

Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Avukatın Failliği

M. Nedim BEKRİ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Av. Dr., İstanbul Barosu, m.nedimbekri@gmail.com,
ORCID: 0000-0003-0002-2448

Makale geliş tarihi: 27 Aralık 2022 **Makale kabul tarihi:** 4 Eylül 2023

Atıf önerisi: Bekri, M. Nedim. “Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Avukatın Failliği.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 4 (Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, Ekim 2023): 49-108. **DOI:** 10.30915/abd.1224915

GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU VE AVUKATIN FAİLLİĞİ

ÖZ

Türk Ceza Kanunu'nun 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun faili, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmakta veya bu devir olgusunu inkâr etmektedir. Suçun koruduğu hukuki değerler, mülkiyet hakkının yanısıra zilyetlik ve taraflar arasındaki güven duygusudur. Güveni kötüye kullanma suçuyla ilgili en yoğun tartışmanın, avukatların, meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının bu suçu mu yoksa zimmet suçunu mu oluşturacağı tartışması olduğu görülmektedir. Tartışmanın temelinde, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadıkları hususundaki farklı görüşler yatmaktadır. Yargıtay'ın çelişkili kararlarına da konu olan söz konusu sorunun kalıcı bir şekilde çözülmesinin önemi açıktır. Çalışmamız, konuya ilişkin olarak öğreti ve uygulamayı birlikte değerlendirip görüşler sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Mülkiyet hakkı

güven

zilyetlik

avukat

kamu görevlisi

ABUSE OF TRUST OFFENSE AND ATTORNEYS' LIABILITY

ABSTRACT

The perpetrator of the abuse of trust offense, set out in Article 155 of the Turkish Penal Code, disposes the property out of purpose of transfer or denies the fact of transfer, where such property had been transferred for the purpose of protection or for a specified usage. The legal interests protected by the offense include not only the right to property, but also possession and the sense of trust between parties. The most intense debate in the context of the offense of abuse of trust is whether attorneys' unauthorized actions with respect to property entrusted to them in the course of their profession constitute this offense or embezzlement. The fundamental issue at the heart of the debate is the differing views on whether attorneys should be considered public officials. The importance of solving this problem permanently, which is also the subject of contradictory judgements of the Court of Cassation, is obvious. This study presents opinions by evaluating both doctrine and practice in relation to the subject matter.

Keywords:

The right to property

trust

possession

attorney

public official

GİRİŞ

Tarihi gelişiminde bağımsız bir suç haline gelmesinin sonradan gerçekleştiği görülen güveni kötüye kullanma suçu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer aldığı gibi 5237 sayılı TCK'nin 155. maddesinde de ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” arasında düzenlenen söz konusu suçun faili, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunarak veya bu devir olgusunu inkar ederek, korunan hukuki değerlere zarar vermektedir.

Güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak, çalışmamıza konu olduğu üzere dikkate değer birçok husus bulunmakla beraber, teori ve uygulamada çok ciddi sorunların ve derin ayrışmaların bulunmadığını söylemek mümkündür. Söz konusu suçla ilgili en yoğun tartışmanın, istisnai hallerden olarak avukatların, meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının bu suçu mu yoksa zimmet suçunu mu oluşturacağı tartışması olduğu gözlenmektedir. Bilindiği üzere TCK'nin 247. maddesinde “kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar”dan biri olarak düzenlenen zimmet suçunun karşılığında daha ağır bir ceza öngörülmektedir. Temelde söz konusu tartışma da güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarından değil, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı ve zilyetliğin devrinin kamu görevinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususlarına ilişkin, çalışmamızda inceleyeceğimiz görüş ayrılıklarından kaynaklanmaktadır. Konuya ilişkin karışık ve yoruma açık mevzuat hükümleri ile çelişkili Yargıtay kararları karşısında, öğretilerdeki, hukukun temel ilkelerini dikkate alan görüşler ışığında sorunun kalıcı bir çözüme kavuşturulmasının önemi ortadadır.

İki ana kısımdan oluşan çalışmamızın birinci kısmında, güveni kötüye kullanma suçunun temel hali ve nitelikli halleri incelenecektir. İkinci kısımda ise, güveni kötüye kullanma suçunda avukatın failliği sorunu kapsamında, kamu görevlisi kavramı ve avukatlık mesleği ile avukatların fiileri açısından güveni kötüye kullanma ve zimmet suçları öğretisi ve Yargıtay kararlarıyla birlikte ele alınacaktır. Çalışmamız, konuya ilişkin tespit ve değerlendirmelerimizi içeren sonuç kısmıyla tamamlanacaktır.

I. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

A) GENEL AÇIKLAMA

Çağdaş dönem hukukunun ortaya koyduğu bir kavram olan güveni kötüye kullanma, geçmişte bazen tazminat gerektiren bir fiil olarak bazen de Roma hukukunda olduğu gibi hırsızlık (furtum) suçunun bir türü olarak kabul edilmiş olup, ancak sonradan bağımsız bir suç haline gelmiştir.^[1] Güveni kötüye kullanma suçu, 765 sayılı TCK'de yer aldığı gibi^[2] 5237 sayılı TCK'nin 155. maddesinde de ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

TCK'nin “Özel Hükümler”inin yer aldığı İkinci Kitabın “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı İkinci Kısımının “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” başlıklı Onuncu Bölümünde bulunan ve “*Güveni kötüye kullanma*” başlığını taşıyan 155. Madde şu şekildedir:^[3]

[1] Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 15. Baskı (İstanbul: Beta, 1998), 422-23; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı (Ankara: Yetkin, 2020), 453-54. Karşılaştırmalı hukukta güveni kötüye kullanma suçu için bkz. Çağatay Çınar, “Türk Ceza Kanunu’nda Güveni Kötüye Kullanma Suçu,” (Doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2019), 23 vd.

[2] 765 sayılı TCK'nin “*Cürümler*”in düzenlendiği İkinci Kitabının “*Mal aleyhinde cürümler*”in yer aldığı Onuncu Babının “*Emniyeti suistimal*” başlıklı Dördüncü Faslında bulunan 508 ve 510. maddeleri sırasıyla “(Değişik: 8/6/1933–2275/1 md.) *Her kim başkasına ait olupta iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim olunan bir şeyi kendisinin veya başkasının menfaatine olarak satar veya rehnedir veya sarf ve istihlak eder yahut ketim ve inkar eyler veyahut tahvil ve tağyir ederse mutazarrır olan kimsenin şikayeti üzerine iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır./Geçen iki maddede yazılı cürümler meslek ve sanat veya ticaret veya hizmet sebebiyle veya emanetçi sıfatiyle veyahut idare etmek için kendisine tevdi olunan veya teminat olarak teslim edilen şeyler üzerinde yapılırsa faili hakkında bir seneden beş seneye kadar hapis cezası tertip olunur ve şikayetname itasına hacet kalmaksızın takibat yapılır.*” şeklindeydi.

[3] Güveni kötüye kullanma suçunun, biri, malvarlığının tümüne yönelik olarak işlenen “malvarlığının bütününe yönelik suçlar” diğeri, belirli bir mala karşı işlenen “mülkiyete karşı suçlar” kategorisinde olmak üzere ceza kanununun iki farklı maddesinde düzenlendiği Alman hukuku için bkz. Şölen Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha-İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, 2021), s. 7 vd.; Johannes Wessels ve Thomas Hillenkamp, “Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk,” içinde *Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanmak Suçları*, çev.

“(1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

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

Görüldüğü üzere, maddenin birinci fıkrasında suçun takibi şikayete bağlı olan basit hali,^[4] ikinci fıkrasında ise takibi şikayete bağlı olmayan nitelikli hali düzenlenmiştir.^[5] TCK'nin 155. maddesinde yer alan mevcut düzenleme, suçu oluşturan hareketleri sınırlı olarak sayan 765 sayılı TCK'den farklı olarak hareket unsurunu “zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkar etme” şeklinde belirlemek suretiyle eski Kanun'daki hareketler ile uygulamadaki birçok farklı örneği de kapsayan daha geniş bir düzenlemedir.^[6] Ayrıca, eski TCK'de, kişinin suç konusu

Yener Ünver, ed. Yener Ünver, proje yön. Kayıhan İçel, (Ankara: Seçkin, 2009), 15-75; Johannes Wessels ve Thomas Hillenkamp, “Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk,” içinde İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar, çev. İlker Tepe, ed. Yener Ünver, proje yön. Kayıhan İçel, (Ankara: Seçkin, 2009), 183-214.

[4] Suçun takibi şikayete bağlı olan basit halinin yanısıra, 24.10.2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 Sayılı Kanun'un 26. maddesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 253. maddesinde yapılan değişiklikle nitelikli hal de uzlaşma kapsamına alınmıştır.

[5] 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110. maddesinde, söz konusu Kanun'un düzenlediği alandaki bazı fiillere ilişkin olarak TCK'nin 155/2. maddesine atıf yapılmak suretiyle güveni kötüye kullanma suçunun özel nitelikli halleri de kabul edilmiştir. Konuya ilişkin olarak bkz. Ahmet Caner Yenidünya ve Can Canpolat, “Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu (SPK.m.110/1, 3),” *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 3, no. 9 (2014): 109-59.

[6] Selman Dursun, “Malvarlığına Karşı Suçlar,” *Hukuki Perspektifler Dergisi*, no. 2 (Sonbahar, 2004): 194; Mahmut Koca, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar,” *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, no. 5 (2005): 84; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 3. Baskı (İstanbul: Beta, 2016), 428.

üzerindeki kendisine ait olan zilyetliği ve bunun meydana getirdiği imkan ve yetkileri bir başka kişiye mutlak olarak naklini ifade eden “tevdî ve teslim” ibaresine^[7] yer verilmişken, suçun basit haline ilişkin mevcut düzenlemede “zilyetliğin devri” ibaresi yer almaktadır.

Öğretide, zilyetliğin devri ibaresinin tevdî ve teslimden daha geniş bir kapsamının bulunduğu ve bu itibarla, suça ilişkin uygulama alanının genişlediği görüşü ileri sürülmüşse de^[8] esasen, suç konusu üzerindeki fiili hakimiyetin bir başkasına geçirilmesi olan zilyetliğin devri kavramı kullanılarak tevdî ve teslimden bir farklılık amaçlanmamıştır. Nitekim, suçun nitelikli halinin düzenlendiği 155. maddenin ikinci fıkrasında, zilyetliğin devrinden değil de tevdî ve teslimden bahsedilmesi söz konusu ibarelerin eş anlamlı olarak kullanıldığını ortaya koymaktadır.^[9] Sonuç itibarıyla, güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin eski ve yeni düzenlemelerin, bazı farklılıkları söz konusu olsa da temelde benzer oldukları ve genel kabul ile yaklaşımlarının aynı olduğu ifade edilmelidir.^[10]

[7] Ayhan Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 1. Baskı (İstanbul: Filiz, 1994), 411.

[8] Bkz. Mustafa Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 4. Baskı, (Ankara: Adalet, 2020), 528.

[9] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 428.

[10] Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, 23; Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar*, 2. Baskı (Ankara: Adalet, 2015), 251.

B) KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Güveni kötüye kullanma suçunda fail, suç konusu mal üzerinde sadece zilyetliği bulunmasına rağmen zilyetliğini kötüye kullanarak malikmiş gibi tasarrufta bulunmak suretiyle malikin malvarlığına zarar verdiğinden söz konusu suçun ihdasıyla korunan hukuki değer öncelikle mülkiyet hakkıdır.^[11] Bununla beraber öğretilerdeki bir görüşe göre, güveni kötüye kullanma suçuyla, taraflar arasındaki sözleşmeye dayanan güven de korunmaktadır.^[12] Buna göre zilyedin güveni kötüye kullanma fiiliyle, malikin zilyede olan güven duygusu mülkiyet hakkından daha çok zarar görmektedir. Mala gelen zararın tazminatla giderilmesi mümkün iken manevi nitelikte olan güven duygusundaki zararın giderilmesi çok zordur. Böylece malik, ödenecek zararlar malına kavuşsa da zilyede aynı veya başka malını bir daha teslim etmeyecektir. Bu durum genelleştiğindeyse, toplumdaki sosyal düzenin devamı imkansızlaşacaktır.^[13] Nitekim, toplumdaki hukuki ilişkilerin gelişmesi ikili ilişkilerin güvenli bir şekilde topluma yayılmasıyla gerçekleşeceğinden, kanun koyucu güveni kötüye kullanma suçunu ihdas etmiştir.^[14] Suçun

[11] Kenan Bulutoğlu, *Emniyeti Suistimal Cürümleri*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1955), 7; Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 409; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 423; Selman Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu,” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 57, no. 1-2 (1999): 5 (3-43); İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 1. Baskı (Ankara: Seçkin, 2002), 71; Sedat Bakıcı, *5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 1*, 1. Baskı (Ankara: Adalet, 2008), 3; Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 4. Baskı (Ankara: US-A, 2015), 378; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 431; Necati Meran, *Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma*, 4. Baskı (Ankara: Seçkin, 2016), 23; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı (Ankara: Adalet, 2017), 629; Asuman Aytekin İnceoğlu, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2018): 43-44; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 10. Baskı (Ankara: Savaş, 2019), 167; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 454.

[12] Dursun, “Emniyeti,” 6-7; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 71; Serkan Meraklı, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155),” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. özel sayı (2009): 1665-66; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, 5. Baskı (Ankara: Adalet, 2020), 634.

[13] Dursun, “Emniyeti,” 6.

[14] Meraklı, “Güveni,” 1666.

düzenlendiği TCK'nin 155. maddesinin gerekçesinde de suç konusuna ilişkin olarak taraflar arasında mevcut olan güvenin korunması gerektiği için sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarruflara ceza öngörüldüğü ifade edilmektedir.^[15]

Belirtmek gerekir ki güveni kötüye kullanma suçuyla, taraflar arasındaki güvenin de korunduğu görüşü, güven özel hukuk ilişkilerinde bir hukuki değer olsa da manevi bir duygu olarak güvenin ceza hukukunda tek başına bir hukuki değer olarak korunamayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir.^[16] Öte yandan, sözleşmesel bir güvenin ceza hukukuyla korunmasının “ultima ratio” ilkesiyle bağdaşmayacağı da ileri sürülmektedir.^[17]

Öğretide ayrıca güveni kötüye kullanma suçuyla zilyetliğin de korunduğu ifade edilmektedir. Buna göre, suçun oluşması için malın zilyetliğinin faile devredilmesi gerekmekte ancak –madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere– zilyetliğin mutlaka malik tarafından tesisi gerekmemektedir. Zilyetliği faile devreden ancak malik olmayan kimsenin dolaylı zilyetliği devam etmekteyken, fail devir olgusunu inkar ettiğinde bu durum sona erecektir. Bu itibarla, zilyetlik de güveni kötüye kullanma suçuyla korunan bir hukuki değerdir.^[18]

[15] Madde gerekçesinin ilgili kısmı, “Söz konusu suçla korunan hukuki değer kişilerin mülkiyet hakkıdır. Bu suçla mülkiyetin korunması amaçlanmaktadır. Ancak, söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen kişi (fail) arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu ilişkinin gereği olarak taraflar arasında mevcut olan güvenin korunması gerekmektedir. Bu mülahazalarla, eşya üzerinde mevcut sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarruflar, cezai yaptırım altına alınmıştır.” şeklindedir.

[16] Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Gülfem Pamuk Şiviloğlu, Kerim Çakır, Özge Apiş, Zafer İçer, Zahit Yılmaz, Nil Melek Gültekin Diken, Selim Erdin, Nurten Öztürk, Ertuğrul Ünal ve Büşra Şenerdoğan, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 1 Baskı (Ankara: Adalet, 2018), 167-68; Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 44-45; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 19. Baskı (Ankara: Seçkin, 2021), 845.

[17] Bkz. Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 44-45.

[18] Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 44; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 431; Meraklı, “Güveni,” 1665-1666; Şenel Sarsıkoğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması*, 1. Baskı (Ankara: Adalet, 2014), 38; Gökhan Taneri, *Yağma Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma*, 1. Baskı (Bilge: Ankara, 2013), 171.

Kanaatimizce, güveni kötüye kullanma suçunun, mülkiyet hakkının yanısıra güveni ve zilyetliği de bir hukuki değer olarak koruduğu yönündeki görüşlerin reddi için ikna edici bir gerekçe bulunmamaktadır. Suçun düzenlendiği madde başlığı ve suçu oluşturan fiillerin toplumsal anlamı, madde metni ve gerekçesi, zilyetliğin devri ile devir olgusunun inkarı ve sonuçları dikkate alındığında güveni kötüye kullanma suçunun hem mülkiyet hakkını hem de güven ile zilyetliği koruduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, güveni kötüye kullanma fiiline karşılık özel hukuk yaptırımlarıyla yetinilmeyerek cezai yaptırım da öngörülmesini, malik olmayan zilyedin bu durumdan faydalanarak elindeki maldan haksız menfaat elde etmesindeki kolaylıkla açıklayan ve son derece isabetli olan görüş^[19] dikkate alındığında, yukarıda değindiğimiz, sözleşmesel bir güvenin ceza hukukuyla korunmasının “ultima ratio” ilkesiyle bağdaşmayacağı görüşüne katılmak mümkün görünmemektedir.

C) TİPKİLİĞİN MADDİ UNSURLARI

1- Fail-Mağdur

Güveni kötüye kullanma suçunun faili, suç konusu malın zilyetliği bir sözleşmenin tarafı olarak belli bir amaçla kendisine devredilmiş olan kişidir.^[20] Bu itibarla, ancak belirli sıfatı veya niteliği olan kişiler tarafından işlenmesi mümkün olan özgü suç tanımı^[21] güveni kötüye kullanma suçu için de geçerlidir.^[22] Malın zilyetliğini faile devreden sözleşme ilişkisinin tarafı

[19] Bkz. Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 166.

[20] Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 83; Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 629; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 432; Halil Polat, *Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı*, 4. Baskı (Ankara: Adalet, 2023), 844.

[21] Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sınar, R. Barış Erman, Fulya Eroğlu ve R. Murat Önok, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, 14. Baskı (İstanbul: Der, 2019), 724.

[22] Zeki Hafizoğulları, “Güveni Kötüye Kullanma Suçları,” *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan II*, (Ankara: Turhan, 2010), 2768; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 845; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 432; Gökçen ve diğerleri, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 173; Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, 123; Remzi Gündüz, *Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı Suçlar*, 1. Baskı (Ankara: Bilge, 2012) 450.

olmayan kişiler iştirak kuralları uyarınca ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceklerdir. Öte yandan, suçla konu malı zilyedinden satın alan veya mal üzerinde lehine rehin tesis edilen kişi, güveni kötüye kullanma suçunun değil suç eşyasını satın alma veya kabul etme suçunun (TCK m. 165) faili olacaktır.^[23]

Sözlük anlamı, “bir şey üzerindeki fiil tasarruf biçiminde ortaya çıkan hakimiyet” olan zilyetliği^[24] doğrudan tanımlamayan Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 973. maddesinde, “bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse”nin o şeyin zilyedi olduğu ifade edilmektedir. Madde metninde fiili hakimiyetten kastın ne olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamakla beraber, bir sonraki madde^[25] dikkate alındığında fiili hakimiyetin, fiilen el altında bulundurma anlamında olmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, zilyetlikten söz edebilmek için objektif unsur olan fiili hakimiyet (corpus) tek başına yeterli olmayıp, ayrıca subjektif unsur olan zilyet olma iradesinin (animus) varlığı da gerekmektedir.^[26]

Belirtmek gerekir ki güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için gerçek anlamda bir zilyetliğin söz konusu olması gerekmektedir. Bu nedenle, bavulunu taşıyan yolcu tarafından izlenen hamalın bavulla kaçması örneğinde olduğu gibi daha üstün bir hukuki yetkiye sahip kişinin doğrudan gözetimi altında olup bağımsız şekilde tasarruf imkanı olmayan zilyet yardımcısı, güveni kötüye kullanma değil hırsızlık suçunun (TCK m.

[23] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 846.

[24] Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 10. Baskı (Ankara: Yetkin, 2011), 1527.

[25] TMK’nin 974. maddesi “Zilyet, bir sınırlı aynî hak veya bir kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim ederse, bunların ikisi de zilyet olur. // Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan aslî zilyet, diğeri fer’î zilyettir.” şeklindedir.

[26] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı (İstanbul: Filiz, 2016), 47-48; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku – Zilyetlik, Tapu Sicili, Rehin Hakları, Paylı Mülkiyet*, 5. Baskı (İstanbul: On İki Levha, 2017), 1 vd.

141) faili olmaktadır.^[27] Nitekim, güveni kötüye kullanma suçunda fail, suç konusunun zilyedi iken hırsızlık suçunda zilyet değildir.^[28]

Suçun düzenlendiği maddenin gerekçesinde, fail lehine zilyetliğin mutlaka malik tarafından tesis edilmesinin gerekmediği ifade edildiği gibi “fail, suç konusu malın maliki değildir” ve “bu nedenle, müşterek veya iştirak halinde mülkiyete konu olan mallarla ilgili olarak, müşterek veya iştirak halinde malik olanlar birbirlerine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işleyemezler.” ifadelerine de yer verilmiştir. Buna karşılık öğretide, suç konusu malın malikinin de bu suçun faili olabileceği yönünde görüş ileri sürülmektedir.^[29] Buna göre, önemli olan, malikin bu suçu, başkasında hukuka uygun olarak bulunan zilyetliği geçici şekilde devralmışken işlemesidir.^[30] Kiraya verdiği malını zilyedinden ödünç alan kişinin failliği bu duruma örnektir. Malın malikinin de güveni kötüye kullanma suçunun faili olabileceğinin kabulü, söz konusu suçla korunan hukuki değerlerin hem mülkiyet hem de kişiler arasındaki güven ile zilyetlik olduğu görüşünün doğal sonucudur.^[31] Esasen, malın malikinin de bu suçun faili olabileceği görüşünün dayandığı gerekçe haklı görülebilirse de kanaatimizce, suçun düzenlendiği madde metninin başında yer alan “başkasına ait olup da” ibaresinin varlığına rağmen uygulamanın söz konusu görüş yönünde gelişmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Belirtmek gerekir ki, avukatların konuya ilişkin durumunu ayrı bir başlık altında inceleyeceğimiz üzere, failin kamu görevlisi olduğu hallerde güveni kötüye kullanma suçu yerine TCK'nin 247. maddesinde^[32] “kamu idaresinin

[27] Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 171-72.

[28] Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 454.

[29] Bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı (Ankara: Seçkin, 2019), 698; Meraklı, “Güveni,” 1682.

[30] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 698.

[31] Meraklı, “Güveni,” 1682.

[32] “Zimmet” başlıklı madde, “(1)Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2)Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (3)Zimmet

güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar”dan biri olarak düzenlenen zimmet suçu söz konusu olabilecektir. Bir kamu görevlisi, “görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı” kendisinin veya başkasının zimmetine geçirdiği takdirde, zimmet suçu oluşmaktadır.

Serbest hareketli bir suç olan zimmet suçunun kamu görevlisi olan faili, özgülediği amaç dışına çıkardığı suç konusu mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunarak zilyetliği fiilen mülkiyete çevirmektedir.^[33] Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, malın mülkiyetinin Devlete, herhangi bir kamu kurumuna ya da herhangi bir kişiye ait olmasının suçun oluşmasında bir önemi bulunmamaktadır. Buna karşılık, zilyetliğin devrinin failin kamu görevinden kaynaklanmadığı hallerde, zimmet değil güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.^[34] Failin şahsına duyulan güven, güveni kötüye kullanma

suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir.” şeklindedir.

[33] Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler II*, (Ankara: Seçkin, 1993), 1303; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı (İstanbul: Filiz, 1994), 117; İsmail Malkoç ve Mahmut Güler, *Zimmet İrtikap Rüşvet ve Başlıca Memur Suçları*, (Ankara, 1993), 37; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 139-40; Nur Centel, “Zimmet Suçu (TCK m.247),” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan 21*, no. Özel Sayı (2019): 2782, 2790 (2779-2800); Nur Centel, “Zimmet Suçu ile Karşılaştırmalı Olarak Bankacılık Zimmeti,” *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Erol Cihan Armağanı 4*, no. 8 (Aralık, 2018): 234 (229-244); M.Nedim Bekri, *Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu*, 1. Baskı (Ankara: Adalet, 2007), 56 vd.

[34] Bekri, *Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu*, 19-20; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 431. “...icra satış servisinde icra memuru olan sanığın... kurum tarafından verilen...cevabi yazıda; 31/01/2012 tarihinde kurum vezneleri kapatıldığından bu tarih itibarıyla sanığın nakit para tahsil yetkisi bulunduğu belirtilmesi karşısında, sanığın 31/01/2012 tarihi öncesinde yetkisi bulunmadan tahsil ettiği paraları mal edinme şeklindeki eylemlerinin hizmet ilişkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş para hakkında işlenmesi nedeniyle TCK’nin 155/2, 43. maddelerinde düzenlenen zincirleme şekilde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu, 31/01/2012 tarihinden sonra tahsil yetkisi dahilinde gerçekleşen eylemlerinin ise zincirleme nitelikli zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeden,” Yargıtay 5. CD, E. 2020/6684, K. 2022/4092, 20.04.2022; “sanığın çift imza ile çekmesi gereken paraların bir kısmını tek imza ile, bir kısmını ise diğer sanık...’un imzasını taklit etmek suretiyle çekmek suretiyle mal edinmesi şeklinde gerçekleşen

suçunda söz konusu olduğu üzere, zimmet suçunda failin şahsı önem arz etmemekte, devrin kamu görevlisi sıfatına güvenilerek gerçekleştirildiği fakat kamu görevinden kaynaklanmadığı hallerde de zimmet suçu değil güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.^[35] Öte yandan, faile kamu görevinden dolayı teslim edilen mal üzerinde, mal edinme dışında fakat devir amacına aykırı bir tasarrufta bulunduğu işlenen suç görevi kötüye kullanma suçu olacaktır. (TCK m. 257/1).^[36]

Güveni kötüye kullanma suçunun mağduru, suç konusu malın zilyetliğini, muhafaza edilmesi veya belirli bir şekilde kullanılması amacıyla faile devreden kişidir. Devrin mutlaka malik tarafından yapılması gerekmediği ve korunan hukuki değer sadece mülkiyet hakkı olmadığı üzere, zilyedin zilyetliği üçüncü bir kişiye devrettiği hallerde hem malik hem de zilyed mağdur olacaktır.^[37] Belirtmek gerekir ki TCK'nin 167. maddesinde *şahsi cezasızlık sebebi ile cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak*, suçun belli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler arasında işlenmesi hallerinde cezaya hükmolunmaması veya cezanın yarı oranında indirilmesi öngörülmektedir.

2- Suçun Konusu

Güveni kötüye kullanma suçunun konusu, başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği faile devredilmiş olan maldır.

eylemlerinde, suça konu paraların görevi dolayısıyla sanığa teslim edilmediği, sanığın bu paralar üzerinde muhafaza ve gözetim sorumluluğunun da olmadığı, bu itibarla yasal tevdi unsurunun gerçekleşmediği anlaşıldığından, eylemlerinin zincirleme şekilde kamu kurumu zararına dolandırıcılık suçunu oluşturacağı, ayrıca sanığın tayin olarak ayrılan sözleşmeli öğretmen...’in kendisine göndermiş olduğu 1.282,55 TL’yi mal müdürlüğü hesabına intikal ettirmeksizin soruşturma başlayıncaya kadar yedinde bulundurması şeklindeki eyleminin de hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden,” Yargıtay 5. CD, E. 2015/12359, K. 2020/633, 22.01.2020 (<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>, Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[35] Bulutoğlu, *Emniyeti Suistimal Cürümleri*, 11; Bekri, *Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu*, 20.

[36] Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 432; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 431; Bekri, *Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu*, 22.

[37] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 433-34.

a) Mal

Mal, “üzerinde egemenlik kurulabilen herhangi bir şeydir.”^[38] Failden başkasına ait olması gereken malın, ekonomik değerinin bulunması şart olmayıp, manevi değerinin varlığı da yeterlidir.^[39] Güveni kötüye kullanma suçunu taşınır mallara münhasır kılan Alman hukukunun^[40] aksine, TCK'nin 155. maddesinde taşınır veya taşınmaz mal ayrımı yapılmamış olup, maddenin gerekçesinde de suçun konusunun taşınır veya taşınmaz mal olduğu ifade edilmiştir.

Misli eşyalar ve para da güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturabilir.^[41] Bununla beraber, malikin malvarlığında gerçek bir zarar veya zarar tehlikesi meydana gelmediği için, misli eşya tüketilse de suç oluşmayacaktır. Ancak fail, tüketilen eşyaya denk bir eşyayı iade edemediği anda suç oluşacaktır.^[42]

Ticaret şirketlerinin tüzel kişiliklerinin bulunması nedeniyle, şirket ortakları için şirkete ait mallar, “başkasına ait” mallardır ve ortakların failliğiyle de güveni kötüye kullanma suçunun konusu olabilirler.^[43] Buna karşılık, yukarıda ifade edildiği üzere, müşterek veya iştirak halinde mülkiyete konu olan mallara ilişkin olarak, müşterek veya iştirak halinde malik olanlar birbirlerine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işleyememektedirler.

[38] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 434.

[39] Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 410; Meraklı, “Güveni,” 1668-69; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 848.

[40] Meraklı, “Güveni,” 1668.

[41] Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 409-10; Gökcen ve diğerleri, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 174.

[42] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 435-36. Misli eşyaya ilişkin güveni kötüye kullanma suçunun ayrı hükümlerle cezalandırıldığı İsviçre Ceza Kanunu'na göre suç, tüketim veya sarf anında değil, muadili iade etme imkansızlığı gerçekleştiği anda oluşmaktadır. Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 429-30.

[43] Meraklı, “Güveni,” 1672-73; AYTEKİN İNCEOĞLU, “Güveni,” 47; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 849.

Kişiye yalnızca talep hakkı vermesi ve belirlenebilir bir malvarlığıyla ilgili olmaması nedeniyle alacak hakkı, güveni kötüye kullanma suçunun konusu olamaz.^[44] Ancak söz konusu hakkın da evrak üzerindeki mülkiyet ve zilyetlik hakkıyla birlikte somutlaşabildiği kambiyo senetleri ve hisse senetleri, öğreti ve Yargıtay'a göre suçun konusunu oluşturabilir.^[45]

b) Malın Zilyetliğinin Devri

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, malik olması gerekmeyen mağdur, malın zilyetliğini mülkiyet hakkı tesisi sağlamaksızın, geçici süreyle ve muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere malik olmayan faile devretmiş olmalıdır.^[46] Madde gerekçesinde de ifade edildiği gibi devredilen zilyetlik faile, aradaki hukuki ilişkinin niteliğine göre, mal üzerinde bazı tasarruflarda bulunma hak ve yetkisi kazandırmaktadır. Belirtmek gerekir ki zilyetliğin devri fiili değil hukuki anlamda olup, elden teslim gerekmemektedir. Mal üzerinde tasarrufta bulunma imkanının faile hukuken tanınmış olması yeterlidir.^[47]

Mağdur kendi zilyetliğini, duyduğu güvene istinaden faile devretmelidir. Zilyedin, malı denetim ve gözetimi altında tutma gibi güven duymadığını

[44] Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 631.

[45] Çınar, "Türk Ceza Kanunu'nda Güveni Kötüye Kullanma Suçu," 252-53; Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 631. Karşı görüş için bkz. Aytekin İnceoğlu, "Güveni," 52. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Burak Taş, "Düzenleyen Tarafından Cirusu Yasaklanmış Kambiyo Senetlerinde Güveni Kötüye Kullanma Suçu," *Adalet Dergisi*, no. 67 (2021/2): 297-323. "Sanığın katılanla akdetmiş olduğu bayilik sözleşmesi kapsamında üçüncü kişilere ciro edilmemek kaydıyla teminat maksatlı olarak almış olduğu 6 adet çeki, sözleşmedeki kayda aykırı olarak üçüncü kişilere ciro ettiği ve bu şekilde kendisine zilyetliği devrolunan çekler üzerinde devir maksadının haricinde tasarrufta bulunduğu iddia olunan olayda; Sanığın eyleminin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir." Yargıtay 23. CD, E. 2015/8119, K. 2016/7293, 06.06.2016 (<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>, Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[46] Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 73-74; Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 411; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 425; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 436-37; Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 633.

[47] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 701.

gösteren davranışlarının varlığı halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için gereken zilyetliğin devri gerçekleşmiş olmamaktadır.^[48] Bir kuyumcunun müşterisine, huzurunda incelemesi için değerli bir taşı vermesi bu duruma örnektir.^[49] Öte yandan daha önce ifade edildiği üzere, güven duygusundan ayrı olarak, zilyet yardımcısının, güveni kötüye kullanma suçunun faili olmasının mümkün olmadığı da^[50] hatırlanmalıdır.^[51]

Zilyetliğin devri, iradi olmalı, bilerek ve istenerek gerçekleştirilmelidir.^[52] Bu itibarla somut olayın özelliklerine göre, mağdurun, zilyetliğin devrine ilişkin rızasının hileli davranışlarla alındığı hallerde dolandırıcılık suçu (TCK m. 157) oluşacağı gibi malın, tehdit veya cebirle ele geçirildiği hallerde yağma suçu (TCK m. 148), tehdit veya cebir kullanılmadan ancak mağdurun rızası dışında ele geçirildiği hallerde hırsızlık suçu (TCK m. 141) söz konusu olacaktır.^[53]

Suçun düzenlendiği madde gerekçesinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, türü sınırlı olmaksızın, hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığının gerektiği ifade edilmektedir.^[54] Yargıtay uygulaması

[48] Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 411; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 74 vd.

[49] Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 633.

[50] Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 171-72.

[51] “Somut olayda, sanığın, denemek amacıyla katılanın rızası dahilinde aldığı motorsikleti iade etmediği ve alarak uzaklaştığı olayda, zilyetliğin devrinin söz konusu olmaması karşısında; Yargıtay CGK’nin 12/06/2012 tarih ve 2011/15-440 Esas ve 2012/229 Karar sayılı kararı gereğince; eylemin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 141/1. maddesinde öngörülen hırsızlık suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek güveni kötüye kullanmak suçundan hüküm kurulması,” Yargıtay 15. CD, E. 2018/6417, K. 2019/7636, 04.07.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[52] Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 424-25.

[53] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 700; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 166.

[54] Madde gerekçesinin ilgili kısmı, “Suçun konusunu oluşturan mal üzerinde belirli bir şekilde kullanmak üzere fail lehine zilyedlik tesisi gerekir. Bu nedenle, güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin

da bu yöndedir.^[55] Buna karşılık öğretilerde, zilyetlik devri geçerli bir rızaya dayandıktan sonra sözleşmenin geçerli olmasının gerekmediği görüşünün^[56] yanı sıra kanunda bir belirleme olmadığı üzere zilyetlik devrinin şekli önemli olmadığı gibi, devrin, kanun hükmü, mahkeme kararı veya idari işlem gereği gerçekleştirilebileceği görüşü de ifade edilmektedir.^[57] Kanaatimizce, suçun oluşması için sözleşme varlığı gerekse de, zilyetliğin devrine ilişkin sözleş-

varlığı gereklidir. Bu hukuki ilişki, örneğin kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, karz sözleşmesi, vedia sözleşmesi, istisna sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, rehin sözleşmesi ile tesis edilmiş olabilir. Bu akdi ilişki, karma veya sui generis bir sözleşme ile de tesis edilmiş olabilir. Örneğin, bir bankada açılan cari hesaba veya bir “özel finans kurumu”nda açılan “katılım ortaklığı hesabı”na ilişkin sözleşme ile de bu hukuki ilişki tesis edilmiş olabilir. Keza, örneğin bir anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile şirket tüzel kişiliği arasındaki hukuki ilişki, hizmet vel veya vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Hatta, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alınmış olan eşyanın mesela bir üçüncü kişiye satılması durumunda dahi, güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.” şeklindedir.

- [55] “Güveni kötüye kullanma suçunda malın teslimi, belirli biçimde kullanılmak için hukuka ve yöntemine uygun, aldatılmamış özgür bir iradeye dayanılarak tesis edilmektedir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen fail arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalı ve bu hukuki ilişkinin gereği olarak taraflar arasında oluşan güvenin korunması gerekmektedir. Bu amaçla, eşya üzerinde mevcut sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarruflar ve devir olgusunu inkâr kanun koyucu tarafından cezai yaptırım altına alınmıştır. Eğer mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen fail arasında hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisi yoksa usulüne uygun bir teslim olmayacağı için güveni kötüye kullanma suçu da oluşmayacaktır. Zira, hukuksal anlamda geçerli bir sözleşmeden söz edilebilmesi için tarafların iradelerinin aldatılmamış olması gerekmektedir.” Yargıtay CGK, E. 2020/49, K. 2022/232, 31.03.2022. Bkz. aynı yönde Yargıtay CGK, E. 2019/566, K. 2021/476, 14.10.2021; Yargıtay CGK, E. 2019/524, K. 2021/404, 16.09.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.10.2022).
- [56] Bkz. Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 56-57; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 852.
- [57] Bkz. Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı (Ankara: Savaş, 2003), 538; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 170. Belirtmek gerekir ki, “muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde” teslim amacı dışında tasarrufta bulunulması halinde TCK’nin 289. maddesinde düzenlenen “muhafaza görevini kötüye kullanma” suçu oluşacaktır.

mede geçerli rızadan öte sıkı bir şekilde özel hukuk anlamında geçerliliğin aranması kanunda öngörülmeleyen bir uygulamayla suçla korunan hukuki değerlerin korunma alanını daraltacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da (CGK) esasen, hukuken geçerli sözleşme gerekliliğini “aldatılmamış özgür irade” vurgusuyla yaptığı görülmektedir.

Zilyetliğin devrinin hukuka aykırı bir amaçla yapılması (veya zilyetliği devredilen malın uyuşturucu gibi bizatihi suç teşkil eden bir mal olması) hallerinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, söz konusu hallerde güveni kötüye kullanma suçundan bahsetmek mümkün değildir.^[58] Zira, Borçlar Kanunu hükümlerine göre, bir sözleşmenin konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişisel haklara aykırı olması halinde sözleşme kesin hükümsüz olacak ve hukuka uygun bir zilyetlik devrinden söz edilemeyecektir.^[59] Öte yandan, suçla korunan hukuki değerlerden biri güven ise de belirtilen hallerde toplumsal açıdan korunması gereken bir güven ilişkisi bulunmamaktadır. Bilakis, böyle bir ilişkinin korunması toplum açısından zararlı olup, bu yönde bir uygulama hukuka aykırı işlemleri adeta teşvik edecektir.^[60] Diğer görüşe göre ise zilyetliğin devri hukuka aykırı bir amaçla yapılmış olsa da güveni kötüye kullanma suçunun oluşması mümkündür.^[61] Buna göre, önemli olan sözleşmenin geçerliliği değil zilyetliğin devrinin mağdurun serbest iradesine dayanmasıdır.^[62] Konuya ilişkin olarak ceza hukuku, Medeni Kanun hükümleriyle bağlı olmayıp, fiili ilişkilerle ilgilenmektedir. Madde metninde, güven ilişkisinin hukuki ilişki niteliğinde olması yönünde

[58] Dursun, “Emniyeti,” 21; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 438; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 635. Yargıtay da eski tarihli bir kararında (Yargıtay 4. CD, E. 13745, K. 1949/15266 K., 29.11.1949) bu yönde sonuca varmıştır. Bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 438.

[59] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 438.

[60] Dursun, “Emniyeti,” 21.

[61] Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 413; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 701; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 852-53; Meraklı, “Güveni,” 1680-81.

[62] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 852-53.

bir ifade bulunmadığı üzere, taraflar arasındaki ilişkinin hukuka uygun, hukuk tarafından korunan bir ilişki olması zorunlu değildir.^[63]

Kanaatimizce, zilyetliğin devrinin dayandığı sözleşmeye ilişkin olarak sıkı şekilde özel hukuk anlamında geçerliliğin aranması doğru değilse de zilyetliğin devrinin hukuka açıkça aykırı bir amaçla gerçekleştirildiği hallerde, ne hukuki bir zilyetlik devrinden ne de hukukun koruduğu bir güven ilişkisinden söz edilemeyeceği ve bu itibarla, güveni kötüye kullanma suçunun da oluşmayacağı kabul edilmelidir.

3- Hareket ve Netice

Seçimlik hareketli bir suç olan güveni kötüye kullanma suçunun hareket unsuru, “zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulması veya bu devir olgusunun inkar edilmesi”dir. Daha önce de ifade edildiği üzere, TCK’nin 155. maddesinde yer alan mevcut düzenleme, suç oluşturduğu hareketleri sınırlı olarak sayan 765 sayılı TCK’den farklı olarak eski Kanun’daki hareketler ile uygulamadaki birçok farklı örneği de kapsayan daha geniş bir düzenlemedir.^[64] Bu itibarla, mevcut düzenlemenin kanaatimizce daha isabetli olduğu ifade edilmelidir.

Madde metninde yer alan “zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma”, mal üzerinde zilyetliğe ilişkin yetkilerin aşılmasıyla malik olmanın verdiği bazı yetkilerin kullanılmasıdır.^[65] Kanunda “zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma”, tanımlanmadığı ve sınırlanmadığı üzere serbest hareketli bir suç söz konusu olup, malı satma, harcama, yıpratma, rehnetme, başka bir mala dönüştürme, ödünç verilen malı kiralama gibi hallerde güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.^[66] Bununla beraber, müteahhidin, verilen

[63] Meraklı, “Güveni,” 1680-81.

[64] Dursun, “Malvarlığına,” 194; Koca, “5237 sayılı,” 84; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 428.

[65] Meraklı, “Güveni,” 1684; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 855.

[66] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 441; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 855. “Sanığın, katılan belediyeye ait halı sahada bulunan ve zilyetliği kendisine devredilen eşyaların bir kısmını kendi deposuna taşıdığı, yapılan iharlara rağmen eşyaları teslim etmediği,...Sanığın, katılan...ile

yetkiye istinaden arsa üzerindeki binayı yıkması veya kuyumcunun, talep doğrultusunda yaka iğnesini yüzüğe çevirmesi örneklerindeki gibi devir amacına uygun tasarruflar söz konusu olduğunda suç oluşmayacaktır.^[67]

Belirtmek gerekir ki zilyetliği devredilen mal ile bir suç işlenmesi, Yargıtay tarafından isabetli olarak zilyetliğin devri amacı dışında tasarruf olarak değerlendirilmekte ve güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu kabul edilmektedir.^[68]

imzalamış olduğu kira sözleşmesine istinaden zilyetliği kendisine devredilen eşyalar üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak suretiyle gerçekleştirdiği eyleminin TCK'nın 155/1. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin suç vasfında yanılığa düşülerek nitelikli hırsızlık suçundan mahkumiyet kararı verilmesi," Yargıtay 11. CD, E. 2017/14361, K. 2017/6616, 12.10.2017; "Sanığın katılana banka havalesi ile kendisine para geleceğini ancak banka hesabı ve kartı olmadığını söyleyerek, banka kartlarını kullanıp geri vermek üzere aldığı, ardından da diğer müşterileri kandırarak bu banka kartlarına para havalesinin yapmasını sağladığı, ...çekilen paraların diğer müşterilere ait nitelikli dolandırıcılık eylemi sonucu elde edilen menfaatlere dair paralar olduğu, ancak sanığın katılan ve müşteki tarafından kendisine belli bir amaç için kullanılıp geri verilmek üzere teslim edilmiş olan banka kartlarının üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunarak geri vermediğinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK 155/1. maddesinde düzenlenen "basit güveni kötüye kullanma" suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin," Yargıtay 15. CD, E. 2017/37683, K. 2018/135, 09.01.2018 (<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>, Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[67] Aytekin İnceoğlu, "Güveni," 61.

[68] "Sanığın...plakalı aracı katılan araç kiralama şirketinden...kiraladığı, araçla seyir halinde iken...durdurularak yapılan aramada 142 kilo 200 gram esrar maddesi ile yakalandığı ve araca...Mahkemesi'nin...kararı ile el konularak otoparka çekildiği, bu suretle sanığın güveni kötüye kullanma suçunu işlediği iddia edilen olayda,...sanığın suça konu araç üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunduğu anlaşılması karşısında TCK'nın 155/1 maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu sübut bulunduğu halde mahkumiyetine hükmedilmesi gerekirken" Yargıtay 15. CD, E. 2020/5354, K. 2020/9269, 05.10.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 28.10.2022).

“Devir olgusunu inkar etme”, malın kendisine teslim edilmediğinin iddia edilmesi ve bu doğrultuda beyanda bulunulmasıdır.^[69] Zilyetliği devralan kişinin, malı iade görevini yerine getirmeyerek tutmaya devam etmesi veya saklaması hallerinde de güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.^[70] Bununla beraber, malın iadesinde yaşanan basit gecikmelerde veya devir olgusunu inkara ilişkin iradenin net olarak belirlenemediği hallerde suç oluşmayacaktır.^[71]

Güveni kötüye kullanma suçu, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak veya devir olgusunu inkar etmek suretiyle icrai bir hareketle işlenebileceği gibi, malı süresinde devretmemek veya malı güvenle saklama amacıyla zilyetliğin devralındığı hallerde bakım görevini bilerek yerine getirmemek suretiyle ihmali hareketle de işlenebilir.^[72]

Suç, failin, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunduğu veya devir olgusunu inkar ettiği anda tamamlanmaktadır. Madde metninde, “kendisinin veya başkasının yararına olarak” ifadesine yer verilmişse de sırf hareket suçu söz konusudur ve suçun oluşması için, failin hareketiyle mağdurun mal varlığının zarar görmesi de failin ya da üçüncü kişinin yarar sağlamış olması da şart değildir.^[73] “Kendisi veya başkası yararına tasarruf”

[69] Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu III*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin, 2010), 2483.

[70] Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 458. “Sanık ile katılanın bir süre arkadaşlık yaptıkları, bu dönem içerisinde sanığın katılanın kimliğini isteyerek adına telefon hattı almak istediğini belirttiği, bunun üzerine katılanın sanığa kendi rızası ile kimliğini verdiği, daha sonra katılanın kimliğini istemesine rağmen sanık tarafından kimliğin kendisine verilmediği, ...katılana ait kimliğin sanığın evinde yapılan aramada bulunduğu, bu surette sanığın güveni kötüye kullanma suçunu işlediği iddia olunan somut olayda, ...sanığın katılan tarafından zilyetliği devredilmiş olan nüfus cüzdanının devir olgusunu inkar edip uhdesinde tutarak “güveni kötüye kullanma” suçunu işlediğini sabit gören mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 15. CD, E. 2018/6759, K. 2020/4702, 04.06.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[71] Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, 116.

[72] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 440.

[73] Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 174-75; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 459; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 441-43; Özgenç,

ile kastedilen, kendi lehine zilyetlik tesis edilmiş olan failin, zilyetliği üçüncü kişi lehine mülkiyete dönüştürdüğü hallerde de güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağıdır.^[74] Kaldı ki seçimlik hareketlerden biri yapıldığında, suçla korunan güven ilişkisi zaten zarar görmüş olacaktır.^[75]

Sırf hareket suçu olduğunu söylediğimiz güveni kötüye kullanma suçunda, hareketten ayrı bir netice bulunmadığı üzere, bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı düşünülecektir. Bununla beraber öğretide, suçun birden fazla hareketle işlendiği hallerde teşebbüsün mümkün olduğu savunulmakta ve zilyetliğin malın muhafazası için devredilmiş olduğu kişinin, malı satmak üzereyken ve oto tamircisinin motoru değiştirirken yakalanması halleri bu duruma örnek gösterilmektedir.^[76] Yargıtay'a göre de güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüs mümkündür.^[77] Kanaatimizce, suçun koruduğu hukuki değerlerden biri güven duygusu olduğu üzere, belirtilen hallerde maddi zarar oluşmasa da mağdurun güven duygusu yönünden zarar neticesiyle tamamlanmış bir suç söz konusudur.

Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, 82. Belirtmek gerekir ki TCK'nin 168. maddesinde, suç tamamlandıktan sonra failin aynen iade veya tazmin suretiyle mağdurun zararını giderdiği etkin pişmanlık hallerinde, etkin pişmanlığın gösterildiği zamana göre farklı oranlarda ceza indirimini öngörülmektedir.

[74] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 856.

[75] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 442.

[76] Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 459; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 175.

[77] “Katılanın yetkilisi olduğu şirkette şoför olarak çalışan sanık...’nın görevi gereği kendisine teslim edilen kamyonun yakıt deposundan motorin çekip diğer sanık...’e satmak istediği sırada devriye gezen jandarma görevlilerince müdahale edildiği, bu suretle sanıkların hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak suçunu işledikleri iddia edilen olayda;...sanıkların hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüs suçundan TCK'nun 155/2, 35. maddeleri gereğince cezalandırılması gerekirken yanılığılı değerlendirmeye yazılı biçimde beraat kararları verilmesi,” Yargıtay 15. CD, E. 2017/24459, K. 2019/1439, 27.02.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.10.2022).

4- Nitelikli Haller

TCK'nin 155. maddesinin ikinci fıkrasında öngörüldüğü üzere, güveni kötüye kullanma suçunun “meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi” suçun takibi şikayete bağlı olmayan ve daha ağır ceza öngörülen nitelikli hallerini oluşturmaktadır.^[78] Zira belirtilen hallerde, fail ile mağdur arasında daha yoğun bir güven ilişkisinin bulunduğu görülmektedir. Toplumda belli sıfatı taşıyan kişilere daha çok güven duyulmakta ve failin sıfatı, aradaki hukuki ilişkiye daha özenle uyulacağını düşündürmektedir. Bu itibarla, söz konusu failer güveni kötüye kullandıklarında, toplumda bu kişilerin sanat ve mesleğine duyulan güven de sarsılmaktadır.^[79]

Öğretide, suçun nitelikli hallerinin düzenlendiği TCK'nin 155. maddesinin ikinci fıkrasında, basit halin düzenlendiği birinci fıkradan farklı olarak 765 sayılı TCK'deki gibi “tevdî ve teslim” ifadesine yer verilmiş olması nedeniyle, zilyetliğin teslimsiz naklinin suçun nitelikli hallerin oluşması için yeterli olmayacağı görüşü ileri sürülmektedir. Devamında, birinci fıkrada mal kelimesi kullanılmışken ikinci fıkrada eşya kelimesinin kullanılmış olması nedeniyle, sadece manevi değeri olan malların ikinci fıkra kapsamına girmeyeceği ifade edilmiştir.^[80] Kanaatimizce, “tevdî ve teslim” ifadesi hususunda, daha önce eski ve yeni TCK karşılaştırmasında değinildiği üzere, madde metinlerinde zilyetliğin devri ile tevdi ve teslim ibareleri kullanımıyla bir farklılık amaçlanmadığı ve söz konusu ibarelerin eş anlamlı olarak kullanıldığı değerlendirilmesine^[81] katılmak gerekmektedir. Nitekim uygulamada da suçun basit hali ile nitelikli hali arasında belirtilen hususta

[78] Düzenlemede, eski TCK'de bulunan, suçun “emanetçi sıfatıyla” veya “teminat olarak” zilyetliği devredilen mal üzerinde işlenmesinin nitelikli hal olarak sayılmamasının eleştirisi ve “emanetçi sıfatıyla” teslimde çoğu zaman “hizmet ilişkisi” de bulunuyor olsa da, “teminat olarak verilen” mal üzerinde işlenen suçların daha ağır cezalandırılması gerektiği görüşü için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 856.

[79] Dursun, “Emniyeti,” 32; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 445.

[80] Bkz. Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 73.

[81] Bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 428.

bir farklılığa rastlanmamaktadır. Öte yandan mal ve eşya (şey) kavramlarına ilişkin olarak ifade etmek gerekir ki özel hukuk kapsamındaki öğreti, kanun ve mahkeme kararlarında söz konusu kavramlar bir bütünlük bulunmaksızın aynı anlamda, birbirlerinin yerine kullanıldığı gibi güveni kötüye kullanma suçu açısından da bu kavramların farklılığı söz konusu değildir.^[82]

Suçun, nitelikli hallerin ilki olan meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmiş olması için, bizzat mağdur tarafından gerçekleştirilmesi gerekmeyen, malın zilyetliğinin devri, teslimi ile failin işlevsel sıfatı yani ifa edilen meslek, sanat, ticaret veya hizmet arasında tadilat için terziye pantolon bırakılması örneğindeki gibi neden sonuç ilişkisinin varlığı gerekmektedir. Bu itibarla, failin sıfatı nitelikli halin oluşması için tek başına yeterli olmayacaktır.^[83]

Yargıtay'a göre, nitelikli halde söz konusu olan meslek ve sanat, geçimi sağlamak için yapılan sürekli işlerdir. Televizyon tamirciliği ve grafikerlik gibi örnekler veren Yargıtay, kişilerin, genellikle serbestçe yapılan söz konusu işleri icra edenlerden, arada hizmet ilişkisi olmaksızın hizmet satın aldıklarını ifade etmektedir.^[84] Ticaret ilişkisinde ise, failin ticari amaçla hareket

[82] Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha, 2012), 6; Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 1. Baskı (İstanbul: Beta, 2009), 30; Hamid Köse, "Emniyeti Suistimal (Güveni Kötüye Kullanma) Suçu," Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2009), 52; Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, 53 vd.

[83] Bulutoğlu, *Emniyeti Suistimal Cürümleri*, 155-56; Dursun, "Emniyeti," 32; Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 423; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 435; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 177; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 857-59; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 88; Parlar ve Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu III*, 2486-87.

[84] "Bu suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi hâlinde ise, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli söz konusu olacaktır. Meslek ve sanat, kişinin geçimini sağlamak için uğraştığı ve devamlılık gösteren işlerdir. Genellikle meslek ve sanat serbestçe yapılan ve bireylerin belli bir hizmeti almak veya yaptırmak için başvurdukları iş alanını ifade eder. Örneğin, televizyon tamirciliği, terzilik, dizgicilik, kuru temizlemecilik, matbaacılık, grafikerlik vs. Bu örneklerde de görüldüğü gibi, genellikle meslek ve sanatta, aralarında hizmet ilişkisi olmayan kişiler bu mesleği yapanlardan bir hizmet satın almaktadırlar." Yargıtay

etmesi yeterli olup, tacir olmasına gerek görülmemektedir. Mal sahibi olan mağdurun, ticari amaçla hareket etmesine de gerek bulunmamaktadır.^[85]

Öğretide, sekreterin, kendisine teslim edilmiş olan şirkete ait bilgisayardan parçalar alması, kasiyerin, sorumluluğundaki paraları mal edinmesi gibi örnekler verilen hizmet ilişkisine dayalı nitelikli hale^[86] ilişkin olarak hizmet ilişkisinde sürekliliği aramayan Yargıtay, suça konu eşyanın faile sürekli olarak ve tüm sorumluluğu ona ait olmak şartıyla teslimini gerekli görmektedir.^[87]

CGK, E. 2020/49, K. 2022/232, 31.03.2022. Bkz. aynı yönde Yargıtay CGK, E. 2019/566, K. 2021/476, 14.10.2021; Yargıtay CGK, E. 2019/524, K. 2021/404, 16.09.2021; “Hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarından sanığın mahkumiyetine ilişkin hükümler...Sanığın iş yerine tamir amacıyla bırakılan katılana ait...plakalı araç ile alkollü vaziyette gezerken kaza yapmak suretiyle üzerine atılı suçları işlediğinin iddia edildiği olayda; tüm dosya kapsamına göre sanığın mahkumiyetine yönelik mahkemenin kabulünde isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 15. CD, E. 2017/3566, K. 2019/367, 05.02.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.10.2022).

[85] “Ticaret, kişilerin özel ilişkilerini ilgilendiren alanlarda yapılan ve bir mal değişimini konu alan hareketlerdir. Failin ticari amaçla hareket etmesi yeterlidir. Tacir olması aranmaz. Ancak, mal sahibi olan mağdurun ticaret amacıyla hareket etmesine gerek bulunmamaktadır...Bu nitelikli hâlin uygulanabilmesi için, failin işi, mesleği, eşyanın hangi amaçla faile verildiği araştırılmalıdır.” Yargıtay CGK, E. 2020/49, K. 2022/232, 31.03.2022. Bkz. aynı yönde Yargıtay CGK, E. 2019/566, K. 2021/476, 14.10.2021; Yargıtay CGK, E. 2019/524, K. 2021/404, 16.09.2021; “sanığın yetkilisi olduğu şirketin ticari faaliyetlerini yürütmek üzere katılan firmadan şirketi adına araç kiralama işleminin TCK.nın 155/2. maddesinde yazılı ticaret ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden,” Yargıtay 23. CD, E. 2016/8869, K. 2016/6683, 25.05.2016 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.10.2022).

[86] Bkz. Gökçen ve diğerleri, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 180.

[87] “...Hizmet ise, hizmeti yapanla yaptıran arasında bir ilişkinin olmasını ifade eder. Hizmet ilişkisinin daimi olması zorunlu değildir. Ayrıca, suça konu eşya faile sürekli olarak ve tüm sorumluluğu ona ait olmak koşulu ile teslim edilmelidir. Bu nitelikli hâlin uygulanabilmesi için, failin işi, mesleği, eşyanın hangi amaçla faile verildiği araştırılmalıdır.” Yargıtay CGK, E. 2020/49, K. 2022/232, 31.03.2022. Bkz. aynı yönde Yargıtay CGK, E. 2019/566, K. 2021/476, 14.10.2021; Yargıtay CGK, E. 2019/524, K. 2021/404, 16.09.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.10.2022). “T... A.Ş’nin özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket olduğu, yukarıdaki açıklamalar ile sanığın ...A.Ş. bünyesinde hizmet sözleşmesi ile genel müdür olarak görev yapması nazara alındığında, şirket ortaklarının zeytin

Güveni kötüye kullanma suçunun TCK'nin 155/2. maddesinde öngörülen ikinci nitelikli hali, vekillere, vasilere, tasfiye memurlarına mal teslim edilmesinde olduğu gibi suçun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesidir.^[88] Madde metninde “hangi nedenden doğmuş olursa olsun” ifadesine yer verildiği üzere, malları idare etme yetkisi sözleşmeden, kanundan ya da resmi makam veya mercilerin kararından kaynaklanmış olsa da nitelikli hal söz konusu olacaktır.^[89]

ve zeytinyağı tarım satış kooperatifleri olmasının sanığı 1163 Sayılı Kanun'un 55. maddesi kapsamında kooperatif yöneticilerinden biri haline getirmeyeceği, somut olayda; sanığın genel müdürlük görevinin verdiği yetkileri aşarak şirket ile ilişkisi olmayan kişilere haksız ödemeler yaparak ve şirket faaliyeti kapsamında olmayan şahsi harcamaları şirkete ödeterek menfaat sağlaması şeklindeki eylemlerinin 5237 Sayılı TCK'nin 155/2, 43. maddelerinde tanımlanan zincirleme biçimde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı” Yargıtay 5. CD, E. 2018/6150, K. 2022/4143, 25.04.2022; “Sanıklar ...ve...’a ait ... büfede çalışan sanık ...’nin işyerine ait kasadan para alması şeklinde gerçekleşen olayda, sanık ...’in eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 155/2. maddesinde belirtilen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı şekilde uygulama yapılması,” Yargıtay 6. CD, E.2021/325, K. 2021/19160, 02.12.2021; “Sanığın müştekinin işyerinde kasadan sorumlu kasiyer olarak çalıştığı ve kendisine bizzat teslim edilmeyen sigaraları değişik zamanlarda çalması şeklinde gerçekleşen olayda, eylemin TCK'nın 142/1-b ve 43. maddesinde tanımlanan hırsızlık suçunu oluşturduğu ve hırsızlık suçundan ek savunma hakkı tanınıp hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, nitelendirmede hataya düşülerek yazılı şekilde TCK'nın 155/2. maddesinde düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyet hükmü kurulması,” Yargıtay 2. CD, E.2020/17599, K. 2021/20497, 02.12.2021 (<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>, Erişim Tarihi: 30.10.2022).

[88] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 859;

[89] “Suçun nitelikli halleri arasında sayılan bir başka durum ise, hangi nedenden doğmuş olursa olsun “başkasının mallarını idare etmek yetkisine sahip kimselerin” güveni kötüye kullanmasıdır. Maddede de açık bir şekilde belirtildiği gibi, idare yetkisinin hangi nedenden doğmuş olduğu önemli değildir. Sözleşmeden doğmuş olabileceği gibi, yasadan veya resmî makam veya merciler tarafından verilen bir karardan da, bu yetki doğmuş olabilir (Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 4. Cilt, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2010, 4531-4532.)” Yargıtay CGK, E. 2020/49, K. 2022/232, 31.03.2022. Bkz. aynı yönde Yargıtay CGK, E. 2019/566, K. 2021/476, 14.10.2021; Yargıtay CGK, E. 2019/524, K. 2021/404, 16.09.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.10.2022).

D) TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Güveni kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur.^[90] Kastın doğrudan ya da olası kast olması mümkündür.^[91] Taksirli hali düzenlenmediği üzere, suçun dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaliyle işlenmesi mümkün değildir. Suçun oluşabilmesi için, kanunda belirtilen maddi unsurların failin kastı kapsamında bulunması gerekmektedir.^[92] Bu itibarla fail, aradaki hukuki ilişkiyi, bu ilişki çerçevesinde zilyetliği kendisine devredilen malı ve hukuki ilişkinin gereklerine aykırı bir davranışta bulunduğunu bilerek hareket etmiş olmalıdır. Bu nedenle, fail malı sonradan iade etme niyetiyle hareket etmiş olsa da suç oluşacaktır.^[93] Buna karşılık, söz konusu olan misli bir mal ise ve fail malı iade anında yerine koyabilme imkanına sahipse suç oluşmayacaktır.^[94]

Öğretide, kanun düzenlemesinde –eski düzenlemeye de paralel olarak– yer alan “kendisinin veya başkasının yararına olarak” ifadesinden hareketle, güveni kötüye kullanma suçu failinde, gerçekleştirilememiş olsa da yarar sağlamaya ilişkin özel kastın bulunması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir.^[95] Yararın manevi olması da mümkündür.^[96] Yargıtay’ın da özel kast

- [90] Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 434; Hasan Elmalıca, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155),” Yüksek lisans tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2017), 164; Fatih Şahin, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (155/1-2),” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 34, no. 155 (Temmuz-Ağustos, 2021): 173.
- [91] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 703; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 85.
- [92] Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, 132.
- [93] Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 638; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 86.
- [94] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 860.
- [95] Bkz. Dursun, “Emniyeti,” 29; Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 418; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 434; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 460; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 176; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 444; Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 70.
- [96] Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 460; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 176.

gerekliliği yönünde kararlarına rastlanmaktadır.^[97] Buna karşılık, suçun oluşması için genel kastın yeterli olduğu ve yarar sağlamaya yönelik özel kastın aranmasına gerek olmadığı görüşü de savunulmaktadır.^[98] Buna göre, kanunkoyucu güveni kötüye kullanma suçunda özel kastı arasaydı “yararına olarak” ifadesini değil, hırsızlık suçunun düzenlendiği TCK’nin 141. maddesindeki gibi “yarar sağlamak maksadıyla” ifadesini kullanırdı. “Kendisinin veya başkasının yararına olarak” ifadesine, suçun başkası lehine de işlenebileceğinin belirtilmesi amacıyla cümleyi anlamlı bir biçimde bağlayabilmek için yer verilmiştir.^[99] Bu itibarla fail, saklaması için kendisine emanet edilen malı çöpe atsa da suç oluşacaktır.^[100]

Kanaatimizce, güveni kötüye kullanma suçunda özel kastın gerekli olmadığı yönündeki görüş yerindedir. Kanunun lafzına ilişkin olarak, gerek bu başlık altında yer verilen gerekse de suçun oluşması için mağdurun mal varlığının zarar görmesinin de failin ya da üçüncü kişinin yarar sağlamış olmasının da şart olmadığı bahsindeki değerlendirmeler isabetli olduğu gibi; suçun hareket unsuru kasten gerçekleştirildiğinde, failde yarar sağlamaya ilişkin özel kast bulunmasa da suçla korunan güven ilişkisinin zarar görmüş olacağı da bir gerçektir.^[101]

[97] “Menfaat mefhumu emniyeti suistimalde maddi unsurun bir hususiyetidir. Bu itibarla, haksız ve meşru olmayan menfaat sağlamak hususunun da kasdi mahiyet tasıması lazım gelir. Bu suretle sadece hususi hukuk sahasında kalması gereken pek çok akde vefasızlıkların ceza hukuku sahasına geçmesi önlenmiş olur.” Yargıtay CGK, E. 6-234, K. 1983/329, 10.10.1983. Karar için bkz. Kubilay Taşdemir ve Ramazan Özkepir, *Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar*, 2. Baskı (Ankara: Adil, 1999) 742-43. “...atılı suç özel kastla işlenebilen suçlardan olduğundan, sanıktaki suç kastının varlığının tespiti açısından...” Yargıtay 15. CD E. 2011/15476, K. 2012/38632, 06.06.2012. Karar için bkz. Taneri, *Yağma Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma*, 255.

[98] Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 860; Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 638; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 86 vd.; Meraklı, “Güveni,” 1696-97; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 703.

[99] Meraklı, “Güveni,” 1696-97.

[100] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 860.

[101] Benzer yöndeki görüş için bkz. Can Canpolat, “5237 sayılı TCK’da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu,” (Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2009), 148-49.

E) SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Koşulları TMK'nin 950. maddesinde düzenlenen ve bir aynı hak olan hapis hakkının kullanılması halinde, TCK'nin 26/1. maddesi anlamında hukuka uygunluk sebebi söz konusu olacak ve güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.^[102]

Zilyetliği devredilen mal, ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak amacıyla kullanıldığında da zorunluluk hali söz konusu olacak ve suç oluşmayacaktır.^[103]

Malın sahibinin rızası bulunduğu takdirde, TCK'nin 26/2. maddesi uyarınca hukuka aykırılık ortadan kalkacaktır.^[104] Bununla beraber öğretide, söz konusu hallerde esasen taraflar arasında yeni bir hukuki ilişkinin kurulmuş olduğu ve durumun bu yeni ilişkiye göre değerlendirilmesi gerektiği görüşü de ifade edilmektedir.^[105] Nitekim Yargıtay da rızanın varlığı halinde zilyetliğin

[102] Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 91; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 443; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 860-61. "Güveni kötüye kullanma suçundan sanığın beraatine ilişkin verilen hüküm,...Katılan...'in, birlikte yaşadığı katılan...adına kayıtlı aracı tamir maksadıyla sanığa verdiği, sanığın tamir parasının ödenmediğinden bahisle aracı zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunarak ve kendi yararına olacak şekilde satın haksız menfaat elde ettiği, sanığın bu suretle atılı suçu işlediğinin iddia edildiği somut olayda; sanığın, katılan...'e ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, borç ödeninceye kadar hapsedme hakkını kullanmasının taraflar arasındaki ihtilafın hukuki mahiyette olduğu, sanığın üzerine atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı," Yargıtay 15. CD, E. 2020/5409, K. 2021/5111, 17.05.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

[103] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 703. TCK'nin 25. maddesinin gerekçesinde, zorunluluk hali kusurluluğu kaldıran bir neden olarak nitelendirildiği gibi, CMK'nin 223/3-b maddesini dikkate alan Yargıtay CGK tarafından da zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edildiği belirtilmelidir (bkz. Yargıtay CGK, E. 2012/1551, K. 2013/64, 19.02.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022)).

[104] Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 91-92; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 443.

[105] Bkz. Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 639.

devri amacının zımnen değiştiği, bu itibarla sözleşmenin değiştirildiği ve tipikliğin oluşmadığı kanaatindedir.^[106]

II. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNDA AVUKATIN FAİLLİĞİ

Avukatların, meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının güveni kötüye kullanma suçunu mu yoksa karşılığında daha ağır ceza öngörülen zimmet suçunu mu oluşturacağı sorusunun cevabını avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı ve zilyetliğin devrinin kamu görevinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususlarına ilişkin kabuller belirlemektedir. Bu nedenle, öncelikle ceza hukuku anlamında kamu görevlisi kavramı ile avukatlık mesleğinin niteliğini incelemek gerekmektedir.

A) KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI VE AVUKATLIK MESLEĞİ

Ceza hukuku uygulamasında kamu görevlisi kavramı için öncelikle, 765 sayılı TCK'nin 279. maddesindeki kamu görevi gören memur ile kamu hizmeti gören kamu hizmetlisi ayrımının terkedilmiş olduğu 5237 sayılı TCK'nin "Tanımlar" başlıklı 6. maddesine bakılması gerekmektedir. "Ceza kanunlarının uygulanmasında" ibaresiyle başlayan maddenin c bendinde kamu görevlisi, "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddenin d bendine göre ise "Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler, adlî ve idarî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar" anlaşılacaktır. Maddenin gerekçesinde ise "765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden

[106] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 860-61. "Güveni kötüye kullanma suçunda hak sahibinin rızası, suçu hukuka uygun hale getirmeyecek, suçun unsurunu oluşturacaktır. Şöyle ki, anılan suçun oluşması için zilyetliğin devri dışında tasarrufta bulunmak gereklidir. Mağdur failin, zilyetliğin devri amacı dışında başka bir şekilde malı kullanmasına rıza gösterirse, bu durumda zilyetliğin devri amacı zımnen değişmiş olacaktır. Bir anlamda faille mağdur arasındaki irade uyuması aralarındaki sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde olduğundan, bu suçta mağdurun rızası suçu hukuka uygun hale getirmeyecek, suçun unsurları itibarıyla oluşmamasını sağlayacaktır." Yargıtay CGK, E. 2014/447, K. 2017/65, 14.02.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

çıkartılarak; memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.” şeklinde temel bir belirleme yapılmıştır. Devamında, “Kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır” ifadelerine yer verilerek, avukatların tereddütsüz bir şekilde kamu görevlisi oldukları yargısına varılmıştır.

“Avukatlığın mahiyeti” başlıklı 1. maddesinin birinci fıkrasında avukatlığın, “kamu hizmeti ve serbest bir meslek” olarak nitelendirildiği ve ikinci fıkrasında avukat için, “yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder” ifadesine yer verildiği 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun (AvK) 2. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları, “Avukatlığın amacı; hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.”, “Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.” şeklindedir. AvK’nin 35. maddesi ise sadece avukatların yapabileceği işleri düzenlemektedir. Söz konusu maddenin bir ve ikinci fıkraları, “Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.”, “Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler.” şeklinde olduğu gibi, Kanun’un 35A maddesine göre avukatlar, müvekkilleriyle karşı tarafı uzlaştırabilmekte ve ilgili tutanak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 38. maddesi anlamında ilam niteliğini taşımaktadır.

Belirtmek gerekir ki serbest bir meslek söz konusu olsa da Avk’nin 5. maddesinde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun (DMK) 48. maddesindeki düzenlemeye benzer şekilde, “kasten işlenen bir suçtan dolayı iki

yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkum” olmuş kişilerin mesleğe kabul istemlerinin reddolunması öngörülmektedir.

AvK'nin 57. maddesi, “görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler”in uygulanmasını öngörmektedir. 58. maddede, avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği (TBB) ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı yürütülecek soruşturmalara ve ayrıca avukatlar hakkındaki arama işlemlerine ilişkin özel usuller düzenlenmiştir. Öte yandan, 76/1 ve 109/2. maddelerde, baroların ve TBB'nin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları oldukları ifade edilmektedir.

AvK kapsamında, avukatların, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları dışında kamu görevlilerinin işleyebileceği özgü suçların faili olamayacakları anlaşılan “Görevi kötüye kullanma” başlıklı 62. maddeye de değinmek gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'ye uyum amacıyla yapılan 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'la yeniden düzenlen söz konusu madde, “Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesi hükümlerine göre cezalandırılır.” şeklindedir. Belirtmek gerekir ki, aşağıda değineceğimiz Yargıtay 5. Ceza Dairesi (CD) kararlarında maddenin, TCK'nin genel hükümleri ile özel ceza kanunlarının ve ceza içeren kanunların uyumunu amaçlayan “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.” şeklindeki TCK'nin 5. maddesinin 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, zımnen ilga edilmiş olduğunun belirtildiği görülmektedir.^[107] Bu kararlara göre, TCK'nin genel hükümlerine aykırı ve sınırlayıcı nitelikte olan AvK'nin 62. maddesinin özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçları açısından belirtilen tarihte zımnen ilga edilmiş sayılması gerektiğinden, avukatın,

[107] Yargıtay 5. CD, E. 2020/6051, K. 2021/2481, 31.05.2021; Yargıtay 5. CD, E. 2015/6499, K. 2019/10137, 24.10.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

müvekkili adına tahsil ettiği parayı uhdesinde tuttuğu hallerde, eylem tarihi 01.01.2009 tarihinden önce ise hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu, sonraki bir tarih söz konusuysa zimmet suçu oluşmaktadır.

TCK'nin 6/1-c maddesini değerlendiren Yargıtay CGK, kişilerin Ceza Kanunu uygulamasında “kamu görevlisi”, gerçekleştirilen faaliyetin de “kamusal faaliyet olarak kabul edilebilmesi için ayrıca, “faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi” gerektiğini vurgulamaktadır.^[108] AvK hükümleriyle birlikte aynı değerlendirmeye yer verilen 5. CD kararlarında avukatların, “münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile TBB'nin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığı” sonucuna varıldığı görülmektedir.^[109]

Öğretide, TCK'nin 6. maddesi kapsamında yargı alanındaki kamusal faaliyete yargı görevi yapan olarak katılan avukatların, bu görev ve işlevleri nedeniyle TCK tarafından kamu görevlisi olarak kabul edildikleri yönünde görüş de^[110] bulunmaktadır. Bununla beraber, isabetli bulduğumuz görüş,

[108] “TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki “kamu görevlisi” tanımında yer alan “katılan kişi” ibaresi ile, madde gerekçesinde yer alan “kamusal faaliyet” açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Kanunu uygulamasında “kamu görevlisi”, yapılan faaliyetin de “kamusal faaliyet” sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.” Yargıtay CGK, E. 2019/490, K. 2022/108, 22.02.2022; bkz. aynı yönde Yargıtay CGK, E. 2010/258, K. 2011/46, 12.04.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

[109] Yargıtay 5. CD, E. 2014/8091, K. 2017/4348, 16.10.2017; bkz. aynı yönde Yargıtay 5. CD, E. 2013/10766, K. 2015/14513, 28.09.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

[110] M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı (Ankara: Adalet, 2021), 1022; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi IV*, 1. Baskı (Ankara: Adalet, 2021), 5680; Hasan Tahsin Gökcan, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği,” *Ankara Barosu Dergisi* 67, no. 2 (Bahar, 2009): 154-55; Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 97. Aynı yöndeki bir görüşe göre avukatlar, TCK'nin 5 ve 6. maddeleri dikkate alındığında TCK uygulamasında kamu görevlisi sayılacaklar ve ilgili tüm özgü suçların faili olabilecekleri gibi ilgili nitelikli haller de haklarında uygulanacaktır. Ancak bu sonuç çok kapsamlı ve amacı aşan bir noktaya ulaşmıştır.

idari hiyerarşi içinde yer almayıp üst makamın emir ve talimatlarına bağlı olmaksızın bağımsız bir şekilde görev yapan ve iş reddedebildiği gibi Devletin maaş almayıp ücret konusunda müvekkille serbestçe sözleşme yapabilen avukatların,^[111] kamu hizmeti söz konusu olsa da en azından her faaliyetleri açısından kamu görevlisi olmadıkları yönündedir.^[112] Buna göre, avukatların TCK'nin 6. maddesi uyarınca yargı görevi yaptıkları açık ise de kamu görevlisi olma hususunda aynı şeyi söylemek mümkün görünmemektedir. Bağlayıcılığı bulunmayan madde gerekçesinde yer alan, avukatlara ilişkin kamu görevlisi nitelendirmesi madde metniyle çeliştiği gibi gerekçenin kendisinde ifade edilen nitelikler de avukatlık mesleğine uygun düşmemektedir. Nitekim, avukatlar kamusal faaliyette bulunsalar dahi bu faaliyetleri siyasal bir karara dayanmamakta, baroların atamaları da müvekkille yapılan vekalet sözleşmeleri de siyasal karar kapsamına girmemektedir.^[113]

AvK'nin 1 ve 2. maddeleri de gösterdiği gibi avukatlık serbest bir meslektir ve avukatlık faaliyeti tek başına ve her durumda kamusal bir faaliyet oluşturmamaktadır. Avukatların yükümlülükleri ile hakları arasında ölçülülük bulunması gerektiği gibi TCK'nin 6/1-c maddesi anlamında kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma kamu hukuku usulüne uygun olmalıdır. Avukatlar yargısal nitelikteki kamusal faaliyete katılmakta iseler de bu katılım her zaman kamu hukuku usulünce gerçekleşmemektedir. Nitekim, vekalet sözleşmesi

Fatih S. Mahmutoğlu ve Serdar Talas, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi,” İstanbul Barosu Dergisi, no. Ceza Hukuku Özel Sayısı (Ocak, 2007): 16-20.

[111] Ali Cem Budak, “Avukatlık Mesleği, Mesleğin Özellikleri ve Tarihçesi,” içinde *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, ed. Ali Cem Budak (İstanbul: Filiz, 2022), 8.

[112] Veli Özer Özbek ve Serkan Meraklı, “Ceza Hukukunda Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu,” içinde *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, ed. Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer ve Faruk Turhan (Ankara: Seçkin, 2018), 1165 vd.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1052 vd.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 859; Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı (Ankara: Adalet: 2019), 586; Mustafa Atalan, *Dolandırıcılık, Güveni Kötüye Kullanma ve Sahbecilik Suçları Şerhi*, 1. Baskı (Ankara: Adalet: 2015), 452; Ersan Şen ve Mehmet Vedat Ervan, “Avukat Kamu Görevlisi midir?,” <https://www.hukukihaber.net/avukat-kamu-gorevlisi-midir-makale,8643.html>, 25.01.2021, E.T.: 15.11.2021; Budak, “Avukatlık,” 8.

[113] Şen ve Ervan, “Avukat Kamu Görevlisi midir?,”

kapsamında vekil veya müdafî olarak görev yapan avukatların, kamusal faaliyete katılımlarının kamu hukuku çerçevesinde olduğunu söylemek zordur ve bu kapsamda görev yapan avukatların kamu görevlisi sayılmaları mümkün değildir. Avukatların kamu görevlisi olmamaları, sayılmamaları nedeniyle de AvK'de ayrıksı düzenlemeler varlığını sürdürmektedir. Ayrıca, avukatların TCK'deki bazı suç tiplerinde kamu görevlisi gibi kabul edilmeleri ile tüm işlemlerinde kamu görevlisi sayılacaklarını kabul etmek farklıdır. Sadece konulduğu haller için geçerli olan özel normdan hareket ederek genel bir sonuca ulaşmak kanunilik ilkesi ile bu ilkenin önemli sonuçlarından kıyas yasağına aykırıdır. Diğer yandan, TCK'nin 6/1-d maddesindeki yargı görevi yapan kavramı avukatların kamusal bir faaliyette bulduklarını değil yargılamanın bir süjesi olduklarını ifade etmektedir. Söz konusu tanımdan hareketle avukatları mahkemeler gibi yargı organı, kamusal faaliyet yürüten Devlet organı olarak kabul etmek mümkün değildir.^[114] Avukatların her durumda kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri, TCK'nin 279. maddesinde düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun oluşmaması için avukatların müvekkilleriyle ilgili öğrendiklerini yetkili makamlara bildirme zorunluluğunda bırakılması gibi çelişkiye, avukatlıkla bağdaşmayacak ciddi hukuksal sakıncalara da neden olacaktır.^[115]

Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin bir bireysel başvuru kapsamında, konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu yakın tarihli Genel Kurul kararı da^[116] öğretilerdeki ağırlıklı görüşü destekler mahiyettedir. Karara

[114] Özbek ve Meraklı, "Ceza," 1165-71; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1052-55. Alman ceza hukukunda da avukatlık faaliyeti, kamusal faaliyet olarak kabul edilmemektedir. Özbek ve Meraklı, "Ceza," 1165.

[115] Mahmutoğlu ve Talas, "Avukatların," 23; Özbek ve Meraklı, "Ceza," 1166.

[116] "Bu bağlamda müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunup bulunmadığının belirlenmesi amacıyla kamu hizmeti kapsamında olduğu açık olan avukatlığın *istihdam* boyutuyla da ele alınması gerekir. Kamu hizmetinde istihdam kavramının kamu görevlilerini kapsadığı konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte özel hukuk sözleşmeleri ile de kamu hizmetinde istihdam mümkün kılınabilir. Ancak kamu görevlisi olmayan, bir idari sözleşmeyle veya ticari ya da sınai nitelikteki bir özel hukuk sözleşmesiyle kamu hizmetinde çalıştırılmayan ve mesleklerini serbest şekilde icra eden avukatların kamu hizmetinde istihdam edildiklerinin kabulü mümkün değildir. Zira belirtilen durumlar olmadığı müddetçe avukatlık kural olarak idari hiyerarşiye dâhil olmayan serbest bir meslektir. Serbest avukatlığın devletin namına ve hesabına yapılan bir iş olmaması, serbest avukatların baro levhasına kaydolduktan sonra

göre, “kamu görevlisi olmayan, bir idari sözleşmeyle veya ticari ya da sınai nitelikteki bir özel hukuk sözleşmesiyle kamu hizmetinde çalıştırılmayan ve mesleklerini serbest şekilde icra eden avukatların kamu hizmetinde istihdam edildiklerinin kabulü mümkün değildir”.^[117]

TCK'nin 5. maddesinin 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle, AvK'nin 62. maddesinin zımnen ilga edilmiş sayılması gerektiği düşüncesine katılmadığımız da belirtilmelidir. Öğretide isabetli olarak ifade edildiği üzere, AvK, TCK'ye göre özel bir kanun olup, sonraki genel kanunun özel kanundaki bir normu yürürlükten kaldırabilmesi için bu norma benzer bir norm getirmesi gerekmektedir. Bu itibarla, TCK'nin 6/1-c maddesinin TCK'nin 5. maddesi delaletiyle AvK'nin 62. maddesini yürürlükten kaldırdığını söylemek mümkün değildir.^[118]

Öncelikle, aynı konuda hüküm getiren sonraki genel kanun, önceki özel kanunu bertaraf etmiş sayılmamaktadır.^[119] Daha adil ve kanun koyucunun amacı ile hukukun genel ilkelerine uygun olan kanunun seçilmesi savunulabilecekse de bu halde dahi tamamen avukat aleyhine adil olmayan bir sonuç doğuran ve bu yönüyle de hukukun genel ilkelerine aykırı olan TCK'nin 6/1-c maddesinin AvK'nin 62. maddesini yürürlükten kaldırdığını

çalışıp çalışmama ve müvekkillerini seçme konusunda kural olarak bağımsız olmaları, devletten herhangi bir maaş almamaları, gelirlerinin müvekkillerinden aldıkları vekâlet ücretinden oluşması, zorunlu müdafilik veya arbuluculuk gibi görevlendirmeler dışında serbest avukatlara devletin mali olarak bir katkısının bulunmaması, serbest avukatlar tarafından yapılan iş ve işlemlerin sonuçlarından devletin mali veya hukuki sorumluluğunun bulunmaması, müvekkilleri ile aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan tüm haklara kendilerinin sahip olmaları, yükümlülükler de kendilerinin katlanması bu yöndeki tespit ve vurguları pekiştirmektedir.” AYM, *Tamer Mahmutoglu* [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020, § 114-115 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022)

[117] 657 sayılı DMK'nin 36. maddesindeki “Avukatlık Hizmetleri Sınıfı” kapsamında görev yapan kamu avukatları, kamu görevlisi olup, bu itibarla zimmet suçunun falil olabilirler. Ömür Oruçgüney, “Avukatın Ceza Hukuku ve Disiplin Hukuku Sorumluluğu,” (Yüksek lisans tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2017), 21.

[118] Özbek ve Meraklı, “Ceza,” 1166; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1053.

[119] Yasemin Işıқтаç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, 1. Baskı (İstanbul: Filiz, 2012), 261.

söylemek mümkün değildir. Öte yandan, TCK'nin 6/1-c maddesinin amacı, diğer özel kanunlarda değişiklik yapılması değil, ceza kanunları ve TCK bakımından kamu görevlisi kavramına açıklık getirmektir. Nitekim kanun koyucu, yeni TCK'nin ardından ceza hükmü içeren kanunları gözden geçirip gerekli değişiklikleri yaparken, yürürlükte kalmasını istediği yeni TCK ile çatışmayan hükümleri aynı şekilde bırakmıştır. Bu kapsamda, 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'la AvK'nin 62. maddesinde de değişiklik yapılmış, yapılan değişiklikte maddenin temel yapısı aynı tutularak sadece eski TCK'nin 230 ve 240. maddeleri yerine yeni TCK'nin 257. maddesine atıf yapılmıştır. Maddeyi yürürlükten kaldırmayıp hükmün esasını koruyarak revizyona giden kanun koyucunun, söz konusu hükmün uygulanmasını istemeyip avukatların görevleri ile ilgili her fiilleri yönünden kamu görevlisi olarak kabul edilmelerini istediği söylenemeyecektir. Kaldı ki AvK'nin 62. maddesi, avukatlık mesleğine ilişkin doğrudan ve özel bir norm getirmekteyken, genel olarak kamu görevlisini tanımlayan TCK'nin 6/1-c maddesi, avukatlarla ilgili bir düzenleme içermemektedir. Bu itibarla, iki normun çatışmasından söz edilebilmesi için normların aynı konuda hüküm getirmeleri gerektiği üzere, söz konusu normlar arasında bir aykırılıktan bahsetmek de mümkün değildir.^[120]

Avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı tartışmasının, daha önce özel normdan genel sonuca ulaşmanın sakıncasında da değinilen, suçta ve cezada kanunilik ilkesi boyutunun da gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Nitekim, cezai sorumluluk doğuracak veya daha ağır bir cezaya neden olacak hususların kanunda açıkça belirtilmesi gereği karşısında, mevzuatta tartışmalı görünen ya da algılanan bir durumun, avukatların her durumda kamu görevlisi olduğu şeklinde yorumuyla veya kıyas yapılmasıyla ceza hukuku anlamında ağır sonuçlara ulaşılması söz konusu ilkeyi ihlal edecektir. Bu kapsamda, Yargıtay kararlarında zımnen ilga edildiği değerlendirilmesinin yapıldığını gördüğümüz genel hükümlere aykırı ve sınırlayıcı nitelikte olan AvK'nin 62. maddesinin ilga edildiği kabul edilebilseydi dahi yerine yeni bir

[120] Özbek ve Meraklı, "Ceza," 1166-67; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1053-54. TCK'nin 5. maddesine ilişkin inceleme için ayrıca bkz. Aras Türay, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme," *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan-Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 2 (Aralık, 2013): 1727-47.

düzenleme yapılmadığı üzere, konuya ilişkin kanuni bir boşluk oluştuğu da kabul edilmeli ve bu durum avukatlar aleyhine değerlendirilmemelidir.^[121]

Kanaatimizce, hukuk sistemimizde, hukuk davaları ve icra işlemleri için avukat zorunluluğunun bulunmaması, soruşturmalarda ve ceza davalarında ise belli suçlar, sorgu işlemleri ve çocuklar dışında durumun aynı olması da avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmamaları hususunda dikkate alınması gereken bir durumdur. Nitekim, bir mağdurun Cumhuriyet savcısı yerine ceza davası açması mümkün değilken, temsil ettiği kişi adına hareket eden avukatların yaptığı işleri asil olan müvekkillerinin bizzat yapmaları da mümkündür. Zorunlu müdafilik ve vekillik hallerinde dahi, talepte bulunma, kanun yollarına başvurma gibi gerekli işlemleri bizzat asilin veya yasal temsilcisinin de ayrıca yapmasına engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, avukatların tekelinde bulunan işler temsil yönünden olup, işin ilgilisi için bir sınırlama söz konusu değildir. Bu itibarla, avukatlar açısından kamu görevlilerinde olduğu gibi ilgili kişi tarafından ikamesi mümkün olmayan işlemler söz konusu olmadığı gibi, arama işleminde özel usule tabi olma, görev nedeniyle suç mağduru olma hallerinde bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gibi esasen temsil ettiği kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan güvencelerin, ceza sorumluluğu yönünden avukatların aleyhine değerlendirilmesi temel hukuk mantığına aykırı bir yaklaşımdır.

Bununla beraber, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmamaları hususunda her iki yöndeki sıkı bir kabulün sakıncalarını da önler şekilde, öğretide ifade edildiğini gördüğümüz ve aşağıda yer verilecek yargı kararlarında uygulanan, genelleyici bir kabulde bulunulmayarak konunun somut iş üzerinden değerlendirilmesi kanaatimizce makul bir yaklaşımdır. Söz konusu uygulamanın, konuyu her somut işe ilişkin olarak, yoruma açık bir halde sürekli bir tartışma içinde tutması ve çelişkili yargı kararlarının da önünü açması aslında güçlü bir ihtimal idiyse de aşağıda görüleceği üzere, güveni kötüye kullanma ve zimmet suçları tartışmasında, avukatların meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının tamamına yakını aynı tür olaylar oluşturmaktadır. Ancak yine de sorunun, ilişkin oldukları dosya dışında bağlayıcılıkları bulunmayan yargı kararlarıyla çözümü zor görünmektedir. Sorunun ana kaynağının temel bir konuda çağdaş hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayan karışık ve yoruma

[121] Şen ve Ervan, “Avukat Kamu Görevlisi midir?,”

açık mevzuat hükümleri olduğu ve bu hükümlerin sebep olduğu tartışmalı alanların konumuzdan da ibaret olmadığı dikkate alındığında; sorunu nihai olarak, öğretideki, hukukun genel ilkelerine uygun görüşleri dikkate alan hakkaniyetli ve net bir kanun düzenlemesinin, diğer bir deyişle mevzuatın hakkaniyetli bir şekilde basitleştirilmesinin çözebileceği ifade edilmelidir. Nitekim, suçta ve cezada kanunilik ilkesi de bunu gerektirmektedir.

B) AVUKATLARIN FİİLERİ AÇISINDAN GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA VE ZİMMET SUÇLARI

1- Genel Olarak

Yargıtay kararları incelendiğinde, açılacak dava için müvekkilden harç bedeli ve benzeri amaçla para alınıp da maliyeye yatırmama gibi durumlara da rastlanmakla beraber, avukatların, meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının tamamına yakınınını, vekalet ilişkisine istinaden müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiilinin oluşturduğu görülmektedir. Söz konusu fiilin güveni kötüye kullanma suçunu mu yoksa zimmet suçunu mu oluşturacağı sorusunun cevabını, daha önce de belirtildiği üzere avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadığına ve zilyetliğin devrinin kamu görevinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına ilişkin kabuller belirlemektedir. Bu itibarla, konuya ilişkin Yargıtay kararlarına geçmeden önce ifade etmeliyiz ki benimsediğimiz görüşe göre belirtilen hallerde güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu açıktır.^[122]

İdari teşkilat içinde yer almayan ve kamu otoritesini ve gücünü kullanmaksızın müvekkiline ait maddi değeri mal edinen avukatın kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine zarar vermiş olduğundan söz etmenin mümkün olmamasına^[123] karşılık, güveni kötüye kullanma suçunun, mülkiyet hakkı ve güven hukuki değerlerini koruduğu hatırlanmalıdır. Parası kendisine verilmeyerek malvarlığı zarar gören bir müvekkilin, kamu idaresine değil seçtiği avukatının şahsına güvenmiş olduğu bir gerçektir. Mesleki sıfatın,

[122] Avukatların kamu görevlisi oldukları ve bu nedenle de söz konusu fiillerinin zimmet suçunu oluşturacağı görüşü için bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1022; Gökcan ve Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi IV*, 5680; Gökcan, “Yeni Türk Ceza Kanunu,” 156; Mahmutoğlu ve Talas, “Avukatların,” 22.

[123] Özbek ve Meraklı, “Ceza,” 1170; Şen ve Ervan, “Avukat Kamu Görevlisi midir?,”

avukatlık hizmeti veriliyor olmasının güven duygusunu yoğunlaştırdığı ve kanunda bu durumun nitelikli hal olarak düzenlendiği de bir gerçektir. Bu itibarla güveni kötüye kullanma suçunun, teslimi TCK'nin 155/2. maddesi anlamında failin işlevsel sıfatı yani ifa edilen meslek, sanat, ticaret veya hizmet ilişkisi kapsamında kalan avukatlık mesleğinden ve bu çerçevede verilen avukatlık hizmetinden kaynaklanmış para hakkında işlenmesi nedeniyle suçun nitelikli hali oluşmaktadır.

2-Yargıtay Kararları

Yargıtay CGK'nin ayrı başlık altında inceleyeceğimiz 17.06.2021 tarihli kararında, müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiili hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirilmiştir. Konuya ilişkin daire kararlarının,^[124] söz konusu CGK kararından öncesi ve sonrası olmak üzere ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır.

a) 17.06.2021 Tarihi Öncesi Daire Kararları

Yargıtay dairelerinin müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiiline ilişkin kararlarının çelişkili olduğu görülmektedir. Gerçekten de söz konusu fiili, Yargıtay 5. CD zimmet suçu olarak kabul etmekteken 15. ve 23. CD'leri hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu nitelendirmesi yapmışlardır.

[124] Zimmet suçu nitelendirmesi içeren dosyalar Yargıtay 5. CD tarafından incelenmekteken, güveni kötüye kullanma suçu nitelendirmeli dosyalar daha önce Yargıtay 15 ve 23. Ceza Daireleri tarafından incelenip karara bağlanmaktaydı. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 22.12.2016 tarih ve 398 sayılı kararıyla, 23. CD 01.01.2017 tarihi itibarıyla kapatılarak, bu dairedeki dosyalar 15. CD'ne devredilmiştir. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 22.06.2021 tarih ve 196 sayılı kararı ile de 01.07.2021 tarihi itibarıyla 15. CD kapatılarak bu dairedeki dosyalar 11. CD'ye devredilmiş olup, söz konusu tarihten bu yana ve son olarak Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun 08.01.2022 tarih ve 1 sayılı kararı ile hazırlanıp Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 26.01.2022 tarihinde onaylanan işbölümüne istinaden, güveni kötüye kullanma suçu nitelendirmeli dosyalar 11. CD tarafından incelenip karara bağlanmaktadır.

Konuya ilişkin 5. CD kararlarında,^[125] “AvK’nin 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, 76/1 ve 109/1-2. maddelerindeki Baroların ve TBB’nin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğuna ilişkin hükümler ile 5237 sayılı TCK’nin 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; AvK’nin 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve Barolar ile TBB’nin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden avukatların kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığı ve TCK’nin 247. maddesine göre zimmete geçirilen malın devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı” açıklamasıyla belirtilen hallerde zimmet suçunun oluştuğu sonucuna varılmıştır.

Belirtmek gerekir ki söz konusu Daire uygulamasında, yukarıda da temas ettiğimiz üzere, TCK’nin 5. maddesinin 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle, TCK’nin genel hükümlerine aykırı ve sınırlayıcı nitelikte olan AvK’nin 62. maddesinin özel nitelikteki görevi kötüye kullanma

[125] “...avukat olarak görev yapan sanığın, ...vekaletname ile vekilliğini üstlendiği katılana irtifak bedeli ödenmesine ilişkin...Mahkemesinin...Kararına istinaden başlattığı ilamlı icra takibi sırasında 29/02/2008 tarihli reddiyat makbuzu ile kendisine ödenen parayı müvekkiline vermeyip uhdesinde tutması şeklinde sübut bulan eyleminin, TCK’nin 5. maddesinin 01/01/2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması da nazara alındığında, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı,” Yargıtay 5. CD, E. 2020/6051, K. 2021/2481, 31.05.2021; “...TCK’nin 247. maddesine göre zimmete geçirilen malın devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı da nazara alındığında; suç tarihinde ...avukat olarak görev yapan sanığın, ...vekaletname ile vekilliğini üstlendiği katılana tazminat ödenmesine ilişkin... Kararına istinaden başlattığı ilamlı icra takibi sırasında 22/07/2010 tarihli reddiyat makbuzu ile kendisine ödenen 29.846,27 TL paranın 4.000,00 TL’sini müvekkiline verip kalanını uhdesinde tutması şeklinde sübut bulan eyleminin zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeden,” Yargıtay 5. CD, E. 2015/6499, K. 2019/10137, 24.10.2019; “1136 sayılı AvK’nin 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme,... vekaletname ile katılanın avukatlığını üstlenen sanığın,...01/01/2009 tarihinden sonra görev ve yetkisi nedeniyle tahsil ettiği parayı katılana teslim etmeyip mal edinmesi şeklindeki eyleminin basit zimmet suçunu oluşturacağı,” Yargıtay 5. CD, E. 2017/3907, K. 2019/9452, 08.10.2019; bkz. aynı yönde; Yargıtay 5. CD, E. 2015/1134, K. 2018/8332, 31.10.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

suçları açısından zımnen ilga edilmiş sayılması gerektiği gerekçesiyle, fiil tarihi ancak 01.01.2009 tarihi veya sonrası olduğu takdirde zimmet suçu nitelendirmesi yapılmıştır. Daha önceki bir tarih söz konusu olduğunda ise Daire'ye göre hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu oluşmuştur.

Yargıtay 15. ve 23. Ceza Daireleri'nin konuya ilişkin değerlendirmesi ise herhangi bir tarih sınırı koymaksızın hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu yönünde olmuştur.^[126] Söz konusu Daireler, avukat faille ilişkin olarak kamu görevlisi nitelendirmesi yapmaksızın, tahsil edilen paranın avukatın uhdesinde tutulmasını taraflar arasındaki ilişkinin gereklerine aykırı hareket olarak görmüş ve güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinin oluştuğunu kabul etmiştir.

[126] “Sanık avukatın, alacağı haricen tahsil etmesine rağmen katılana ödemeyerek uhdesinde tuttuğu ve müvekkilinin bilgi ve talimatı olmaksızın borçlulardan ...adına kayıtlı taşınmazların tapu kayıtları üzerine konulan haciz şerhlerini kaldırttığı, sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçuna vücut vermeyeceği, eylemin kül halinde TCK'nın 155/2. maddesinde düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçuna temas ettiği” Yargıtay 15. CD, E. 2019/14223, K. 2021/3408, 23.03.2021; “...avukatlık yapan sanığın, dosya alacaklısı katılanın vekilliğini üstelenerek davayı takip ettiği, yargılamanın sonucunda katılanın talep ettiği alacaklarının kabulüne dair verilen kararın kesinleşmesi üzerine, sanığın, söz konusu ilamı icra takibine koyduğu ve ...İcra Müdürlüğü'nün ...dosyası üzerinden katılan adına yürüttüğü icra takibi kapsamında, 18/09/2008 tarihinde, ...reddiyat makbuzuna istinaden katılan adına tahsil ettiği 8.399,70 TL paranın, hak ettiği vekalet ücreti haricindeki 6000 TL' lik kısmını katılana iade etmesi gerekirken uhdesinde tuttuğu, ...sanığın, katılana yönelik gerçekleştirdiği sabit görülen eyleminin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 15. CD, E. 2012/7561, K. 2014/581, 20.01.2014; bkz. aynı yönde Yargıtay 15. CD, E. 2017/10222, K. 2020/257, 15.01.2020; Yargıtay 15. CD, E. 2013/6405, K. 2014/21701, 22.12.2014; “Sanığın avukat olduğu ve katılan ile aralarındaki vekalet ilişkisine ve katılanın hamili olduğu üç adet senet alacağına istinaden, söz konusu senetlerin borçlusunu olan...aleyhine,...Mahkemesinin...dosyası üzerinden ihtiyati haciz kararı aldığını, mezkur kararın alınmasından sonra borçlu taraf ile anlaşarak senet bedellerini haricen tahsil etmesine rağmen teslim aldıkları paraları katılana iade etmeyip uhdesinde tuttuğu, ...üzerine atılı olan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin sabit olduğunun anlaşılması karşısında;” Yargıtay 23. CD, E. 2015/6346, K. 2015/6246, 09.11.2015. Bkz. aynı yönde Yargıtay 23. CD, E. 2015/2705, K. 2015/4580, 01.10.2015. Daire'nin, zimmet suçu nitelendirmesi içeren “görevsizlik” kararları için bkz. Yargıtay 23. CD, E. 2015/11009, K. 2016/10967, 21.12.2016; Yargıtay 23. CD, E. 2015/8750, K. 2016/7435, 08.06.2016 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

Kanaatimizce, Yargıtay daireleri arasında görülen aynı tip olaylara ilişkin söz konusu çelişkili kararlar; 5. CD'nin, hukukun genel ilkeleri yönünden bir değerlendirme yapmaksızın ve somut olaydaki iş ve işlem ile bunlara ilişkin yetkilerinin dayanağını da irdelemeksizin, mesleklerinin tekelindeki tüm iş ve işlemler yönünden avukatları doğrudan ve genellemeye kamu görevlisi olarak kabul etmesine dayanan ve yukarıda değinildiği üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesini de ihlal eden hatalı değerlendirmesinden kaynaklanmıştır. Öte yandan hangi içtihadın isabetli olduğu farketmeksizin, süregelmış bir belirsizlik doğuran çelişkili yüksek yargı kararlarının hukuki güvenlik ilkesi ve adil yargılanma hakkıyla uygun düşmedikleri de ifade edilmelidir.^[127]

b) 17.06.2021 Tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

Yargıtay Ceza Daireleri'nin çelişkili kararları sürmekteyken, CGK 17.06.2021 tarihli kararıyla,^[128] müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiilini hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirmiştir. Kamulaştırma bedelinin artırılması davasında ahzu kabz yetkisi de içeren vekaletnameye istinaden katılanın vekilliğini üstlenen ve dava sonucunda hükmedilen bedel artırımını icra takibiyle tahsil eden avukat sanığın, söz konusu parayı katılana teslim etmeyerek uhdesinde tuttuğu olaya ilişkin olan söz konusu kararda önemli değerlendirmelerde bulunulmuştur.

[127] Konuya ilişkin olarak bkz. Okan Taşdelen, "Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi," Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, no. 7 (Haziran, 2016): 987-1024.

[128] "...Avukat olan sanık..."ın,...Asliye Hukuk Mahkemesi'nin...kamulaştırma bedelinin artırılması davasında alacaklı olan katılan ...'nın vekili sıfatı ile davayı takip ettiği, davanın kısmen kabulüne karar verildikten sonra faizi ile birlikte 748.660,54 TL'lik alacağın tahsili için icra takibi başlattığı, bu takibe ilişkin toplam 792.284,76 TL alacağı 31.07.2000 tarihli vekâletnamede bulunan ahzu kabz yetkisine dayanarak 10.05.2010 tarihinde iki adet reddiyat makbuzu ile tahsil ettiği hâlde yaklaşık üç yıl boyunca bu parayı müvekkili olan katılan ...'ya vermediği ve uhdesinde tuttuğu, katılanın sanık hakkında şikâyetçi olduktan sonra sanık aleyhine icra takibi başlattığı ve sanığın eyleminin zimmet suçunu oluşturduğu kabul edilen olayda;... sanığın eyleminin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir." Yargıtay CGK, E. 2021/43, K. 2021/287, 17.06.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

Öğretiden önemli ölçüde faydalanılan kararda, ilgili mevzuat hükümlerine, yargı görevi yapan ve kamu görevlisi kavramlarına, özel genel norm ilişkisine, kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına değinilerek, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadıkları ile somut olayda zilyetliğin devrinin failin kamu görevinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususları incelenmiştir. CGK, kamu görevlisi ve yargı görevi yapan kavramlarının birbirinden farklı olduğunu ve aynı sonucu doğurmadıklarını, mesleklerin icrası sırasında avukatların kamu görevlisi olduğunu ancak serbest meslek mensubu olan avukatların yaptığı tüm işlerde kamu görevlisi sayılacağını kabul etmenin, kanunilik ilkesine ve bunun önemli sonucu olan kıyas yasağına aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir.

CGK'ya göre sanık, AvK'nin 35. maddesinde sayılan ve yalnız avukatların yapabileceği işler arasında olan adli işlemleri takip etmek kapsamındaki icra takibinde bulunma görevini kanundan almıştır ancak bu yetkiyi kullanırken müvekkilinin parasını tahsil etmesi, doğrudan avukatlık görevinden kaynaklanmamış olup, tahsil işlemi suç tarihinde yürürlükte olan düzenleme uyarınca ahzu kabz yetkisine dayanılarak gerçekleştirilmiştir. Nitekim, katılanın iradesi doğrultusunda verilmesi üzerine vekaletnamede ayrıca yer alan ahzu kabz yetkisi bulunmasaydı, sanığın parayı tahsil etmesi mümkün değildi.^[129] Ayrıca, katılan tarafından söz konusu yetki istenildiği zaman geri

[129] CGK kararında, ahzu kabz yetkisine ilişkin olarak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 24.11.2011 tarih ve 29359 sayılı, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce düzenlenmiş ve 'ahzu kabz' yetkisi içermeyen vekâletnamelere dayanılarak 01.10.2011 tarihinde ve sonrasında vekâletnamede bulunmayan bir yetkinin dolayısıyla 'ahzu kabz' yetkisinin vekâlet verenin iradesine aykırı bir şekilde kullanılamıyacağı, söz konusu Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra düzenlenen vekâletnamelerde ise aksi belirtilmediği sürece ahzu kabz yetkisinin kullanılabilmesi" şeklindeki görüş yazısına yer verilip Yargıtay Özel Hukuk Dairelerince de benzer görüşün benimsenmiş olduğu ve bu doğrultuda uygulama yapıldığı belirtildikten sonra, "Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere suç tarihinde avukatın müvekkilinin parasını tahsil edebilmesi için vekâletnamede ahzu kabz yetkisinin bulunmasının gerektiği ve bu yetkinin de görevi gereği değil müvekkilinin talebi ve iradesi doğrultusunda vekâlet ilişkisi çerçevesinde avukata verildiğinden, istenildiği takdirde de bu yetkinin sonlandırılabilmesinden ve yine vekâlet ilişkisi çerçevesinde müvekkilin vekilini azledebileceğinden söz konusu görevin hizmet ilişkisi çerçevesinde olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir." denilmiştir. Belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra ahzu kabz yetkisi vermek istemeyen vekalet

alınabileceği gibi, sanığın azledilmesiyle veya kendisinin istifasıyla veyahut da ölüm, ehliyetsizlik ve iflas gibi nedenlerle aradaki vekalet ilişkisinin bitmesi de mümkündür. Bu itibarla, sanık ile katılan arasındaki ilişkide kamu otoritesi ve kamu gücü kullanılmamış ve sanığın eyleminden dolayı kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi değil sanık ile katılan arasındaki vekalet ilişkisi zarar görmüştür. Yine, sanığın hukuka aykırı olarak malvarlığına geçirdiği maddi değer, müvekkili olan katılana ait bir değer olduğu üzere oluşan zarar kamu zararı değildir. Somut olayda kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi konumunda olmayan sanık, söz konusu paranın tahsili için katılan tarafından kendisine verilen ahzu kabz yetkisine dayanarak tahsilat yapmış olduğundan, söz konusu paranın sanığa teslimi, doğrudan görevi nedeniyle yani avukat olmasının doğal sonucu olarak gerçekleşmemiştir. Paranın teslimi, katılan tarafından sanığın şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen ahzu kabz yetkisine istinaden gerçekleşmiş ve aralarındaki ilişki hizmet ilişkisi kapsamında kalmıştır. CGK'ya göre, tüm bu gerekçelerle sanığın eylemi hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır.

CGK kararında, 5. CD'nin TCK'nin 5. maddesinin yürürlüğe girdiği 01.01.2009 tarihinde zımnen ilga edilmiş olduğunu kabul ettiği AvK'nin 62. maddesinin mevcut haline yer verildikten sonra, "biçiminde düzenlenerek 5237 Sayılı TCK ile uyumlu hale getirilerek suç tarihinde yürürlükte olan şeklini almıştır" ifadesine yer verilmesi de önemlidir. Karara konu olayda sanığın, müvekkile ait olan parayı 10.05.2010 tarihinde tahsil ettiği dikkate alındığında, karar metninde yeterli açıklama bulunmasa da CGK'nin, avukatların görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları dışında kamu görevlilerinin işleyebileceği özgü suçların faili olmalarını önleyen AvK'nin 62. maddesinin yürürlükten kalkmış olduğu düşüncesine katılmadığı anlaşılmaktadır.

Sonuç itibarıyla, konuya ilişkin olarak hukukun genel ilkelerini ihlal ederek avukatlar aleyhine sonuç doğuran yaklaşımın uygulanmadığı CGK

verenin bu iradesi vekaletnamede yer aldığından, söz konusu yetkinin kullanılabilmesi için yine vekalet verenin olumlu iradesi gerekmektedir. Halen, vekalet verenin iradesine dayanmayan bir ahzu kabz yetkisi mümkün olmadığı üzere CGK'nin mevcut yaklaşımındaki sonucun, 01.10.2011 tarihinden sonra düzenlenen vekaletnameler açısından değişmesi için bir sebep görünmemektedir. Yetkisiz bir para teslimi söz konusu olduğunda ise güveni kötüye kullanma suçunun ön koşulu gerçekleşmemiş olacaktır.

kararının, öğretide katıldığımız görüşle aynı paralelde olduğu görülmektedir. Suçun nitelikli her halini hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma olarak adlandırmakta olan Yargıtay'ın, katılan ile avukat olan sanık arasındaki ilişkinin türünü 155/2. madde kapsamında irdelemeksizin doğrudan ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı sonucuna ulaşması eleştirilebilirse de bu yöndeki tespitlerin uygulanacak maddeyi değiştirmeyeceği de bir gerçektir. Doğru sonuca serbest iradeye dayalı vekaletname ilişkisi ile bu ilişki kapsamındaki ahzu kabz yetkisini dikkate alarak ulaşılan söz konusu kararın, dairelerin konu hakkında hukuki güvenlik ilkesi ile adil yargılanma hakkını ihlal eder şekilde çelişkili kararları devam ettirmekteyken verilmesinin son derece önemli olduğu açıktır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmamaları hususunda her iki yöndeki sıkı bir kabulün sakıncalarını da önler şekilde, genelleyici bir kabulde bulunulmayarak konunun somut iş üzerinden değerlendirilmesi kanaatimizce makul bir yaklaşımdır. Söz konusu uygulamanın, konuyu her somut işe ilişkin olarak, yoruma açık bir halde sürekli bir tartışma içinde tutması ve çelişkili yargı kararlarının da önünü açması aslında güçlü bir ihtimal idiye de CGK kararının çözüme kavuşturduğu olay türünün, güveni kötüye kullanma ve zimmet suçları tartışmasında, avukatların meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının tamamına yakını oluşturması bu ihtimali bertaraf etmektedir. Bununla beraber, CGK kararlarının ilişkin olduğu dosya dışında bağlayıcılıklarının bulunmaması önemli bir sorundur. Kaldı ki genel bir bağlayıcılığı olmayan söz konusu CGK kararı dahi oy çokluğuyla alınmış olup, bazı üyeler tarafından 5. CD'nin yukarıda değindiğimiz kararlarının dayandığı gerekçelerle eylemin zimmet suçunu oluşturduğu yönünde oy kullanılmıştır.^[130]

[130] “Bu olayda sanık avukatın eyleminin zimmet suçunu oluşturduğu kanaatinde olduğumuzdan Yüksek Yargıtay CGK'nin çoğunluk görüşüne katılmıyoruz; Şöyle ki; Olayın oluş ve kabulünde, sayın çoğunluk ile aramızda herhangi bir fark olmayıp, sayın çoğunluktan ayrıldığımız husus eylemin nitelendirilmesi ile ilgilidir....Sanık avukatın TCK'nın 6/1-c maddesi gereğince kamu görevlisi olduğu, yaptığı işin kamusal faaliyet olduğu, icra işlemlerinin 1136 Sayılı AvK'nin 35. maddesine göre avukatın takip edebildiği adli işlemlerden olup TCK'nın 6/1-d maddesine göre avukatın icra ve haciz mahallinde ve işlerinde yargı kararlarına göre de yargı görevini yapan olarak kabul edildiği, TCK'nın 5. maddesine göre ‘Bu kanunun genel hükümleri özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır’ hükmü karşısında

Sorunun ana kaynağının temel bir konuda çağdaş hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayan karışık ve yoruma açık mevzuat hükümleri olduğu ve bu hükümlerin sebep olduğu tartışmalı alanların konumuzdan da ibaret olmadığı dikkate alındığında; sorunu nihai olarak, öğretideki, hukukun genel ilkelerine uygun görüşleri dikkate alan hakkaniyetli ve net bir kanun düzenlemesinin, diğer bir deyişle mevzuatın hakkaniyetli bir şekilde basitleştirilmesinin çözebileceği ifade edilmelidir. Nitekim, suçta ve cezada kanunilik ilkesi de bunu gerektirmektedir.

c) 17.06.2021 Tarihi Sonrası Daire Kararları

Yargıtay CGK'nin 17.06.2021 tarihli kararı sonrası, güveni kötüye kullanma suçlarında görevli tek daire haline gelen ve 15 ile 23. Ceza Daireleri'nin çizgisini devam ettiren 11. CD'nin^[131] yanısıra zimmet suçlarına bakmaya

1136 Sayılı AvK'nin 62. maddesine göre TCK'nın genel hükümlerinin uygulanması gerektiği, TCK'nın 5. maddesinin yürürlük tarihinin 01.01.2009 olduğu, suç tarihinin de 10.05.2010 olduğu, sanığın savunmasının hiçbir maddi delile dayanmadığı, ödemede bulunmadığı, TCK'nın 247. maddesinin gerekçesinde zimmete geçirilen malın devlete, bir kamu kuruluşuna veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşumu bakımından bir öneminin bulunmadığı anlaşılmalı, Serbest meslek sahibi de olsa sanık avukat ...'in 01.01.2009 tarihinden sonra 10.05.2010 tarihinde işlediği kabul edilen görevi gereği zilyetliği kendisine devredilen koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu parayı uhdesinde tutarak müvekkili hak sahibi katılana vermeme eyleminin TCK'nın 247. maddesindeki zimmet suçunu oluşturduğu görüşüyle, Çoğunluk görüşüne katılmayan beş CGK üyesi de; benzer gerekçelerle karşı oy kullanmışlardır.” Yargıtay CGK, E. 2021/43, K. 2021/287, 17.06.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

[131] “...serbest Avukatlık yapan sanığın, katılan tarafından taşındığı ev sahibinden 1.000 TL depozite alacağını tahsil etmesi amacıyla verdiği vekaletname uyarınca, ev sahibi...’e ihtarname gönderip, tahsil ettiği 800 TL parayı müştekiden gizleyip uhdesinde tutmak suretiyle hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediği iddia edilen olayda; dosya içerisinde bulunan 24.04.2007 tarihli mağdur tarafından imzalanan ve imzaya itiraz edilmeyen ibranamede, sanığın haricen yapmış olduğu tahsilatların kendisine ödendiğini kabul ederek kendisi ile uzlaştığını belirtmiş olması karşısında, sanığın 24.04.2007 tarihinde tahsil ettiği parayı aynı gün katılana vermiş olması nedeniyle atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşılmalı sanığın beraatine hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması,” Yargıtay 11. CD, E. 2022/2468, K. 2022/12440, 14.06.2022; “alacaklı olan katılanın 14.04.2011 tarihinde sanık...’i vekil tayin ettiği,...sanık avukat...’in katılanın talimatı

devam eden 5. Ceza Dairesi'nin de^[132] müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması filini söz konusu CGK kararıyla uyumlu olarak hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirdiği görülmektedir. İçtihat değişikliğine giden 5. CD'nin konuya ilişkin kararlarında, CGK'nin 17/06/2021 tarihli kararının Dairelerince de benimsendiği belirtildikten sonra, "sanık ile katılan arasındaki vekalet ilişkisinde kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı, söz konusu paraların teslim edilmesinin sanığın avukat olmasının doğal sonucu değil katılan tarafından şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen ahzu kabz yetkisi kapsamında gerçekleştirildiği ve buna bağlı olarak

ile yapmış olduğu icra takibi sonucu alacağı haricen tahsil etmesine rağmen uhdesinde tutup katılana teslim etmediği, eyleminin... 5237 Sayılı TCK'nin 155/2 maddesinde düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu," Yargıtay 11. CD, E. 2021/12786, K. 2021/10145, 10.11.2021. Bkz aynı yönde Yargıtay 11. CD, E. 2021/13805, K. 2022/7411, 27.04.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

[132] "avukat olarak görev yapan ve katılan... 'ın vekilliğini üstlenen sanığın,...dava sırasında sigorta şirketinden tahsil ettiği 71.000 TL tazminat bedelini müvekkiline vermeyerek uhdesinde tuttuğu iddia edilen somut olayda; sanığın eyleminin sübutu halinde Dairemizce de benimsenen CGK'nin 17/06/2021 tarihli ve 2021/5-43 Esas, 2021/287 sayılı Kararında da açıklandığı üzere TCK'nin 155/2. maddesinde tanımlanan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı" Yargıtay 5. CD, E. 2021/7531, K. 2022/12519, 25.10.2022; "...avukat olan sanığın alacaklı katılanın vekili sıfatıyla ...İcra Müdürlüğünün...dosyasında 13/03/2014 tarihinde borçludan haricen tahsil ettiği parayı uhdesinde tuttuğu ve bu suretle katılanı zarara uğrattığı iddia ve kabul edilen dava konusu somut olayda;Dairemizce de benimsenen CGK'nin 17/06/2021 tarihli ve 2021/5-43 Esas, 2021/287 sayılı Kararında da açıklandığı üzere; sanık ile katılan arasındaki vekalet ilişkisinde kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı, söz konusu paranın teslim edilmesinin sanığın avukat olmasının doğal sonucu değil katılan tarafından şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen ahzu kabz yetkisi kapsamında gerçekleştirildiği ve buna bağlı olarak da aralarındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı gözetildiğinde, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nin 155/2. maddesinde tanımlanan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde zimmetsiz suçundan mahkumiyet kararı verilmesi," Yargıtay 5. CD, E. 2021/11677, K. 2022/3056, 15.03.2022; bkz aynı yönde Yargıtay 5. CD, E. 2021/9010, K. 2022/7007, 20.06.2022; Yargıtay 5. CD, E. 2021/5342, K. 2022/1518, 08.02.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

da aralarındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı gözetildiğinde” ifadelerine yer verilmektedir.

Söz konusu olumlu gelişmeye karşılık, CGK kararını incelerken genel bir bağlayıcılığı olmayan bu kararın sorunu kalıcı olarak çözebilirliği hususunda dile getirdiğimiz kaygıları haklı kılar şekilde, 5. CD’nin oyçokluğuyla alınmış kararlarına ve bu kararlarda Daire’nin CGK kararı öncesindeki içtihadına uygun gerekçelerle zimmet suçu yönünde oy kullanıldığına rastlandığı ifade edilmelidir.^[133]

[133] “Karşı oy:...birlikte değerlendirildiğinde; avukatların, 1136 sayılı Kanun’un 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile TBB’nin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi oldukları kabul edilmelidir....Öğretide de kabul edildiği üzere; TCK’nın 6. maddesi kapsamında, kamusal faaliyet yaptıkları, dolayısıyla kamu görevlisi oldukları konusunda, anılan maddenin gerekçesi karşısında bir kuşku bulunmayan avukatın, görevi sebebiyle kendisine teslim edilen müvekkiline ait parayı veya başka bir eşyayı müvekkiline vermemesi durumunda, zimmet suçunun oluşacağı ifade edilmektedir...Bu nedenle öğretide ve uygulamada kabul edildiği, TCK’nın 247. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, zimmete geçirilen malın Devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı, kamu görevlisi olan avukatların 01/01/2009 tarihinden sonra görevleri nedeniyle zilyetliği kendilerine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü oldukları malları uhdelerinde tutmaları halinde 5237 sayılı TCK’nın 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçunun faili olabilecekleri kabul edilmelidir.” Yargıtay 5. CD, E. 2021/838, K. 2022/9302, 07.07.2022; bkz. aynı yönde Yargıtay 5. CD, E. 2018/5708, K. 2022/3091, 15.03.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

SONUÇ

Çağdaş dönem hukukunun ortaya koyduğu bir kavram olan ve sonradan bağımsız bir suç haline gelen güveni kötüye kullanmanın, 5237 sayılı TCK'nin 155. maddesinde de ayrı ve hareket unsuru 765 sayılı TCK'den daha kapsamlı bir suç olarak düzenlenmesi son derece yerindedir. Söz konusu suçun ihdasıyla korunan hukuki değer, mülkiyet hakkından ibaret olmadığı ve taraflar arasındaki sözleşmeye dayanan güven ile zilyetliğin de korunduğu yönündeki görüşün isabetli olduğu da ifade edilmelidir.

Koruduğu hukuki değerlerle sosyal düzenin devamını sağlayan güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak, teori ve uygulamada esasen çok ciddi sorunların ve derin ayrışmaların bulunmadığı görülmektedir. Güveni kötüye kullanma suçuyla ilgili olarak en yoğun tartışmanın, avukatların, meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının bu suçu mu yoksa zimmet suçu mu oluşturacağı tartışması olduğunu söylemek mümkündür. Temelde söz konusu tartışma da güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarından değil, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı ve zilyetliğin devrinin kamu görevinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususlarına ilişkin görüş ayrılıklarından kaynaklanmaktadır. Söz konusu tartışmaya geçmeden önce, güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin bazı değerlendirmelere kısaca yer vermek yerinde olacaktır.

Suçun düzenlendiği madde metninin başında yer alan “başkasına ait olup da” ibaresinin varlığı karşısında, malın malikinin de güveni kötüye kullanma suçunun faili olabileceği görüşünü kabulün, kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağı ifade edilmelidir.

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için sözleşme varlığı gerekse de zilyetliğin devrine ilişkin sözleşmede, geçerli rızadan öte sıkı bir şekilde özel hukuk anlamında geçerliliğin aranması, kanaatimizce, kanunda öngörülmemeyen bir uygulamayla suçla korunan hukuki değerlerin korunma alanını daraltacaktır. Yargıtay CGK'nin de konuya ilişkin kararlarında esasen, hukuken geçerli sözleşme gerekliliğini “aldatılmamış özgür irade” vurgusuyla yaptığı görülmektedir. Diğer yandan, zilyetliğin devrinin hukuka aykırı bir amaçla yapılması veya zilyetliği devredilen malın uyuşturucu gibi bizatihi suç teşkil eden bir mal olması hallerinde, ne hukuki bir zilyetlik devrinden

ne de hukukun koruduğu bir güven ilişkisinden söz edilemeyeceği ve bu itibarla, güveni kötüye kullanma suçunun da oluşmayacağı kabul edilmelidir.

Öğretide yerinde olarak ifade edildiği üzere, madde metninde, “kendisinin veya başkasının yararına olarak” ifadesine yer verilmişse de sırf hareket suçu söz konusu olup suçun oluşması için failin hareketiyle mağdurun mal varlığının zarar görmesi de failin ya da üçüncü kişinin yarar sağlamış olması da şart değildir. Söz konusu ifadeyle kastedilen, kendi lehine zilyetlik tesis edilmiş olan failin, zilyetliği üçüncü kişi lehine mülkiyete dönüştürdüğü hallerde de güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağıdır. Kaldı ki seçimlik hareketlerden biri yapıldığında, suçla korunan güven ilişkisi zaten zarar görmüş olacaktır. Öte yandan, aynı yönde Yargıtay kararlarına rastlanıldığı gibi yine kanundaki ifadeden hareketle öğretilerde de ileri sürülen, güveni kötüye kullanma suçu failinde, yarar sağlamaya ilişkin özel kastın bulunması gerektiği görüşüne katılmak mümkün görünmemektedir. Kanaatimizce, suçun hareket unsuru kasten gerçekleştirildiğinde, failde yarar sağlamaya ilişkin özel kast bulunmasa da suçla korunan güven ilişkisinin zarar görmüş olacağı da bir gerçektir.

Kanaatimizce, suçun koruduğu hukuki değerlerden biri güven duygusu olduğu üzere, suç birden fazla hareketle işlenirken failin yakalandığı hallerde de teşebbüs değil, mağdurun güven duygusu yönünden zarar neticesiyle tamamlanmış bir suç söz konusudur.

Avukatların, meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini mi yoksa daha ağır ceza öngörülen zimmet suçunu mu oluşturacağı sorusunun cevabını belirleyecek tartışmada, avukatların, kamu hizmeti söz konusu olsa da en azından her faaliyetleri açısından kamu görevlisi olmadıkları görüşüne katıldığımız ifade edilmelidir. Öte yandan, TCK'nin 5. maddesinin yürürlüğe girmiş olması nedeniyle, AvK'nin 62. maddesinin zımnen ilga edilmiş sayılması gerektiği düşüncesine katılmadığımız da belirtilmelidir.

Kanaatimizce, hukuk sistemimizde, hukuk davaları ve icra işlemleri için avukat zorunluluğunun bulunmaması, soruşturmalarda ve ceza davalarında ise belli suçlar, sorgu işlemleri ve çocuklar dışında durumun aynı olması da avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmamaları hususunda dikkate alınması gereken bir durumdur. Nitekim, bir mağdurun Cumhuriyet savcısı

yerine ceza davası açması mümkün değilken, temsil ettiği kişi adına hareket eden avukatların yaptığı işleri asil olan müvekkillerinin bizzat yapmaları da mümkündür. Zorunlu müdafilik ve vekillik hallerinde dahi, talepte bulunma, kanun yollarına başvurma gibi gerekli işlemleri bizzat asilin veya yasal temsilcinin de ayrıca yapmasına engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, avukatların tekelinde bulunan işler temsil yönünden olup, işin ilgilisi için bir sınırlama söz konusu değildir. Bu itibarla, avukatlar açısından kamu görevlilerinde olduğu gibi ilgili kişi tarafından ikamesi mümkün olmayan işlemler söz konusu olmadığı gibi, arama işleminde özel usule tabi olma, görev nedeniyle suç mağduru olma hallerinde bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gibi esasen temsil ettiği kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan güvencelerin, ceza sorumluluğu yönünden avukatların aleyhine değerlendirilmesi temel hukuk mantığına aykırı bir yaklaşımdır.

Bununla beraber, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmamaları hususunda her iki yöndeki sıkı bir kabulün sakıncalarını da önler şekilde, öğretilde dile getirilen ve Yargıtay tarafından da uygulanmaya başlanan, genelleyici bir kabulde bulunulmayarak konunun somut iş üzerinden değerlendirilmesi kanaatimizce makul bir yaklaşımdır. Söz konusu uygulamanın, konuyu her somut işe ilişkin olarak, yoruma açık bir halde sürekli bir tartışma içinde tutması ve çelişkili yargı kararlarının da önünü açması aslında güçlü bir ihtimal idiye de güveni kötüye kullanma ve zimmet suçları tartışmasında, avukatların meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının tamamına yakını aynı olay türünün, vekalet ilişkisine istinaden müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiilinin oluşturduğu görülmektedir. Benimsediğimiz görüşe göre, belirtilen hallerde güveni kötüye kullanma suçunun olduğu açıktır. İdari teşkilat içinde yer almayan ve kamu otoritesini ve gücünü kullanmaksızın müvekkiline ait maddi değeri mal edinen avukatın kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine zarar vermiş olduğundan söz etmenin mümkün olmamasına karşılık, güveni kötüye kullanma suçunun, mülkiyet hakkı ve güven hukuki değerlerini koruduğu hatırlanmalıdır. Parası kendisine verilmeyerek malvarlığı zarar gören bir müvekkilin, kamu idaresine değil seçtiği avukatının şahsına güvenmiş olduğu bir gerçektir. Mesleki sıfatın, avukatlık hizmeti veriliyor olmasının güven duygusunu yoğunlaştırdığı ve kanunda bu durumun nitelikli hal olarak düzenlendiği de bir gerçektir. Bu itibarla güveni kötüye kullanma suçunun,

teslimi TCK'nin 155/2. maddesi anlamında failin işlevsel sıfatı yani ifa edilen meslek, sanat, ticaret veya hizmet ilişkisi kapsamında kalan avukatlık mesleğinden ve bu çerçevede verilen avukatlık hizmetinden kaynaklanmış para hakkında işlenmesi nedeniyle suçun nitelikli hali oluşmaktadır.

Yargıtay dairelerinin, konu hakkında hukuki güvenlik ilkesi ile adil yargılanma hakkını ihlal eder şekilde çelişkili kararları devam ettirmekteyken verilen 17.06.2021 tarihli CGK kararının son derece olumlu bir gelişme olduğu belirtilmelidir. CGK'nin öğretideki katıldığımız görüşe genişçe yer verip dayandığı söz konusu kararında, müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiilinin, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirilmesi gayet isabetlidir. Kararda, öğretiyle uyumlu olarak, sanık ile müvekkili arasındaki ilişkide kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı ve sanığın eyleminin kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine değil vekalet ilişkisine zarar verdiği, paranın sanığa tesliminin, doğrudan görevi nedeniyle yani avukat olmasının doğal sonucu olarak değil katılan tarafından sanığın şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen yetkiye istinaden gerçekleşmiş olduğu vurguları yapıldığı görülmektedir.

Bununla beraber, CGK kararlarının, ilişkin oldukları dosya dışında bağlayıcılıklarının bulunmaması önemli bir sorundur. Kaldı ki genel bir bağlayıcılığı olmayan söz konusu CGK kararı dahi oy çokluğuyla alındığı gibi, bu karar sonrasında güveni kötüye kullanma suçu yönünde içtihat değişikliğine giden 5. CD'nin de oy çokluğuyla alınan kararlarına rastlanmaktadır. CGK'nın ve 5. CD'nin söz konusu kararlarındaki karşı oylarda, yine avukatların doğrudan ve genellemeyle kamu görevlisi olarak kabul edilmesine dayanılarak, müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiilinin zimmet suçunu oluşturduğu yönünde görüşler ileri sürülmektedir. Sorunun ana kaynağının temel bir konuda çağdaş hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayan karışık ve yoruma açık mevzuat hükümleri olduğu ve bu hükümlerin sebep olduğu tartışmalı alanların konumuzdan da ibaret olmadığı dikkate alındığında; sorunu nihai olarak, öğretideki, hukukun genel ilkelerine uygun görüşleri dikkate alan hakkaniyetli ve net bir kanun düzenlemesinin, diğer bir deyişle mevzuatın hakkaniyetli bir şekilde basitleştirilmesinin çözebileceği ifade edilmelidir. Nitekim, suçta ve cezada kanunilik ilkesi de bunu gerektirmektedir.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale ve Turgut Akıntürk. *Eşya Hukuku*. 1. Baskı. İstanbul: Beta, 2009.
- Aksoy Dursun, Sanem. *Eşya Kavramı*. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha, 2012.
- Artuç, Mustafa. *Malvarlığına Karşı Suçlar*. 4. Baskı. Ankara: Adalet, 2020.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 19. Baskı. Ankara: Adalet, 2021.
- Atalan, Mustafa. *Dolandırıcılık, Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi*. 1. Baskı. Ankara: Adalet: 2015.
- Aytekin İnceoğlu, Asuman. “Güveni Kötüye Kullanma Suçu.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2018): 41-85.
- Bakıcı, Sedat. *5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri I*. 1. Baskı. Ankara: Adalet, 2008.
- Bekri, M.Nedim. *Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu*. 1. Baskı. Ankara: Adalet, 2007.
- Budak, Ali Cem. “Avukatlık Mesleği, Mesleğin Özellikleri ve Tarihçesi,” içinde *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, Editör Ali Cem Budak, 1-14. İstanbul: Filiz, 2022.
- Bulutoğlu, Kenan. *Emniyeti Suistimal Cürümleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1955.
- Can Canpolat, “5237 sayılı TCK'da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu.” Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2009.
- Centel, Nur. “Zimmet Suçu ile Karşılaştırmalı Olarak Bankacılık Zimmeti.” *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Erol Cihan Armağanı 4*, no. 8 (Aralık, 2018): 229-44.
- Centel, Nur. “Zimmet Suçu (TCK m.247).” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan 21*, no. Özel Sayı (2019): 2779-800.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*. 3. Baskı. İstanbul: Beta, 2016.

- Çakıroğlu, Şölen. *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha-İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, 2021.
- Çınar, Çağatay. “Türk Ceza Kanunu’nda Güveni Kötüye Kullanma Suçu.” Doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2019.
- Dönmezer, Sulhi. *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. 15. Baskı. İstanbul: Beta, 1998.
- Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman, Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sınar, R. Barış Erman, Fulya Eroğlu ve R. Murat Önok. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*. 14. Baskı. İstanbul: Der, 2019.
- Dursun, Selman. “Emniyeti Suistimal Suçu.” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 57, no. 1-2 (1999): 3-43.
- Dursun, Selman. “Malvarlığına Karşı Suçlar.” *Hukuki Perspektifler Dergisi*, no. 2 (Sonbahar, 2004): 190-96.
- Elmalıca, Hasan. “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155).” Yüksek lisans tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2017.
- Erem, Faruk. *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler II*. Ankara: Seçkin, 1993.
- Erem, Faruk ve Nevzat Toroslu. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 9. Baskı. Ankara: Savaş, 2003.
- Gökcan, Hasan Tahsin. “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği.” *Ankara Barosu Dergisi* 67, no. 2 (Bahar, 2009): 151-156.
- Gökcan, Hasan Tahsin ve Mustafa Artuç. *Türk Ceza Kanunu Şerhi IV*. 1. Baskı. Ankara: Adalet, 2021.
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, Gülfem Pamuk Şiviloğlu, Kerim Çakır, Özge Apiş, Zafer İçer, Zahit Yılmaz, Nil Melek Gültekin Diken, Selim Erdin, Nurten Öztürk, Ertuğrul Ünal ve Büşra Şenerdoğan. *Malvarlığına Karşı Suçlar*. 1 Baskı. Ankara: Adalet, 2018.
- Gündüz, Remzi. *Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı Suçlar*. 1. Baskı. Ankara: Bilge, 2012.

- Hafizoğulları, Zeki. “Güveni Kötüye Kullanma Suçları,” *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan II*, Ankara: Turhan, 2010, 2761-84.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. 4. Baskı. Ankara: US-A, 2015.
- Işıқтаç, Yasemin ve Sevtap Metin. *Hukuk Metodolojisi*. 1. Baskı. İstanbul: Filiz, 2012.
- Koca, Mahmut. “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar,” *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, no. 5 (2005): 67-92.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 4. Baskı. Ankara: Adalet, 2017.
- Köse, Hamid. “Emniyeti Suistimal (Güveni Kötüye Kullanma) Suçu.” Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2009.
- Mahmutoglu, Fatih S. ve Serdar Talas, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi.” *İstanbul Barosu Dergisi*, no. Ceza Hukuku Özel Sayısı (Ocak, 2007): 13-41.
- Malkoç, İsmail ve Mahmut Güler. *Zimmet İrtikap Rüşvet ve Başlıca Memur Suçları*. Ankara, 1993.
- Meraklı, Serkan. “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155).” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. özel sayı (2009): 1657-1713.
- Meran, Necati. *Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma*. 4. Baskı. Ankara: Seçkin, 2016.
- Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku – Zilyetlik, Tapu Sicili, Rehin Hakları, Paylı Mülkiyet*. 5. Baskı. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. 19. Baskı. İstanbul: Filiz, 2016.
- Oruçgüney, Ömür. “Avukatın Ceza Hukuku ve Disiplin Hukuku Sorumluluğu.” Yüksek lisans tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2017.

- Önder, Ayhan. *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*. 1.Baskı. İstanbul: Filiz, 1994.
- Önder, Ayhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 4. Baskı. İstanbul: Filiz, 1994.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 14. Baskı. Ankara: Seçkin, 2019.
- Özbek, Veli Özer ve Serkan Meraklı. “Ceza Hukukunda Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu,” içinde *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Editörler Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer ve Faruk Turhan, 1157-1176. Ankara: Seçkin, 2018.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*. 5. Baskı. Ankara: Adalet, 2020.
- Özgenç, İzzet. *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin, 2002.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu III*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2010.
- Polat, Halil. *Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı*. 4. Baskı. Ankara: Adalet, 2023.
- Sarsıkoğlu, Şenel. *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması*. 1. Baskı. Ankara: Adalet, 2014.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 13. Baskı. Ankara: Yetkin, 2020.
- Şahin, Fatih. “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (155/1-2).” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 34, no. 155 (Temmuz-Ağustos, 2021): 147-201.
- Şen, Ersan ve Mehmet Vedat Ervan. “Avukat Kamu Görevlisi midir?.” <https://www.hukukihaber.net/avukat-kamu-gorevlisi-midir-makale,8643.html>, 25.01.2021.
- Taneri, Gökhan. *Yağma Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma*. 1. Baskı. Bilge: Ankara, 2013.

- Taş, Burak. “Düzenleyen Tarafından Ciroyu Yasaklanmış Kambiyo Senetlerinde Güveni Kötüye Kullanma Suçu.” *Adalet Dergisi*, no. 67 (2021/2): 297-323.
- Taşdelen, Okan. “Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (Haziran, 2016): 987-1024.
- Taşdemir, Kubilay ve Ramazan Özkepir. *Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar*. 2. Baskı. Ankara: Adil, 1999.
- Tezcan, Durmuş. Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 19. Baskı. Ankara: Seçkin, 2021.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. 10. Baskı. Ankara: Savaş, 2019.
- Türay, Aras. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme,” *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan-Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 2 (Aralık, 2013): 1727-47.
- Wessels, Johannes ve Thomas Hillenkamp. “Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk,” içinde *Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanmak Suçları*, çev. Yener Ünver, Editör Yener Ünver, proje yön. Kayıhan İçel, 15-74. Ankara: Seçkin, 2009.
- Wessels, Johannes ve Thomas Hillenkamp. “Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk,” içinde İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar, çev. İlker Tepe, Editör Yener Ünver, proje yön. Kayıhan İçel, 183-214. Ankara: Seçkin, 2009.
- Yenidünya, Ahmet Caner ve Can Canpolat. “Sermaye Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu (SPK.m.110/1, 3).” *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 3, no. 9 (2014): 109-59.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. 10. Baskı. Ankara: Yetkin, 2011.
- Yokuş Sevük, Handan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 2. Baskı. Ankara: Adalet: 2019.
- Yurtcan, Erdener. *Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar*. 2. Baskı. Ankara: Adalet, 2015.

<https://www.hukukihaber.net>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>