* halini alırlar (çöpe atılan eşya gibi) (5).

Bu husus açıklandıktan sonra, «başkasının malı» deyiminden ne anlaşılmalı gerektiğini tesbit etmek zorunludur. Burada, özellikle başkasının mülkiyetine giren malın mı, yoksa üzerinde başkasının intifa veya teminat hakkı olan malın mı başkasına ait olduğu münakaşa edilmektedir.

Konu pratik yönden önem arz etmektedir. Çünkü, birinci anlam kabul edilecek olursa, aynı mal üzerinde üçüncü kişilerin sahip oldukları hakları mâlîk fiili ile ihlâl etmesine rağmen, ana unsur malın başkasına ait bulunması olan suçlardan sorumlu tutulamayacak, bu sebeple, örneğin rehinli alacaklıdan, ona rehin olarak verilmiş malı alan mal sahibi cezalandırılmayacaktır.

Oysa ki, «başkasının malı» deyimini geniş anlamda anlaşılırsa, başka bir deyişle, esas itibarıyla, failin üzerinde intifa ve tasarruf hakkına sahip olmadığı halde fiilen tasarruf ettiği bu çeşit ve benzeri kötüye kullanmalar ceza yaptırımlarından kurtulamayacaktır. Bu yoruma göre, üzerinde intifa veya teminat hakları bulunan mal,

(4) **Ranieri**, *Considerazioni sui Delitti Contro il Patrimonio* (La Scuola Positiva 1966), sf. 537.

(5) **Dörmezer**, a.g.e., sf. 228-229; **Antolisei** (çev. **Alacakaptan**), a.g.m., sf. 74; **Manzini**, a.g.e., sf. 68.

üçüncü kişinin hakkını ihlâl eden mâlik bakımından da başkasının malı sayılır (6).

Başkasına ait oluşa verilen bu ikinci anlama karşı, bunun kanunun sözüne aykırı düştüğü, çünkü «başkasına ait» deyimini «başkasının mülkiyetine giren» anlamına geldiği söylenmiş ve malın aynı anda hem kendine, hem başkasına ait sayılmasının çelişik olduğu ileri sürülmüştür (7).

Ancak bu tartışma, gerek Ceza Kanununun «başkasına ait» deyimine genel anlamından başka bir anlam vermesi imkânını a priori ortadan kaldıramayacağı için, gerekse de üzerinde başkalarının bir intifa veya teminat hakkına sahip oldukları malın, mâlikin mâmelekine girdiği kadar, hak sahibinin de mâmelekine girmekte oluşu dolayısıyla sorunu çözmekten uzaktır (8).

Mukayeseli hukuk açısından konuya baktığımızda, bu gibi fiillerin bazı ceza kanunlarında ayrıca müeyyideye bağlandığını görmek mümkündür.

Örneğin Alman CK m. 289: «Her kim, menkûl malını veya başkasının menhûl malını mâlik yararına intifa hakkı sahibinden, rehinli alacaklıdan veya o mal üzerinde kullanma veya hapis hakkı bulunan bir kimseden rızası hilâfına alırsa...» demektedir.

Yine aynı şekilde, İsviçre CK m. 147: «Kendi zilyedliğinde bırakılan rehni alacaklısına zarar vermek niyetiyle devir ve ferag eden veya zilyedliğinde bırakılan menkûl veya gayrimenkûl rehnine zarar veren, onu tahrip eden, değer kaybına uğratan veya kullanılmayacak duruma sokan borçlu; alacaklısının zilyedliğindeki rehinli veya hapisli malı ona zarar vermek niyetiyle geri alan, ona zarar veren, tahrip eden, değer kaybına uğratan veya kullanılmayacak duruma sokan borçlu; bu fiilleri mâlik yararına ika eden üçüncü

(6) Antolisei (çev. Alacakaptan), a.g.m., sf. 75.

(7) Maggiore, Diritto Penale, T. II, 1950, sf. 941; Vannini, Manuale di Diritto Penale-Parte Speciale, 2. ed., 1951, sf. 333; Petrocelli, L'Appropriazione Indebita, 1933, sf. 127; Pedrazzi, Inganno ed Errore nei Delitti Contro il Patrimonio, 1955, sf. 31; Bucolo, Recensione Penale del Diritto Civile nei Delitti Contro il Patrimonio (La Giustizia Penale 1962-Parte II), col. 9-10; Yurtcan, Alman ve İsviçre Ceza Kanunlarına Göre Rehin Malın Geri Alınması Suçu ve Türk Hukukunun Durumu (İHFM., C. XXXIII, Sayı 3-4, 1968, Ayrı Bası), sf. 17.

(8) Antolisei (çev. Alacakaptan), a.g.m., sf. 75-76.

kişi; alacaklıdaki rehinli veya hapisli malını ona zarar vermek niyetiyle geri alan, ona zarar veren, tahrip eden, değer kaybına uğratan veya kullanılmayacak duruma sokan üçüncü kişi...» demektedir.

1930 İtalyan CK. nun Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler başlığını taşıyan ikinci bâbında yer almış olan 334. maddesine göre de: «Her kim, malın mâlikinin yararına olmak niyetiyle, kendi gözetimine bırakılan merhun veya mahcuz bir malı alır, saklar, tahrip eder, değer kaybına uğratar veya kullanılmaz hale getirirse, 6 aydan 4 seneye kadar hapis ve 500 den 5000 lirete kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Eğer yukarıdaki fiiller, mâlik tarafından gözetimi kendisine bırakılmış merhun veya mahcuz mal üzerinde ika edilirse 3 aydan 2 seneye kadar hapis ve 300 den 3000 lirete kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Eğer fiil mâlik tarafından, gözetimi kendisine bırakılmamış merhun veya mahcuz mal üzerinde ika edilirse 1 seneye kadar hapis veya 3000 lirete kadar ağır para cezası tertip olunur.»

Fransız CK m. 400/3 ve sonraki fıkraları da bu nevi fiilleri müstakilen cezalandırmaktadır.

Bu ülkeler için geniş bir yorumu engelleyen husus, kanunun sistemidir (9). Gerçekten, fail hırsızlıktan sorumlu tutulsaydı, bu özel muamele tarzı tamamen haksız olurdu. Gözetimine bırakılmamış rehinli veya hacizli malını geri alan veya tahrip eden mal sahibi hakkında açık hüküm koyan İtalyan CK m. 334/son fıkra hükmü daha da manidardır. Bu fiil devlet idaresi aleyhine cürümler bâbında yer aldığı gibi, fail hakkında nakdî de olabilen hafif bir ceza konulmuştur. Bu özel hüküm kanun koyucuya göre başkalarının meşru zilyedliğinde bulunan malı alan mal sahibinin hırsızlık suçunu işlemiş sayılamıyacağını açıkça göstermektedir. Aksi düşünülmüş olsa idi, adı geçen hükmün varlığı için sebep kalmazdı. Bu nedenle, «başkasına ait mal» deyiminin bu ülkeler bakımından dar anlamda, yani, «başkalarının mülkiyetine giren şey» şeklinde anlaşılması gerektiğini ve bunun sonucu olarak da, mâlikin, malın başkasına ait olmasını gerektiren suçların aktif süjesi, faili olamayacağını ileri sürmek zorunludur.

(9) Antolisei (çev. Alacakaptan), a.g.m., sf. 76.

Türk CK da ise bu yolda herhangi bir hüküm mevcut bulunmamaktadır. Yukarıda belirtilen dar yoruma gidilecek olursa, o takdirde mâlikin meşru zilyedin elinden malını geri alması halinde, faile herhangi bir ceza verilemeyecektir. Bizce, kanunumuz bakımından, bu gibi olaylarda da hırsızlık suçuna ait hükümlerin uygulanması mümkündür. Tabii ki, kanunumuza ayrıca hüküm ilâve edilerek bu konularda açıklık getirilmesi en doğrusu olacaktır.

4 — Ceza Hukukunda Zilyedlik :

Madem ki zilyedlik esas itibarile bir özel hukuk müessesesidir, hareket noktasının medenî kanun tarafından tesbit edilen kavram olması gerekir.

MK ya göre, zilyedlikte iki unsurun bir arada bulunmasının gerektiğini söyleyebiliriz: a) Mal üzerinde mülkiyet veya başka bir aynî hakkın kullanılmasıyla ilgili bir faaliyet şeklinde tezahür eden fiilî bir hakimiyet, b) Buna dair animus, yani mülkiyet hakkının veya başka bir aynî hakkın sahibi olarak hareket etmek niyeti.

Sözü geçen zilyedlik kavramı ceza hukuku alanına nakledilecek olursa, bu hukuk dalı bakımından vedia alan, kiracı, ariyet alan, ve vekil zilyed değil, elinde bulundurandır. Gerçekten, bu kişiler, mal üzerindeki fiili iktidarlarını başkası adına (nomine alieno) kullanmaktadırlar.

Bu görüş kabul edilecek olursa, kendisine tevdi edilen bir otomobili mal edinen garaj sahibinin, kendisine kiralanan bir piyanoyu satan kimsenin, bir anonim şirketin genel kuruluna katılmak için ariyet olarak aldığı hisse senedini üçüncü kişiye devreden kimsenin emniyeti suistimalden değil, hırsızlıktan sorumlu tutulması gerekir (10).

Bu söylediklerimiz, zilyedliğin özel hukukçu kavramının değiştirilmesi gerektiğini açıkça göstermektedir. Ceza hukukunda zilyedlik kavramı, mal üzerindeki fiili iktidarın özerk bir şekilde, yani, malda daha üstün bir hakka sahip olan bir kimsenin doğrudan

(10) Yargıtay 6. CD nin 30.3.1971 tarih ve E. 1603, K. 1645 sayılı kararında «Garaj sahibinin garajdan araba alıp kullanılması TCK. nun 510. maddesine değil, 491. maddesine giren suç olur» denilmiştir. Bk. RKD. Yıl 6-1971, III/2, sf. 143.

doğruya nezaretine tâbi olmaksızın kullanıldığı bütün durumları içine alacak tarzda genişletilmektedir.

Zilyedlik kavramındaki genişlemenin sonucu olarak, ceza hukuku bakımından elinde bulundurma fiili iktidarın, zilyedin, nezaret alanı içinde kullanıldığı başka bir deyişle şeyi maddeten elinde bulunduranın, zilyedin bir aleti, bir «longa manus»u olduğu hallerine inhisar etmektedir.

Bu ayırıcı kriter uygulanınca hizmetçiler, evde bulunan misafirler, hamal, ve benzer durumda bulunan diğer kişilerin ceza hukuku bakımından da zilyed değil, elinde bulunduran sayılacakları sonucuna varılır (11). Buna karşılık, mal üzerindeki fiili iktidarlara özerk bir şekilde kullanan, yani, malı serbest olarak elinde bulunduran herkes zilyedir.

Zilyedlik kavramının bu şekilde genişlemesinin sonucu, mal üzerindeki iktidarla birlikte bulunması ve onu desteklemesi gereken manevî unsurun, özel hukuktaki gibi, mâlik veya diğer bir aynî hakkın sahibi sıfatıyla hareket etmek niyeti olmayıp, animus rem sibi habendi, yani malı yedinde bulundurmaya niyeti olduğudur ve başka türlü de olamaz. İtalyan Yargıtayı 2. Ceza Dairesinin 15.12.1964 tarihli kararında (12), «arazi veya binaların işgali suçunun pasif süjesi, yalnız gayrimenkûlün sahibi değil, aynı zamanda bir sözleşme veya başka bir namla gayrimenkûlün bütünlüğü ve özgürlüğü hususunda yararı olan herkes olabilir: örneğin kiracı veya müteahhit bu durumdadır» demiştir.

Malı alan kimsenin, onun üzerinde bir iktidar elde edememesi, yani mala zilyedin nezaret alanı dışında tasarruf edebilecek duruma geçememesi halinde zilyedliğin elde edilmiş olmasından bahsedilemeyeceğini önemle belirtmek ve buna dikkati çekmek gerekir. Bu sonuç, hırsızlığın tamamlandığı anla ilgili sorunun rasyonel ve doğru bir şekilde çözümlenmesinde önemli bir rol oynar. Bu konuda İtalyan Ceza Genel Kurulunun 5.12.1964 tarihli bir kararında (13),

(11) **Dönmezer**, a.g.e., sf. 216.

(12) Zikreden **Vacatello**, L'Altruità della Cosa nel Diritto d'Invasione di Terreni o Edifici (Il Foro Penale, anno XX, No. 3-4, Luglio-Dicembre 1965), sf. 401.

(13) Zikreden **Fagliari**, L'Altruità della Cosa nei Delitti Contro il Patrimonio (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, anno VIII, Fasc. 3-4, Luglio-Dicembre 1965), sf. 693.

arabasına benzin aldıktan sonra parasını ödemeksizin hızla uzaklaşan şöförün fiili ağırlaşmış hırsızlık olarak kabul edilmiştir. Genel Kurula göre, somut olayda suçun tamamlanma anı, benzin iscemek ve benzincinin kendi rızasıyla benzini arabaya koyması değil, fakat araba ve içindeki benzinle âni ve hızlı bir şekilde benzincinin hâkimiyet sahasından ayrılmaktır. Bu durum karşısında, benzin arabaya konulmuş olmasına rağmen, arabanın hareketinden önce hâlâ benzincinin hâkimiyet alanı içindedir.

II — Çağdaş Dönemde Karşılaşılan Sorunlar :

1 — Mal Deyimi Açısından :

a) Enerjiler :

Ceza hukuku açısından bir şeyin mal sayılabilmesi için katı olması gerekmez (14). Enerjiler de mal aleyhinde işlenen cürümlerin konusunu teşkil edebilirler.

1930 İtalyan Ceza Kanunu 624. maddenin 2. fıkrasında bu hususu açıkça belirtmiştir. Adı geçen hüküm aynen şöyledir: «Ceza Kanunu uygulamasında, elektrik enerjisi ve ekonomik değeri haiz diğer enerjiler de taşınabilir sayılır». Hatta bu ilke, 1942 yeni İtalyan Medenî Kanununun 814. maddesinde «ekonomik değer taşıyan tabii enerjiler taşınabilir eşya sayılır», denilmek suretiyle bütün hukuk dallarına teşmil edilmiştir.

Yeni İsviçre CK da 146. maddesi ile elektrik enerjisi çalınmasını müstakil suç saymıştır. Yeni İsveç CK da aynı yolu tutmuştur (15).

Yargıtay içtihatları ile ülkemizde de elektrik enerjisinin hırsızlığa konu olabileceği kabul edilmiştir. Bu konuda 3. CD. nin 27.11.1952 tarih ve E. 3192, K. 9627 sayılı kararında, elektrik akımından sahibinin rızası olmadan faydalanma hırsızlık sayılmıştır (16).

(14) **Dönmezer**, a.g.e., sf. 219.

(15) **Dönmezer**, a.g.e., sf. 220, d.n. 23.

(16) Zikreden **Dönmezer**, a.g.e., sf. 220, d.n. 23.

Bizce, yalnız elektrik enerjisi değil, termik, nükleer ve benzeri enerjiler de mal kavramına dahil edilebilir. Bunun için de gerekli olan şart bu enerjilerin ekonomik değeri haiz olmalarıdır. Örneğin, merkezî bir ısıtma tesisinden verilen termik enerjiyi haksız olarak kendi dairesine getirerek, dairesini ısıtan kişi de hırsızlık suçunu işlemiş sayılır (17). Bu yüzden, 1930 İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi, kanunumuza bir fıkra ilâvesi ile, ekonomik değer taşıyan enerjilerin de taşınabilir mal sayılması uygun olur görüşündeyiz.

b) *Gazlar :*

Gaz ve sıvı şeklindeki şeyler de hırsızlığın konusunu teşkil ederler. Gazlar, elektrik akımından değişik olarak, çağdaş anlamda maddî eşya karakterini taşırlar (18). Bazı gazlar görülebilir, bazıları koku yolu ile algılanabilir, diğerleri ise katı veya sıvı haline dönüşebilirler. Bütün bu hallerde, insan gazları dış dünyadan ayırarak kendisi için kullanabilmek maksadıyla belirli vasıtalar uygulanabilir. Örneğin, aydınlatıcı gazlar, endüstriyel, tıbbî veya savaşta kullanılan gazlar, v.s. buraya girerler. Böylece yararlanılabilen bütün gazlar, bir kimse tarafından haksız olarak kullanıldığı takdirde hırsızlık suçunun konusunu oluştururlar.

Bu konu ilk defa 1852 yılında bir Hollanda Mahkemesinde söz konusu edilmiş ve Amsterdam Mahkemesi aydınlatıcı gazın fabrikadan haksız olarak alınmasını, gazın mülkiyete konu teşkil ettiği ve bir yerden başka bir yere taşınabilir olduğu gerekçesiyle, hırsızlık suçu olarak kabul etmiştir (19).

c) *Müşterek Mal :*

Mehaz İtalyan Ceza Kanununun TCK nun 491. maddesine karşılık olan 402. maddesinin 2. fıkrasında «Bu cürüm, henüz ifraz ve taksim edilmemiş terekeye giren veya müşterek eşyaya karşı, zilyed olmayan mirasçı veya şerik tarafından işlense de aynı ceza tertip olunur» denilmiştir. Bu hüküm bizim Ceza Kanunumuza alınmamıştır.

(17) Aynı görüşte **Manzini**, a.g.e., sf. 18.

(18) **Manzini**, a.g.e., sf. 14.

(19) Zikreden **Manzini**, a.g.e., sf. 15, d.n. 1.

1930 İtalyan CK ise, bu fıkrayı kaldırarak, 627. maddesine özel hüküm koymuş ve ayrı bir suç olarak cezalandırmıştır. 627. madde şöyledir: «Müşterek mâlik, ortak veya birlikte mirasçı, kendine veya başkasına menfaat sağlamak için, müşterek malı elinde bulundurandan alıp zilyedliğine geçirirse, 2 seneye kadar hapis veya 40.000 den 400.000 lirete kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Eğer, alınan mal, mislî eşya olup ta değeri de müşterek mâlike isabet eden hisseyi tecavüz etmiyorsa fail cezalandırılmaz».

Aynı şekilde İsveç CK da, tereke üzerinde veya müşterek mülkiyet konusu olan şeylerde hırsızlığı 8. faslın 3. maddesinde suç haline getirmiştir.

Mehazın 402/2. fıkrası kanunumuza alınmadığı gibi, ayrıca bir hüküm de bulunmadığından bu tip fiillerin hırsızlık sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu olmuştur. Yargıtayımız bu durumda hırsızlığın meydana geleceğini artık devamlı olarak kabul etmektedir. CGK'nun 14.2.1973 tarihli ve E. 1971/6-18, K. 77 sayılı kararında (20) «Yarı yarıya paydaş ve fiilen bu suretle tasarruf edegeldikleri halde, diğer yarı paydaki ağaçları durumu bilerek kesmek hırsızlık suçunu teşkil eder. Olayda yarı yarıya paydaş olduklarının bilinmesine rağmen, kendi payını aşan miktarı kesip götürmesi hırsızlık niteliğinde eylemdir. Bu itibarla olayda sanığın kastının tesbiti ve bu sebeple yarı oranında hissedar olan sanığın yarı oranındaki hissesini aşan miktar ve değerdeki ağaçları kestığının belli edilmesi gerekir» denilmiştir.

Doktrinde de bu gibi fiillerin hırsızlık teşkil edeceği belirtilmektedir (21). Çünkü, hisseyi aşan kısım itibariyle mal başkasına ait sayılmalıdır. Ancak burada suçun meydana gelebilmesi için failin kendi hissesine düşen kısımdan daha fazlasını alması gerekmektedir. Alınan kısım zaten failin hissesine düşen kısım ise, hırsızlık suçunun varlığından söz edilemez. Bu yüzden suçun mevcut olup olmadığını tesbit edebilmek için hissedarların hisse nisbetlerinin incelenmesi ve her bir ortağa isabet eden hisselerin belirlenmesi gerekmektedir.

(20) RKD. Yıl 7. 1972, III/1, sf. 5-6.

(21) Dönmezer, a.g.e., sf. 222; Şensoy, Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar (İstanbul 1956).

2 — Yeni Suç İşleme Şekilleri Bakımından :

a) Kullanma Hırsızlığı :

Bir malın kullanıldıktan sonra, iadesi maksadıyla sahibinin rızası olmadan alınması halinde kullanma hırsızlığından bahsedilir (22). Bu suç kendini özellikle otomobil hırsızlıklarında gösterir. Çağdaş toplumda en çok rastlanan suç tiplerinden biridir.

Bazı modern kanunlar bu gibi fiiller için ayrıca hüküm getirmişlerdir. Örneğin, İsveç CK. 8. faslının 7. maddesinde «otomobil hırsızlığı» adı altında müstakil bir suç koymuş ve başkasına ait bir otomobili veya motorlu aracı kanuna aykırı olarak alan veya kullanan kişiyi cezalandırmıştır. Anglo-Sakson memleketlerinde de bu konuda özel suç konulmuştur (23).

1930 İtalyan CK da 626/1. maddesinde, «fail malı münhasıran geçici olarak kullanmak için almış ve kullandıktan sonra hemen iade etmişse, zarar görenin şikâyeti üzerine 1 seneye kadar hapis veya 80.000 lirete kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır» demiştir.

Çağdaş kanunlara bu hükümlerin getirilmesinin ve hırsızlığa nazaran az ceza verilmesinin sebebi, mâmelek hakkının daha az zedelenmiş olması ve faildeki cürmî kastın daha hafif bulunmasıdır. Ancak bu hükümlerin uygulanması için failin malı alırken kullanacağı işi yaptıktan sonra derhal iade etmek niyetiyle hareket etmesi gerekmektedir.

Kanunumuzda ise bu fiiller için özel bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay önceleri bu gibi hallerde hırsızlık kastının yokluğundan bahisle suçun oluşmadığını belirtmişse de (24), sonradan içtihadını değiştirmiş ve hırsızlık suçunun teşekkül ettiğini müteaddit kararlarında belirtmiştir (25). Mevcut hükümler karşısında, Türk hukukunda geri iade etmek niyetiyle dahi olsa, bir malı alan kimsenin hırsızlık suçunu işlemiş olacağını kabul etmek gerekecektir.

(22) Dönmezer, a.g.e., sf. 232.

(23) Bu konuda Bk. Dönmezer, a.g.e., sf. 233.

(24) CGK 15.7.1946 E. 107, K. 115 sayılı kararı için Bk. Dönmezer, a.g.e., sf. 233-234.

(25) CGK 30.1.1961, E. 8, K. 6: 6. CD. 22.5.1970 E: 2547, K: 2626.

Bizce, bu gibi fiiller için kanunumuza ayrı hükümler getirmek uygun olacaktır. Çünkü, bir kere faildeki cürmî kast hırsızlığa nazaran daha hafiftir. Ayrıca, fail bir kere geri vermek niyetiyle dahi bir malı alsa hırsızlık suçundan cezalandırılacağı için, artık o malı iade etmekle cezasında herhangi bir azalma olmayacağından malı kullanmakta devam edecek ve böylece ceza vermekten beklenen yarar elde edilemeyecektir.

b) *Ödememek Kastıyla Mal Alma veya Borçlanma :*

Dolandırıcılık suçunda hile ve sania unsurunun teşekkülü için, hilenin bir sahneye koyma (mise en scène) şeklinde olması gerektiğinden karşılıksız faydalanma fiilleri olarak nitelendirilen hareketlerin (örneğin, bir lokantaya gidip, yiyip içtikten, ya da otomobile gezip dolaştıktan, ya da otelde yattıktan sonra parası olmadığını bildirme) dolandırıcılık suçunu teşkil etmeyeceği ve sadece hukukî nitelik taşıyacağı sonucu çıkmaktadır (26). Bu tip hareketlere Fransıız hukukunda «filouterie, grivèlerie», İtalyan hukukunda «scrocco» adı verilmekte ve özel hükümlerle cezalandırılma yoluna gidilmektedir.

1930 İtalyan CK'na me haz kanunda yer almayan bir hüküm getirilmiş ve 641. madde ile bu fiiller cezalandırılmıştır. Adı geçen madde şöyledir: «Her kim, kendi edimini yerine getirmeme durumunu saklayarak, yerine getirmemek kastıyla bir sözleşme yaparsa, edim ifa edilmediği takdirde, zarar görenin şikâyeti üzerine, 2 seneye kadar hapis veya 200.000 lirete kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Mahkûmiyet kararından önce edim yerine getirilirse suç ortadan kalkar».

Bu suçun teşekkülü için, yerine getirilmemesi gereken edim bir sözleşmeden meydana gelmelidir. 641. madde malvarlığına karşı bir ihlâli öngörmektedir, bu yüzden suçun pasif süjesi zorunlu olarak gerçek veya tüzel bir kişi olmalıdır. Ancak, diğer bütün suç şekillerinde olduğu gibi, korunan hukukî menfaat toplum açısından nazara alınmış, yani sadece özel hukuku değil, aynı zamanda kamu itimadını da sarsıcı nitelikte görülmüştür. Fakat malvarlığı menfaatinin ihlâli daha ağır bastığından, bu suç mal aleyhinde işlenen

(26) *Dönmezer, a.g.e., sf. 295.*

suçlar arasında yer almış bulunmaktadır (27). 641. madde iki taraflı bir sözleşmenin varlığını öngördüğünden, hukuka aykırı olan sözleşmeler madde kapsamına girmez; akit benzeri sözleşmeler için de aynı şeyi söylemek gerekir (28).

Bu suçun tipik misali İtalyan doktrinde «scrocco» adı verilen fiillerdir. İtalyan Yargıtayı 25.2.1935 tarihli bir kararında (29) şöyle demiştir: «Scrocco'da fail, yani parası olmaksızın ve kendi ödememe gücünü saklayarak, borcunu ödememek kastıyla, yemek yiyen ve parasını vermeyen, ya da bir otelde kalan kimse 641. maddedeki suçu işlemiş olur». Aynı şekilde Cass. 4.6.1932 tarihli bir kararda «bir otomobil kiralayarak kendisini değişik yerlere götürten ve sonra da ücretini ödemeksizin uzaklaşan kimsenin fiili sözü geçen madde kapsamına girer» denilmiştir (30).

İtalyan Mahkemesinin yeni bir kararı ile büyük mağazalardan mal alınıp para ödenmemesi halinin de 641. maddedeki suçu oluşturduğu kabul edilmiştir. Roma Sulh Mahkemesi 3. Ceza Dairesinin 22.2.1971 tarihli bu kararında (31), bu fiilde şu gerekçelerle hırsızlık suçunun bulunmadığını belirtmiştir: «Büyük mağazalardaki satış şekli, mâlikin rızası ile satış bankolarında sergilenen eşyanın halk tarafından alınmasına cevaz vermekle, bu eşyanın alınmasını her zaman hukuka uygun bir hale getirir, zira alıcının eşyayı maddeten bulunduğu yerden aldığı anda mâlikin zilyedliğine hanel getirmediği şüphesizdir. Eşyayı alan kişi sadece hukuka uygun bir hareketi değil, fakat bizzat mâlik tarafından arzulanmış olan bir hareketi de yapmış olur, zira alıcının bu hareketi umuma arzedilmiş olan bu eşyanın alım satım sözleşmesini tekemmül ettirir. Alıcı, bankodan aldığı eşyanın bu suretle mâliki olup, bedelini ödemek mükellefiyetini yüklenmiş olur. Fakat malın bedelini ödeyemeyeceğini ve ödemek istemediğini bilmesi, 641. maddedeki hileli ödeme suçunun unsurlarını teşkil eder. Bu suçun varlığı için gerekli olan özel kast, eşyanın gizlenmesi ile tezahür eder».

1962 İsveç CK da 9. faslının 2. maddesinde bedelini ödemeksizin yatma, yeme, ulaştırmadan yararlanan ya da ödeme ile girilecek

(27) Manzini, a.g.e., sf. 716.

(28) Manzini, a.g.e., sf. 718-719.

(29) Cass. 25.2.1935, Bk. Giustizia Penale 1935, II, 1386.

(30) Zikreden Manzini, a.g.e., sf. 720, d.n. 5.

(31) Bu kararın tam metni için Bk. Erman S., İtalyan Mahkemeleri Kararları (MHAD., Yeni Seri, Yıl 7, Sayı 10, 1973 - ayrı bası), sf. 153-155.

bir temsilden yükümünü yerine getirmeden faydalanan kişinin yerine göre hileli davranış veya dolandırıcılıktan dolayı cezalandırılacağını belirtmektedir (32).

Bizim kanunumuz bakımından ise, bu gibi fiillerin cezalandırılması mümkün değildir. Eğer hareket yapılırken sahneye koyma şeklinde hile ve sanialarda bulunulmuşsa, o takdirde dolandırıcılık suçunun oluşacağı kuşkusuzdur. Bizce, bu gibi fiillerin ayrı olarak Ceza Kanunumuzda hüküm altına alınması yararlı olacaktır. Bu işlem yapılırken 1930 İtalyan CK'nun hükümleri örnek olarak alınabilir.

c) *Gabin* :

1930 İtalyan CK 644. maddesinde şöyle demektedir: «Yukarıdaki maddede gösterilen hallerin dışında her kim, bir şahsın ihtiyaç halinden faydalanarak, kendisine veya başkasına, para ya da başkaca taşınabilir bir malın borç olarak verilmesi karşılığında, herhangi bir şekil veya surette faiz ya da faiz sayılabilir başkaca menfaat verilmesini veya bu hususta vaadde bulunulmasını sağlayacak olursa, 2 seneye kadar hapis ve 40.000 den 300.000 lirete kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır». Bu madde mehzamız olan 1889 İtalyan CK da mevcut değildir, çünkü kanun liberal ekonomi prensiplerinden hareket edilerek hazırlanmıştır. Bu hükmün konulmasında maksat malvarlığının hileli hareketlere karşı korunarak kamu yararının sağlanmasıdır (33). Bu malvarlığı yararı belli bir kişi açısından özel nitelik taşımaya karşılık, gabinin sosyal bir fenomen olarak millî ekonomiye ve ahlâka aykırılığı bakımından kamusal nitelik taşımaktadır (34).

Bu suç anlaşılacağı gibi, bir tehlike suçu olmayıp, bir zarar suçudur. Ayrıca maddenin uygulanması için itiyat haline getirilmiş olması da aranmamaktadır.

Suçun teşekkül edebilmesi için, «bir şahsın ihtiyaç halinden faydalanmak» şeklinde olması gerekir. Pasif süjenin, yani zarar görenin muhtaç durumda bulunmaması halinde suç oluşmaz; özel

(32) **Dönmezer**, a.g.e., sf. 295.

(33) **Manzini**, a.g.e., sf. 789.

(34) **Cicala**, *Il Delitto di Usura* (Milano 1929), sf. 179; **Manzini**, a.g.e., sf. 789.

hukuka giren bir durumun mevcudiyetinden bahsedilebilir. Sözü geçen ihtiyaç herhangi bir şekil ve ağırlıkta olabilir, ayrıca bu ihtiyaç sadece geçici, tesadüfî de olabilir. Ancak aranacak şart bu ihtiyacın seçim hakkını ortadan kaldırıcı veya önemli derecede sınırlandırıcı nitelikte bulunmasıdır (35).

10.4.1935 tarihli bir Yargıtay kararında «ihtiyaç hali mutlak bir durum olmayıp, bir şahsın para veya başkaca taşınabilir mal verilmesi için herhangi bir sebepten doğan arızî bir ihtiyaç ta olabilir» denilmiştir (36).

3.9.1807 ve 19.12.1850 tarihli Fransız kanunlarında da gabin suçu yer almış, ancak itiyat haline getirilmiş olması şartı aranmıştır (37).

Bizim hukukumuz bakımından da, hiç olmazsa itiyat haline getirilmiş olması halinde bu gibi fiillerin cezalandırılması yoluna gidilmesi uygun olur kanaatindeyiz.

Sonuç :

Sonuç olarak diyebiliriz ki, Ceza Kanunumuzda yer alan mal aleyhinde işlenen suçlar yetersizdir ve mala ilişkin çeşitli tecavüzleri karşılayacak nitelikte değildir. Sanayileşme ve şehirleşmenin doğurduğu yeni suç tiplerinin geleneksel görüşü uygulayan Ceza Kanunumuz tarafından himaye edilmesi gayet zor olmaktadır.

Uygulama ve doktrin gelişen ve değişen şartlar karşısında mevcut hükümleri genişletici yorum yolu ile uygulamak yoluna gitmekten başka çare bulamamaktadır. Ancak bu da, ceza hukukunda kıyasın olmaması ve suçların kanuniliği prensibi gözönüne alındığında, oldukça dar bir sahayı geçememektedir.

Bizce, artık modern hukukun gerçekleri değerlendirilmek suretiyle Ceza Kanunumuzdaki mal aleyhinde işlenen suçların revizyona tâbi tutulması vakti gelmiş ve geçmiştir. Bu yola gidilirken 1930 İtalyan Ceza Kanununa getirilen yeniliklerin gözönünde tu-

(35) **Manzini**, a.g.e., sf. 795.

(36) Zikreden **Manzini**, a.g.e., sf. 795, d.n. 12.

(37) Zikreden **Manzini**, a.g.e., sf. 792, d.n. 1.

tulması, kanunumuzun sistematığını bozmamak bakımından da yerinde olur kanaatindeyiz.

BİBLİOGRAFYA

- Antolisei* (çev. *Alacakaptan*), Genel Olarak Mâmeleke Karşı İşlenen Suçlar (AHFD. — C. XIX, 1962, Sayı 1-3).
- Bucolo*, Recensione Penale del Diritto Civile nei Delitti Contro il Patrimonio (La Giustizia Penale 1962).
- Cicala*, Il Delitto di Usura (Milano 1929).
- Dönmezer*, Ceza Hukuku Özel Kısım — Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler (9. Bası - İstanbul 1974).
- Erman S.*, İtalyan Mahkemeleri Kararları (MHAD., Yeni Seri, Yıl 7, Sayı 10, 1973 - Ayrı Bası).
- Maggiore*, Diritto Penale - T. II, 1950.
- Manzini* (*Nuvolone*), Trattato di Diritto Penale Italiano - IX. (4. ed., Torino 1963).
- Pagliaro*, L'Altruità della Cosa nei Delitti Contro il Patrimonio (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, anno VI, Fasc. 5-4, Luglio-Dicembre 1965).
- Pedrazzi*, Inganno ed Errore nei Delitti Contro il Patrimonio, 1955.
- Petrocelli*, L'Appropriazione Indebita, 1933.
- Ranieri*, Considerazioni sui Delitti Contro il Patrimonio (La Scuola Positiva 1966).
- Şensoy*, Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar (İstanbul 1956).
- Vacatello*, L'Altruità della Cosa nel Diritto d'Invasione di Terreni o Edifici (Il Foro Penale, anno XX, No. 3-4, Luglio-Dicembre 1965).
- Vannini*, Manuale di Diritto Penale — Parte Speciale, 2. ed. 1951.
- Yurtcan*, Alman ve İsviçre Ceza Kanunlarına Göre Rehin Malın Geri Alınması Suçu ve Türk Hukukunun Durumu (İHFM., C. XXXIII, Sayı 5-4, 1968 — Ayrı Bası).