

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

TÜRK CEZA HUKUKUNDA DOLANDIRICILIK SUÇU

Doktora Tezi

Hasan DURSUN

Ankara - 2016

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

TÜRK CEZA HUKUKUNDA DOLANDIRICILIK SUÇU

Doktora Tezi

Hasan DURSUN

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Ankara – 2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
(CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA DOLANDIRICILIK SUÇU

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

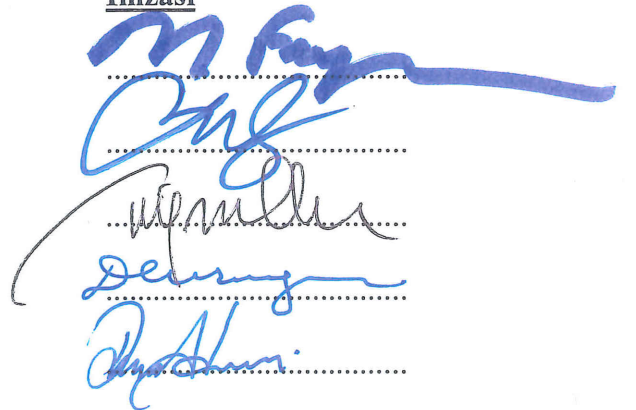
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU

Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Yrd. Doç. Dr. Devrim AYDIN

İmzası



Tez Sınavı Tarihi: 04.01.2016

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.
(05/01/2016)

Hasan DURSUN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMA CETVELİ	xiv
GİRİŞ.....	1

TÜRK CEZA HUKUKUNDA DOLANDIRICILIK SUÇU

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇUN TARİHSEL GELİŞİMİ

VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

I. AVRUPA HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ	6
II. TÜRK HUKUKU	10
A. ESKİ TÜRK DEVLETLERİNDE VE OSMANLI DEVLETİ DÖNEMİNDE SUÇUN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ	10
B. CUMHURİYET DÖNEMİNDEKİ DÜZENLENİŞ ŞEKLİ.....	12
C. 765 VE 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNLARINDA DÜZENLENEN DOLANDIRICILIK SUÇLARININ KARŞILAŞTIRILMASI.....	13
III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DOLANDIRICILIK SUÇUNUN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ	14
A. AVUSTURYA, İSVİÇRE, FRANSA VE ALMANYA CEZA KANUNLARINDA DOLANDIRICILIK SUÇU.	15
B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKUNDA DOLANDIRICILIK SUÇU	16
C. İNGİLTERE CEZA HUKUKUNDA DOLANDIRICILIK SUÇU	19
1. Dolandırıcılık Suçunun Tanımı	20
2. Dolandırıcılık Suçunun İşleniş Şekilleri.....	21
a. Aldatıcı Beyanda Bulunmak Suretiyle İşlenen Dolandırıcılık Suçu.....	21

b. Açıklanması Gereken Bilgilerin Gizlenmesi Suretiyle İşlenen Dolandırıcılık Suçu.....	22
c. Sahip Olunan Konunun Kötüye Kullanılması Suretiyle İşlenen Dolandırıcılık Suçu.....	23
3. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında “Zarar” ve “Yarar” Kavramları	24
4. Dolandırıcılık Suçunda Kullanılabilecek Araçları Yapma, Tedarik Etme ve Bulundurma Suçu	25
5. Tüzel Kişiler Yararına İşlenen Dolandırıcılık Suçlarında Gerçek Kişilerin Sorumluluğu	26

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇ GENEL TEORİSİ İÇİNDE DOLANDIRICILIK SUÇU

I. GENEL OLARAK	27
II. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN KONUSU	28
A. HUKUKÎ KONU	28
1. Suçun Hukukî Konusu ve Önemi	28
2. Dolandırıcılık Suçunda Hukukî Konu	31
3. Kanaatimiz.....	33
B. MADDİ KONU	35
1. Suçun Maddi Konusu Hakkında Genel Bilgi	35
2. Dolandırıcılık Suçu Açısından Suçun Maddi Konusu.....	36
3. Kanaatimiz.....	38
III. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN FAİLİ (SUÇUN AKTİF SÜJESİ)	39
A. DOLANDIRICILIK SUÇU FAİLLİĞİNİN NEDENLERİ	39
B. GERÇEK KİŞİLERİN FAİLLİĞİ	42
C. FAİL OLARAK TÜZEL KİŞİLER.....	43
1. Tüzel Kişilerin Failliği	43
2. Dolandırıcılık Suçu Açısından Tüzel Kişilerin Failliği ve Sorumlulukları.....	45

D. DOLANDIRICILIK SUÇUNDA FAİL OLARAK KAMU GÖREVLİSİNİN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİK.....	47
E. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ AÇISINDAN FAİLİN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİK.....	48
IV. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN MAĞDURU (SUÇUN PASİF SÜJESİ)	50
A. DOLANDIRICILIK SUÇU BAĞLAMINDA “MAĞDUR” KAVRAMI	50
B. MAĞDURUN DOLANDIRICILIK SUÇU AÇISINDAN ARZ ETTİĞİ ÖZELLİKLER	52
1. Mağdurun Gerçek Kişi Olması Gerekliliği	53
2. Mağdurun Belirli (Belirlenebilen) Bir Kişi Olması Gerekliliği	54
a. Konuya İlişkin Öğretide İleri Sürülen Görüşler.....	54
b. Kanaatimiz.....	57
3. Üç Köşeli Dolandırıcılık: Aldatılan ile Zarar Gören Kişilerin Farklı Olması Hali..	60
C. TEMYİZ KUDRETİ KISMEN VEYA TAMAMEN OLMAYANLARIN DOLANDIRICILIK SUÇUNDA MAĞDURİYETLERİ	65
a. Konu Hakkında Öğretide Yapılan Tartışmalar	65
b. Kanaatimiz.....	67
D. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ AÇISINDAN MAĞDURUN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİK.....	68
E. OTOMATLAR VEYA SİSTEMLERİN MAĞDUR OLUP OLAMAYACAKLARI SORUNU	69
F. TÜZEL KİŞİLER DOLANDIRICILIK SUÇUNUN MAĞDURU OLABİLİR Mİ?.....	71
V. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN UNSURLARI.....	71
A. SUÇLARIN İNCELENMESİ VE ANLAMLANDIRILMASI BAĞLAMINDA “SUÇUN UNSURLARI”	71
B. SUÇUN MADDİ UNSURU.....	73
1. Hareket Ögesi Açısından.....	75
a. Hareket Unsuru Olarak “Hile” ve “Hileli Davranış”	75
b. Hileli Davranışlar.....	78
aa. Hile Kavramı	79

bb. Hukukî Hile- Cezaî Hile Ayrımı	81
i. Hukukî Hile - Cezaî Hile Ayrımı Konusunda İleri Sürülen Görüşler ve Eleştirileri	84
ii. Hukukî Hile.....	86
iii. Cezaî Hile.....	87
iv. Hukukî Hile ve Cezaî Hilenin Benzer ve Farklı Yönleri	90
cc. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında Davranış Kavramı	92
i. Hareket Kavramı ve Anlamı	92
ii. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında Davranış ve Hareket İlişkisi	95
dd. Hileli Davranışların Belirlenmesi Konusunda Yasal Sistemler ve Mevzuatımız.....	97
i. Yasal Sistemler.....	97
ii. Türk Ceza Kanunu’nun Kabul Ettiği Sistem	99
ee. Hilenin Niteliği, Tanımı ve Kapsamı	101
i. Genel Olarak	101
ii. Hileli Davranışın Objektif Kandırıcılık (Aldatıcılık) Özelliğine Sahip Olmasının Gerekliliği Sorunu.....	102
aaa.Hileli Davranışın Aldatıcılığına İlişkin Öğretide İleri sürülen görüşler	102
bbb.5237 sayılı TCK Tarafından Benimsenen Görüş	106
ccc. Yargıtay Uygulaması.....	108
ddd. Görüşümüz.....	110
iii. Hileyi Tanımlama Gayreti	113
iv. Hileli Davranışların Meydana Geliş Şekilleri	115
ff. Hileli Davranış Bağlamında Değerlendirilmesi Gereken Özel Haller	119
i. Basit (Soyut, Çıplak) Yalanın Hile Olarak Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu	119
aaa. Öğreti ve Karşılaştırmalı Hukukta Basit Yalan Sorunu	119
bbb. Yargıtay Tarafından Benimsenen Görüş	122
ccc. Görüşümüz	123
ii. Dilencilik Hileli Davranış Olarak Kabul Edilebilir Mi?	126
iii. Susmanın Hile Olarak Kabulü Sorunu.....	128

iv. Karşılıksız Yararlanma Eylemlerinin Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği	132
aaa. Eski ve Yeni Yasal Düzenlemelerin Karşılaştırılması	132
bbb. Karşılıksız Yararlanma Eylemlerinin Dolandırıcılık Suçuna Sebebiyet Verip Vermeyeceği Sorunu	134
ccc. Yargıtay Uygulaması.....	140
ddd. Görüşümüz.....	141
v. Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Dolandırıcılık Suçuna Sebebiyet Verip Vermeyeceği Sorunu	145
aaa. Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Çek Kanunu (ÇK) Kapsamında “Çek”	145
bbb. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	147
ccc. Görüşümüz	150
vi. Usul Hilesi (Yargı Dolandırıcılığı)	151
vii. Kartopu Sözleşmeleri	156
gg. Yargı Kararları Işığında Hile	159
aaa. Hile Olarak Değerlendirilen Hareketler	159
bbb. Hile Olarak Değerlendirilmeyen Hareketler	160
ccc. Hukukî Nitelikte Olduğu Değerlendirilen Hareketler.....	161
c. Mağdurun Aldanması.....	162
aa. Mağduru Aldatmak.....	163
bb. Mağdurun Hatasından Yararlanmak	166
cc. Mağdurun İçinde Bulunduğu Hatalı Durumdan Yararlanma.....	167
2. Netice Ögesi: Aldatılan Kişinin Kendisinin veya Başkasının Zararına Olarak Faile veya Başkasına Yarar Sağlaması	171
a. Suçun Neticesi ve Suç Neticesinin Önemi.....	171
b. Suçların Neticeye Göre Sınıflandırılması Açısından Dolandırıcılık Suçunun Gösterdiği Özellik	172
c. Malvarlığı Kavramı ve Kapsamı.....	174
aa. Genel Olarak.....	174
bb. Malvarlığı Kavramının Kapsamı	176
cc. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında Malvarlığını Oluşturan Varlık Veya Menfaatler	179

d. Mağdurun Zarara Uğraması.....	180
aa. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında Zarar Kavramı.....	180
bb. Zararın Belirlenmesi	184
cc. Mağdurun Uğradığı Zararın Kapsamı	186
i. Maddi Şeyler	188
ii. Alacaklar	188
iii. Sunulan Hizmetler	190
iv. Manevi Değeri Olan Şeyler ve Gayri Maddi Haklar	192
dd. Zarar Miktarının Önemi	196
ee. Mağdurun Hukuka Aykırı Bir Amacından Dolayı Zarara Uğramasının Önemi....	197
e. Failin (veya Başkasının) Yarar Elde Etmesi	201
aa. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında “Yarar” Kavramı.....	201
bb. Sağlanan Yararın Kapsamı.....	203
cc. Sağlanan Yararın Niteliği.....	207
dd. Kullanma Dolandırıcılığı	209
ee. Sağlanan Yararın Haklı Olup Olmamasının Önemi.....	210
3. Nedensellik Bağı Ögesi	213
C. SUÇUN MANEVİ UNSURU	217
1. Suçun Oluşmasında Manevi Unsur ve Önemi ile Dolandırıcılık Suçu Bağlamında Değerlendirilmesi	217
2. Dolandırıcılık Suçunda Kastın Kapsamı	220
a. Hileli Davranışta Bulunduğunu Bilme.....	222
b. (Haksız) Yarar Sağlama Bilinç ve İradesi	224
c. Mağdurun Zarar Görebileceğine Dair Bilinç ve İrade	225
3. Manevi Unsurun Varlığının İspatı.....	226

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

I. GİRİŞ YERİNE.....	227
II. FAİLİN AMACINDAN KAYNAKLANAN NİTELİKLİ HALLER	229

A. BANKA VEYA DİĞER KREDİ KURUMLARINCA TAHSİS EDİLMEMESİ GEREKEN BİR KREDİNİN AÇILMASINI SAĞLAMAK MAKSADIYLA DOLANDIRICILIK SUÇUNUN İŞLENMESİ (KREDİ DOLANDIRICILIĞI)	229
1. Banka, Kredi Kurumu ve Krediden Anlaşılması Gereken	231
2. Kredi Dolandırıcılığında Mağdur ve Suçtan Zarar Gören.....	233
3. Kredi Dolandırıcılığına İlişkin Açıklamalar.....	235
4. Kredi Açma Konusunda Yetkili Banka Görevlileri Tarafından İşlenen Kredi Dolandırıcılığı.....	240
5. Usulsüz Yollarla Kredi Kartı Alınması	243
6. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nda Yer Alan Özel Düzenleme	247
B. SİGORTA BEDELİNİ ALMAK MAKSADIYLA DOLANDIRICILIK SUÇUNUN İŞLENMESİ (SİGORTA DOLANDIRICILIĞI)	250
III. MAĞDURUN AMACINDAN VE KONUMUNDAN KAYNAKLANAN NİTELİKLİ HALLER	255
A. DİNİ İNANÇ VE DUYGULARIN İSTİSMAR EDİLMESİ SURETİYLE DOLANDIRICILIK SUÇU İŞLENMESİ (DİN DOLANDIRICILIĞI)	255
B. KİŞİNİN İÇİNDE BULUNDUĞU TEHLİKELİ DURUM VEYA ZOR ŞARTLARDAN YARARLANMAK SURETİYLE DOLANDIRICILIK SUÇU İŞLENMESİ (TEHLİKELİ DURUM DOLANDIRICILIĞI).....	259
C. KİŞİNİN ALGILAMA YETENEĞİNİN ZAYIFLIĞINDAN YARARLANMAK SURETİYLE DOLANDIRICILIK SUÇU İŞLENMESİ.....	266
1. Algılama Yeteneği Kavramı.....	266
2. Algılama Yeteneğinin Zayıflamasına Neden Olan Haller.....	267
a. Yaş Küçüklüğü.....	267
b. Yaşlılık.....	270
c. Psikiyatrik Bozukluklar (Akıl Hastalığı veya Zayıflığı).....	271
d. Sarhoşluk Hali, İlaç veya Uyuşturucu Madde Kullanma	273
3. Failin Kastının Kapsamı ve Algılama Yeteneğindeki Zayıflığın Aranacağı An....	276
4. Nitelikli Hale İlişkin Diğer Açıklamalar	278
D. KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ ZARARINA OLARAK DOLANDIRICILIK SUÇU İŞLENMESİ (KAMU DOLANDIRICILIĞI).....	281

1. Genel Açıklamalar.....	281
2. Kamu Kurum ve Kuruluşu Çalışanlarının, Kamu Dolandırıcılığı Suçunun Faili Olup Olamayacakları Sorunu	286
E. REHİNLİ, HACİZLİ VEYA ELKONULMUŞ MALLARA KARŞI DOLANDIRICILIK.....	289
IV. KULLANILAN ARAÇTAN KAYNAKLANAN NİTELİKLİ HALLER	292
A. NİTELİKLİ HALLERE İLİŞKİN ORTAK AÇIKLAMALAR.....	292
B. KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ, KAMU MESLEK KURULUŞLARININ, SİYASÎ PARTİ, VAKIF VEYA DERNEK TÜZEL KİŞİLİKLERİNİN ARAÇ OLARAK KULLANILMASI SURETİYLE DOLANDIRICILIK SUÇU İŞLENMESİ.....	294
1. Belirtilen Kurum Ve Kuruluşların Tanım Ve Kapsamları	294
a. Kamu Kurum ve Kuruluşu.....	295
b. Kamu (Kurumu Niteliğindeki) Meslek Kuruluşu.....	297
c. Siyasi Parti, Dernek ve Vakıflar	299
2. Belirtilen Kurum ve Kuruluşların Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu İşlenmesi.....	301
C. BİLİŞİM SİSTEMLERİNİN, BANKA VEYA KREDİ KURUMLARININ ARAÇ OLARAK KULLANILMASI SURETİYLE DOLANDIRICILIK SUÇU İŞLENMESİ	303
1. Banka veya Kredi Kurumlarının Araç Olarak Kullanılması	304
2. Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması (Bilgisayar Dolandırıcılığı)	309
D. BASIN VE YAYIN ARAÇLARININ SAĞLADIĞI KOLAYLIKTAN YARARLANMAK SURETİYLE DOLANDIRICILIK SUÇU İŞLENMESİ (BASIN VE YAYIN DOLANDIRICILIĞI).....	316
1. Basın ve Yayın Araçları Kavramları ve Önemi	319
2. Basın ve Yayın Dolandırıcılığına İlişkin Açıklamalar	321
V. BELİRLİ MESLEK FAALİYETLERİNİN ARAÇ OLARAK KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN NİTELİKLİ HALLER.....	326

A. TACİR VEYA ŞİRKET YÖNETİCİSİ OLAN YA DA ŞİRKET ADINA HAREKET EDEN KİŞİLERİN TİCARİ FAALİYETLERİ SIRASINDA DOLANDIRICILIK SUÇU İŞLENMESİ (TACİR DOLANDIRICILIĞI).....	326
1. Tacir, Şirket Yöneticisi, Şirket Adına Hareket Eden ve Ticari Faaliyet	
Kavramlarının Tanımları	329
a. Tacir	329
b. Şirket Yöneticisi ve Şirket Adına Hareket Eden	330
c. Ticari Faaliyet	332
2. Nitelikli Hale İlişkin Açıklamalar	333
B. KOOPERATİF YÖNETİCİLERİNİN KOOPERATİFİN FAALİYETİ KAPSAMINDA DOLANDIRICILIK SUÇU İŞLEMELERİ (KOOPERATİF DOLANDIRICILIĞI)	336
1. Konuya İlişkin Genel Açıklama	336
2. Failin Gösterdiği Özellik	337
3. Nitelikli Hale İlişkin Diğer Açıklamalar	339
4. Kooperatif Yönetici ve Memurlarının, Kooperatife Karşı İşledikleri Dolandırıcılık Suçu	340
C. SERBEST MESLEK SAHİBİ KİŞİLER TARAFINDAN, MESLEKLERİNDEN DOLAYI KENDİLERİNE DUYULAN GÜVENİN KÖTÜYE KULLANILMASI SURETİYLE DOLANDIRICILIK SUÇU İŞLENMESİ (SERBEST MESLEK DOLANDIRICILIĞI)	343
1. Konuya İlişkin Genel Açıklama	343
2. Serbest Meslek Tanımı ve Kapsamı	345
3. Nitelikli Hale İlişkin Değerlendirmeler	346
VI. HİLENİN TÜRÜNDEN KAYNAKLANAN NİTELİKLİ HAL: KAMU GÖREVLİLERİYLE İLİŞKİSİNİN OLDUĞUNDAN, ONLAR NEZDİNDE HATIRI SAYILDIĞINDAN BAHİSLE VE BELLİ BİR İŞİN GÖRDÜRÜLECEĞİ VAADİYLE İŞLENEN DOLANDIRICILIK (NÜFUZ DOLANDIRICILIĞI) SUÇU.....	349
A. NÜFUZ DOLANDIRICILIĞI SUÇUNUN HUKUKUMUZDAKİ TARİHİ SEYRİ.....	349

B. NÜFUZ DOLANDIRICILIĞI SUÇUNUN ŞARTLARI	351
1. Kamu Görevlileriyle İlişkisi Olduğundan veya Bunlar Nezdinde Hatırı Sayıldığından Bahsetme ve Belirli Bir İşin Görüleceği Vaadinde Bulunma	351
a. Kamu Görevlileriyle İlişkisi Olduğundan veya Bunlar Nezdinde Hatırı Sayıldığından Bahsetme.....	352
b. Belli Bir İşin Görüleceği Vaadinde Bulunma.....	356
3. Mağdurun Aldanması	358
4. Menfaat Temin Etme	358
C. NÜFUZ DOLANDIRICILIĞI SUÇUNDA FAİLİN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİK.....	359
D. MAĞDURUN AMACININ VEYA FAİLİN VAADİNİN HUKUKA UYGUN OLUP OLMAMASININ NÜFUZ DOLANDIRICILIĞI SUÇU AÇISINDAN ÖNEMİ	360
E. NÜFUZ TİCARETİ VE NÜFUZ DOLANDIRICILIĞI SUÇLARININ BENZER VE AYRI YÖNLERİ	361
VII. . DOLANDIRICILIK SUÇU İÇİN HAFİFLETİCİ NEDEN: DOLANDIRICILIK SUÇUNUN BİR HUKUKİ İLİŞKİYE DAYANAN ALACAĞIN TAHSİLİ AMACIYLA İŞLENMESİ (ALACAK DOLANDIRICILIĞI)	364
A. ESKİ VE YENİ CEZA KANUNLAR BAĞLAMINDA ALACAK DOLANDIRICILIĞI SUÇUNUN GÖRÜNÜMÜ	364
B. ALACAK DOLANDIRICILIĞI SUÇU İÇİN ARANAN ŞARTLAR.....	367
1. Hukukî İlişkiden Kaynaklanan Bir Alacağın Varlığı	367
a. Taraflar Arasında Bir Hukukî İlişki Bulunmalıdır.....	367
b. Hukukî İlişkiden Kaynaklanan Bir Alacak Olmalı.....	369
c. Hukuk Tarafından Korunan Bir Alacak Hakkı Bulunmalı	371
d. Hukukî İlişki ve Alacak Hakkının İspatı ve Önemi.....	373
2. Failin Amacı Alacağını Tahsil Etmek Olmalıdır.....	378
3. Alacak Dolandırıcılığı Suçunun Asıl Faili, Alacaklı Olan Kişi(ler)dir	379
4. Hileli Davranışların Yöneltildiği Kişinin Asıl Borçlu Olması Zorunlu Değildir...	381

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

I. HIRSIZLIK SUÇU VE DOLANDIRICILIK.....	382
II. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU VE DOLANDIRICILIK	385
III. YAĞMA VE DOLANDIRICILIK	387
IV. ZİMMET VE DOLANDIRICILIK.....	389
V. İRTİKÂP VE DOLANDIRICILIK	390
A. İCBAR SURETİYLE İRTİKÂP SUÇU AÇISINDAN	390
B. İKNA SURETİYLE İRTİKÂP SUÇU AÇISINDAN	392
1. Genel Değerlendirme.....	392
2. İhtima Hükümleri Açısından Değerlendirme	395
VI. BİLİŞİM SUÇLARI VE DOLANDIRICILIK	398
VII. BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI	
SUÇU VE DOLANDIRICILIK.....	400
A. BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI	
SUÇU	400
B. SUÇLARIN KARŞILAŞTIRILMASI	401

BEŞİNCİ BÖLÜM
SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

I. SUÇUN TAMAMLANMA ANI VE SUÇA TEŞEBBÜS	404
A. SUÇUN TAMAMLANMASI VE SONA ERMESİ.....	404
B. TEŞEBBÜS	407
1. Teşebbüs Kavramı ve Kapsamı	407
2. Elverişli Hareket Bağlamında “Hileli Davranış” Kavramı	409
3. Dolandırıcılık Suçuna Teşebbüs.....	410
II. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME	415

III. SUÇA İŞTİRAK (KATILMA)	419
A. FAİLLİK (DOĞRUDAN/TEK BAŞINA-MÜŞTEREK/BİRLİKTE-DOLAYLI FAİL)	421
B. AZMETTİRME	422
C. YARDIM ETME	424
IV. İÇTİMA	425
A. GERÇEK İÇTİMA	426
1. 765 sayılı TCK Döneminde Dolandırıcılık Suçunda Gerçek İctima Uygulaması .	427
2. 5237 sayılı TCK Döneminde Uygulama	428
a. Sahtecilik Suçları Bağlamında	428
aa. Genel Olarak.....	428
bb. Parada Sahtecilik Eylemleri	428
cc. Türk Ceza Kanunu’nun Sahtecilik Suçları İçin Öngördüğü Gerçek İctima Hükümlerinin Dolandırıcılık Suçları Bağlamında Eleştirisi	433
b. Bilişim Suçları Bağlamında	435
B. FİKRİ İÇTİMA	437
C. ZİNCİRLEME SUÇ	440
1. Genel Açıklamalar.....	440
2. Dolandırıcılık Suçu Açısından Zincirleme Suç Hükümlerinin Değerlendirmesi...	441

ALTINCI BÖLÜM

SUÇA İLİŞKİN USULÎ HÜKÜMLER

I. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA	446
II. SUÇUN MÜEYYİDESİ	447
A. GERÇEK KİŞİLER HAKKINDA UYGULANACAK YAPTIRIM.....	447
B. TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA UYGULANACAK YAPTIRIM.....	449
III.DOLANDIRICILIK SUÇU AÇISINDAN CEZANIN BELİRLENMESİNDE GÖZÖNÜNE ALINMASI GEREKEN HUSUSLAR.....	450
A. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ.....	450

B. CEZADAN İNDİRİM YAPILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ HALLER.....	452
C. ETKİN PİŞMANLIK.....	453
D. SUÇUN MADDİ KONUSUNUN DEĞERİ - MEYDANA GELEN ZARARIN MİKTARI.....	458
E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	459
IV. ZAMANAŞIMI.....	460
V. DOLANDIRICILIK SUÇU İLE MÜCADELE ÇERÇEVESİNDE BAZI DEĞERLENDİRMELER.....	461
A. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN ÖLÇÜLMESİNDE YAŞANAN GÜÇLÜKLER	461
B. TOPLUMSAL VE POLİTİK ALANDA DOLANDIRICILIK SUÇUNA KARŞI İLGİSİZLİK VE TEPKİSİZLİK.....	463
C. DOLANDIRICILIK SUÇU İLE MÜCADELE BAĞLAMINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR.....	465
SONUÇ	468
ÖZET	4682
SUMMARY	46883
KAYNAKÇA.....	483

KISALTMA CETVELİ

ABD	:Ankara Barosu Dergisi
Ad. D.	:Adalet Dergisi
Adl. Cer.	:Adliye Ceridesi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYMK	:Anayasa Mahkemesi Kararı
Bank. D.	:Bankacılar Dergisi
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
CD.	:Yargıtay Ceza Dairesi
CHD	:Ceza Hukuk Dergisi
CGK	:Yargıtay Ceza Genel Kurulu
D.	:Daire
dpn.	: Dipnot
E.	:Esas
E.T.	:Erişim Tarihi
Erciyes ÜHFD	:Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EÜHFD	:Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
HPD	:Hukuki Perspektifler Dergisi
İ.Ü. Muk. Huk. Araş. D.	:İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	:İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İBK	:İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:Karar
Kaz. Huk. D.	:Kazancı Hukuk Dergisi
KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
MKD	:Mali Kılavuz Dergisi
n.	:numara
RG.	:Resmi Gazete

s.	:Sayfa
S.	:Sayı
ss.	:Sayfalar
SÜHFD	:Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCHD	: Türk Ceza Hukuku Derneği
vd.	:ve devamı
Yarg. D.	:Yargıtay Dergisi
YKD :	Yargıtay Kararlar Dergisi

GİRİŞ

Modern ceza hukukunun amacı, toplumsal açıdan önemli olan ve kıymet içeren değerleri muhafaza etmek; toplumu oluşturan bireylerin birlikte yaşama şartlarını korumak, bunların güvenli bir şekilde ve barış içerisinde, sağlıklı, özgür ve demokratik bir ortamda yaşayabilmelerini sağlamaktır¹. Bu amaç doğrultusunda kişiler arasında meydana gelen ekonomik ilişkilerin kurulması ve korunması ile karşılıklı güvenin muhafaza altına alınması konusundaki sosyal menfaat, dolandırıcılığın suç olarak düzenlenmesinin en önemli sebeplerindendir². Kişilerin ekonomik özgürlükleri ve mülkiyet hakları günümüzde yasalarla korunmakta, bununla yetinilmeyerek üst normlar içeren Anayasal³ ve uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınmaktadır⁴. Çağdaş toplumların temel yapı taşlarından biri bireysel mülkiyettir ve bu nedenle bireyin hakları ve otoritesi çerçevesinde korunması gerekli bir hukukî kurumdur. Bireyler, varlıklarını nasıl sarf edecekleri hususunda serbestçe karar verebilmelidirler. Bu hak, kişinin bedensel bütünlüğü derecesinde önemlidir⁵.

Dolandırıcılık suçu malvarlığı unsurlarına karşı işlenen suçlardandır. Dolandırıcılık, hukukî bakımdan çeşitli vasıtaları harekete geçiren bir suçtur. Kriminolojik açıdan bakıldığında dolandırıcılık, genç sayılabilecek bir suç olup, zekâ seviyesinin yüksekliği nedeniyle sosyal hayata kolayca uyum sağlama özelliğini bünyesinde barındırır. Söz konusu suçun mağdurları, bu suçta hem mağdur ve hem de suçludurlar. Çoğu kez suçun kendilerine karşı işlenmesinin sebebi, mağdurların gerekli dikkat ve özeni göstermemeleri ve daha fazla kazanma hırslarıdır⁶. Suçun faili ise dış görünüşüyle toplumda bir iş ve ticaret adamı görüntüsüyle yer alan, zeki ve kurnaz bir kişidir. Hedefine aldığı kişi dolandırıldığını ancak bir süre geçtikten sonra anlar. Dolandırıcı, planlı davranışlarını sonlandırıp haksız bir yarar elde ettiğinde, iş hayatında kendisini başarıya ulaştırmış sayar. Hedeflerine kolayca ulaşabilmek ve muhatabını tedirgin etmemek

¹ Yener Ünver: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 442.

² Faruk Erem: Dolandırıcılık, 1956, Ankara, s. 3; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, C.4, Ankara 2009, s. 3563).

³ Anayasamızın 12, 17, 19, 25, 26 ve 35. maddeleri. Dolandırılmak suretiyle ferdin hakkını kaybetmemesini sağlayacak hükümlerin ceza kanunlarında yer alması anayasal bir zorunluluktur (Erem: Dolandırıcılık, s. 3).

⁴ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye (AİHS) Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinde mülkiyetin korunması hakkına yer verilmiştir. Bu protokol 1954 yılında Türkiye tarafından imzalanmış olup ülkemizde yürürlükte bulunmaktadır.

⁵ Sulhi Dönmezer: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 17. Bası, İstanbul, 2004, s. 340.

⁶ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 449;

dolandırıcı, dış görünüşüne, giyimine ve konuşmasına özen gösterir. Dolandırıcılar çağımızın beyaz yakalı suçlu (white collar criminal) tipini oluştururlar⁷.

Dolandırıcılık suçunun özünü ve diğer suçlardan farkını oluşturan hileli davranışlar, iletişim ve bilgi teknolojilerinin gelişmesi ile toplumsal ve ekonomik yapıdaki değişimler ve yenilikler nedeniyle günümüzde sayı ve tür bakımından artmış ve oluşum şartları daha kolaylaşmıştır. Hızlı gelişim ve değişimi önceden tahmin ederek, buna uygun yasal mevzuat yapılabilmesi sadece ütopyik (ideal) bir devletin varlığı halinde mümkün olabilecektir⁸. Bu gelişmelerin sonucu olarak dolandırıcılık suçunun haricinde hileli davranışları, içerisinde bir unsur olarak barındıran başkaca suç türleri de ortaya çıkmıştır⁹. Yasa koyucular özel hükümler öngörmek suretiyle birçok alanda adeta hileli davranışları cezalandırma yolunu seçmiştir. Benzeri düzenlemelere gerek hukukumuz ve gerekse karşılaştırmalı hukukta rastlamak mümkündür. Öyle ki, başta dolandırıcılık suçunun unsuru olarak öngörülen ve malvarlığını korumaya yönelik bir araç olarak cezalandırılan hile, doğrudan cezalandırılmaya başlanmıştır¹⁰.

⁷ Necdet Yalkut: Türk, Fransız ve İtalyan Ceza Hukuku Açısından Dolandırıcılık Suçu, Adalet Dergisi, 1979, S. 3-4, s. 231; White collar crime (beyaz yakalı suç(lu)) terimi ilk kez Edwin H. Sutherland tarafından 1939 yılında yazdığı “White Collar Criminality” isimli makalesinde kullanılmış ve “genellikle saygı duyulan ve toplumda önemli mevkilerde bulunan kişilerin bu konumlarını kullanarak işledikleri suçlar” olarak tanımlanmıştır. (Edwin H. Sutherland: White Collar Criminality, American Sociological Review, Cilt. 5, Sayı. 1, Şubat, 1940, s. 1-12); Sutherland tarafından yapılan beyaz yakalı suç tanımını birbirinden farklı eylemleri failler, suçlar ve mağdurlar bağlamında değerlendirerek tek bir çatı altında toplama gayretidir (Gary Slaser/ Steve Tombs: Corporate Crime, Londra, 1999, s.7). Bununla birlikte Sutherland yaptığı kavramlaştırma çalışmasında dolandırıcılık olduğunda şüphe bulunmayan ve beyaz yakalı suçlar kategorisinde değerlendirilebilecek bazı eylemleri, örneğin çalışanlar tarafından kurumları içerisindeki konumlarını kötüye kullanarak işlenen dolandırıcılık eylemlerini ayrı tutmuştur. (Geoffrey Smith/Mark Buton/Les Johnston/Kwabena Frimpong: Studying Fraud as White Collar Crime, 2011, Palgrave Macmillan, s.7); Beyaz yakalı suç(lu) kavramının hukuk dünyasına girmesi ve buna paralel değişikliklerin yapılmasının altında, toplumda önemli bir yere sahip bulunan, ekonomik ve siyasal açıdan güçlü kişilerin işledikleri bir çok eylemin yaptırımsız kalması nedeniyle ceza hukuku bağlamında çifte standart uygulandığına dair oluşan toplumsal tepki yatmaktadır (Donald P. Rothschild/ Bruce C. Throne: “Criminal Consumer Fraud: A Victim-Oriented Analysis”, Michigan Law Review, Cilt. 74, Sayı.4, 1976, s. 667).

⁸ Samuel W. Buell: “Novel Criminal Fraud”, New York University Law Review, Cilt: 81, Aralık 2006, s.1973.

⁹ ABD Federal Kanıt Kuralları’nın 609 (a) (2) madde ve fıkrası bağlamında, hile ile işlenen suçlardan anlaşılması gerekenin yalan yemin etme, yalan tanıklık, yanlış beyanda bulunma, dolandırıcılık, rüşvet, sahte kimlik kullanma ve bunlar gibi içeriğinde aldatıcı unsur barındıran suçlar olduğu belirtilmiştir (Stuart P. Gren: “Deceit an the Classification of Crimes: Federal Rule of Evidence 609 (a) (2) an the Origins of Crimen Falsi”, The Journal of Criminal Law and Criminology, Cilt: 90, Sayı: 4, 2000, s. 1090-1091).

¹⁰ Dönmezer: Dolandırıcılık Cürmü, İstanbul Barosu Mecmuası, 1943, C.XVII, S.9, s. 565; Toplumun ve toplumsal gelişmelerin suçluluğa etkisi açısından bkz. Faruk Erem: Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi, Ankara 1997, s. 169-207; Doğan Soyaslan: Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), Ankara 2003, s. 119-172; İngiltere Dolandırıcılık Kanunu kapsamında yapılan dolandırıcılık suçuna ilişkin düzenleme incelendiğinde, yasa koyucu tarafından, ortaya konulan hileli/aldatıcı/yanlış/yanıltıcı söz ve davranışlarla ortaya bir zarar veya zarar riski çıkmış olması muhtemel görülmekle birlikte, suçun oluşumu açısından

Dolandırıcılık, günümüzde malvarlığına karşı en çok işlenen suçlardandır. Bu, ekonomik ve sosyal hayattaki gelişmeler, insanın en baştan beri içinde barındırdığı yağmalama ve karşı taraftakinin malvarlığını ele geçirme içgüdüünün ortaya çıkmasının doğal bir sonucudur¹¹. Dolandırıcılık suçu başkasının malvarlığına karşı hissedilen duyguların inceliklerle gizlenerek işlendiği özel bir suçtur¹². Bu bağlamda dolandırıcılık, mali anlamda, muhtemelen kişilere ve topluma en çok maliyeti olan suçlardan biri olmasına karşın; mahiyeti itibariyle de soruşturma makamlarının en az dikkatini çeken bir suçtur.

Diğer suçlarda olduğu gibi, dolandırıcılık suçlarının oluşumunda da çevresel faktörlerin etkisi büyüktür. Gelir dağılımındaki adaletsizlik, ekonomik hayatta meydana gelen değişimler, buna bağlı olarak insanlarda meydana gelen ahlaki çöküntüler, toplumda nüfusun artması, şehirleşme ve göç nedeniyle kişiler arasında oluşan güvensizlik ortamı, bireylerin gelir elde etmek için tüm yolları meşru görmeleri, kişilerin bireysel ve ailevi özellikleri ile yetiştiği çevre ve eğitim seviyesi dolandırıcılık suçunun yaygınlaşmasına sebebiyet veren faktörlerden en önemlileridir¹³.

muhabatın aldanması ve buna bağlı olarak zarar görmesi zorunlu görülmemiştir. Mağdur veya üçüncü kişi zarar görmemiş olsa bile, fail kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla hileli davranışlar ortaya koyduğu taktirde eylemi dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilecektir. (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu'na ilişkin açıklamalar için bkz. The Fraud Act 2006, http://www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/fraud_act/#a22, E.T. 24.6.2014); 1890 yılında yazdığı bir makalesinde Arthur Fisher, zamanının (1850'li yıllar) mevcut sosyal yapısının/sisteminin kişilere aldatma açısından bir çok imkan sunduğunu ve bu durumun bencil kişiler tarafından kötüye kullanılabileceğini belirtmektedir (Arthur Fisher: Popular Sociology: Gambling, Swindling, Speculating Rendered Impossible, LSE Selected Pamphlets, 1890, Published by LSE Library, s. 8)

¹¹ Faruk Erem/Nevzat Toroslu: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s. 525; Nevzat Toroslu: Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007, s. 173; Erdener Yurtcan: Yargıtay Kararlarının Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar, İstanbul, Ocak 2008, s. 111; Timur Demirbaş: Kriminoloji, Ankara 2001, s. 236; Ekonomik yapı ile suç arasındaki ilişki üzerine ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Zahir Kızmaz: Ekonomik Yapı ve Suç: Bazı Araştırma Bulguları Üzerine Genel Bir Değerlendirme, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2003, C.13, S. 2, s. 279-304; İngiltere'de nüfusun yaklaşık %48'i dolandırıcılık suçunun mağduru olmakta ve bu suça maruz kalmaktadır. Bu rakam ABD'de nüfusun %58'ine tekabül etmektedir (Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.3).

¹² Doğan Soyaslan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2005, 5.Baskı, s. 340; Malvarlığına karşı işlenen suçların kentleşme, işsizlik, toplumsal yapı bağlamında incelenmesi ile değerlendirmeler ve buna ilişkin yapılan saha araştırması sonuçlarına ilişkin bkz. Ali Altay: Türkiye'de Mala Karşı Suçlar ve Bu Suçları İşleyenlerin Sosyo-Kültürel ve Ekonomik Özellikleri, Ankara, 2007, s. 23 vd. (yayınlanmamış yüksek lisans tezi).

¹³ Zekeriya Yılmaz/İsmail Ergün: Yeni Türk Ceza Kanununda Dolandırıcılık Suçları, Ankara 2005, s. 4; Sanayileşme, göç, nüfus artışı, plansız kentleşme ve ekonomide yaşanan dalgalanmaların genelde malvarlığı aleyhine işlenen suçlar ve özelde ise dolandırıcılık suçu üzerindeki olumsuz etkisine ilişkin 1988-2000 yıllarını kapsayan istatistiki bir çalışma için bkz. Haşim Karaaslan: Mala Karşı İşlenen Suçlarla Mücadele Semineri, 24 Mayıs 2000 İstanbul, Emniyet Genel Müdürlüğü Asayiş Dairesi Başkanlığı Yayını, s. 26-55; Kentleşmenin malvarlığına karşı işlenen suçlara olumsuz etkisi konusunda bkz. Nur Centel: Mala Karşı Suçlarda Artışın Kriminolojik Bakımdan Açıklanması ve Nedenleri, Mala Karşı İşlenen Suçlarla Mücadele Semineri, 24 Mayıs 2000 İstanbul, Emniyet Genel Müdürlüğü Asayiş Dairesi Başkanlığı Yayını, s. 56-68; Altay: s. 23 vd..

Dolandırıcılık, malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında faili tarafından en çok maharetin ve yeteneğin kullanılmasını gerektirenidir. Dolandırıcı, kendisine ait olmayan bir şeyi hırsızlamak suretiyle almaz, bunu bizzat mağdurun kendisine vermesini sağlar. Bununla birlikte, dolandırıcılığa hedef olan kişi bu teslimi ne yağma suçunda olduğu gibi cebir ve tehdit altında ve ne de şantajda olduğu gibi tehdit tesiri ile yapar. Tam tersine mağdur, failin talep ettiği malvarlığına ait unsurları kendi rızasıyla teslim eder. Dolandırıcı, malın teslimi konusunda kuvvet yerine ikna edici araçlar kullanır¹⁴.

Öğretide haklı olarak, dolandırıcılık suçunun yasa normu tarafından tanımlanmaması gerektiği, onun tanımlanmaya ihtiyacı olmadığı, dolandırıcılığın tarihinin yalancılık ve insanoğlunun yaratıcılığı kadar eski olduğu ve yasal değişikliklerden daha hızlı şekil değiştirdiği belirtilmiştir¹⁵. Ancak dolandırıcılık suçunu incelemeye başlamadan önce, yasa normundan yola çıkarak, suçun tanımını yapmaya çalışmanın faydalı olacağını düşünüyoruz. Buna göre dolandırıcılık; hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp onun veya başkasının zararına olarak, kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması olarak tanımlanabilir¹⁶. Dar anlamda bir tanım yapmak gerekir ise, aldatmaya dayalı unsurların

¹⁴ Gerard Jacoby (Çeviren: Naci Şensoy): Fransız ve Alman Hukukunda Dolandırıcılık, İHFM, 1941, C.VII, S. 1, s. 667; Beyaz yakalı suç(lu) kategorisinde değerlendirilebilecek olan dolandırıcılık suçunun kişiler ve yetkili birimler tarafından gerekli dikkati çekmemesinin dört nedeni vardır; birincisi dolandırıcılık suçlarında bir çok faili kendisini suçlu olarak telakki etmemektedir. İkinci olarak, dolandırıcılık kapsamında kalan bir çok eylem, ekonomik hayatta normal kabul edilen ve piyasa kuralları çerçevesinde çözülmesi gereken bir sorun olarak görülmektedir. Üçüncü neden ise dolandırıcılık eylemlerinin toplum nezdinde, idari ya da adli organlar önünde suç olarak algılanmasını sağlayacak toplumsal farkındalığın az olmasıdır. Dördüncü ve son bir neden ise, dolandırıcılık sayılabilecek eylemlerin tamamının cezalandırılmasının toplumun önemli bir kısmının suçlu kabul edilip cezalandırılmasına neden olacağı düşüncesidir (Rothschild/Throne: s.668).

¹⁵ Hafızogulları, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 3.B., Ankara 2013, s.396; Mark Zingale: "Fashioning a Victim Standard in Mail and Wire Fraud: Ordinarily Prudent Person or Monumentally Credulous Gull?", Colombia Law Review, Cilt: 99, Sayı 3, Nisan 1999, s. 795-796; Buell: s. 1973, 1989; "Dolandırıcılık tarihi, dünya kadar eskidir. İncilde yer verilen bilgiler çerçevesinde Cennet Bahçesinde yalan söylendiğine rastlarız. Daha sonra, Hazreti Yakup'un. kardeşi Esau'nun doğuştan gelen hakkını ve babasının affını elde etmek için annesi Rebekah'ı ikna etmek amacıyla Hazreti Isac'ı aldatmasında izlerini süreriz. Herodot'un anlattığına göre III.Ramses'in hazine koruyucusu, sahibinin hazinelerini kaçırmak için gizli bir koridor inşa etmiştir. Mısırdaki köle olarak bulunan Köleler, efendileri tarafından kendilerinden alınan mücevherleri geri almak için dolandırıcılık mizansenini tasarlamışlardır. Antik Yunan şehirlerinde hileli zarlar bulunmuştur. Bireyler, antik ve ortaçağda bir meslek olarak dolandırıcılığı icra etmişlerdir. Çağlar boyunca hitabet sanatını iyi icra eden ve ahlaki değerlerden yoksun insanlar, kişisel menfaat sağlamak ve avantaj elde etmek amacıyla arkadaşları ve yakın dostları üzerinde hileli ve aldatıcı davranışlarda bulunmuştur" (J.G.E. Murray: "Some Aspects of Fraud, Control and Investigation", The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Cilt: 49, Sayı: 1, Mayıs-Haziran 1958, s. 78).

¹⁶ CGK, 12.11.2002, E. 2002/6-256, K. 2002/384: "Dolandırıcılık suçu bir kimseyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak, o kimsenin veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir çıkar sağlanmasıyla oluşur. Hile, nitelikli bir yalandır. Yalan, belli bir oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır" (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3563); Uygulamada adli kolluk görevlileri tarafından, suçun işleniş şekline göre

gerçekleştirilmesi ile bir kimsenin zararına bir başka kimseye yarar sağlamak şeklinde ifade edilebilir¹⁷.

dolandırıcılık suçu çeşitli isimlerle adlandırılmaktadır. Tavgılık, antikacılık, definecilik, zarfçılık, papelcilik, üçkâğıtçılık, iş buluculuk bunlardan bazılarıdır.

¹⁷ Somay Tümerkan: Dolandırıcılık Suçu, Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri, İstanbul 1987, s. 1.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA DOLANDIRICILIK SUÇU

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

Dolandırıcılık suçunun tarihsel seyri incelendiğinde, yeni sayılabilecek, çağdaş bir suçtur. Gerek Türk hukuku, gerek İslam hukuku ve gerekse Avrupa hukuku geçmiş dönemlerinde, günümüz anlamında dolandırıcılık suçunun izlerine rastlamak mümkün değildir. Suçun bu dönemlerinde dolandırıcılık suçu kapsamında kalan fiiller hırsızlık veya güveni kötüye kullanma gibi klasik suçlar içerisinde değerlendirilmiş ve cezalandırılmıştır.

Dolandırıcılık suçunun kısaca, Avrupa ve Türk hukuklarında takip ettiği tarihi sürece değinilecek, sonrasında karşılaştırmalı hukuktaki görünümü incelenecektir.

I. AVRUPA HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ

Mala karşı işlenen suçlar öteden beri klasik suçluluğun bilinen suçlarının ana kısmını oluştururlar¹⁸. Malvarlığına karşı işlenen haksız eylemlerden doğan sorumluluğun hukukî ve cezaî olarak ayrımı, ileri medeniyet düzeyine ulaşmış ve buna paralel hukukî gelişim göstermiş toplumlara mahsustur. Bu seviyeye ulaşmamış toplumlarda hukukî ve cezaî sorumluluk birbirine karışmıştır. Örneğin ilkel toplumlarda herhangi bir kişinin malvarlığına verilen zarar, cezaî özellikler gösteren tek bir sonuç doğurmaktaydı. Toplumların gelişmesine paralel olarak zamanla malvarlığı aleyhine işlenen suçlar, medeni hukukta tanımlanan haksız fiillerden ayrılmış ve böylece mal varlıkları aleyhine işlenen suç tipleri meydana gelmiştir¹⁹. Hırsızlık suçu, mal aleyhine işlenen ilk suç tiplerindendir. Dolandırıcılık suçu da bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak dolandırıcılık suçu, hırsızlık suçuna nazaran çok sonraları meydana gelmiştir. Hatta dolandırıcılık suçu kökenini

¹⁸ Demirbaş: Kriminoloji, s. 234.

¹⁹ Tahir Kanık: Dolandırıcılık Cürmü, Adalet Dergisi, 1963, S. 3-4, s. 318-319;

hırsızlık ve sahtecilik suçlarından alır²⁰. Dolandırıcılık olarak tanımlanan suça, bugünkü anlamıyla Yunanlılarda, Hititlerde, Sümerlerde, Asurlarda, İran’da, Mısır’da, Roma Hukukunun temellerini oluşturan oniki levha yasalarında rastlanılmamaktadır²¹.

Roma hukukunda dolandırıcılık suçunun var olup olmadığı, bu suçun hangi kavram ile ve hangi suç içerisinde değerlendirilip kabul edildiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre dolandırıcılık benzeri eylemler Roma hukukunda *Stellionatus* adlı kavram içerisinde mütalaa edilerek cezalandırılmıştır. Bu kavram çağdaş dolandırıcılık suçunun kaynağını oluşturur. Roma hukukunda *Stellionatus* kavramından, bir kimsenin kendisine ait olmadığını bildiği bir malı satması veya ipotek etmesi anlaşıyordu. Öğretide dolandırıcılık suçunun temellerinin, Roma hukukunda yer verilen *Stellionatus* kavramına dayandığı savunulmaktadır²².

Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, Roma hukukunda hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarını kapsayan kavram “*stellionatus*” değil “*furtum*”dur²³. Bu suçlara ek olarak sahtecilik ve yalan beyanda bulunma suçlarının da *furtum* kavramı içerisinde düşünülmesi gerektiği savunulmuştur. Dolandırıcılık suçuna rengini veren ve onu diğer suçlardan ayıran hilenin, sahte oluşturulmuş belgeler ile, yalan beyanlarla ve kişilerin güvenlerini kötüye kullanılarak oluştuğunu belirten yazarlar, bu unsurları içerisinde barındıran *furtum* teriminin dolandırıcılık suçunun temellerini oluşturduğunu, bu kavram nedeniyle Roma Hukukunda dolandırıcılık suçunun gelişmesinin ve belirginleşmesinin geciktiğini savunmuşlardır²⁴.

Roma hukukunda dolandırıcılık suçunun “*stellionatus*” veya “*furtum*” kavramları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüşler birlikte

²⁰ Sulhi Dönmezer: Dolandırıcılık Cürmü, İstanbul Barosu Mecmuası, Yıl: XVII, S. 9, 1943, s. 546; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 448; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3563; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I, Nisan 2007, İstanbul, s. 435; Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2008, 6. Baskı, s. 589; Yılmaz/Ergün: s. 4.

²¹ Sami Selçuk: Dolandırıcılık, Ankara 1982, s. 35;

²² Sahir Erman: Sahtekârlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku, C.III, 5. Bası, İstanbul 1987, s. 12; Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 547; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 448; Tümerkan: s. 2; Çekirdeğini ve temelini aldatma veya hile oluşturan suçların Roma Hukukundan başlayıp Anglo Sakson ve ABD hukukuna kadar devam eden gelen tarihi sürecine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Green: s. 1095-1114.

²³ *Furtum* kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Tahiroğlu: Roma Hukukunda *Furtum*, İstanbul 1975; “*Fortum*, bir malın veya kullanımlarının yahut zilyetliğinin hileli bir şekilde ve kazanç-menfaat niyetiyle elde edilmesidir” (Tahiroğlu: s. 106).

²⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3563; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 589; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 340; Kanık: s. 318-319; Ahmet Gökçen/Murat Balcı: Dolandırıcılık Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2008, C.14, S. 1-2, s. 4.

değerlendirildiğinde, dolandırıcılığın günümüzdeki anlam ve kapsamında olmasa dahi, bu suça sebebiyet verebilecek eylemlerin bu hukuk tarafından değerlendirilip yaptırım altına alındığı, bu suçun uzun bir tarihi süreç sonrasında bu günkü şeklini aldığını söylemek mümkündür²⁵.

Anglo Sakson hukuk sisteminde, ilk başlarda, hileli davranışlarla bireylerin ve kamunun zararına işlenen eylemler arasında ayırım yapılmış; bireylere karşı işlenen ve günümüz anlamında dolandırıcılık suçu bağlamında değerlendirilebilecek eylemlerin hukuki anlaşmazlığa neden olabileceği kabul ediliyor iken, toplumun zararına olabilecek hileli davranışlar ise çeşitli suç kategorilerinde değerlendirilerek yaptırım altına alınmıştır. Bu çerçevede “bireysel dolandırıcılık” ve “toplum dolandırıcılığı” şeklinde kavramsallaştırılabilecek iki tür dolandırıcılık ortaya çıkmıştır²⁶.

Orta çağ ve yeniçağ hukukunda hilenin cezalandırılmasına pek rastlanmaz. Cermen hukukunda, dolandırıcılık suçuna bağımsız bir suç olarak rastlamak olanaklı değildir. Carolina’da dolandırıcılık veya benzeri bir suç düzenlenmemiştir²⁷. 18. yüzyılın sonlarından itibaren hile ile kişilerin yarar sağlanması cezalandırılmaya başlanmıştır. 19. yüzyılın başlarından itibaren dolandırıcılık suçu, hırsızlık ve yağmadan ayrılarak bu günkü içerik ve şeklini kazanmaya başlamıştır. Dolandırıcılığı, diğer suçlardan bağımsız ve malvarlığına yönelik bir suç olarak düzenleyen ilk kanun 1810 sayılı Fransız Ceza Kanunu’dur²⁸. Bu kanun, hukukî hileyi cezaî hileden ayırırken, dolandırıcılık suçunu da sahtecilik suçu ve kavramından ayırarak, mala karşı işlenen suçlar arasında kabul etmiştir²⁹. Günümüzde hemen hemen bütün ceza kanunları dolandırıcılık suçunu malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında kabul etmekte ve cezalandırmaktadır.

Medeniyetin gelişiminin suçların çeşitleri ve içerikleri konusunda önemli bir etkisi bulunmaktadır. İnsanlığın emekleme dönemi suçları diyebileceğimiz kan suçları, şüphesiz şimdikinden daha çok idi. Ancak medeniyet bu gibi suçların sayısını azaltmış;

²⁵ Tümerkan: s. 2; Roma hukukunda ve dolandırıcılık suçunun günümüz anlamında kullanılmaya başlanmasından önceki süreçte Anglo Sakson Hukuk sisteminde dolandırıcılık suçu bağlamında değerlendirilebilecek hileli eylemler sahtecilik veya kalpazanlık suçları bağlamında yorumlanmış ve yaptırım altına alınmıştır (Green: s. 1103-1104).

²⁶ Ellen S. Podgor: “Criminal Fraud” American University Law Review, Cilt. 48, Sayı.4 (Nisan, 1999), s. 736.

²⁷ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 340; Kanık: s. 319.

²⁸ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 46; Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 547; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 448; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 589; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 340-341.

²⁹ Erman: s. 13.

bunların yerine hileli, ince zekâ ürünü olan farklı suçların doğumuna vesile olmuştur. Bunlardan biri ve en önemlisi dolandırıcılık suçudur³⁰. Dolandırıcılık, özellikle ticaret ve sanayi hayatındaki gelişmeler paralelinde doğan ve gelişen bir suçtur³¹. Ticaret ve sanayinin gelişmediği yerlerde, hile ile işlenen suçlara pek rastlanmaz. Sadece belirli ihtimaller göz önüne alınarak bazı hükümlerin varlığı mümkündür. Örneğin ticari hayatı daha çok ziraatçılığa dayanan Cermen hukukunda, sözleşmeler ile kurulan ilişkilerde hile nedeniyle pek bir sorun yaşanmamıştır. Buna karşın günümüz Avrupa medeniyetini karakterize eden sanayi ve ticaret hayatıyla karşılaştıktan sonra, Cermen hukukunda hile ile işlenen suçların tespit edilmesi, sistemleştirilmesi ve genel hükümler konularak hilenin cezalandırılması ihtiyacı doğmuştur³².

Tarihi süreç içerisinde cinayet, yaralama, cinsel suçlar, uyuşturucu suçları, hırsızlık ve yağma eylemlerine nazaran dolandırıcılık eylemleri, gerek toplum ve gerekse yetkili otoritelerin dikkatini nispeten daha az çekmiştir. Bundan dolayıdır ki üzerinde gerektiği gibi durulup, bu suça ilişkin bireysel ve sistemsel önlemlerin alınması gecikmiştir. Suç bilimciler de bu suç üzerinde gerekli ihtimamı göstermemişler, dolandırıcılık vb. eylemlerin azınlığın haklarını ihlal ettiği düşüncesiyle üzerinde fazlaca durmamışlardır. Ancak son otuz yıl içerisinde, dolandırıcılık ile bu suç ile bağlantılı olarak gerçekleştirilen eylemlerin birey ve toplum açısından doğurduğu sakıncanın öneminin anlaşılması üzerine gerek akademik camia ve gerekse yetkili birimler harekete geçerek, bu alanda araştırmalar ve yasal düzenlemeler ile ilgili çalışmalarını yoğunlaştırmışlardır³³.

³⁰ Faruk Erem: Suçlu- İnsan Psikolojisi, AÜHFD, 1943, C., S.4, s. 517.

³¹ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 40; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 435; Süleyman Aydın/Yakup Yılmaz: Yolsuzluk ve Mali Suçlar, Ankara 2007, s. 48.

³² Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 548; Beyaz yaka suçları (white collar crimes) olarak adlandırılan ve dolandırıcılık suçunu da bu kapsamda değerlendirebileceğimiz suçların ekonomiye maliyetleri çok fazladır. Bu suçlar sebebiyle gerek devlet ve gerekse bireyler ekonomik açıdan büyük miktarda zarar görmektedirler. Bu bağlamda İngiltere Ulusal Sahtecilik/Dolandırıcılık Ofisi (National Fraud Authority) 2010 verilerine göre dolandırıcılık suçları nedeniyle İngiltere ekonomisinin uğradığı zararın 30 milyar Sterlin olduğu tahmin edilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri Yetkili Sahtecilik/Dolandırıcılık Uzmanları Derneği'nin 2007 yılı verilerine göre, sadece çalışanlar/memurlar tarafından işlenen dolandırıcılık suçları nedeniyle ABD ekonomisinin kaybının 650 milyar Dolar civarında olduğu düşünülmektedir (Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.2; 1986 yılında bu miktar 50 milyar dolar olarak hesaplanmıştır. (Ben Depoorter/Jef De Mot: "Whistle Blowing", George Mason University School of Law, Working Paper Series, Yıl: 2004, Sayı: 13,, (<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=gmulwps>, (E.T. 06.07.2014), s.4). Dolandırıcılık suçlarının Avusturya ekonomisine olan zararı ise 2007 verilerine göre 3.16 milyar Dolar civarındadır (Consumer Fraud in Australasia: Results of the Australasian Consumer Fraud Taskforce online Australia surveys 2008 and 2009, Australian Institute of Criminology, s.2(<http://www.aic.gov.au/documents/C/4/8/%7bc48D3EB8-86DC-41E2-90D9-0EDF3D3D107D%7dtbp043.pdf>, E.T. 20.06.2014).

³³ Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.3

II. TÜRK HUKUKU

A. Eski Türk Devletlerinde ve Osmanlı Devleti Döneminde Suçun Düzenleniş Şekli

İslam hukukundan önce Türklerde, hırsızlık eylemlerine karşı ağır cezalar verildiği bilinmekle birlikte, dolandırıcılık suçunun varlığı konusunda herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Türk topluluklarla yakın ilişki ve iletişim içerisinde bulunan Moğollar tarafından çıkartılan yasalarda ve Cengiz kanunlarında, hırsızlık ve benzeri suçlara ilişkin düzenlemelere geniş şekilde yer verilmiştir. Dolandırıcılığın günümüzde sahip olduğu kapsam içerisinde değerlendirilebilecek kimi eylemler, eski Türk devletlerinde hırsızlık veya başka suçlar adı altında yaptırıma tabi tutulmuştur³⁴.

İslam hukukunun asıl kaynakları, Kitap, sünnet, icma ve kıyastan oluşmaktadır³⁵. Bu hukukta suç ve cezalar dayanaklarını bu kaynaklarda bulmak zorundadırlar. İslam hukukunu oluşturan kaynaklar incelendiğinde, günümüz anlamında bir dolandırıcılık suçunun düzenlenmediği veya öngörülmediği anlaşılabilecektir³⁶. Zira söz konusu suç bu hukuk sistematğinde de, Avrupa Hukuk kaynaklarının başlangıcında olduğu gibi, hırsızlık suçu kapsamında düşünülüp cezalandırılmıştır³⁷.

İslam hukuk kaynakları ve bu hukukun uygulamaları incelendiğinde, dolandırıcılığa benzer suçların hırsızlık suçu kapsamında veya yalan ve hile olarak değerlendirilip cezalandırıldığı görülecektir. İslam hukukunda hırsızlık; gizli (sirkat-i sūgra) veya zorla (sirkat-ı kübra, kat'ül tarîk) bir kişinin malını almak olarak tanımlanmış ve Kuran'da had cezasıyla yaptırım altına alınmıştır. Bu tanımdan da anlaşılabileceği üzere, hırsızlık suçu kapsamına yağma suçu girmesine karşın, dolandırıcılık suçunun girmediği açıktır³⁸.

³⁴ Halil Cin/Ahmet Akgündüz: Türk-İslâm Hukuk Tarihi, 1.Cilt, İstanbul 1990, s. 80; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 43.

³⁵ İslam hukukunun asıl ve tali kaynakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Akif Aydın: Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2007, s. 33-45; Cin/Akgündüz: s. 147-170.

³⁶ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 548; Tümerkan: s. 3-4;

³⁷ Mustafa Avcı: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004, s. 236; Dolandırıcılık suçu, İbn Kayyim'a göre hırsızlık suçu olarak değerlendirilip cezalandırılmalıdır. Zira Hz. Ali, hür iki arkadaştan biri, diğerini köle diye satmış, alıcıdan parayı alıp başka bir şehre birlikte kaçmış olan iki arkadaşın ellerini kestirmiştir (Avcı: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, s. 236).

³⁸ Avcı: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, s. 232 vd.; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 42.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde yürürlükte bulunan hukuk incelendiğinde, bu hukukun, İslam hukukunu oluşturan kaynaklar ve örfî hukuk denilen Osmanlı İmparatorluğu'nun kendi uygulamaları ile oluştuğu görülecektir. Ancak bu hukuka asıl rengini veren örfî hukuk değil İslam hukukudur. Osmanlı İmparatorluk dönemindeki uygulamalar da bu yüzden, İslam Hukuku ile paralellik arz etmektedir. Kanuni Sultan Süleyman ve Fatih Sultan Mehmet dönemlerinde çıkartılan kanunnameler incelendiğinde dolandırıcılık suçu veya bu suça benzer suçların düzenlenmemiş olduğu görülecektir. Bu düzenlemeler incelendiğinde dolandırıcılık olarak değerlendirilebilecek bir kısım eylemlerin hırsızlık suçu olarak kabul edilip yaptırıma bağlandığı³⁹ veya hilenin bazı hallerinin özel olarak cezalandırılması yoluna gidildiği anlaşılmaktadır⁴⁰.

Osmanlı İmparatorluğunun kuruluş ve yükselme dönemlerinde dolandırıcılık suçunun izine rastlanılmasa da, 1800'lü yıllarda, Batılı Devletlerin zorlamaları ve yönlendirmeleri ile, Batılı hukuk kaynakları esas alınarak bir kısım düzenlemelere gidilmiştir. Bu gelişmeler kapsamında Tanzimat'tan sonra 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun çevrisi yapılarak 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunnamesi düzenlenmiştir⁴¹. Bu Kanun'un 231-233. maddelerinde günümüz anlamında iflas ve dolandırıcılık suçları düzenlenip hükme bağlanmıştır. Bu maddelerde dolandırıcılık suçu “*türlü hile ve desais imaliyle bir adamın akça veya emlâk veya tahvilât ve senedatını ve sair eşyasını bertakrip elinden alma*” olarak (m.233)⁴², Fransız yasasından farklı bir şekilde tanımlanmıştır⁴³. Yasal bir

³⁹ “Mezkur, Müslümanları dolandırıp akçesin ve altınların aldığı müseccel oldukta küreğe buyruldu” (Avcı: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, s. 236, dpn.1248'den naklen).

⁴⁰ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 43; Tümerkan: s. 4; Avcı: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, s. 236-237; Osmanlı ceza hukuk sistemi ve bu hukukta yer alan suçlar ve cezalar için bkz: Mustafa Avcı: Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Konya 2008.

⁴¹ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 548.

⁴² Selçuk: Dolandırıcılık, s. 50; 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunnamesi'nin 233. maddesi şu şekildedir: “Dolandırıcılık yolunda türlü hile ve desais i'maliyle bir adamın akçe veya emlâk veya tahvilat ve senedatını ve sair eşyasını bertakrip ile elinden alan şahıs, üç aydan üç seneye kadar hapsedilir ve kendisinden bir mecdiye altınundan elli mecdiye altınına kadar ceza-yı nakdî dahi alınır. Ve memirîn-i devletten ise bu cezalardan başka memuriyetden tard cezasına dahi müstehak olur” (Tümerkan: s. 4).

⁴³ Abdülhak Midhat dolandırıcılık suçunu açıklarken şu hususları belirtmiştir: “... Dolandırıcılığa gelince; dolandırıcılık enva'hile ve desais irtikâp ederek bir kimsenin yedinden akçe, emlâk ve senedat ve tahvilatını ahz eylemek fiiline denilir. Hile ve desais bazen âlem-i ticaretten mal-ı mergubu râğbete şâyan göstermek yolunda mehdi veya kanaat husuûlu yolunda, çok iyi bir maldır, emsâli başka yerde yoktur gibi hile mutazammın olduğu surette buna dolandırıcılık diyemeyiz; dolandırıcılık bir adamın safvetinden istifade, ve zımnen rızasını tahsil mânâsını mutazammın olmayarak ika; olunacak hile ve desaise itlâk olunur. Meselâ sırcayı kuyumcunun biri güzelce ve bir elmas gibi traş ederek âhire bey'eylese hile ve desise ile dolandırıcılık etmiş olur. Dolandırıcılık hile ve desise mânâsını mutazammın olmak için behemehal netice-i hilede zarar vâki olmuş olmalıdır. Eğer hile ve desise yapılır da aleyhinde icra-yı tedabir olunan şahıs müessir olmaz ise zarar hâsıl olmamış olacağından dolandırıcılık cezasına dahil mahal kalmaz...” (Tümerkan: s. 4-5).

metin olarak Türk hukukuna dolandırıcılık suçu ilk kez 1858 tarihli Ceza Kanunnamesiyle girmiş ve bundan sonra evrilerek günün şartlarına uygun şekilde gelişimini sürdürmüştür.

Dolandırıcılık suçu, 1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda çağdaş anlamına kavuşmuştur. Söz konusu Yasa'nın dolandırıcılık suçlarını düzenleyen 503 ve 504 maddelerinde, zaman zaman, duyulan ihtiyaç nedeniyle değişiklikler yapılmıştır. Bu suç en son ve güncel tanım ve kapsamını 5237 sayılı Yasa'nın 157 ilâ 159 maddelerinde bulmuştur.

B. Cumhuriyet Dönemindeki Düzenleniş Şekli

Cumhuriyetin ilanından kısa bir süre sonra 1926 yılında, dönemin en yeni ve çağdaş ceza kanunu kabul edilen İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu kabul edilip yürürlüğe konulmuştur. Dolandırıcılık suçu bu Yasa'nın 503 maddesinde düzenlenmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 1926 ile 2005 yılları arasında uzunca bir süre yürürlükte kalmıştır. Bu süre zarfında dolandırıcılık suçunun tanımı, unsurları ve kapsamı konusunda karşılaştırmalı hukuktaki yasal değişiklikler ile öğreti ve uygulamada oluşan yorumlara paralel olarak, Türk uygulama ve doktrininde de farklılıklar meydana gelmiştir. Meydana gelen bu farklılığın temel sebebi ise ekonomik hayatta meydana gelen değişimler ile sanayinin ve teknolojinin gelişmesi, bunların toplumları ve bireyleri etkilemesidir.

765 sayılı TCK'nın 503 maddesinde tanımlanan suçun mağdurunun ve failinin kimler olabileceği, mağdurun zararının ve failin yararının (menfaatinin) sınırlarının ne olduğu konularında uzun ve kapsamlı, suçun anlamlandırılmasına yardımcı olabilecek, ekonomik ve sosyal gelişimlere paralel tartışmalar yapılmıştır. Bu tartışmalar özellikle “hile” ve “desise”⁴⁴ kavramları üzerinde yoğunlaşmıştır. Bununla birlikte “hile” nin özel hukukta, özellikle Borçlar Hukukundaki anlamının, ceza hukukundaki anlamından farklı olup olmadığı konusunda tartışmalar yapılmış; farklı olduğunu kabul eden yazarlar tarafından her iki hilenin sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği hususunda farklı fikirler ileri sürülmüştür. Yapılan bu tartışmalar uygulamayı da etkilemiştir. Söz konusu madde, doktrinindeki tartışmalar, uygulamada yaşanan sorunlar ve çağın gelişen şartları göz önüne alınarak 21.11.1990 tarih 3679 sayılı Yasa'nın 25 maddesi ile değiştirilerek en son şeklini

⁴⁴ 1990 değişikliğinden önce desise kelimesi yerine sania terimi kullanılmaktaydı. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 448-449.

almıştır. Maddenin son halinde dolandırıcılık suçu “*bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlama*” olarak tanımlanmıştır.

1 Haziran 2005 tarihinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamadan kaldırılmış yerine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ⁴⁵ yürürlüğe girmiştir. Dolandırıcılık suçu bu Kanun’un 157 maddesinde “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağla*”ma şeklinde tanımlanmıştır.

C. 765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarında Düzenlenen Dolandırıcılık Suçlarının Karşılaştırılması

765 sayılı TCK’nın 503 ve 504. maddelerinde düzenlenen dolandırıcılık suçu, 5237 sayılı TCK’nın 157, 158 ve 159. maddelerinde düzenlenmiştir. Her iki düzenlemenin benzer yönleri bulunmakla birlikte, aralarında bazı farklılıklar da yer almaktadır. İnceleme planımız doğrultusunda yeri geldiğinde her iki Ceza Kanunundaki dolandırıcılık suçunun düzenleniş şekli, eski ve yeni düzenlemelerin benzer ve farklı yönlerinin nelerden ibaret olduğu, getirilen veya getirilmesi düşünülen yeniliklerin kapsamı hususlarında değerlendirmelerde bulunulacaktır. Çalışmamızın başında, her iki ceza kanununda yer verilen dolandırıcılık suçunun benzer ve farklı yönlerinin toplu halde gösterilmesinin, daha sonradan yapılacak açıklamaların anlaşılmasında faydalı olacağını düşünüyoruz.

765 sayılı TCK’nın 503. maddesinde dolandırıcılık suçunun maddi unsurunun hareket alt ögesi bir kimseyi kandırabilecek nitelikte hile ve desise yapmak olarak belirtilmesine karşın, 5237 sayılı TCK’nın 157. maddesinde bu unsur sadece hileli davranış⁴⁶ olarak gösterilmiştir.

Diğer yandan, 765 sayılı TCK düzenlemesine göre, dolandırıcılık suçunun maddi unsurunun netice alt ögesini failin veya üçüncü bir kişinin lehine “haksız bir yarar” sağlanması oluşturmaktadır. Buna karşın bu unsur 5237 sayılı TCK’da farklı şekilde düzenlenmiş ve neticenin gerçekleşmesi için fail veya üçüncü kişinin sadece “yarar

⁴⁵ Bundan sonra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yerine TCK kısaltması kullanılacaktır.

⁴⁶ 5237 sayılı TCK’nın 157 maddesinde “hile” ve “desise” kavramları yerine “hileli davranış” kavramına yer verilmiş olmasının, suçun unsurlarında veya unsurların yorumunda bir değişikliğe sebebiyet verip vermediği konusu ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır (Aşağıda bkz. aşağıda İkinci Bölüm, V, B, 1, a ve b). Bu nedenlerle çalışma planımızın bu yerinde, bu konudaki tartışmalara yer vermeyi uygun bulmuyoruz.

sağlama”sı yeterli görülmüştür. Kanun koyucu yeni düzenlemede yarar ile ilgili herhangi bir nitelendirmede bulunmamıştır⁴⁷.

765 sayılı TCK’nın 503. maddesinin 2. fıkrasında “*mağdurda esasen var olan hatadan, hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanarak*”⁴⁸ dolandırıcılık suçunun işlenebileceği öngörülmüşken, benzer bir düzenlemeye 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer verilmemiştir.

765 sayılı Yasa’dan farklı olarak 5237 sayılı Yasa’da dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri genişletilmiş, daha önceden yer verilmeyen nitelikli hallere yer verilmiştir. Bununla birlikte 765 sayılı TCK da nitelikli hal olarak öngörülen bir kısım düzenlemelere ise yeni TCK’da yer verilmemiştir. Bu kapsamda 765 sayılı TCK’nın 504/4 maddesinde düzenlenen “yurt dışında iş bulmak, ikamet izni veya vize almak bahanesiyle” ve 504/6 maddesinde düzenlenen “bir kimseyi askerlikten tamamen veya kısmen kurtarmak bahanesiyle” dolandırıcılık suçlarının işlenmesi 765 sayılı TCK’da dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri olarak sayılmışken, bu ağırlaştırıcı nedenlere 5237 sayılı TCK’nın 158. maddesinde yer verilmemiştir. 5237 sayılı TCK’da dolandırıcılık suçunun nitelikli hali olarak gösterilen kişilerin dinî inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle (TCK 158/1-a) veya kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle (TCK m.158/1-c) işlenmesi halleri ise 765 sayılı TCK’da düzenlenmemiştir.

765 sayılı TCK’nın 278. maddesinde ayrı bir suç olarak düzenlenen ve doktrinde “*nüfuz ticareti*” olarak adlandırılan suç, 5237 sayılı TCK’da ayrı bir suç olarak düzenlenmeyip, dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri arasında gösterilmiştir (TCK m.158/2).

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DOLANDIRICILIK SUÇUNUN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

Mevzuatımızda düzenlenen dolandırıcılık suçunun daha iyi anlamlandırılabilmesi açısından, karşılaştırmalı hukukta bu suça ilişkin yapılan yasal düzenlemeler yol gösterici olacaktır. Söz konusu yasal düzenlemeler incelenirken,

⁴⁷ 5237 sayılı TCK’nın 157 maddesinde fail veya üçüncü kişinin sağladığı yararı haksızlık niteliğinin kanun koyucu tarafından belirtilmemiş olmasının neden ve sonuçları hakkındaki açıklamalar için aşağıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 2, d.

⁴⁸ Bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının anlam ve sonuçlarının ne olduğu, yapılacak yorumlara etkisi çalışmamızın ileriki bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

konumuzun sınırlarını aşmamak açısından bazı Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin yasal düzenlemelerine ve ABD uygulamasına yer verilecektir. Ancak dolandırıcılık suçuna ilişkin özel bir düzenleme yapılmış olması, suçun ve unsurlarının hukukumuz ve kara Avrupa'sı hukuk sistemlerinden farklı bir şekilde ele alınması ve düzenleniş tarihi itibarıyla yeni olması nedeniyle İngiltere Dolandırıcılık Kanunu 2006 ayrı bir başlık altında kısmen daha ayrıntılı inceleme konusu yapılacaktır.

A. Avusturya, İsviçre, Fransa ve Almanya Ceza Kanunlarında Dolandırıcılık Suçu⁴⁹.

Avusturya Ceza Kanunu'nun 146. maddesinde dolandırıcılık suçu “aldatılan kişi davranışı ile kendisine veya bir başkasına haksız yarar sağlamak kastıyla olaylar hakkında aldatmak suretiyle bir kişiyi, kendisinin veya bir başkasının malvarlığına zarar veren bir şeyi yapmaya, bir şeye katlanmaya veya yapmamaya sevk eden kişi altı aya kadar hapis cezası veya 360 gün karşılığı para cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 148/1. maddesine göre dolandırıcılık suçu “herkim, kendisine veya bir başkasına haksız yarar sağlamak amacıyla olayları yanlış göstermek veya gizlemek suretiyle birisini hileli olarak hataya düşürür veya onun içinde bulunduğu hatayı hileli olarak kuvvetlendirir ve böylece aldatılanı, kendisinin veya bir başkasının malvarlığında zarar doğuran bir davranışa sevk ederse, beş yıla kadar hapis veya ağır hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Fransız Ceza Kanunu'nun 313/1. maddesinde dolandırıcılık suçu “sahte bir isim veya nitelik kullanmak suretiyle ya da gerçek bir ismi kötüye kullanarak veya sanialara başvurarak bir gerçek veya tüzel kişiyi onun veya bir başkasının zararına bir parayı, değer veya herhangi bir şeyi vermeye veya bir hizmeti yapmaya veya yükümlülük doğuran bir işlemi yapmaya rıza göstermeye veya borçtan ibraya ikna etmek” olarak tanımlanmış ve beş yıla kadar hapis ve 375.000 Euro para cezası ile müeyyide altına alınmıştır⁵⁰.

⁴⁹ Karşılaştırmalı hukukta yer alan yasal tanımlamalar Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 589, dipnot.389'dan alınmıştır. Yasal tanımlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Tümerkan: s. 6-14.

⁵⁰ Fransız hukukunda dolandırıcılık suçu hakkında bkz. N.İ Franko: Dolandırıcılık (Türk-Fransız-Alman-İsviçre Kanunlarında), İzmir BD, 1954, S. 46-1, s. bila no; Jacoby: s. 668-675.

Alman Ceza Kanunu'nun 263/1. maddesinde dolandırıcılık suçu “kendisine veya bir başkasına malvarlığına ilişkin haksız bir menfaat elde etmek amacıyla gerçek dışı olayları gerçekmiş gibi göstermek veya gerçek olayları saklamak veya çarpıtmak suretiyle bir hata meydana getirerek veya böyle bir hatadan yararlanarak bir başkasının malvarlığına zarar veren kişi beş yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir⁵¹.

B. Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Dolandırıcılık Suçu

Türkiye ve bir çok Avrupa ülke ceza kanunlarında genel bir dolandırıcılık suçuna yer verilmekte; buna ek olarak ihtiyaç duyulan durumlar gözönüne alınarak hileli davranışların özel olarak cezalandırıldığı düzenlemelere yer verilmektedir. Özel dolandırıcılık diyebileceğimiz bu hallere girmeyen eylemler, genel dolandırıcılık suçu bağlamında değerlendirilerek yaptırım altına alınmaktadır. Amerika Birleşik Devletlerinde (ABD) ise, federal ve federe devletler düzeyinde, genel bir dolandırıcılık suçuna yer verilmemiş; dolandırıcılık, hileli yollar/yöntemler kullanılarak işlenen tüm cezai alanları belirtmek için genel bir kavram olarak kullanılmıştır⁵².

ABD hukukunda, Anglo Sakson hukuk geleneği doğrultusunda ceza hukuku, mahkeme içtihatları paralelinde gelişmiş ve şekillenmiştir. Olaysal olarak yapılan değerlendirmeler ve verilen kararlar, benzeri olaylar için örnek kabul edilip, uygulama da bu kararlar doğrultusunda devam ettirilmiştir. Dolandırıcılık suçu açısından da, mahkeme kararına konu olan dolandırıcılık yöntemi, bu yöntem ile işlenen eylemleri adlandırmak ve belirtmek için, dolandırıcılık suçu türü olarak kabul edilmiştir. Örneğin banka aracılığıyla veya bankaya karşı işlenen dolandırıcılık suçları “banka dolandırıcılığı”, posta hizmetlerine veya bunlar aracılığıyla işlenen dolandırıcılıklar “posta dolandırıcılığı”, telefon hatları ve bu hatlar üzerinden verilen hizmetler vasıtasıyla işlenen dolandırıcılıklara ise “telefon dolandırıcılığı” gibi isimler verilmiştir.

Mahkeme içtihatları ile şekillenen ceza mevzuatı daha sonra yazılı hale getirilerek federal düzeyde geçerli olan ABD Federal Kanunu düzenlenmiştir⁵³. Daha

⁵¹ Alman hukukunda dolandırıcılık suçu hakkında bkz. Jacoby: s. 676-683.

⁵² Ellen S. Podgor: “Criminal Fraud” American University Law Review, Cilt. 48, Sayı.4, Nisan, 1999, s. 730.

⁵³ Amerika Birleşik Devletlerinde federal düzeyde gerçekleştirilen kanunlaştırma faaliyetlerinin tarihi seyri ve ABD Federal Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Code, E.T. 08.07.2014).

öncesinde içtihatlarla konu olan suç tipleri, mahkeme içtihatlarında belirtilen isimler ve unsurlar paralelinde yazılı hale dönüştürülmüştür. Dolandırıcılık suçu çeşitleri de bu doğrultuda Kanundaki yerlerini almıştır.

ABD Federal Kanunu'nun "Ceza ve Ceza Usulü"nü düzenleyen 18. Kitabı içerisinde çeşitli dolandırıcılık suçlarına yer verilmiştir. Söz konusu Kitabın 1030. maddesinde bilgisayar dolandırıcılığı (computer fraud), 1341. maddesinde posta dolandırıcılığı (mail fraud), 1343. maddesinde telefon, radyo ve televizyon dolandırıcılığı (fraud by wire, radio, or television), 1344. maddesinde banka dolandırıcılığı (bank fraud), 1347. maddesinde sağlık hizmeti dolandırıcılığı (health care fraud), 1348. maddesinde ticari mal dolandırıcılığı (commodities fraud) ve 1350. maddesinde komplo dolandırıcılığı (conspiracy to defraud) suçları ve bunların unsurları ile ayrı ayrı cezai yaptırımları düzenlenmiştir⁵⁴. Bu dolandırıcılık çeşitliliğine ek olarak kamu kurumlarına karşı dolandırıcılık, kimlik dolandırıcılığı, sigorta dolandırıcılığı, sosyal yardım dolandırıcılığı, kredi kartı dolandırıcılığı veya yatırım dolandırıcılığı gibi isimler altında yasal mevzuat ve uygulamada başkaca dolandırıcılık türleri de ele alınmaktadır. Söz konusu kavram/suç; çıkartılan yasalar, yürütme organının eylem ve düzenlemeleri ve mahkeme yorumları ile yaratılan içtihadî hukuk çerçevesinde farklı anlamlara ve geniş bir çerçeveye sahiptir⁵⁵.

ABD kanunları içerisinde dolandırıcılık kavramını, farklı şekillerde ve değişik amaçları gerçekleştirmek için kullanılırken de görmek mümkündür. Failin suç işleme niyetindeki "dolandırıcılık" seviyesi, savcılık tarafından aleyhine cezai bir soruşturma başlatılıp başlatılmaması noktasında bir veridir⁵⁶. Yine dolandırıcılık kavramı failin suç kastını tanımlamak için de kullanılabilir⁵⁷. Bunlara ek olarak bazı maddelerde

⁵⁴ ABD Federal Kanunu'nun belirtilen maddeleri için bkz. <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-63>, (E.T. 05.07.2014).

⁵⁵ Podgor: s.730-740; Zingale: 799; ABD istihbarat teşkilatı FBI (Federal Bureau of Investigation) tarafından vatandaşlara yönelik hazırlanan bilgi notu: "Common Fraud Schemes" (<http://www.fbi.gov/scams-safety/fraud>, E.T. 05.07.2014); ABD Federal Kanunu içerisinde, bünyesinde hileli/aldatıcı/yanlış/yanıltıcı davranışlar içeren dolandırıcılık ve benzeri yaklaşık 325 ceza maddesi bulunmaktadır. Bu suçlara yönelik olarak 3000 Dolar ilâ 1.000 Dolar arası para cezası veya 10-20 yıl arası hapis cezaları öngörülmektedir (Jeffrey Standen: "An Economic Perspective On Federal Criminal Law Reform", Buffalo Criminal Law Review, Cilt: 2, Sayı: 1, Nisan 1998, University of California Press, (<http://www.jstor.org/stable/10.1525/nclr.1998.2.1.249>, E.T. 06.07.2014), s. 289-290).

⁵⁶ Bkz. ABD Federal Kanunu'nun "Ceza ve Ceza Usulü" başlıklı 18 Nolu Kitabının, "Posta Dolandırıcılığı ve Diğer Dolandırıcılık Suçları-Mail Fraud and Other Fraud Offenses" isimli 63. Bölümünün 1343. maddesi (<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-63>, E.T. 05.07.2014).

⁵⁷ Bkz. ABD Kanunu'nun "Ceza ve Ceza Usulü" başlıklı 18 Nolu Kitabının, "Posta Dolandırıcılığı ve Diğer Dolandırıcılık Suçları-Mail Fraud and Other Fraud Offenses" isimli 63. Bölümünün 331 ve 917. maddeleri (<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-63>, E.T. 05.07.2014).

“dolandırmak” veya “dolandırmak amacı” ibareleri ile “dolandırmak için hile ve desise yapma” terimlerine yer verilmektedir⁵⁸.

ABD sisteminde dolandırıcılık kavramının anlam ve kapsamını daha karmaşık hale getiren başkaca uygulamalar vardır. Yasal düzenleme içerisinde kavram, “dolandırıcılık”, “hileli/aldatıcı davranışlar”, “hileli şekilde” ve “dolandırmak” ibareleri çerçevesinde tanımlanmaya çalışılmakla birlikte, suç istatistiklerine ilişkin yapılan resmi yayınlar incelendiğinde, dolandırıcılık başlığı altında, yasal düzenlemede dolandırıcılık olarak sayılmayan suçlara da yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda istatistiki raporlarda, ABD Federal Kanunu’nun 18 Nolu Kitabı içerisinde sayılmamasına rağmen yalan beyanda bulunmak, yalan tanıklık etmek ve vergi kaçakçılığı/dolandırıcılığı gibi suçlar da dolandırıcılık başlığı altında kategorize edilmektedir⁵⁹.

Genel bir dolandırıcılık suçu normunun olmaması, buna karşın dolandırıcılık bağlamında kalan eylemlerin ayrı ayrı değerlendirilerek tanımlarının yapılması ve müeyyidelerinin gösterilmesi sistemi ABD hukukunda tartışmalıdır. Mevcut düzenlemeden farklı olarak genel bir dolandırıcılık suçu düzenlenmemiş olmasının savcılık makamının keyfi davranışlarına ve uygulamalarına neden olduğu, sanıkların ve toplumun dolandırıcılık olgusuna karşı farkındalıklarını azalttığı ve bunları suça karşı savunmasız hale getirdiği ve yine hileli davranışlardan hangilerinin hukuki uyuşmazlığa neden olacağı, hangilerinin ise cezai yaptırıma tabi tutulacağı konusunda belirsizlik oluşturduğu ileri sürülmektedir. Buna ek olarak zaten belirsiz ve muğlak bir mahiyete sahip olan dolandırıcılığın, kapsamının ve tanımının yasa koyucu tarafından yapılmamış olmasının, bu terimin müphemliğini daha da arttırdığı belirtilmektedir⁶⁰. Bu sakıncaları gidermek için üç yöntem ortaya konulmuştur: dolandırıcılık suçunun unsurlarını/sayılarını azaltmak,

⁵⁸ Bkz. ABD Kanunu’nun “Ceza ve Ceza Usulü” başlıklı 18 Nolu Kitabının, “Posta Dolandırıcılığı ve Diğer Dolandırıcılık Suçları-Mail Fraud and Other Fraud Offenses” isimli 63. Bölümünün 157, 666, 1013 ve 1346. maddeleri (<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-63>, E.T. 05.07.2014); ABD Federal Kanunu’nun 18 Nolu Kitabı içerisinde “dolandırıcılık”, “hileli/aldatıcı”, “hileli şekilde” ve “dolandırmak” ibareleri toplam 92 kez geçmektedir (Padgor: s. 740).

⁵⁹ Padgor: s. 742.

⁶⁰ Padgor: s. 734-735; Dolandırıcılık suçunun tanımındaki ve unsurlarındaki muallaklık ve yoruma açıklık nedeniyle, dolandırıcılıkla ilgili yeni teoriler icat etmenin ve farklı uygulamalar oluşturmanın, savcılık makamının hayal dünyası ile sınırlı olduğu ve bu konuda herhangi bir limit bulunmadığı söylenmiştir. Savcılık makamının “dolandırıcılık” kavramını kullanmadaki serbestiyesi ve buna yönelik eğilimini belirtmek açısından, dolandırıcılık suçunun savcılığın “gerçek aşkı” benzetmesi yapılmıştır (Stephen F. Smith: “Overcoming Overcriminalization”, Journal of Criminal Law and Criminology, Sayı: 102, Sayı: 3, Symposium on Overcriminalization, Yaz 2012, (http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1641&context=law_faculty_scholarship, E.T. 07.07.2014), s.548-549, 555).

suçun tam ve sınırları belirli bir tanımını yapmak veya son olarak suça ilişkin olarak parasal bir alt sınır tayin etmek⁶¹.

C. İngiltere Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu

İngiliz hukuk sisteminde, 2006 yılında yasalaştırılan Dolandırıcılık Kanunu'na kadar, dolandırıcılık suçunu düzenleyen genel bir düzenleme yoktu⁶². Dolandırıcılık eylemleri sosyal güvenlik, hırsızlık veya vergi düzenlemeleri gibi farklı mevzuatlarda yer alan hükümler çerçevesinde değerlendiriliyordu. Bundan dolayı İngiliz hukuk teori ve uygulamasında değişik dolandırıcılık tanımları yapılmaktaydı⁶³. Dolandırıcılık suçunun mahiyetinin karmaşıklığı ve ispatındaki güçlükler, bu yorum ve uygulama farklılıkları da eklendiğinde, kişilerin parası ve malvarlığı unsurları açısından önemli bir tehdit olan dolandırıcılık eylemlerinin yaptırımsız kalma ihtimali arttığından, dolandırıcılık eylemlerini tanımlayan ve yaptırım altına alan yeni bir kanun yapma fikri doğup olgunlaşmıştır. Bu fikri altyapı doğrultusunda İngiltere'de 2006 yılında Dolandırıcılık Kanunu hazırlanmış ve 15 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunda dolandırıcılık suçun geniş bir tanımı yapılmış, suçun unsurları ile oluşma şartları kolaylaştırılmış ve cezai yaptırımı arttırılmıştır⁶⁴. Yeni Dolandırıcılık Kanunu'nun bu özellikleri nedeniyle uygulayıcılara geniş bir taktir alanı bıraktığı ve gelişen teknolojik gelişmeler doğrultusunda suçun zamana uygun yorumunun daha rahat yapılabilceği ileri sürülmüştür⁶⁵.

Dolandırıcılık Kanunu'nun 2, 3 ve 4. maddelerinde genel olarak dolandırıcılık kapsamında kalan eylemlerin tanım ve unsurlarına yer verilmiştir. Bununla birlikte dolandırıcılık olarak nitelendirilebilecek bazı eylemler sosyal güvenlik, vergi, ticari bilgi güvenliği, parada sahtecilik, hırsızlık ve muhasebeye ilişkin düzenlenen mevzuatlarda

⁶¹ İleri sürülen bu yöntemler ile ilgili ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. Podgor: s. 760-767.

⁶² İngiltere Parlamentosu Kanun Komisyonu tarafından "dolandırıcılık" konusunda hazırlanan rapor: The Law Commission (Law Com No 276), July 2002 (http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc276_Fraud.pdf, E.T. 07.07.2014), s.5.

⁶³ Victor Tadros: "Crimes and Security", The Modern Law Review, Cilt. 71, .Sayı. 6, 2008, s.952; Roger Laville: "New fraud offences in the Fraud Act 2006", http://www.addleshawgoddard.com/view.asp?content_id=2448&parent_id=2439 (E.T. 24.6.2014);

⁶⁴ Tadros: s.952;

⁶⁵ Laville: http://www.addleshawgoddard.com/view.asp?content_id=2448&parent_id=2439 (E.T. 24.6.2014).

yaptırım altına alındığından, bu tür eylemler Dolandırıcılık Kanunu kapsamında değerlendirilemeyecektir⁶⁶.

1. Dolandırıcılık Suçunun Tanımı

İngiltere Dolandırıcılık Kanunu'nun "*Dolandırıcılık*" başlıklı 1. maddesinde söz konusu suç şu şekilde düzenlenmiştir;

"(1) 2. fıkrada belirtilen ve dolandırıcılık suçunun farklı işleniş şekillerini düzenleyen eylemlerden herhangi birisini gerçekleştiren kişi dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulur.

(2) Dolandırıcılık sayılan eylemler şunlardır:

(a) 2. madde (gerçeğe aykırı (yanlış/yalan) beyanda bulunmak suretiyle dolandırıcılık),

(b) 3. madde (yasal olarak açıklanması gereken bilgilerin verilmemesi suretiyle dolandırıcılık) ve

(c) 4. madde (konumunu/görevini kötüye kullanmak suretiyle dolandırıcılık).

(3) Dolandırıcılıktan sorumlu olan kişi hakkında;

⁶⁶ Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.13-14, 17). İngiliz Dolandırıcılık Kanunu, dolandırıcılığa sebebiyet verebilecek eylemlerin çerçevesinin belirlenmiş olması, bu bağlamda soruşturma ve kovuşturma birimlerine faillerin eylemlerini nitelendirme konusunda geniş bir taktir hakkı ve olanağı vermesi nedeniyle olumlu karşılanmasına karşın (Ben Summers: "The Fraud Act 2006: Has it Had Any Impact?" (http://sas-space.sas.ac.uk/1783/1/Amicus75_summers.pdf, E.T. 20.06.2014); Jonathan Lennon/Aziz Rahman: "Fraud Under The Fraud Act 2006", Insidetime Newspaper, Kasım 2012, http://www.insidetime.org/articleview.asp?a=1346&c=the_fraud_act_2006, E.T. 28.6.2014), s.1; dolandırıcılık eylemleri tanımlarının çok geniş yapılması, bu nedenle kişilerin eylemlerinin sonuçlarından ziyade niyetlerinden dolayı cezalandırma olanağı vermesi, tek başına basit bir yalanın dahi cezalandırılmasına yol açması, soruşturma makamlarının sahip olduğu taktir hakkının genişliğinin faillerin aleyhine sonuçlar doğuracağı, haksız uygulamalara neden olabileceği ve daha önceden sözleşme hukuku çerçevesinde değerlendirilebilecek bir çok ticari faaliyetin dolandırıcılık suçu bağlamında yorumlanabileceği gibi endişeler dile getirilerek eleştirilmiştir (Withey: s. 236-237; David Ormerod: "The Fraud Act 2006 - Criminalising Lying?", Criminal Law Review, 2007, s.193-219; Tadros: s. 953, 961, 964; Laville: http://www.addleshawgoddard.com/view.asp?content_id=2448&parent_id=2439 (E.T. 24.6.2014)); İngiliz Dolandırıcılık Kanunu'nun eleştiriye konu olan bu yönleri itibarıyla, bu yasa çerçevesinde yapılacak uygulamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7.maddesi ile koruma altına alınan cezaların yasal olması ilkesini ihlal edebileceği ileri sürülmüştür (Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.18).

(a) Jürisiz yargılamalar sonucunda, 12 ayı aşmayacak şekilde hapis cezası veya kanuni üst sınırı geçmeyecek şekilde para cezası (veya her ikisi),

(b) Jüri yargılamalar sonucunda, 10 yılı aşmayacak şekilde hapis cezası veya para cezası (veya her ikisi),

Verilir.”⁶⁷

2. Dolandırıcılık Suçunun İşleniş Şekilleri

İngiltere Dolandırıcılık Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrasında hangi tür eylemlerin dolandırıcılık suçu bağlamında değerlendirileceği belirtilmiştir. Söz konusu fıkra göre dolandırıcılık suçu; Kanun’un 2. maddesinde tanımlanan gerçeğe aykırı (yanlış/yalan) beyanda bulunmak suretiyle, Kanun’un 3. maddesinde unsurları belirtildiği üzere yasal olarak açıklanması gereken bilgilerin verilmemesi suretiyle ya da Kanun’un 4. maddesinde yer verilen konumunun veya görevinin sağladığı yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlenebilir.

Kanun maddelerinde yer aldığı şekliyle dolandırıcılık bağlamında değerlendirilebilecek eylemler ve özellikleri hakkında aşağıda kısa bilgi verilecek ve değerlendirmeler yapılacaktır.

a. Aldatıcı Beyanda Bulunmak Suretiyle İşlenen Dolandırıcılık Suçu

Aldatıcı beyanda bulunmak suretiyle dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, aldatıcı nitelikte yanlış ve yalan beyanların bulunması, söz konusu beyanları gerçekleştiren kişinin amacının kendisine veya başkasına yarar sağlamak olması, ya da başkasını zarara uğratması veya zarar riski ile karşı karşıya kalmasına neden olması gerekir (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m. 2/1). Maddeden de anlaşılacağı üzere dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için fail veya üçüncü bir kişinin yarar sağlaması zorunlu değildir. Fail, kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar temin etmek amacıyla hileli/aldatıcı söz ve davranışlarda bulunduğu takdirde suç oluşacaktır. Yararın elde edilip edilmemesi suçun oluşması açısından önemli değildir. Mağdurun zarara uğramış veya zarar tehdidi ile karşı

⁶⁷ İngiltere Dolandırıcılık Kanunu, 15 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun metnine şu bağlantıdan ulaşabilirsiniz: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga_20060035_en.pdf, (E.T. 24.6.2014).

karşıya kalmış olması suçun oluşmasını sağlamakla birlikte, zorunlu değildir. Mağdur zarar görmemiş olsa dahi, diğer şartların varlığı halinde dolandırıcılık suçu oluşabilecektir.

Fail tarafından ortaya konulan beyanın aldatıcı olduğundan bahsedebilmek için, söz konusu beyanın gerçek olmaması veya kişileri hata yapmaya sevk edecek özelliklerde olması ve beyanda bulunan kişinin beyanının gerçek olmadığını ve kişileri hata yapmaya sevk edecek nitelikte olduğunu bilmesi veya bilebilir durumda olması gerekir (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m. 2/2).

Dolandırıcılık suçuna neden olabilecek “beyan”, herhangi bir fiili veya hukuki olguya dair aktif bir söz veya davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; beyanda bulunan kişinin veya diğer kişilerin ruh halini yansıtan hal ve tavırlarla da ortaya konabilir (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m. 2/3-4). Yani beyanda bulunan kişi aktif bir hareketle fiili veya hukuki olgu ve olayları, muhatabını aldatmak amacıyla gerçeğe aykırı veya hataya sevk eder tarzda sunabileceği gibi; herhangi bir aktif davranışta bulunmayarak, pasif şekilde hareketsiz durarak bu tür bir beyanda bulunması da olanaklıdır. Bu halde de, eğer beyanda bulunan kişi kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlamış ya da mağdurun zarara uğramasına veya zarar tehlikesine maruz kalmasına neden olmuş ve bunu istemiş ise, bu halde dolandırıcılık suçu oluşabilecektir.

Aldatıcı beyanların nasıl ve ne şekilde oluşturulup muhatabına iletileceği konusunda yasal bir sınırlama yoktur. Çalışma prensipleri çerçevesinde, aktif kullanımı için insan unsurunun gerekli olup olmadığına bakılmaksızın, iletişim kurmak amacıyla tasarlanmış tüm araçlar ve sistemler vasıtasıyla dolandırıcılık amacıyla beyanların oluşturulması ve muhatabına iletilmesi mümkündür (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m. 2/5).

b. Açıklanması Gereken Bilgilerin Gizlenmesi Suretiyle İşlenen Dolandırıcılık Suçu

Yasal bir zorunluluk olmasına karşın, bir kişiye açıklanması gereken bilgilerin hileli/aldatıcı olarak muhatabına verilmemesi ve bu şekilde davranma amacının kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlamak olması, ya da başkasını zarara uğratma veya zarar riski ile karşı karşıya kalması niyetinin güdülmesi halinde eylem dolandırıcılık suçuna neden olabilecektir (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m. 3). Açıklamakla yükümlü olduğu

bilgileri gizleyen kişinin kendisinin veya üçüncü bir kişinin, meydana gelen aldanma sonucunda yarar sağlayıp sağlamaması, dolandırıcılık suçu açısından önemsizdir. Eğer mağdur bir zarara uğramış veya bir zarar tehlikesi ile karşılaşmasa dahi, şartları oluştuğu takdirde dolandırıcılık suçu oluşabilecektir. Örneğin tüketici mevzuatı çerçevesinde, sattığı ürünlerin nitelik ve nicelikleri ile ilgili açıklayıcı bilgilerde bulunma yükümlülüğü altında olan bir satıcının, sorularını yanıtlamayıp veya eksik cevap vererek alıcının, istediğinden farklı bir mal alması veya talep ettiğinden ayrı özelliklere sahip bir ürün satın alması halinde, zarara veya zarar riskine uğrandığı ve bundan satıcının dolaylı olarak yarar sağladığı kabul edilecek ve satıcının eylemi dolandırıcılık suçu bağlamında değerlendirilebilecektir⁶⁸.

c. Sahip Olunan Konumun Kötüye Kullanılması Suretiyle İşlenen Dolandırıcılık Suçu

Bir başkasının ekonomik menfaatlerini korumak veya muhatabında bu menfaatlere karşı olumsuz harekette bulunulmayacağı beklentisine neden olan bir konumda/görevde bulunan kişinin, hileli ve aldatıcı şekilde bu konumundan kaynaklı yetkisini kullanması ve amacının kendisine veya başkasına yarar sağlamak olması, ya da başkasını zarara uğratma veya zarar riski ile karşı karşıya kalması niyetini gütmesi halinde, eylem dolandırıcılık suçuna neden olabilecektir (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m. 4/1). Bu dolandırıcılık suçunun oluşması için kişilerin sahip oldukları herhangi bir konum/görev değil, bu konumun başkalarının ekonomik yararlarını korumak ve güvence altına almakla doğrudan ilgili ve bağlantılı olması gerekir.

Dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecek görev/konum çoğu kez güven temelli olmakla birlikte bu zorunlu değildir. Sahip olunan konumun taşıdığı önem ahlaki zorunluluktan ziyade yasal tanımında yer verilen yetki ve sorumluluklardan kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda işçi ile işveren, yönetici ile şirket ve avukat ile müvekkil

⁶⁸ Ekonomik gücü zayıf olanlar ve yaşlılar, karmaşık satım teknikleri ve çok çeşitli özelliklere sahip ürünler nedeniyle, tüketici dolandırıcılığı suçunun (consumer fraud) en önemli mağduru konumundadırlar. Bunun önde gelen sebepleri arasında bu suç mağdurlarının yeterli teknik ve hukuki bilgiye sahip olmamaları, savcılık ve polis teşkilatlarının konuya gerektiği gibi eğilmemeleri, sorumlu idari birimlerin üzerlerine düşen görev ve sorumlulukları yerine getirmemeleri gösterilebilir (Rothschild/Throne: s.661).

arasındaki ilişkide sahip olunan karşılıklı hukuki zeminler bu bağlamda değerlendirilebilir⁶⁹.

Dolandırıcılık suçunun bu halinin ihmali veya icraî hareket ile işlenmesi mümkündür (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m. 4/2). Yani kişi, sahip olduğu konumun gereklerini yerine getirmeyerek veya yerine getirilmesinde ihmal göstererek de, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayabilir ya da başkasının zarar görmesine veya zarar görme tehlikesine maruz kalmasına sebep olabilir Bu halde eylem dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilecektir.

3. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında “Zarar” ve “Yarar” Kavramları

İngiltere Dolandırıcılık Kanunu’nun 1 ilâ 4. maddeleri arasında düzenlenen dolandırıcılık suçları bağlamında zarar ve yarar kavramlarından ne anlaşılması gerektiği İngiliz kanun koyucusu tarafından Dolandırıcılık Kanunu’nun 5.maddesinde açıklanarak, bu konuda yapılacak teorik tartışmalar ve ortaya çıkabilecek farklı uygulamaların önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Buna göre “yarar” ve “zarar” kavramları, parasal değerlerdeki yada gerçek veya tüzel kişilerin maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarındaki geçici veya sürekli azalma ya da artmayı ifade edecek şekilde yorumlanmalıdır (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m.5/1).

Yarar kavramı, bir başkasına ait bulunan parasal değeri ve malvarlığı unsurlarını elde etmeyi kapsadığı gibi, failin elinde bulunan malvarlığına ait unsurları ve parasal değerleri muhafaza etmesini, kaybetmemesini de içerir (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m.5/3). Aynı doğrultuda zarar kavramı, bir kişinin sahip olduğu parasal değeri ve malvarlığı unsurlarını kaybetmesi anlamını kapsadığı gibi, elde edilebilecek bir kardan/kazançtan/yarardan mahrum kalınması da bu bağlamda değerlendirilmektedir (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m.5/4). Herhangi bir yarar ve zarar gerçekleşmemiş veya muhatap aldanmamış olsa bile, failin ortaya koyduğu hileli ve aldatıcı hareketler ve buna bağlı olarak sahip olduğu yarar elde etme niyeti veya bir zarara sebebiyet verme amacı suçun oluşması için yeterli olacaktır⁷⁰. Zira dolandırıcılık, failin şahsına bağlı bir suçtur⁷¹.

⁶⁹ İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s.12-13. Bir restorantta görevli garsonun, iş yeri ile aralarındaki sözleşmeye aykırı olarak, yakın akrabaları ve arkadaşlarına indirim yapması örnekler arasında sayılmıştır (Jonathan/Rahman: s.2).

⁷⁰ Jonathan/Rahman: s.1; Withey: s. 229; Tadros: s.953.

Hile ve aldatıcı davranışlarla başkalarının hizmetlerinden yararlanılması Dolandırıcılık Kanunu'nun 11. maddesi bağlamında ayrıca cezalandırılmıştır. Söz konusu madde incelendiğinde, yarar ve zarar kavramlarının 5. maddedeki tanımlanan kapsamından daha geniş şekilde anlaşılması gerektiği, parasal bir karşılığı olmasa dahi, kişilerin aldatılarak hizmetlerinden yararlanmasının zarar olarak nitelendirilerek, bu kapsamda kalan eylemin yaptırım altına alındığı görülecektir.

4. Dolandırıcılık Suçunda Kullanılabilecek Araçları Yapma, Tedarik Etme ve Bulundurma Suçu

İngiltere Dolandırıcılık Kanunu, sadece dolandırıcılık suçunu işleyen faillerin eylemlerini cezalandırmakla kalmamış, ayrıca bu amaçla kullanılabilecek, suçun işlenmesini kolaylaştırıp, tespitini ve takibini zorlaştıracak araçların yapılmasını, bunların başkalarına tedarik edilmesini ve bu araçlara sahip olmayı da, ayrıca cezai yaptırım altına almıştır. Buna göre bir kişi dolandırıcılık suçu işlenme sürecinde kullanılan veya bu suç ile bağlantılı araçlara sahip ise veya bunları kendi egemenlik sahası içerisinde kontrol altında tutuyorsa, kişinin bu eylemi suç teşkil etmektedir (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m.6). Dolandırıcılık suçu işlenmesinde kullanılabilecek bir bilgisayar programının yazılımı aşamasında veya sonrasında bulundurulması, işe yarayıp yaramadığının test edilmeye çalışılması eylemleri söz konusu madde kapsamında cezalandırılabilir⁷².

Dolandırıcılık suçunun işlenmesi sırasında veya bu suç ile bağlantılı şekilde diğer eylemlerde kullanılabileceğini bilerek veya yardım etme amacıyla, bu suçun işlenmesinde kullanılabilecek araçları yapma, kabul etme, temin etme veya bu tür araçları sağlamayı vaat etmek eylemleri müeyyideye tabi tutulmuştur (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m.7). Bankamatik kartı ve kredi kartlarının numaralarının tespit edilmesine yarayan bir aletin ATM'lere monte edilmesi, olağandan fazla kredi kartı numarasının elde bulundurulması, sahte malların gerçeklerine uygun olarak imal edilmesi ve satışa hazır halde bekletilmesi, bir bankaya ait sahte bir internet sayfası oluşturulması ya da bankaya aitmiş gibi müşterilere sahte e-posta gönderilmesi eylemleri bu madde bağlamında değerlendirilebilir⁷³.

⁷¹ Withey: s. 229; İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s. 4-5, 10.

⁷² İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s.4-6.

⁷³ Savirimuthu/Savirimuthu: s. 440-441; İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s.4-6.

5. Tüzel Kişiler Yararına İşlenen Dolandırıcılık Suçlarında Gerçek Kişilerin Sorumluluğu

Dolandırıcılık suçunun kurumsal kişiliğe sahip hükmi şahıslar tarafından işlenmesi halinde, sorumluluğun ve sorumluların nasıl ve ne şekilde olacağı ve tespit edileceği İngiltere Dolandırıcılık Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, tüzel kişiler tarafından işlenen dolandırıcılık suçunun, tüzel kişilerin yöneticisi, müdürü, sekreteri veya buna muadil konumlarda bulunan ya da bu sıfatlara sahip olmamasına karşın bunlar gibi hareket eden gerçek kişilerin bilgisi veya müsamahası/bilgisi/kabulü doğrultusunda işlenmesi halinde, bu kişiler dolandırıcılık suçu için öngörülen müeyyide doğrultusunda cezalandırılır.

Tüzel kişiliğin dolandırıcılık oluşturan eylemlerini idare etmek ve yürütmekle ilgili bir organı var ise ve bu organın bir den fazla üyesi bulunuyorsa, söz konusu faaliyetten sorumlu kişi tespit edilebiliyor ise bu halde bu kişi söz konusu tüzel kişiliğin yöneticisi sıfatıyla gerçekleşen dolandırıcılık eyleminden sorumlu olacaktır (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m.12/3).

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇ GENEL TEORİSİ İÇİNDE DOLANDIRICILIK SUÇU

I. GENEL OLARAK

Dolandırıcılık suçunun tarihsel gelişimini ilk bölümde inceledikten sonra, bu bölümde suç genel teorisindeki konumunu inceleyeceğiz. Bu kapsamda suçun unsurları inceleme konusu yapılacaktır. Özellikle suçu anlamlandıran, diğer suçlardan ayrılmasına dayanak teşkil eden, hareket alt ögesi olarak “hileli davranışlar” kavramını ayrıntılı olarak incelemeye çalışacağız.

Çalışmamızın yasal temelini 5237 sayılı Yasa’nın 157 ilâ 159. maddeleri oluşturacak ise de, bu maddelerde formüle edilen dolandırıcılık suçunun tarihsel evrimi, karşılaştırmalı hukuktaki yeri, öğretide ileri sürülen fikirler ve uygulama göz önüne alınmadan değerlendirilmesi ve kapsamının belirlenmesi olanaklı değildir. Bu nedenle dolandırıcılık suçunun hukukumuz açısından yapılacak anlamlandırılma çabasında, belirtilen kaynaklar önemli bir yere sahip olacak ve oluşan “bilgi birikimi” elbette incelememize ışık tutacaktır. Zira hukuk, toplum ile birlikte doğan, onunla birlikte gelişip değişen canlı bir organizmadır. Herhangi bir hukukî olguyu, tarihi seyrinden ayırık olarak, oluşan bilgi ve tecrübe birikimini göz önüne almadan, toplumsal gerçeklikten kopuk şekilde, salt kanuni tanımıyla değerlendirmek bizi doğru sonuçlara götürmeyecek ve onu sıkıştıracaktır.

Herhangi bir suçun temelini, ilgili yasal düzenleme(ler) oluşturduğuna göre, dolandırıcılık suçunun unsurlarını incelemeye geçmeden önce, suçun tanımının yapıldığı yasal düzenlemeyi belirtmenin faydalı olacağını düşünüyoruz. Dolandırıcılık suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun özel hükümler başlıklı ikinci kitabının, kişilere karşı işlenen suçlar isimli ikinci kısmının onuncu bölümünde yer alan malvarlığına karşı suçlar başlığı altında 157. maddede düzenlenmiştir⁷⁴. Madde de dolandırıcılık suçu; “*hileli davranışlarla*

⁷⁴ Suçların tasnifi konusunda 5237 sayılı TCK’nın kabul ettiği sistemin eleştirisi için bkz. Zeki Hafizoğulları/Devrim Güngör: Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi, TBB Dergisi, 2007, S. 69, s. 29-50; Zeki Hafizoğulları: Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı, (<http://www.baskent.edu.tr/zekih/ogrenci/mal.doc>, E.T.: 08.02.2010) s. 4 vd.

bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağla”mak olarak tanımlanmıştır.

765 sayılı Yasa döneminde var olan suç (cürüm) ve kabahat ayrımı yeni düzenlemede terk edilmiş; suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, kabahatler ise özel bir düzenleme yapılarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda belirtilmiştir. Türk Ceza Kanununda düzenlenen ve yaptırıma bağlanan tüm fiiller suç olarak adlandırılacaktır. Bu kapsamda dolandırıcılık eyleminin suç (cürüm) olduğu hususunda tereddüt yoktur.

II. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN KONUSU

A. Hukukî Konu

1. Suçun Hukukî Konusu ve Önemi

Türk öğretisinde genel olarak kabul edilen tanıma göre bir suçun hukukî konusu; bir ceza normu ile korunan, diğer bir ifade ile, suçla ihlal edilen varlık veya menfaattir, yani suçun yaratılmasındaki maksattır⁷⁵. Varlıktan kasıt, insanın ihtiyaçlarını tatmine elverişli her şeydir. Menfaat ise, kişi ile varlık arasında var olan ve kişinin bir ihtiyacını gidermek için varlığı kullanmasına imkân veren ilişkidir⁷⁶.

Suçun hukukî konusu, yasa koyucu tarafından yasal düzenlemelerde doğrudan gösterilmez. Yasanın sistematüğinden, suçun düzenleniş yeri ve formüle ediliş şekline esinlenerek yapılacak yorumlarla hukukî konunun belirlenmesi yoluna gidilir. Suçun hukukî konusunun belirlenmesi, suçların sınıflandırılması ve kanunun yorumu gibi konular bakımından önem arz etmektedir⁷⁷.

⁷⁵ Dönmezer/Erman: C.I, s. 333, 335; Faruk Erem: “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, AÜHFD, 1968, C.25, S.1, s. 12, 23; Toroslu: Genel Kısım, s. 92; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 56; Mahmut Koca/İlhan Üzülmaz: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008, s. 134; Tümerkan: s. 15; Erem: Suçun Konusu, s. 11-33; İzzet Özgenç: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s. 16; Suçun hukukî konusu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Nevzat Toroslu: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu, Ankara 1970, s. 87 vd.; Yeni TCK’nın suçların tasnifinde kullanılan hukukî konu kriterleri üzerinde eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. Zeki Hafizoğulları/Devrim Güngör: “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, TBB Dergisi, 2007, S. 69, s. 21-50.

⁷⁶ Toroslu: Genel Kısım, s. 93.

⁷⁷ Suçun hukukî konusunun belirlenmesi, suçların sınıflandırılması başta olmak üzere, kanunun yorumu, suçların görünüşte içtimai, zincirleme suç, hukuka uygunluk nedenleri gibi hususların tespitinde büyük önem taşır (Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Toroslu: Suçun Hukukî Konusu, s. 228-237).

Suçla ihlal edilen hukukî varlık veya menfaatlerin nelerden ibaret olduğu hususu tartışmalıdır⁷⁸. Bu kapsamda çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Ceza hukuku ile ahlak arasında bir bağ kurmaya çalışan bazı yazarlar, hukukî konuyu oluşturan varlık veya menfaatlerin sosyal hayatın yüksek ahlâkî değerlerinden ibaret olduğunu ileri sürmüşlerdir. Diğer bir kısım yazarlar ise suçtan zarar gören kimseyi nazara alarak, onun korunmasında yarar gördüğü hususların suçun hukukî konusunu oluşturduğunu belirtmişlerdir. Bu görüşleri kabul etmeyen bazıları ise suçun hukukî konusunun daima Devlete ait bir varlık veya menfaatin korunmasından ibaret olduğunu savunmuşlardır⁷⁹. Bu görüşlerin hepsinde haklılık payı bulunmaktadır. Yani suçun hukukî konusunun belirlenmesi dar bir bakış açısıyla yapılamaz. Tüm görüşleri kapsar şekilde suçun hukukî konusunu bireylere, aileye, topluma veya devlete ait menfaatlerin oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁸⁰.

Suçun işlenmesiyle ihlal edilen hukukî varlık veya menfaatler, aynı zamanda suçun düzenlenmesiyle korunup güvence altına alınmaya çalışılan hukukî değerlerdir. Hukukî değer, bir hukuk toplumunda kabul edilen değerleri ifade eden, dayanağını davranış kurallarından alan ve anayasalarla güvence altına alınan bir kavramdır. Hukukî değer genel bir kavram olup, belirli bir kişinin kişisel yargılarından ve düşüncelerinden farklıdır. Bununla birlikte hukukî değer, ceza kanunlarının yapılmasında, suçların tasnife tabi tutulmasında kanun koyucuya yol gösteren; uygulamacının, suçu yorumlarken ve sınırlarını belirlerken kullandığı en önemli kaynaklardan biridir⁸¹.

Her suçta, failin bulunması nasıl bir zorunluluk ise, suçun ihlal ettiği bir varlık (hak) veya menfaatinin bulunması da şarttır⁸². Zira her suç yasa koyucu tarafından, bir hukukî varlık veya menfaatin korunması, zarara uğratılması veya tehlikeye düşürülmesini önlemek amacıyla düzenlenir. Bir suç tarafından korunan hukukî varlık veya menfaat bir tane olabileceği gibi (hırsızlık suçu gibi), birden fazla da olabilir (yağma suçu gibi). Eğer korunan hukukî varlık veya menfaat birden fazla ise bu durumda çok hukukî konulu suçtan bahsedilir⁸³. Kanun koyucu tarafından her suçun tek bir varlık veya menfaati koruması amaçlanır. İşlenen her suçta birden fazla varlık veya menfaat zarar görse veya tehlikeye düşürülse de, yasa koyucu varlık veya menfaatler arasında bir derecelendirme yoluna

⁷⁸ Dönmezer/Erman: C.I, s. 334-335.

⁷⁹ Bu konuda ileri sürülen görüşler ve sahipleri için bkz. Dönmezer/Erman: C.I, s. 334.

⁸⁰ Toroslu: Genel Kısım, s. 93.

⁸¹ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 1-2; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3563-3564; Koca/Üzülmez: s. 135.

⁸² Koca/Üzülmez: s. 135; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 68.

⁸³ Sami Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Konusu, Adalet Dergisi, Eylül-Ekim 1981, Y.72, S. 5, s. 709.

giderek bunlardan birine üstünlük veya öncelik verecektir. Bu belirleme yapılırken hukuk dışında kalan siyasal, sosyal veya ekonomik etkenler önemli rol oynayacaktır. Buna karşın yasa koyucu tarafından yeğlenerek ön plana çıkarılan varlık veya menfaatin gerisinde kalıp perdelenen varlık veya menfaatlerin uygulamacılar tarafından değerlendirme konusu yapıp yapılmayacağı tartışmalıdır⁸⁴. Doktrinde bir kısım yazarlara göre kanun koyucunun bu tercihi göz önüne alınarak, normatif bir yorum ile bilinçli olarak göz ardı edilen diğer varlık veya menfaatler göz önüne alınmamalıdır. Buna karşın savunulan diğer bir görüşe göre ise, yasa koyucunun öncelik ölçütüne saygı göstermekle beraber, somut olayları değerlendirirken ve suç tipini yorumlarken suç tarafından korunan diğer hukukî varlık veya menfaatler de gözden uzak tutulmamalıdır⁸⁵.

Yasa koyucunun nesnel amacına ulaşmak için yapılacak sübjektif yorumlarda çok dikkatli davranılmalı, yasallık ilkesini zedeleyecek ve norma zarar verecek yorumlardan kaçınılmalıdır. Bu hususta yorumcunun, yasallık ilkesini gerçekleştirme uğruna, yasal norma taparcasına bağlı kalarak akıl yürütmesi ne kadar sakıncalı ise; yasa normunun formüle ediliş şeklinin göz ardı edilip, derinlemesine felsefi ve sosyolojik tahliller yapılarak, yasa koyucunun yasada gizli bulunan nesnel amacına ulaşmaya çalışmak da o kadar sakıncalıdır. Bu konuda yorumcu çok dikkatli ve özenli davranmalıdır.

Bir suçla zarara uğrayan veya menfaati tehlikeye düşen kişilere ait hukukî varlık veya menfaatlerin ceza hukuku açısından korunmasının sebebi, bu varlık veya menfaate sahip, çağdaş hukuk anlayışı çerçevesinde her şeyin odağı ve ölçüsü olan insanın korunmak istenmesidir. Gerçekte korunan nesneler değil, insandır. Bu kapsamda mülkiyet hakkı, Anayasa ile güvence altına alınan (Anayasa m. 36) temel haklardandır. Devletin, mülkiyet ve buna paralel gelişen belirli bir ekonomi, politika ve hukuk anlayışının bulunması gerekir. Bu çerçevede mülkiyet hakkı ve geniş planda malvarlığına ilişkin hak ve menfaatler ihlal edilip çiğnendiğinde, hukuk fonksiyonunu icraya başlayacaktır. Bu karışma, medeni yaptırım veya cezaî yaptırım olarak iki şekilde meydana gelir. İhlalin kişilerin bireysel hak ve özgürlük sınırlarını aşarak, toplumun düzen ve esenliğini tehlikeye sokması durumunda, hukukî yaptırımlara ek olarak genellikle cezaî yaptırımlar da söz konusu olur⁸⁶.

⁸⁴ Dönmezer/Erman: C.I, s. 334-335; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 19, 69.

⁸⁵ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 20, 70; Tümerkan: s. 16.

⁸⁶ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 20-21.

2. Dolandırıcılık Suçunda Hukukî Konu

Dolandırıcılık suçunun yasal sistematik içerisinde düzenlendiği yer incelendiğinde, bu suç ile öncelikle kişilerin malvarlığına ilişkin varlık veya menfaatlerinin korunmak istenildiği açıktır. Zira dolandırıcılık suçunda kullanılan hileli davranışlarla aldatılan kişi, kendisi veya başkasının malvarlığında azalmaya, failin veya bir başkasının malvarlığında artmaya sebep olmaktadır. Bu suç ile genel ve objektif olarak kişilerin malvarlığı üzerindeki haklarının, yani mülkiyet hakkının korunması amaçlanmıştır⁸⁷.

Dolandırıcılık suçu ile ihlal edilen varlık veya menfaatler sadece mülkiyet hakkına yani malvarlığına ilişkin olanlardan ibaret değildir. Zira birçok suçta olduğu gibi, dolandırıcılık suçunda da ihlal edilen birden çok varlık veya menfaat bulunmaktadır⁸⁸. Kişiler arasında kurulan ilişkilerin karşılıklı iyi niyet ve güvene dayanması, aksine davranışta bulunanların, eylemlerine hukukî yaptırımın yanında cezaî yaptırım öngörülmesi suretiyle korkutulması ve caydırılmaya çalışılması dolandırıcılık suçunun başka bir amacıdır. Hukukî işlemler sırasında kullanılan hileli davranışlar ile kişilerin serbestçe karar verebilme olanakları ellerinden alınmaktadır. Yani dolandırıcılık suçu ile kişilerin irade özgürlükleri de korunmaktadır⁸⁹. Ancak yasa koyucu, ihlal edilen hak veya menfaatler arasında bir derecelendirme ve öncelik sıralaması yaparak, bunlar arasından malvarlığına ilişkin olanlara öncelik tanımıştır. Benzeri bir değerlendirme Yargıtay

⁸⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3564; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 449; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 590; Bahri Öztürk/Mustafa R. Erdem: Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler, Ankara 2007, s. 457; Gökçen/Balcı: s. 5; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 68; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Konusu, s. 708; Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 111; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 342; Necati Meran: Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları İle Ekonomi Ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara, Eylül 2005, s. 139; Mustafa Ruhan Erdem: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc>. (E.T.: 08.02.2010), s. 537; Kanık: s. 323.

⁸⁸ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 448; Hafızoğulları/Özen: s. 397; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 71; Hırsızlık suçunda uğranılan zarar sadece parasal değeri olan malvarlığına ait bir unsur iken, kişilerin aldatılarak kandırılıp malvarlığına ait unsurların elde edilmesi halinde ortaya çıkan zarar sadece parasal bir değer olmayıp, ayrıca güven duygusunun zedelenmesi nedeniyle, kişinin kendisine duyduğu saygının azalması veya ortadan kalkmasıdır. Parasal bir zararın tazmini ve geri alınması mümkün iken, ikinci zararın karşılanması olanaklı değildir. Bundan dolayıdır ki aldatici unsur kullanılarak işlenen suçlar (dolandırıcılık gibi) mağdur açısından hırsızlık suçundan daha önemli sonuçlara sahiptir (Green: s. 1093-1094).

⁸⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3564; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 449; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 590; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 76; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Konusu, s. 710-714; Tümerkan: s. 17; Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 111; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 342; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu: Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.2, 2008, s. 1232; Mustafa Artuç: Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara 2007, s. 360.

tarafından da yapılarak, dolandırıcılık suçunun hukukî konusunun mülkiyet hakkı ve irade özgürlüğünden oluştuğu belirtilmiştir⁹⁰.

Doktrinde suçun işleniş şekli göz önüne alınarak, söz konusu suçun çok hukukî konulu suç olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüş taraftarlarına göre dolandırıcılık suçunun niteliği ve kapsamı itibariyle, bu suçu diğer suçlardan farklı kılan özelliği işleniş şeklidir. Bu suç, fail ve mağdurun ortak işbirliği ile işlenilmektedir. Fail hileli davranışlarıyla, mağdurun iradesini sakatlayıp temin ederek, mağduru kendisi veya başkası zararına ve ancak fail veya başkası yararına tasarrufta bulunmaya sevk etmektedir. Fail hileli davranışlarda bulunarak mağdurun iradi ve düşünsel kişiliğine müdahale edip onu yanıltmaktadır. Bu şekilde fail tarafından mağdura psikolojik bir zor kullanılmaktadır. Bu suçta önemli olan sadece mağdurun malvarlığı yönünden zarar görmesi olmayıp, hileli davranışlar sonucu failin yarar sağlamasıdır. Dolayısıyla kanun koyucu açısından amaçlanan, ancak geri planda tutularak korunan varlık veya menfaatlardan birisi de irade serbestisidir. Bu suç ile mağdurların hem malvarlıkları ve hem de irade ve sözleşme yapma serbestlikleri korunmaktadır⁹¹.

İngiltere hukuk sisteminde dolandırıcılık, çok hukuki konulu bir suç olarak kabul edilip düzenlenmiştir. Zira dolandırıcılık suçu ile korunmak istenen asıl menfaatin kişilerin parasal değerler ve malvarlığına ait unsurlar ile birlikte, toplumsal hayatının her alanında varlığına ihtiyaç duyulan doğruluk, dürüstlük ve güven duygularının korunmasıdır. Bu amaçları temin babında dolandırıcılık suçu, İngiltere Dolandırıcılık Kanunu'nun 1 ilâ 4. maddeleri arasında geniş kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Dolandırıcılık suçunun oluşması açısından failin hileli/yanıltıcı/aldatıcı söz ve davranışlar sergileyerek kendisine veya

⁹⁰ CGK, 24.12.2002, E. 2002/6-306, K. 2002/441: “(...) dolandırıcılık suçu, hile ve desiseler yaparak bir kişiyi hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya bir başkasına haksız çıkar sağlamaktır. Bu suç iki konulu bir cürüm olup, malvarlığı yanında kişinin irade serbestisi ve rıza özgürlüğü de korunmaktadır. Çünkü dolandırıcılık suçunda malın teslimi mağdurun rızası ile gerçekleşmekte, fakat bu teslim hile ve desise kullanılarak sakatlanmış, özgür olmayan bir iradeye dayanmaktadır” (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3564).

⁹¹ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 71-77; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Konusu, s. 710-714; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 449; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 342; Keskin Kaylan: “765 ve 5237 Sayılı Türk Ceza Yasalarında Düzenlenen Dolandırıcılık Suçlarının “Dönmezer Tasarısı” Işığında Karşılaştırılmalı Bir İncelemesi”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara, 2008, s. 946; Artuç: s. 360, dpn. 732; Kubilay Taşdemir: Bilişim, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları, Ankara 2009, s. 20; Hakan A. Yavuz: “Yeni Türk Ceza Kanununda Basit Dolandırıcılık Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Ekim 2006, Y.1, S. 1, s. 346 vd.; Artuç: s. 360, dpn. 732; Alex Steel: “The Harms and Wrongs of Stealing: The Harm Principle and Dishonesty in Theft”, University of New South Wales Faculty of Law Research Series, 2008, Paper 65, (<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1140&context=unswwps-flrps08>, E.T. 25.6.2014), s. 725.

başkasına yarar temin etmeyi istemesi ile suç oluşacaktır. Suçun oluşması açısından mağdur veya üçüncü bir kişinin zarara uğraması mümkün olmakla birlikte bu zorunlu değildir. Yine ortaya konulan hileli davranışlarla muhatabın aldatılmış olup olmamasının, failin veya üçüncü bir kişinin gerçek anlamda bir yarar elde edip etmemesinin de bir önemi yoktur⁹².

Yargıtay uygulaması incelendiğinde, son görüşü kabul ederek, dolandırıcılık suçunun iki hukukî konulu suç olduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır⁹³.

Yasa koyucu, gerek yasa metninde ve gerekse dolandırıcılık suçunun yasa sistematigi içerisindeki yeri itibariyle, daha çok mülkiyet hakkına yani malvarlığına ilişkin hak ve menfaatlerin korunmasını amaçlamıştır. Buna karşın TCK'nın 157. maddesinin gerekçesinde, dolandırıcılık suçunun işlenmesi ile kişilerin irade özgürlüklerinin ihlal edildiği de belirtilmiştir⁹⁴.

Dolandırıcılık suçunun hukukî konusunu oluşturan malvarlığı kavramından sübjektif olarak mülkiyet hakkı anlaşılmamalıdır. Manzi'nin yerinde bir tespitinde belirttiği üzere, ceza kanunları tarafından dolandırıcılığın suç haline getirilmesinde genel ve objektif mülkiyet ve malvarlığı kavramları dikkate alınmaktadır. Münferit ve sübjektif hakların korunması ceza hukuku değil özel hukuk kuralları tarafından sağlanacaktır. Ceza hukuku kuralları objektif ve kolektif bir korumayı amaçlamaktadır⁹⁵.

3. Kanaatimiz

Her suç birden fazla hukukî varlık veya menfaate zarar verir. Bir suç ile tüm menfaatlerin korunmasına çalışmak ve suçun uygulama alanını genişletmek, söz konusu suç ile korunması amaçlanan asıl varlık veya menfaatlere zarar verebilir. Bu açıdan suçun hukukî konusunun sınırlarının belirlenmesi önemlidir. Zira bu belirleme doğrultusunda failin eylemi nitelendirilecek, suçun icrasına başlanıp başlanmadığı, suçun tamamlanıp tamamlanmadığı, hangi andan itibaren failin eyleminin cezalandırılabilir hale geldiği hususları tespit edilecektir.

⁹² Tadros: s. 952-953;

⁹³ CGK, 24.12.2002, 306/441, Sedat Bakıcı: 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C.1, Ankara 2008, s. 215.

⁹⁴ Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004, s. 265.

⁹⁵ Manzini (nakleden Tümerkan: s. 17).

Yasa koyucunun herhangi bir suç ile korumaya çalıştığı temel hukukî varlık veya menfaat kamu güvenliği ve düzenidir. Bir kısım suçlar doğrudan bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak düzenlenmiş iseler de; tüm suçların perdelenen, yapılan derecelendirme ve öncelik sıralaması nedeniyle geride kalan amacının, toplumsal yarar olduğu açıktır. Yasa koyucu bu temel amacı gerçekleştirmenin, kişilerin vücut ve hayat varlıklarını koruyarak, cinsel dokunulmazlıklarını tesis ederek, şeref ve haysiyetlerini temin ederek, özel hayatlarına müdahaleyi önleyerek veya malvarlıklarına yapılacak müdahalenin önüne geçerek mümkün olduğunu düşünmüştür. Bu düşüncenin ürünü olarak, her suç ile korunan ve öncelik tanınan varlık veya menfaatler özellikle ön plana çıkartılarak, kanunilik ilkesi çerçevesinde, bu varlık veya menfaatlere zarar verilmesi veya bunların tehlikeye düşürülmesini suçun varlık sebebi saymıştır. Böyle bir zarar veya tehlikenin olmaması durumunda kamu düzeninin bozulmayacağını kabul etmiş ve bu tür eylemleri, aksine bir düzenleme yok ise cezasız bırakmıştır.

Yasa koyucu tarafından açıkça öngörülmeyen veya göz ardı edilip perdelenen ve geri planda bırakılan bir hususun, yapılacak yorum ile var edilmesi tehlikelidir. Hâkime, kanun metninin lafzının dışına çıkılarak, ruhunu araştırmaya ve bunu gerçekleştirmeye yönelik yetki verilmesi doğru değildir. Uygulamacılara ucu açık, kontrolü ve denetimi zor böyle bir yetki verilmesi, suç ve cezalara hâkim olan “kanunilik ilkesi”ne aykırıdır. Kanunun görünürdeki amacı ile görünmeyen tali nitelikteki amacı sürekli yarış halinde olacaklardır. Hâkime bunlar arasında seçme olanağı tanınması, söz konusu kanunun uygulanmasını sürekli olarak değişken hale getirecektir.

Yasa koyucunun normatif olarak formüle etmediği bir varlık veya menfaatin yorum ile norma dahil edilmesi suçların yasallığı ilkesine aykırıdır. Dolandırıcılık suçu ile kanun koyucunun öncelik verdiği ve korunmasını murat ettiği varlık veya menfaat, kişilerin malvarlığına ilişkin olanlarıdır. Bu suçun işlenmesinde bir araç olarak kullanılan *hileli davranışlar* ile ihlal edilen irade özgürlüğünün, suçun öncelikli hukukî konusundan biri olarak kabul edilmesi doğru değildir. İrade özgürlüğüne yapılan müdahale suçun hukukî konusu ile ilgili olmayıp, suçun işleniş biçimi ile ilgili bir husustur. Sadece aldanma ve iradenin sakatlanmış olması tek başına bir suça sebebiyet vermeyecektir⁹⁶. Aksi görüşün kabulü durumunda, *hile* ile kişilerin kandırıldıkları her durumda dolandırıcılık suçunun oluştuğunu ve failin, en azından teşebbüs aşamasında kalmış bir

⁹⁶ Tümerkan: s. 18.

dolandırıcılık suçundan dolayı, cezalandırılması gerektiğini kabul etmek gerekir. Böyle bir kabulün, suçun uygulanma alanını genişleteceği ve suç ile korunması amaçlanan kamu düzenini bozucu bir etki meydana getireceği açıktır. Failin kullandığı hileler, bu hilelerin kullanım şekilleri ve hileler için kullanılan araçlar hâkim tarafından, yapacağı yorumda ve cezanın bireyselleştirilmesinde göz önüne alınmalıdır.

Malvarlığına karşı işlenen bir kısım suçlar ile ilgili ekin pişmanlık hükümlerinin düzenlendiği ve dolandırıcılık suçu açısından da uygulama yeri bulunan TCK'nın 168. maddesi incelendiğinde yasa koyucunun, malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından hangi varlık veya menfaatlara önem verdiği daha net anlaşılacaktır. Söz konusu düzenlemede *“failin... bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi”* etkin pişmanlık olarak kabul edilerek cezadan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. “Mağdurun uğradığı zarar”ın, aynen geri verme veya tazmin suretiyle giderilme olanağının bulunması gerekir. Aynen geri verilebilen veya tazmin edilebilen zararlar, malvarlığının aktifinde azalmaya ve pasifinde artmaya neden olabilenlerdir. Kişilerin irade özgürlüklerine yapılan müdahaleler nedeniyle uğranılan zararların, aynen geri verme veya tazmin edilmesi olanaklı değildir. Bu nedenle yasa koyucunun dolandırıcılık suçu ile korumak istediği öncelikli ve görünen hukuki yarar malvarlığına ilişkin olanlardır. Kişilerin irade özgürlüğü, dolandırıcılık suçu ile yasa koyucunun korumak istediği ikincil ve tali nitelikteki bir hukukî değerdir.

B. Maddi Konu

1. Suçun Maddi Konusu Hakkında Genel Bilgi

Genel kabul gören tanıma gören suçun maddi konusu, failin hareketinin üzerinde etkisini gösterdiği insan veya nesnedir⁹⁷. Suçun maddi konusunu oluşturan insan kavramı üzerinde herhangi bir tartışma yoksa da, nesne teriminin anlam ve kapsamı belirsizdir. Esnek ve çok yönlü olan nesne kavramı günlük dilde insan dışında kalan; felsefede zihinde soyutlanabilen; fizikte dış dünyada boşluk dolduran ve insanlarca hissedilebilen varlıkları ifade için kullanılmaktadır⁹⁸. Bir kısım suçlarda suçun konusu ile mağduru iç içe olmakla birlikte aynı şeyler değildir. Örneğin kasten yaralama suçunda

⁹⁷ Dönmezer/Erman: C.I, s. 333; Erem: Suçun Konusu, s. 14; Toroslu: Genel Kısım, s. 93; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 56; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Konusu, s. 717; İzzet Özgenç: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, 3. Bası, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2006, s. 214; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 55; Koca/Üzülmez: s. 134.

⁹⁸ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 57.

mağdur, yaralanan kişidir, konu ise bu kişinin vücudu iken; hakaret suçunda mağdur hakaret edilen kişi, konu ise bu kişinin şerefidir⁹⁹.

Her suçta bir hukukî konunun varlığı hususu tartışmasız iken, suçun maddi konusunun her suçta bulunup bulunmadığı hususu tartışmalıdır. Doğacı anlayışı kabul edenlere göre her suçun maddi konusu yoktur. Türk öğretisinde bir kısım yazarlar her suçun mutlaka maddi konusunun olması gerektiğini, maddi konusu olmayan bir suçun düşünülemeyeceğini belirtmişlerdir¹⁰⁰. Aksi görüşü savunan ve pek çok suçun maddi konusunun olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır¹⁰¹.

Suçun maddi konusunun tespiti, artırma ve eksiltme sebeplerinin uygulanması sırasında yani cezanın şahsileştirilmesinde önemlidir. TCK'nın 61. maddesinde, ceza belirlenirken suçun konusunun önem ve değerinin hâkim tarafından göz önüne alınması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Suçun hukukî konusu ile maddi konusu birbirinden farklıdır. Suçun maddi konusu, failin hareketinin yönelik olduğu ve ceza normunda açık veya gizli olarak belirtilen konudur. Suçun koruduğu hukukî değer ise, yasa koyucu tarafından suç tipinin düzenlenmesi ile korunmak istenen değerdir. Suç ile korunan hukukî değer, suçun işlenmesiyle *ihlal* edilmekte iken; suçun maddi konusuna *zarar* verilmekte veya maddi konu *tehlikeye* maruz kalmaktadır.

Suçun işlenmesi ile, suçun maddi konusu ya zarar görür veya tehlikeye uğrar. Bu itibarla suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun, failin eyleminden etkileniş derecesine göre suçlar tehlike suçları ve zarar suçları olarak ikiye ayrılır¹⁰².

2. Dolandırıcılık Suçu Açısından Suçun Maddi Konusu

Dolandırıcılık suçunun maddi konusunu, insan değil, zarara konu olabilecek veya tehlikeye maruz bırakılabilecek malvarlığı öğelerinin oluşturduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte insanın maddi ve manevi yönüyle bir bütünlük gösterdiğini, insanın maddi yönünün dolandırıcılık suçunun maddi konusunu oluşturmadığını, suçun birinci derecedeki maddi konusunun malvarlığına ait öğeler olduğu, buna karşın ikinci

⁹⁹ Özgenç: Gazi Şerhi, s. 215-216.

¹⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3581.

¹⁰¹ Toroslu: Genel Kısım, s. 94.

¹⁰² Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3582.

derecedeki maddi konusunun ise iradesi hileli davranışlar ile aldatılan insan olduğu ileri sürülmüştür¹⁰³.

Suçun maddi konusu içerisine sadece taşınır mallar değil, taşınmaz mallar ve alacak hakları da girer¹⁰⁴. Objektif olarak ekonomik bir değere sahip şeylerin suçun maddi konusunu oluşturabileceği konusu tartışmasızdır. Bununla birlikte piyasa şartlarında ekonomik bir değer ifade etmeyen, sahibi açısından manevi öneme haiz ve bu nedenle bu kişi açısından ekonomik bir değere sahip eşyaların (örneğin bir resmin, mektubun veya gazete parçasının) suçun maddi konusu içerisinde mütalaa edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Öğretide bu tür eşyaların da dolandırıcılık suçunun maddi konusunu oluşturacağı genel olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁵

Malvarlığına dâhil olan hangi unsurların dolandırıcılık suçunun maddi konusunu oluşturduğunu belirlemek önemlidir. Bu bağlamda malvarlığının tanımını yapmak gerekir. Malvarlığı, bir kişinin sahip olduğu hak, alacak ve borçlarının tümünün oluşturduğu bir bileşkedir. Bir kişinin herhangi bir eşyayı kullanma hakkı, o eşya üzerinde sahip olduğu manevi haklar, herhangi bir kişide bulunan ve parasal değeri olan alacakları malvarlığı kapsamındadır. Dolayısıyla kişinin sahip olduğu hak ve alacaklar dolandırıcılık suçunun maddi konusunu oluşturabilirler.

Bir nesnenin dolandırıcılık suçunun maddi konusunu oluşturması için maddi bir değerinin bulunmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar maddi değeri¹⁰⁶ olan nesnelerin bu suçun maddi konusunu oluşturacağı, maddi bir değeri olmayan ancak kişi açısından manevi değeri bulunan şeylerin dolandırıcılık suçunun konusu olamayacağını savunmuşlardır. Azınlık olan bu görüşe karşın çoğunluk, manevi değere sahip olan şeylerin de dolandırıcılık suçunun konusu olabileceğini belirtmişlerdir. Bu kapsamda örneğin maddi bir değeri olmayan, ancak sahibi açısından manevi değeri olan fotoğraf, mektup veya bir kâğıt parçası, fail tarafından hileli davranışlarda bulunularak sahibinin elinden, iradesi sakatlanarak alınmışsa bu durumda dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır.

¹⁰³ Kaylan: s. 946.

¹⁰⁴ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 78; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Konusu, s. 717; Tümerkan: s. 19; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 537; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 458.

¹⁰⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3583; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 590; Artuç: s. 363.

¹⁰⁶ Maddi değer kavramından anlaşılması gereken, bir şeye, piyasa koşulları çerçevesinde, sahibinin tek tarafı olarak belirlediği bedel veya değerden farklı olarak, üçüncü kişiler tarafından atfedilen önem ve bunun karşılığı olan parasal tutardır.

Malvarlığına dahil olduğunda şüphe bulunmayan borçlara karşı, dolandırıcılık suçunun işlenemeyeceği doğaldır. Bu suçu işleyen ve bundan kendisi veya başkası yararına menfaat temin etme amacı güden failin, borcun üstlenilmesinde (elde edilmesi) herhangi bir yararı (menfaati) yoktur.

3. Kanaatimiz

Suçun maddi konusunu insan veya nesneler oluşturur. Dolandırıcılık suçunun hukukî konusunun tek olduğunu ve malvarlığına ait unsurların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini düşündüğümüzü daha önceden beyan ettik. Bu nedenle insan, ne maddi ve ne de manevi varlığı itibarıyla dolandırıcılık suçunun maddi konusu içerisinde değerlendirilemez. Bu suçun maddi konusunu malvarlığına ait unsurlar oluştururlar. Bu kapsamda taşınır ve taşınmaz mallar ile alacak haklarına karşı dolandırıcılık suçu işlenebilir. Bunlar dışında kalan, borçlar gibi diğer unsurlara karşı mahiyeti gereği bu suç işlenemez.

Dolandırıcılık suçunun işlenmesinde failin güttüğü temel amaç, sadece mağdura zarar vermek değil, mağdurun uğradığı zarara paralel olarak kendisine veya başkasına bir yarar sağlamaktır. Aksi durumda, yani failin amacının kendisine veya başkasına menfaat sağlamak olmadığı veya yarar sağlamanın imkânsız olduğu hallerde dolandırıcılık suçunun varlığından bahsedilmeyecektir. Dolandırıcılık suçu açısından mağdurun uğradığı zarar ve buna paralel olarak fail tarafından elde edilen yararın ekonomik bir değer ifade etmesi gerekir. Tartışılması gereken konu uğranılan zarar ve elde edilen yararın her halde objektif kıstaslara göre mi belirleneceği, yoksa olaysal olarak bir değerlendirmeye konu yapıp yapılamayacaklarıdır.

Piyasa koşulları çerçevesinde maddi bir değeri olmayan, sadece sahibi açısından manevi ve bu nedenle maddi bir değere sahip olan eşyaların da dolandırıcılık suçuna konu olabileceğini kabul etmek gerekir. Şöyle ki, örneğin failin hileli davranışları ile aldatılan bir kişi, kendisine atalarından yadigâr kalan bir fotoğrafı faile veya yönlendirdiği bir başkasına vermiştir. Teslim edilen resmin, resmin sahibi dışında herhangi bir piyasa değeri bulunmamaktadır. Bu halde resmin sahibinin manevi olarak zarara uğradığı, ancak maddi açıdan zarara uğramadığı söylenebilir. Hatta bu durumda, objektif bir değerlendirmeye göre suçun maddi konusunun imkânsızlığından, yani işlenemez suçtan da bahsetmek mümkündür. Sübjektif bir değerlendirme yapıldığında mağdurun resmin

elinden çıkması nedeniyle zarar gördüğü aşikârdır. Zira resmin en azından bir kâğıt değeri olduğu ve buna paralel mağdurun maddi zarar gördüğü ortadadır. Buna ek olarak söz konusu resmin mağdur açısından sahip olduğu manevi değere paralel olarak, mağdurca biçilecek maddi bir değeri de vardır. Bu onun muhtemel ancak kesin sayılabilecek bir zararı olarak kabul edilmelidir. Aşağıda inceleme konusu yapılacağı üzere, mağdurun zarar gördüğü ancak fail veya üçüncü kişilerin yarar sağlayamadığı hallerde de dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bu tür olaylarda fail, yarar sağlayacağı ümit ve beklentisi ile eylemlerini gerçekleştirmektedir. Ortada yarar sağlama açısından mutlak bir imkânsızlık ta bulunmamaktadır. Zira mağdur belirli bir bedel ödemek karşılığında söz konusu resmi almaya çoğu durumda hazırdır. Mağdurun bu eğilimi fail veya üçüncü kişi açısından muhtemel bir yarardır.

III. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN FAİLİ (SUÇUN AKTİF SÜJESİ)

A. Dolandırıcılık Suçu Failliğinin Nedenleri

Dolandırıcılık, beyaz yakalı suçlar (white collar crime) kategorisinde değerlendirilebilecek, sosyal, ekonomik, idari ve siyasi yapıda statü sahibi olan kişiler ile zeka seviyesi yüksek bireyler tarafından yaygın olarak işlenmesi mümkün, mahiyeti itibarıyla mağdurunca fark edilmesi ve ispatı zor, günün koşullarına çok kolay ve rahat şekilde adapte olabilen ve bu nedenle zamana ve mekana göre evrilip kendini geliştirebilen bir suç tipidir. Dolandırıcılığın sahip olduğu özellikler/eksiklikler/olanaklar, bu tür eylemleri gerçekleştirebilecek kişi veya kişilerin ortaya çıkmasına da zemin hazırlamaktadır.

Dolandırıcılar genel olarak zeka seviyeleri yüksek kişilerdir. Bu nedenledir ki iletişim ve bilgi teknolojilerindeki gelişimleri yakından takip edip, sosyal ve ekonomik hayattaki değişimleri de gözönüne alarak, bireylerin ve sistemin eksik veya zayıf yönlerini kollayıp “hileli davranışlarını” inşa ederler. Bundan dolayıdır ki bu suçun faillerine bir tür “dolandırıcılık sanatkârı” denilebilir¹⁰⁷. Dolandırıcılar, doğrudan temin edemeyecekleri menfaatlere, sahibini aldatıp görünürde rızasını da alarak, dolaylı yoldan sahip olurlar ve sanatlarını bu şekilde icra ederler.

¹⁰⁷ Buell: s. 1973.

Bünyesinde hileli davranışları barındıran ve buna paralel muhatabının zarara uğramasına ve sahibinin yarar elde etmesine olanak sağlayan suçların önemli bir kısmının çalışanlar ve idarecileri tarafından, çalıştıkları özel ve kamu kurum/kuruluşlarına karşı işlenmektedir. Ülkemizde bu konuda sağlıklı bir veri ve inceleme olmamasına karşın, İngiltere’de 1997 yılında yapılan istatistiki bir çalışma sonucunda, tüzel kişiliklere karşı işlenen dolandırıcılık suçlarının yüzde 58’inin idari yetkilere sahip olmayan personel tarafından, yüzde 33’ünün idari pozisyonda bulunan çalışanlarca işlendiği tespit edilmiştir¹⁰⁸.

Suç bilimi uzmanı Dr. Donalt Cressey tarafından, normal insanların neden dolandırıcılık suçu işlediklerini izah etmek için “dolandırıcılık üçgeni” adını verdiği bir teori geliştirilmiştir. Buna göre kişileri dolandırıcı olmaya iten üç neden vardır: *baskı*, *fırsat* ve *mantıkileştirme*. *Baskıdan* kasıt, bireyleri dolandırıcılık eylemini gerçekleştirmeye iten ve zihinlerinde baskı oluşturan ekonomik, psikolojik veya sosyal ortam kaynaklı etkenlerdir. Çok dürüst olan bir çalışan, içerisine düştüğü borç sarmalı nedeniyle, kendisine duyulan güveni kötüye kullanarak ortaya koyduğu hileli davranışlar çerçevesinde dolandırıcılık suçu işleyebilir. *Fırsat ise*, bireylerin hileli davranışlar ile yarar sağladıkları taktirde yakalanmama ihtimalleri ve bu olanağın kişileri suç işlemeye teşvik etmesidir. Son olarak *mantıkileştirme* ile anlatılmak istenen, yaptığı yanlış hareketin gerçekte doğru olduğuna kişinin kendisini inandırmasıdır. Mantıkileştirmeye örnek olarak şu durumlar verilebilir: “gereğinden fazla çalışıyorum buna karşın az ücret alıyorum ve taktir edilmiyorum”, “yaşlı annemin/babamın acil kalp ameliyatına ihtiyacı var”, “patronum bana aşağılıkımışım gibi davranıyor”, “bu parayı şimdilik borç olarak alıyorum, daha sonra yerine koyarım zaten”, “borçlarımı ödemem ve ailemi sıkıntılı durumdan korumak zorundayım”¹⁰⁹.

Çevresel ve kişisel faktörler kişilerin suç eğilimlerde artış veya azalış meydana getirir. Bireyler akılcı tercihlerde bulunurlar (akılcı seçim teorisi) ve bu seçimlerini yaparken kendilerine sunulan olanakları değerlendirirler (rutin/olağan etkinlik/hareket teorisi). Son teoriye göre bir suçun işlenebilmesi için, motive olmuş ve karar vermiş bir fail, eylemin üzerinde icra edilebileceği uygun bir mağdur/ortam ve eylemin gerçekleştirilmesini önleyecek muhtemel bir korumanın/engelin olmaması gerekir.

¹⁰⁸ Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.43.

¹⁰⁹ Harvey Gilmore: “This is not A Symposium on How To Commit Fraud- But, If It Were...”, Journal of Business and Securities Law, Cilt: 11, Sayı: 2, Bahar 2011, s. 211.

Dolandırıcıların bazıları, bu tür eylemleri işlemeyi kendilerine meslek edinen kişiler olmasına karşın, çoğunluğu ise normal hayatlarında yasalara sadık olan ancak kişisel bazı durumlar nedeniyle, ortamın uygun olmasını da fırsat bilerek dolandırıcılık eylemlerini gerçekleştiren kişilerdir. Suç işlemeye karar vermiş bir dolandırıcı, uygun bir hedef (mağdur) ve fırsat elde ettikten sonra, kendisini engelleyecek bir sebep olmadığı takdirde eylemini gerçekleştirmektedir¹¹⁰.

Kayıtlı bir ekonomik sistemin olmaması, kişisel verilerin güvenliğinin temin edilememesi, bankacılık sistemi ile bilgi ve iletişim teknolojisi sisteminin tam anlamıyla işleyip denetlenememesi, tüketici haklarını koruyacak yasal ve idari alt yapının kurulamaması da dolandırıcılık eylemlerinin işlenmesini kolaylaştırmakta ve bireyleri kolay yoldan ve herhangi bir sorumluluğa tabi olmaksızın para kazanma yoluna teşvik edebilmektedir¹¹¹.

Yapılan bir akademik çalışma ile dolandırıcılık eylemi failinin profili tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu çalışma verilerine göre dolandırıcılar genel olarak şu şekilde tarif edilmiştir; 35-45 yaş arası, erkek, eğitim seviyesi yüksek, önemli ekonomik sorunları bulunan, daha önceden birden fazla suça karışmış ancak herhangi bir mahkumiyet/suç kaydı bulunmayan, itibar sahibi/güvenilir, dolandırıcılık eylemlerinde uzmanlaşmış, genellikle tek başına çalışan bir kişiliktir¹¹². Büyük miktarda zarar oluşumuna sebep olan 16 dolandırıcılık suçu faili üzerinde yapılan bir araştırmada, kişileri dolandırıcılık suçu işlemeye iten temel sebeplerin: İçine düşülen borç döngüsü, aç gözlülük, bıkınlık, şantajla maruz kalma, geçici cinnet/çılgınlık hali ile toplumda önemli bir statü elde ve kısa yoldan zengin olma arzusu olduğu belirlenmiştir¹¹³.

¹¹⁰ Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.44-45.

¹¹¹ Rothschild/Throne: s. 661 vd.,

¹¹² Andreas Kapardis/Maria Krambia-Kapardis: "Enhancing Fraud Prevention and Detection by Profiling Fraud Offenders", Journal of Criminal Behaviour and Mental Health, 2004, 14 (3), s. 197; Henk van de Bunt/Wim Huisman: "Organizational Crime in the Netherlands", Crime and Justice, Cilt: 35, Sayı: 1, 2007, s. 235.

¹¹³ Martin Gill: "Learning from Fraudsters: Reinforcing the Message", Perpetuity and Consultancy International, 2007, s.40-44 ([http://www.knowledgeleader.us/KnowledgeLeader/Content.nsf/Web+Content/WPA_LearningfromFraudsters2/\\$FILE/Learning%20from%20Fraudsters%20%20-%20Reinforcing%20the%20Message.pdf](http://www.knowledgeleader.us/KnowledgeLeader/Content.nsf/Web+Content/WPA_LearningfromFraudsters2/$FILE/Learning%20from%20Fraudsters%20%20-%20Reinforcing%20the%20Message.pdf) , E.T. 23.6.2014); Bireylerin yalan söyleme ve hileli davranışlar sergileyerek muhatabını kandırma eylemlerinin nedenleri konusunda yapılan bilimsel çalışma için bkz. William Healy/Tenney Healy: "Pathological Lying, Accusation, and Swindling", Criminal Science Monographs, 1915, s. 1-278, s.249-278.

B. Gerçek Kişilerin Failliği

Fail, yasa da yapılması yasaklanan veya yapılmaması emredilen ve suç olarak tarif edilen fiili işleyen kişidir¹¹⁴. Gerçek kişilerin suçun faili olabilecekleri hususu tartışmasıdır. Failin sadece gerçek kişilerden ibaret olup olmadığı, gerçek kişiler dışında kalan hukukî kişilikler tarafından da herhangi bir suçun işlenip işlenemeyeceği ise tartışmalıdır¹¹⁵. Öğretide savunulan bir görüşe göre; irade serbestisine yani bir şeyi yapma veya yapmama konusunda seçim hakkı olmayan, insanlar dışındaki diğer varlıkların suçların faili olamayacakları; tüzel kişiliklerin kurumsal olarak bir suçun faili olabileceklerinin kabulü durumunda dahi işlenen suçların, tüzel kişilerin temsilcileri olan gerçek kişiler tarafından işlenmesi gerektiği, bu halde sorumluluğun suçu işleyen gerçek kişiye/kişilere ait olacağı ileri sürülmüştür.¹¹⁶ Buna karşın, aksi fikirde olan ve tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi cezaî sorumluluklarının olması gerektiğini, dolayısıyla suçun faili olabileceğini savunan yazarlarda bulunmaktadır¹¹⁷. Tartışmalı olan bu konu yasa koyucu tarafından, son görüş doğrultusunda çözüme kavuşturularak, tüzel kişilerin, yararlarına işlenen kasıtlı suçlardan dolayı temsilcilerinin mahkûmiyeti halinde sorumlu olacakları ve haklarında güvenlik tedbirine hükmedilebileceği yönünde bir düzenleme yapılmıştır (TCK m. 20, 60).

Türk Ceza Kanunu'nun dolandırıcılık suçunu tanımlayan 157. maddesi incelendiğinde, failinin gerçek bir kişi olması gerektiği açıktır. Zira söz konusu suçun oluşabilmesi için hileli davranışlarda bulunarak bir kişiyi aldatıp, kendisine veya başkasına yarar sağlayabilen bir kişinin varlığı gereklidir. Bu kişinin hileli davranışlarda bulunma, zarar verme ve yarar temin etme konusunda iradesinin ve ehliyetinin olması, bu konuda irade beyanında bulunabilecek yetenekte bulunması gerekmektedir. Bu nedenle dolandırıcılık suçunun failinin gerçek bir kişi olması zorunludur.

¹¹⁴ Dönmezer/Erman: C.II, s. 401; Toroslu: Genel Kısım, s. 323; Muharrem Özen: "Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış", AÜHFD, 2003, C.52, s. 63.

¹¹⁵ Özen: Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, s. 63; Bu konuda 5237 sayılı TCK'dan önceki dönemde yapılan tartışma ve açıklamalar için bkz. Duygun Yarsuvat: "Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 889-918; İzzet Özgenç: "Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti", Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 319-344; Özen: Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, s. 63-74.

¹¹⁶ Yarsuvat: Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, s. 895; Zeki Hafızogulları: Türk Ceza Kanunu Tasarısı, ABD, 1998, Y.54, S. 1, s. 52; Özen: Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, s. 78-85; Sedat Bakıcı: Özel Hükümleri, s. 215.

¹¹⁷ Dönmezer/Erman: C.II, s. 413; Özgenç: Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti, s. 324; Doğan Soyaslan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. B., Ankara 2005, s. 550-551; Ersan Şen: Çevre Ceza Hukuku (Ceza Hukuku Açısından Sağlıklı ve Düzenli Çevrede Yaşama Hakkı), İstanbul 1994, s. 140-141.

Dolandırıcılık suçu, belirli bazı özelliklere sahip kişiler tarafından işlenebilen özgü suçlardan farklı olarak, herkes tarafından işlenebilir. Kanunda yasa koyucu, fail yönünden bir özellik aramamış, bunu “kendisine veya başkasına yarar sağlayan” ibareleri ile ifade etmiştir¹¹⁸. Dolandırıcılık suçunun işlenmesi sürecine, hileli davranışlarda bulunarak muhatabın aldatılma sürecine katılmayıp, bu aldanma neticesinde elde edilecek yarardan faydalanmak suretiyle iştirak de mümkündür. Bu şekilde yarar sağlayan kimse iştirak hükümleri çerçevesinde işlenen suçtan sorumlu olacaktır¹¹⁹. Bununla birlikte failin belirli bazı nitelikleri taşıması suçun oluşumu açısından değil, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, suçun nitelikli hallerinin veya hafif şeklinin oluşumu açısından önemlidir¹²⁰.

C. Fail Olarak Tüzel Kişiler

1. Tüzel Kişilerin Failliği

Anayasa’nın 38. maddesinde belirtilen “ceza sorumluluğu şahsidir” kuralı, TCK’nın 20/1. maddesinde “*Ceza sorumluluğu şahsîdir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu ilke uyarınca, kişi ancak kendi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulabilir; suç işlemedikçe ya da başkalarının işlediği suça iştirak etmedikçe kimseye ceza sorumluluğu yüklenemez¹²¹. Organ veya temsilcilerin işledikleri fiillerden dolayı tüzel kişilik hakkında cezaî yaptırıma hükmedilmesi, tüzel kişinin bütün üyelerinin veya ortaklarının da cezalandırılması anlamına gelecektir. Bu ise ceza hukukunun temel ilkelerinden olan cezaî sorumluluğun şahsiliği prensibinin ihlalidir.

Doktrinde tüzel kişilerin, temsilci veya organları tarafından işlenen suçlardan sorumlu olup olmayacağı; sorumlu olacaklar ise bu sorumluluğun kapsam ve niteliğinin ne olacağı hususları tartışmalıdır. İnceleme konumuzun sınırları dışında kalması nedeniyle bu konudaki tartışmaların ayrıntılarına girmeyeceğiz¹²².

¹¹⁸ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 527; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3571; Gökçen/Balcı: s. 13; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 449; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 590; Tümerkan: s. 21; Artuç: s. 360; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 538.

¹¹⁹ Yavuz: s. 350.

¹²⁰ Aşağıda bkz. Üçüncü Bölüm, V.

¹²¹ Özgenç: Gazi Şerhi, s. 272.

¹²² Tüzel kişilerin cezaî sorumlulukları hakkındaki tartışmalar ve açıklamalar için bkz. Özgenç: Gazi Şerhi, s. 271 vd.

Tüzel kişilerin, organ veya temsilcileri tarafından işlenen suçlardan dolayı sorumlulukları konusunda 765 sayılı TCK'da açık bir düzenleme yoktu. Tüzel kişilerin ekonomik ve sosyal hayattaki konum ve işlevlerini göz önüne alan yasa koyucu, organ veya temsilcileri tarafından yararlarına suç işlendiğinin tespit edilmesi halinde, tüzel kişiler hakkında cezaî yaptırım uygulanamayacağını; buna karşın güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlara hükmedilebileceğini kabul etmiştir (TCK m. 20/2).

TCK'nın ceza sorumluluğunun şahsîliğini düzenleyen 20. maddesine bakıldığında, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ve kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Adı geçen maddeye göre suçlar ancak gerçek kişiler tarafından işlenebilir. Kişiler topluluğu olarak adlandırabileceğimiz, hukukun kendilerine kişilik tanıyarak, faaliyetleri doğrultusunda irade beyanında bulunma hakkı verdiği tüzel kişiler suçun doğrudan faili olamazlar. Kanun koyucu günümüz dünyasında tüzel kişilikler tarafından kurumsal olarak işlenen suçların varlığını, organize olarak işlenen ve meydana getirdiği zarar itibariyle bireysel suçlara göre kamu düzenini daha çok bozucu etkisi olan suçlarda rollerinin olduğunu kabul ederek, bunların da işlenen suçlardan sorumlu olmaları gerektiğini hükme bağlamıştır. Tüzel kişilere uygulanacak yaptırım, gerçek kişilere uygulanan cezaî yaptırımlar ile aynı olmayıp, tüzel kişiliklerin mahiyetlerine uygun güvenlik tedbiri niteliğinde olabilecektir (TCK m.20/2). Bununla birlikte tüzel kişiler adına faaliyette bulunan kişi veya kişilerin işledikleri suçlar açısından TCK'nın 20/1 maddesi uyarınca ayrıca cezaî sorumluluklarının bulunacağı şüphesizdir.

Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğu TCK'nın 60. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, verilen iznin iptal edilebileceği veya tüzel kişi yararına işlenen suçlarda haklarında müsadere hükümlerinin uygulanabileceği hükme bağlanmıştır.

Yasa koyucu tüzel kişilerin hukukî yapılarına uygun belirli bazı suçlara iştirak edebileceklerini öngörerek, tüm suçlar açısından değil belirli bazı suçlar nedeniyle sorumluluklarının olduğunu kabul etmiştir. TCK'nın 60/4 maddesi uyarınca tüzel kişiler hakkındaki güvenlik tedbirlerine, kanunda belirtilen özel hallerde hükmedilebilir. Bu maddeleri ceza kanunu içerisine serpiştiren yasa koyucu bazı suçlar açısından tüzel

kişilerin bizzat suçun içerisinde bulunmasını göz önüne alarak¹²³, diğer bazı suçlar açısından da tüzel kişiliklerin işlenen suçlardan menfaat temin ettiğini öngörerek¹²⁴ tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğini hükme bağlamıştır.

2. Dolandırıcılık Suçu Açısından Tüzel Kişilerin Failliği ve Sorumlulukları

Yukarıda da belirttiğimiz üzere tüzel kişiler doğrudan suçun faili olamazlar. Bununla birlikte tüzel kişilerin kurumsal olarak işlenen suçun içerisinde bulunmaları ve bu nedenle işlenen suçtan sorumlu tutulmaları mümkündür. Bir kısım suçların işlenmesinde kurumsal varlıkları itibariyle suçun işlenmesi aşamasında aktif rol oynayan tüzel kişiler, bir kısım suçlar açısından da suça katılmasalar dahi, suçtan elde edilen menfaatlardan yararlanabilirler. Her iki durumda da tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilir.

Dolandırıcılık suçunun yapısı itibariyle, hileli davranışlarda bulunabilecek, hedeflediği kişi ile doğrudan iletişime geçecek, yaptığı hileli davranışlar ile hedeflenen kişinin iradesi üzerinde baskı kurabilecek, kurduğu baskı ile hedeflenen kişinin kendisi veya başkası zararına sakatlanan rızasıyla işlemde bulunmasını temin edecek gerçek bir kişinin bulunması zorunludur. Bu gerçek kişi kendi adına hileli davranışlarda bulunabileceği gibi, temsilcisi olduğu tüzel kişilik adına da bu hareketleri gerçekleştirebilir.

Yapıları itibariyle tüzel kişiler dolandırıcılık suçunun doğrudan faili olamazlar. Buna karşılık gerçek kişiler, tüzel kişiler lehine onlara menfaat temin etmek amacıyla dolandırıcılık suçu işleyebilirler. Bu durumda işlenen suçlardan dolayı tüzel kişinin de

¹²³ Kanun koyucu TCK'nın 60/4 maddesi uyarınca bir kısım suçların tüzel kişilerin doğrudan katılımı ve iştirakiyle işlendiğini öngörerek, bu suçların işlenmesi nedeniyle sorumlulukları tespit edilen tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre; Soykırım suçu (TCK m. 76/3), İnsanlığa karşı suçlar (TCK m. 77/3), Soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçların bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesi (TCK m. 78/2), Göçmen kaçakçılığı suçu (TCK m. 79/4), İnsan ticareti suçu (TCK m. 80/4), Organ ve doku ticareti suçu (TCK m. 91/7), Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar nedeniyle (TCK m. 140/1), Çevrenin kasten kirletilmesi suçu (TCK m. 181/5), Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarının bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde (TCK m. 189/1), Müstehcenlik suçu (TCK m. 226/6), Fuhuş suçu (TCK m. 227/7), Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (TCK m. 228/3), Suçtan kaynaklanan malvarlığını değerlerini aklama suçu (TCK m. 282/5), Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçu (TCK m. 302/3), Devlete karşı savaşa tahrik suçu (TCK m. 304/3), Anayasayı ihlal suçu (TCK m. 309/3).

¹²⁴ Yasa koyucu bir kısım suçların, tüzel kişilerin dahili olmadan işlenebileceklerini ancak bu suçlar nedeniyle tüzel kişilerin menfaat temin edebileceklerini öngörerek, bu durumlarda da tüzel kişilerin sorumluluğunu kabul ederek haklarında güvenlik tedbirlerine hükmedilebileceğini hükme bağlamıştır. Bu kapsamda tehdit, şantaj, cebir veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları nedeniyle (TCK m. 111/1), hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçları nedeniyle (TCK m. 169/1), ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin işlenen suçlar nedeniyle (TCK m. 242/1), bilişim alanında işlenen suçlar nedeniyle (TCK m. 246/1), rüşvet suçunun işlenmesi nedeniyle (TCK m. 253/1) tüzel kişiler menfaat temin etmişler ise haklarında güvenlik tedbirleri uygulanabilmektedir.

sorumluluğu ortaya çıkabilecektir. Türk Ceza Kanunu'nun 169. maddesine göre *“dolandırıcılık suçlarının işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur”*.

Yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere tüzel kişilerin işlenen dolandırıcılık suçundan dolayı sorumlu olabilmeleri için, işlenen suç nedeniyle haksız bir menfaatin sağlanmış olması gerekir. Burada dolandırıcılık suçunun tüzel kişinin organları veya çalışanları tarafından işlenip işlenmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan tüzel kişiliğin işlenen dolandırıcılık suçu nedeniyle menfaat temin etmesidir. Dolayısıyla, tüzel kişilikle herhangi bir organik bağı olmayan üçüncü bir kişinin işlediği dolandırıcılık suçu nedeniyle de tüzel kişiliğin aktifinde bir artma olması veya pasifinde bir azalmanın önlenmiş olması halinde; tüzel kişinin menfaat sağladığını ve tüzel kişilik hakkında güvenlik tedbiri uygulanması gerektiğini kabul etmek gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki, suçu işleyen kişinin tüzel kişi ile organik bağının olup olmaması uygulanacak güvenlik tedbirinin türü konusunda bir değişiklik meydana getirebilir.

Burada göz önünde bulundurulması gereken önemli bir husus, üçüncü kişilerin işledikleri dolandırıcılık suçundan dolayı tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmeleri için, tüzel kişi temsilcilerinin işlenen dolandırıcılık suçuna, en azından “yardım eden” sıfatıyla katılmış olmalarının gerekli olmasıdır. Zira tüzel kişilerin, işlenen bir dolandırıcılık suçundan elde edilen menfaatten, suçun işlenmesinden haberdar olmadan da yararlanmış olmaları olanaklıdır. Bu halde tüzel kişiler hukukî açıdan sorumlu tutulabilirler. Ancak cezaî açıdan sorumlu oldukları kabul edilerek, haklarında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi mümkün değildir. Ceza hukukunda kişilerin herhangi bir eylemlerinden dolayı sorumlu tutulabilmeleri için kastlarının bulunması gerekir. Kişilerin taksirli fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilmeleri için, kanunda açık bir düzenleme bulunmalıdır. Yani kişilerin kasti eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmaları kural, taksirli eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmaları ise istisnadır. Tüzel kişiler açısından bu kuralın dışına çıkmayı gerektirecek herhangi bir yasal düzenleme yoktur.

Tüzel kişinin organ veya temsilcisinin bizzat iştirak etmesiyle işlenen dolandırıcılık suçu nedeniyle tüzel kişiliğin yarar sağlaması durumunda, söz konusu tüzel kişilik bir kamu kurumunun verdiği izne bağlı olarak faaliyette bulunuyor ise, tüzel kişilik hakkında bu iznin iptali güvenlik tedbirine karar verilebilir (TCK m. 60/1). Bununla birlikte dolandırıcılık suçu neticesinde tüzel kişilik tarafından haksız bir yarar sağlanmış

ise, elde edilen haksız menfaatin müsadereğine karar verilebilir (TCK m. 60/2, TCK m. 55)¹²⁵. Tüzel kişilerin organ veya temsilcileri dışındaki kişiler tarafından işlenen dolandırıcılık suçu nedeniyle tüzel kişiliğin haksız menfaat temin etmesi durumunda, tüzel kişilik hakkında sadece müsadere güvenlik tedbirine başvurulabileceği, bunun dışında başkaca bir güvenlik tedbirine başvurulamayacağı yasal düzenlemenin bir gereğidir. Buradaki müsadere kasıt eşya müsadere değil, TCK'nın 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsadere¹²⁶.

D. Dolandırıcılık Suçunda Fail Olarak Kamu Görevlisinin Gösterdiği Özellik

Dolandırıcılık suçu özgü suçlardan değildir. Bu suçun faili herkes olabilir. Ancak kanun koyucu kamu görevlisinin, görevinin kendisine sağladığı yetki ve imkânları kötüye kullanarak hileli davranışlarda bulunup, kişileri kandırarak, kendisi veya başkasına yarar sağlaması durumunda dolandırıcılık suçunun değil, TCK'nın 250/2 maddesinde düzenlenen irtikâp suçunun oluşacağını hükme bağlamıştır. Örneğin, mağdurun vergi borcu olduğunu öğrenen ve vergi tahsilâtı konusunda yetkili olmayan bir kamu görevlisinin, mağdurun yanına gidip, bu paranın kendisine ödenmesi gerektiğini belirterek, daha önceden hazırladığı sahte evrakları göstermek suretiyle, gerek kamu görevlisi olmasının, gerekse ibraz ettiği belgenin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, kendisine ödenmesi gerekmeyen bir paranın, mağduru ikna ederek ödenmesinin sağlanması halinde, kamu görevlisi olan failin eylemi TCK'nın 157. maddesinde belirtilen basit (temel) dolandırıcılık suçunu değil, TCK'nın 250/2. maddesinde düzenlenen irtikâp suçunu oluşturacaktır¹²⁷.

Türk Ceza Kanunu'nda kamu görevlileri hakkında özel bir düzenleme yapılmamış olsaydı, kamu görevlilerinin hileli davranışlarda bulunarak bir kişinin zararına,

¹²⁵ Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir (TCK m. 60/3).

¹²⁶ Türk Ceza Kanunu'nun Kazanç Müsadere başlıklı 55. maddesi şu şekildedir: "1. Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadereğine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir. 2 Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere el konulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadereğine hükmedilir. 3. Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun iyi niyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.

¹²⁷ Benzer bir Yargıtay kararı için bkz. 6. CD., 28.2.1986, E. 1986/735, K. 1986/795 (Tümerkan: s. 22, dpn. 65).

kendisi veya başkalarının yararına menfaat temin etmeleri, dolandırıcılık suçu açısından genel düzenleme olan TCK'nın 157 veya 158 maddelerinde belirtilen suça sebebiyet verecekti. TCK'nın 250/2 maddesinde belirtilen suçun unsurları incelendiğinde, bu suçun unsurları ve işleniş şekli itibariyle TCK'nın 157/1. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun unsurları ile aynı olduğu görülecektir. Bu nedenle bu suça “özel dolandırıcılık” suçu veya “kamu görevlisinin dolandırıcılık suçu” da denilebilir¹²⁸.

TCK'nın 250/2-3. maddelerinde belirtilen ve ikna suretiyle irtikâp suçu olarak adlandırılan, dolandırıcılık suçunun özel bir şekli olduğunu düşündüğümüz suçun failinin kamu görevlisi olması zorunludur. Dolandırıcılık suçundan farklı olarak bu suç ancak kamu görevlileri tarafından işlenebilir¹²⁹. Her iki suç arasında içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına dair görüşlerimize ileride yer vereceğiz¹³⁰.

Yasa koyucu kamu görevlileri tarafından yapılan hileli davranışların yapılmasındaki kolaylık, kişilerin aldanma ihtimallerinin fazla olması, kamu gücünün kullanılması suretiyle kamu görevlilerinin bu husustaki yetkilerini kötüye kullanmaları ve bunun sonucu olarak kamu otoritesinin ve güveninin sarsılması hususlarını göz önüne alarak kamu görevlileri açısından özel bir düzenleme yapmıştır.

Kamu görevlisinin görevi sırasında işlediği ancak görevinin kendisine sağladığı yetki ve olanakları kötüye kullanmadan işlediği dolandırıcılık suçu herhangi bir özellik göstermez. Bu halde eylemin gösterdiği özellik itibariyle kamu görevlisi dolandırıcılık suçunun basit, nitelikli veya hafif şekillerinden birisi kapsamında sorumlu tutulacaktır.

E. Suçun Nitelikli Halleri Açısından Failin Gösterdiği Özellik

Yasa koyucu dolandırıcılık suçunun temel (basit) şekli açısından, failde bulunması gereken herhangi bir özellikten bahsetmemiştir. Bu nedenle suçun temel hali herkes tarafından işlenebilir. Buna karşın, dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinin düzenlenmesinde, bir kısım kişilerin yaptıkları işin niteliği, temsil ettikleri tüzel kişiliklere duyulan itimat nedeniyle suçun işlenmesindeki kolaylık ve ticaret hayatındaki güveni

¹²⁸ Burada kamu görevlisinin dolandırıcılığa benzer bir eyleminin söz konusu olduğu hususunda bkz. Gökcan: s. 509.

¹²⁹ İkna suretiyle irtikâp suçu ile dolandırıcılık suçu arasında içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda ayrıntılı inceleme ve değerlendirme için aşağıda bkz. Dördüncü Bölüm, V, B, 2.

¹³⁰ Aşağıda bkz. Altıncı Bölüm, IV, A.

sağlamak gibi nedenlerle, bazı faillerin eylemlerine daha ağır cezaî yaptırım öngörülmüştür. Dolandırıcılık suçunun tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişiler tarafından, ticari faaliyetleri sırasında işlenmiş olması (TCK m. 158/1-h), kooperatif yöneticilerince kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenmiş olması (TCK m. 158/1-h) veya serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olması durumunda (TCK m. 158/1-i), işlenen suçun failleri suçun basit haline nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılacaklardır. Dolandırıcılık suçunun belirtilen nitelikli hallerinden sorumlu tutulabilmeleri için, faillerin belirtilen özellikleri taşıması yani tacir, şirket yöneticisi, kooperatif yöneticisi veya serbest meslek sahibi olmaları gerekmektedir. Söz konusu nitelikli haller ancak bu özelliklere sahip kişiler tarafından gerçekleştirilebilir.

Failinde belirli özelliklerin bulunmasının arandığı, bu özelliklere sahip olmayan kişiler tarafından işlenemeyen suçlara “özgü suç” veya “mahsus suç” adı verilir¹³¹. Özgü suçların özelliği, failin öngörülen sıfatı taşıyan bir kişi olmaması halinde, fiilin o suçu veya nitelikli hali oluşturmamasıdır¹³². Bu nedenle yasada belirtilen özellikleri taşımayan kişilerin dolandırıcılık suçunu işlemeleri durumunda, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinden değil, basit (temel) halinden sorumlu tutulacaklardır. Örneğin, serbest meslek ile uğraşmayan veya kooperatif yöneticisi olmayan bir kişinin, serbest meslek sahibi veya kooperatif yöneticisi gibi davranıp, hileli davranışlar sergileyerek, muhatap aldığı kişiyi aldatmış olması halinde, fail dolandırıcılık suçunun basit şeklinden sorumlu tutulacak veya şartları var ise hakkında dolandırıcılık suçunun diğer nitelikli halleri uygulanabilecektir.

Faillerin tacir, ticaret yöneticisi veya şirket ya da kooperatif yöneticisi olmalarına karşın, ticari faaliyet ve kooperatif faaliyeti kapsamında işlenmeyen, serbest meslek sahiplerine duyulan güvenden yararlanmadan gerçekleştirilen dolandırıcılık suçları, suçun nitelikli değil basit hali kapsamında değerlendirilecektir.

¹³¹ Dönmezer/Erman: C. II, s. 424.

¹³² Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 472.

IV. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN MAĞDURU (SUÇUN PASİF SÜJESİ)

A. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında “Mağdur” Kavramı

Her suçun bir mağduru vardır. Suçun sùjelerinden biri de mağdurdur. Mağdur, suç u oluşturan fiilden doğrudan etkilenen kimse veya kimselerdir. Diğ er bir deyişle mağdur, suç ile ihlal edilen, yani suçun hukukî konusunu oluşturan varlık veya menfaatin sahibidir¹³³. Suçun mağduru gerç ek kişi olabileceğ i gibi tüzel kişi de olabilir¹³⁴.

“Suçun mağduru” ile “suçtan zarar gö ren kişi” kavramları, sıklıkla birbirleri yerine kullanılmakta iseler de, yekdiğ erinden farklıdır. Suçtan zarar gö ren kavramı mağdura göre daha geniş bir içeriğ e sahiptir. Kural olarak mağdur, aynı zamanda bir suçun iş lenmesiyle zarar gö ren kişidir. Ancak mağdur ile suçtan zarar gö ren kişilerin her zaman aynı kişi olması zorunlu değ ildir. Yani, belirli bir suçtan, mağdur dışında kalan başka kimselerin de hukuken korunan varlık veya menfaatleri zarara uğ ramış olabilir¹³⁵. Suçun mağduru suçtan doğ an ceza ilişkisinin tarafı olduğ u halde; suçtan zarar gö ren kimse, hukuk ilişkisinin tarafıdır ve iddiası esas itibariyle hukuksal nitelik tařımaktadır¹³⁶.

Bir suçun iş lenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğ rudan veya dolaylı olarak ihlal edilen kimse suçtan zarar gö rendir. Suçun mağduru, kural olarak iş lenen suç kendisine karşı bir haksızlık teşkil ettiğ inden dolayı aynı zamanda suçtan zarar gö rendir. Kavramları bir ö rnek üzerinde aç ıklamak gerekirse, kasten yaralama suçunda, vücut bütünlüğ ü ihlal edilen kişi hem mağdur ve hem de suçtan zarar gö rendir. Bununla birlikte bazı suçlar açısından, suçun mağdurundan başka, diğ er kimselerin de hukuken korunan haklarının ihlal edilmiş olması ve bu nedenle zarar gö rmüş olmaları mümkündür. Kasten öldürme suçunda, suçun mağduru ö len kimsedir. Bununla birlikte, ö len kişinin mirasç ı ve

¹³³ Toroslu: Genel Kısım, s. 95; Ö zgenç: Gazi şerhi, s. 218.

¹³⁴ Dönmezer/Erman: C. II, s. 427.

¹³⁵ Bahri Ö ztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Ö zge Sırma/Yasemin Saygılar: Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Kavramlar, Turhan Kitapevi, 2006, s. 200; Dönmezer/Erman: C. II, s. 426-427; Gök cen/Balcı: s. 14; Ö zgenç: Gazi şerhi, s. 218-219; Nur Centel: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakim in Tarafsızlığ ı, İ stanbul 1996, s. 54; Devrim Gü ngör: 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Iř ığında şikayet Kurumu, Ankara 2009, s. 43-45; Suçtan zarar gö ren tarafın belirlenmesi hususunda gözönüne alınacak bir kısım kriterler ve bu tespitin önemine vurgu yapan ö rnekler için bkz. Metin Feyzioğ lu: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s. 35-37; 6. CD., 18.07.2007, E. 2006/1299, E. 2007/5255: “Tekel tarafından ihraç edilmek üzere üretilen mavi bandrollü sigaraların bandrollerinin sökölerek sarı bandrol takıp satılması eyleminden Tekel idaresinin zarar görmediğ i, zarar gö renlerin, sigaraları satın alan şahışlar olduğ u göz etilmeden, sanıkların Tekel idaresini de dolandırdıklarından bahisle yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi” (Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1390).

¹³⁶ Ö ztürk/Erdem/Sırma/Saygılar: s. 200.

akrabaları mağdur değil, suçtan zarar gören kişilerdir¹³⁷. Yani suçun doğrudan doğruya üzerinde işlendiği kişi veya kurum suçun mağduru iken; işlenen suçtan doğrudan değil dolaylı yoldan etkilenilmesi durumunda ise suçtan zarar gören kişiden bahsedilebilir.

Dolandırıcılık suçunun mağduru, kendisine karşı hileli harekette bulunularak aldatılan gerçek kişi; suçtan zarar gören ise aldanan kişinin tasarrufla bulunmasıyla malvarlığında azalma meydana gelen gerçek veya tüzel kişidir¹³⁸. Çoğu kez mağdur ile suçtan zarar gören aynı kişi olmakla birlikte; mağdur ve zarar görenin farklı kişiler olması mümkündür. Ancak aldatılan ve kendisinin ya da başkasının malvarlığı unsurları üzerinde tasarrufla bulunan kişinin aynı olması gerekir. Aldatılan kişinin üzerinde tasarrufla bulunduğu malvarlığı kendisine ait olabileceği gibi, başkasına da ait olabilir. Örneğin bir kimse, arabasını yıkatmak için oto yıkama işletmesine telefon eder ve arabasını yıkatmak istediğini söyler; bu konuşmayı duyan yan masadaki kişi arkadaşını arayarak yönlendirir ve arkadaşını kendisini oto yıkama işletmesinden gelen birisi olarak tanıtır arabayı alırsa, bu halde her iki arkadaş dolandırıcılık suçundan sorumlu olacaklardır. Bununla birlikte, otogarda eşyalarını bir köşeye bırakan ve lavaboya giden bir kişinin eşyasının hamal çağırılarak, kendi eşyası imiş gibi arabaya yüklettirilmesi fiili dolandırıcılık suçuna değil hırsızlık suçuna sebebiyet verecektir¹³⁹. Zira aldatılan kişinin, tasarrufla bulunduğu malvarlığı üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle kişinin aldatılmasından bahsedilemez.

Dolandırıcılık suçu açısından mağdurun gerçek kişi olması zorunlu iken, suçtan zarar görenin gerçek kişi olması zorunlu değildir. Zira işlenen suçtan dolayı tüzel kişiler de suçtan zarar görmüş olabilirler. Tüzel kişiliklerin organ ve temsilcilerinin hileli davranışlarla aldatılmış olması ve tüzel kişilik aleyhine zarar doğurabilecek bir işlemde bulunmasının temin edilmesi durumunda, suçun mağduru aldatılan organ veya temsilci gerçek kişi iken; tüzel kişilik, dolandırıcılık suçundan dolayı suçtan zarar gören kişidir.

Suçun mağdurunun veya suçtan zarar görenin belirlenmesi önemlidir. Bu durum özellikle TCK'nın 159. madde çerçevesinde şikâyet hakkının kullanılması ve TCK'nın 167. maddesinde öngörülen cezasızlık ve cezada indirip sebeplerinin

¹³⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3572; Dönmezer/Erman: C. II, s. 426; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 538.

¹³⁸ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 30; Yavuz: s. 350.

¹³⁹ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 555.

uygulanması bakımından önem taşır¹⁴⁰. Yine ceza yargılaması sırasında mağdur ve suçtan zarar gören kişilerin bazı hakları vardır. Bu hakları kullanacak olan kişi veya kişilerin belirlenebilmesi için söz konusu sıfatları taşıyanların tespiti zorunludur. Örneğin mağdurların CMK'nın 234. maddesinde belirtildiği üzere soruşturma evresinde delillerin toplanmasını ve soruşturma dosyasından belge örneği isteme, delilleri inceleme, verilen kararlara karşı itiraz yoluna başvurma hakları bulunmaktadır. Kovuşturma evresinde ise; duruşmadan haberdar edilme, davaya katılma, tanık ve başkaca delil gösterme, verilen kararlara karşı katılma hakkını kullanmak şartıyla kanun yoluna başvurma gibi hakları bulunmaktadır. Gerek mağdur ve gerekse suçtan zarar görenlerin açılan kamu davasına katılma hakkına ve katılma talebinin kabulü halinde katılanın hak ve yetkilerine sahiptirler (CMK m.237 vd.).

B. Mağdurun Dolandırıcılık Suçu Açısından Arz Ettiği Özellikler

Dolandırıcılık suçu mağdurunun dar ve geniş anlamda tanımı yapılabilir: Dar anlamda suçun mağduru, failin kullandığı hileli hareketler sonucunda aldatılarak, doğrudan ya da dolaylı olarak zarara uğratılan gerçek kişidir¹⁴¹. Geniş anlamda mağdur ise, zarara uğrayan malvarlığının sahibi olan gerçek ve tüzel kişilerdir¹⁴². Aldatılan kişi ile malvarlığı zarara uğrayan kişinin aynı olması zorunlu değildir¹⁴³. Yapılan bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, dolandırıcılık suçu mağdurunun belirli özellikleri taşıması gerekir. Suçun mağduru her şeyden önce aldatılması mümkün irade sahibi gerçek bir kişi olmalı; bu gerçek kişi belirli veya belirlenebilir halde bulunmalıdır.

Dolandırıcılık suçunun mağdurunda bulunması gereken bu özelliklerin ayrı ayrı incelenmesinin faydalı olacağını düşünüyoruz.

¹⁴⁰ Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 458.

¹⁴¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3573; Dolandırıcılık suçunu şekillenmesini ve onun anlamlı kılınmasını, failin eylemlerinin sağladığı düşünülse de, fiili olarak bunu mağdur yapmaktadır. Zira mağdurun zeka seviyesi, konu hakkındaki bilgisi, fail ile arasındaki ilişki veya kişisel özellikleri suçun oluşup oluşmamasında veya basit veya nitelikli hallerinin tezahüründe önem arz etmektedir (Edwin M. Schur: "Sociological Analysis of Confidence Swindling", The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Cilt: 48, Sayı: 3, Eylül-Ekim 1957, Northwestern University, s.298-299).

¹⁴² Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 458.

¹⁴³ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3573; Artuç: s. 362; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 458-459.

1. Mağdurun Gerçek Kişi Olması Gerekliliği

Dolandırıcılık suçunun oluşması için, hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılıp, onun veya üçüncü bir kişinin zararına olarak, fail veya başkası lehine bir yarar sağlanması gerekir (TCK m.157). Yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, suçun mağduru “aldatılabilecek bir kişi” olmalıdır¹⁴⁴. Aldatılabilecek kişinin, hangi özelliklere sahip olması gerektiğini belirlemek için aldanmak kelimesinin ne manaya geldiğini tespit gerekir. Aldanmak kelimesi, “*görünüşe bakarak yanlış bir yargıya varmak, yanılmak; bir hileye, bir yalana kanmak; hayal kırıklığına uğramak*” anlamlarına gelmektedir¹⁴⁵. Yani aldanma kelimesi mahiyetinde, bir değerlendirmeyi ve bunun sonucunda bir yargıya varmayı barındırmaktadır. Bu tür bir zihinsel faaliyette bulunabilmek, akıl sahibi olmayı ve irade serbestiyeti içerisinde bulunmayı gerekli kılar. Aldanabilecek kişinin, düşünme, anlama, kavrama ve bunlardan bir sonuç çıkararak beyan etme özelliklerine sahip olması; vardığı kanı doğrultusunda bir şeyi yapmak veya yapmamak hususunda özgür iradesinin bulunması gerekir. Bu özelliklere sahip tek varlığın insan olduğu açıktır¹⁴⁶.

Tüzel kişiler dolandırıcılık suçunun dar anlamda mağduru olamazlar. Zira tüzel kişilerin doğrudan aldatılmaları olanaklı değildir. Tüzel kişiler, gerçek kişiler gibi doğrudan irade beyanında bulunamazlar. Tüzel kişiler adına irade beyanında bulunma yetki ve görevi, tüzel kişiliği temsil eden ve onun adına hareket eden gerçek kişi veya kişilerden oluşan organlara aittir. Bu nedenle, tüzel kişilerin adına hareket eden organlarda görev yapan gerçek kişiler bu suçun mağduru olabilirler. Yani tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişi veya kişilerin hileli davranışlar ile aldatılarak tüzel kişilik zararına olarak başkalarına yarar sağlaması söz konusu olabilir. Bu halde işlenen dolandırıcılık suçunun mağduru hileli davranışlara muhatap olan gerçek kişi veya kişiler iken; tüzel kişilik ancak

¹⁴⁴ 11. CD., 28.01.2008, 8337/269: “Dolandırıcılık suçunda unsur olan hileli davranışların gerçek kişiye yönelmesi ve bunun sonucunda onun veya başkasının malvarlığı aleyhine sanığın veya başkasının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekeceği”; 11. CD., 23.01.2008, 468/245: “Dolandırıcılık suçunda unsur olan hilenin, gerçek kişiye yönelmesi ve hataya düşürülerek kendi veya bir başkasının mal varlığı aleyhine, sanık veya bir başkasının lehine bir işlemde bulunmaya yöneltildiği ve bu işlem sonucunda sanığın kendine veya başkalarının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekir” (kararlar için bkz. Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 478-479).

¹⁴⁵ Türkçe Sözlük: Türk Dil Kurumu, 9. Baskı, Ankara 1998, s. 76; www.tdk.gov.tr.

¹⁴⁶ 11. CD., 23.07.2007, E. 2007/2782, K.2007/5370: “... bir makinenin ya da bilişim sisteminin kandırılmasından söz edilemeyeceği cihetle bilişim sistemi kullanılarak dolandırıcılık suçunun işlenebilmesi için failin, bilişim sistemini kullanarak bir kişiyi kandırma suretiyle kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması zorunlu olduğundan...” (Artuç: s. 369, dpn. 760).

işlenen dolandırıcılık suçundan dolayı zarar göreni yani geniş anlamda mağduru olabilecektir¹⁴⁷.

2. Mağdurun Belirli (Belirlenebilen) Bir Kişi Olması Gerekliliği

a. Konuya İlişkin Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Türk Ceza Kanunu'nun 157. maddesinde yasa koyucu “hileli davranışlarla bir kimsenin” aldatılmasından bahsetmiştir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, dolandırıcılık suçunun mağdurunun belirli bir kimse olması gerekir¹⁴⁸. Benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK'nın 503. maddesinde de yer almaktaydı¹⁴⁹.

Dolandırıcılık suçu mağdurunun belirli bir kişi olması gerekliği, öğreti ve uygulamada genel olarak kabul edilmektedir¹⁵⁰. Bu suça rengini veren ve onu diğer suçlardan farklı kılan husus, failin hileli davranışlar kullanmak suretiyle muhatabını aldatmasıdır¹⁵¹. Hileli davranışlar ile muhatabın aldatılması yeterli olmayıp, bu aldanma ile görünüşte var olan ancak gerçek kanaati yansıtmayan bir iradenin ortaya konulmasının da sağlanması gerekir. Elde ettiği bu irade ile fail, muhatabının veya başkasının zararına olarak, kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlamaktadır. Dolandırıcılık suçunun bu özelliği göz önüne alındığında, hileli davranışlar ile aldanabilecek, bu aldanma ile kendisi veya başkası zararına hukukî tasarrufta bulunabilecek ve bunun sonucunda fail veya başkasına yarar sağlayabilecek belirli (veya belirlenebilen) gerçek bir kişinin bulunması zorunludur. Bu herhangi bir kişi değil, fail tarafından hileli davranışlarına muhatap olarak birçok kişi arasından seçtiği, hile oklarını yönlendirdiği, somut bir kişidir.

¹⁴⁷ Tümerkan: s. 22; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1387; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 30; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 218.

¹⁴⁸ Tümerkan: s. 28 vd.

¹⁴⁹ Bu belirleme, 765 sayılı Yasa'nın 503/1. maddesinde “bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yapılması”ndan bahsedilmek suretiyle açıkça yapılmıştır.

¹⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 591; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3573; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 532; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 450; Tümerkan: s. 28-29; Artuç: s. 362.

¹⁵¹ 11. CD., 27.09.2007, E. 2007/6709, K. 2007/6012: “Somut olayda; sanığın, mağdurların bankalarda bulunan para hesaplarındaki var olan verileri (bilgileri) sahte kimliklerle açtığı hesaplara internet yoluyla göndererek, yine sahte kimliklerle bu paraları çekmek istemesinden ibaret eylemlerinin; paranın sanığın açtığı hesaplara intikaline kadar gerçek kişilere yöneltilmiş hile bulunmayıp eylemlerin tamamen bilimsel sistemi içinde gerçekleştirildiğinden, her bir mağdura karşı işlenmiş ayrı ayrı 5237 sayılı TCK. nun 244/4 maddesine uyan suçu oluşturduğu ve paranın açtığı hesaplara transferiyle suçun tamamlanacağı gözetilmeden, suçun vasıflandırılmasında yanılgiya düşülerek nitelikli dolandırıcılığa teşebbüs suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması ...” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

Öğretide savunulan başka bir görüşe göre ise; fail tarafından yöneltilen hileli davranışın belirli bir kişiye yönelmemesi durumunda dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Failin, hileli davranışlarını belirli bir kişiye değil, belirsiz kişilere yöneltmek suretiyle menfaat temin etmesi durumunda dolandırıcılık değil, güveni kötüye kullanma veya hırsızlık gibi başkaca bir suç oluşabilecektir. Fail tarafından hileli davranışların belirli bir kişiye yöneltilmesi, bu kişi üzerinde yoğunlaşması ve bu odaklanma nedeniyle kişinin kendisi veya başkası zararına ve fakat fail yararına menfaat temin edici bir işlemde bulunması gerekmektedir¹⁵².

Dolandırıcılık suçu mağdurunun belirli bir kişi olması gerektiği genel olarak kabul edilmekle birlikte; hileli davranışların belirli olmayan kişilere yöneltilmesi durumunda da dolandırıcılık suçunun oluşacağı öğretilde savunulmuştur. Bu görüş taraftarları, fail tarafından oluşturulan hileli davranışların belirsiz kişilere yöneltebileceğini ve diğer şartların oluşması halinde dolandırıcılık suçunun oluşabileceğini belirtmişlerdir. Bu yazarlara göre, yasal düzenleme incelendiğinde, pasif süjenin (mağdurun) belirli bir kişi veya kişiler olması gerektiği açıktır. Ancak bu durum hileli davranışların belirli olmayan kişilere, yani bir topluma veya topluluğa yöneltelemeyeceği anlamına gelmemelidir. Örneğin hileli otomatik satış makinelerinin kullanılması, bir topluluğa karşı hileli oyunlar sergilenmesi veya topluma karşı yalan haberler yayınlanması şeklinde ortaya konulan hileli davranışlar, belirli kişilere değil, bir topluma veya topluluğa yöneltilirler. Ortaya konulan hileli davranışlar dolandırıcılık suçunun hazırlık hareketidir. Hazırlık hareketi olan bu davranışların belirli bir kişiyi aldatılmış olması halinde dolandırıcılık suçu oluşacak, aksi takdirde ortada herhangi bir suç bulunmayacaktır¹⁵³.

Hile unsuru içeren gazete ilanlarının yayınlanmasından sonra mağdurun hangi amaçla faile yarar sağladığı da önem arz eder. Şöyle ki, kanser hastası olduğunu, üniversitede okuyan çocukları bulunduğunu, ekonomik durumunun iyi olmamasından dolayı kendisine ve çocuklarına bakmadığını belirtip yardım talep eden kişiye, sadaka niyetiyle yardım edilmesi halinde dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı; buna karşın kişinin

¹⁵² Erem: Dolandırıcılık, s. 16; Artuç: s. 362.

¹⁵³ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 532; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3573; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 450, 457; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 591; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 459; Tümerkan: s. 29; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 344; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 538; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 232-233; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 30.

sözlerine inanıp aldatılarak, sadaka düşüncesiyle değil de gerçekten yardım etme bilinciyle hareket edilmesi halinde ise dolandırıcılık suçunun oluşabileceği öğretilmiştir¹⁵⁴.

Diğer bir görüşe göre ise; yasanın lafzı incelendiğinde dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, hileli davranışlar ile bir kimsenin aldatılmasının gerekli olduğu, belirli bir kişinin hedef alınmadığı hileli davranışların var olabileceğini, bu hareketlerin dolandırıcılık suçuna hazırlayıcı hareketler olarak kabul edilebileceği, ancak tek başlarına cezalandırılmayacakları belirtilmiştir¹⁵⁵. Örneğin, gazete ve televizyonlara verilen ve bu şekilde halka yöneltilen yanıltıcı ve yalan içerikli ilanlar şeklindeki hileli davranışlar bu kapsamda değerlendirilebilir.

Belirsiz kişilere yöneltilen hileli davranışların dolandırıcılık suçuna sebebiyet verdiğinin kabulü halinde, suçun tamamlanması açısından bu davranışlarla belirli bir kişi veya kişilerin aldanmış ve bu aldanma ile zararlarına olacak şekilde faile veya üçüncü bir kişiye yarar sağlamış olmaları gerekir. Buna paralel olarak, bu tür hileli davranışların dolandırıcılık suçuna teşebbüse sebebiyet verip vermeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Öğretilen savunan bir görüşe göre, haksız yarar elde etmek amacıyla belirli sayıda olmayan mağdurlara yöneltilen hileli davranışlar, muhatabı aldatmaya *elverişli olmaları* durumunda teşebbüse uygun oldukları kabul edilmelidirler. Örneğin, gazete ve televizyon gibi kitle iletişim araçlarında yayınlanan ilan veya reklâmların içeriğinde gerçeklerle bağdaşmayan, gerçeklerin gizlendiği ifadeler yer verilmesi halinde, hileli davranışların varlığını kabul etmek gerekir. Önemli olan husus bu tür ilan ve reklâmların haksız kazanç sağlamaya yönelik olmasıdır¹⁵⁶.

Karşı fikri savunan yazarlar ise, belirsiz kişilere yöneltilen hileli davranışların, bir muhatabı aldatması ve zararına olacak şekilde yarar elde edilmesi halinde dolandırıcılık suçuna sebebiyet vereceğini, tek başına teşebbüs kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmişlerdir¹⁵⁷.

Amerika Birleşik Devleti Temyiz Mahkemeleri içtihatlarında¹⁵⁸ ve İngiltere Dolandırıcılık Kanunu çerçevesinde yapılan değerlendirmelerde¹⁵⁹, dolandırıcılık suçunun

¹⁵⁴ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 233.

¹⁵⁵ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 456; Erem: Dolandırıcılık, s. 16; Toroslu: Özel Kısım, s. 181-182.

¹⁵⁶ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 44.

¹⁵⁷ Önder: Mala Karşı Cürümler, s. 366.

¹⁵⁸ Zingale: s. 797-798, 802; Amerika Temyiz Mahkemesi daireleri arasında tarihi süreç içerisinde dolandırıcılık suçu açısından mağdurun belirli veya belirlenebilir olduğu konusunda içtihat farklılıkları

oluşması açısından mağdurun belirli veya belirlenebilir olup olmadığına bakılmaksızın, failin kastı ve dışa yansıyan söz, hal ve hareketleri göz önüne alınarak bir değerlendirme yapıp, eylemin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermediği incelenmektedir.

Yargıtay uygulaması incelendiğinde, kararlarını birinci görüş doğrultusunda oluşturduğu ve muhatabını aldatmaya elverişli olacak nitelikteki hileli davranışların, suça teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay bu kapsamda, üzerindeki damgadan daha az ayarlı altının satımı için dükkânda bulundurulmasını¹⁶⁰, düşük nitelikli hidrolik yağının normal yağ diye satışa sunulmasını¹⁶¹, solvent katkılı süper benzini satışa sunmayı¹⁶², nitelsiz çayları sahte Çay-Kur paketlere doldurup satışa arz etmeyi¹⁶³ dolandırıcılık suçuna teşebbüs olarak değerlendirmiştir. Söz konusu kararlar incelendiğinde herhangi bir kişinin aldatılarak zarar görmediği, ancak yapılan hilelerin somut olarak kişileri aldatmaya elverişli nitelikte olduklarının kabul edildiği görülmektedir.

b. Kanaatimiz

TCK'nın 157/1. maddesinde hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılmasından ve aldanan bu kişinin kendisi veya başkasının zararına fakat faile veya başka bir kişiye yarar sağlamasından bahsedilmektedir. Kanun maddesinde açıkça bir kimsenin aldatılması arandığından, mağdurun belirli bir kişi olması gerektiği hususu tartışmasızdır.

Üzerinde durulması ve tartışılması gereken husus, belirli bir kişiye yöneltilmeyen, bir topluma veya topluluğa yöneltilen hileli davranışların dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceğidir. Bu konudaki değerlendirmemize geçmeden önce 765 sayılı TCK'nın 548. maddesinde yer alan; *“Her kim, umumi bir mahalde yahut umuma açık yerlerde yalan uydurarak başkasını zarara sokacak veya halkın huzurunu bozacak suretlerle saffetinden istifadeye kal2karsa bir aydan aşağı olmamak üzere hafif hapis*

olmasına karşın, genel olarak bunun zorunlu olmadığı yönünde uygulama gelişmiştir (Zingale: s. 798); ABD federal yargı ve temyiz sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Courts of the Federal judiciary, <http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/courts.html>, E.T. 25.6.2014.

¹⁵⁹ Tadros: s. 952-953; İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s. 4-12; İngiltere Dolandırıcılık Kanunu'nun dolandırıcılık suçunu düzenleyen 1, 2, 3, ve 4. maddeleri incelendiğinde, dolandırıcılık suçunun oluşması için mağdurun aldanması, zarar görmesi veya zarar tehlikesine maruz kalması gerekmele birlikte zorunlu olmadığı açıkça düzenlenmiştir.

¹⁶⁰ 4. CD., 3.4.1996, 1678/3056 (Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 45).

¹⁶¹ 4. CD., 20.11.1996, 7685/8718 (Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 45).

¹⁶² 4. CD., 6.5.1998, 3482/4746 (Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 45).

¹⁶³ 4. CD., 27.10.1997, 7322/8997 (Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 45).

cezasıyla mahkûm edilir” düzenlemesini incelemenin faydalı olacağını düşünüyoruz. Zira benzer bir düzenlemeye 5237 sayılı TCK’da yer verilmemiştir.

765 sayılı TCK’nın 548. maddesine ilişkin karşılaştırmalı hukukta yer alan görüş ve içtihatlar ile Türk hukuk öğretisinde ileri sürülen görüşler birlikte incelendiğinde; maddede geçen “yalan uydurma”nın esasen hileden başka bir şey olmadığı, dolayısıyla bu hareketin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceği, dolandırıcılık suçu ile bu suç arasındaki asıl farkın mağdurlar olduğu; failin eyleminin, genel olarak halkı aldatmaya yönelmiş, yani belirsiz sayıda kişiye karşı işlenmiş ise bunun 548. maddede yer alan kabahati oluşturacağı; buna karşın eylemin belirli bir kişiye yönelmiş ise, dolandırıcılık suçunu oluşturacağı belirtilmiştir¹⁶⁴.

Kanaatimizce, benzer bir düzenlemeye yeni ceza mevzuatında yer verilmemiş olmasının sebebi; bu madde ile öngörülen hukukî korunmanın, dolandırıcılık suçu ile sağlanabileceğine dair yasa koyucunun kanaatidir. Ancak bu kanaate sahip olduğuna dair yasa koyucunun, yasa metninde veya gerekçesinde açık bir beyanı bulunmamakla birlikte, yeni düzenlemede 765 sayılı TCK’nın 548. maddesine benzer bir düzenlemeye yer vermeyerek, zımni olarak böyle bir görüşe sahip olduğunu kabul etmenin gerektiğini düşünüyoruz.

Yasa metninde hileli davranışların bir kişiye yöneltilmesi gerektiğine yer verilmiş, ancak belirsiz kişilere yöneltildiği takdirde dolandırıcılık suçunun oluşumunu engelleyecek herhangi bir ibareye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, fail tarafından, hileli davranışların, belirsiz kişilerden oluşan bir topluma veya topluluğa karşı yöneltilmesi mümkündür. Yöneltilen bu hileli davranışların, belirsiz kişilerden biri veya bir kaçının aldanmasına ve bu aldanmanın etkisiyle kendileri veya başkalarının zararına ve fakat fail veya üçüncü bir kişinin yararına malvarlığı öğeleri üzerinde tasarrufta bulunmaları halinde, aldanan kişi sayısınca dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Örneğin hileli şekilde oluşturulan ilan ve reklâmların, basın ve yayın organları aracılığıyla halka duyurulması, buna aldanan kişilerin ilan ve reklâmların yönlendirmesi doğrultusunda davranarak zarar görmeleri, buna paralel şekilde yarar elde edilmesi halinde dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Bu halde suçun basit şekli değil, TCK’nın 158/1-g maddesinde belirtilen nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır¹⁶⁵. Bu maddede nitelikli hal olarak düzenlenen “*Basın ve yayın araçlarının*

¹⁶⁴ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tümerkan: s. 28-30.

¹⁶⁵ Bu konuda ayrıntılı inceleme ve değerlendirmeler için aşağıda bkz. Üçüncü Bölüm, IV, D.

sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” dolandırıcılık suçunun işlenmesi, çoğu kez, bu araçlar kullanılmak suretiyle belirsiz sayıda kişilere yöneltilen hileli davranışlar ile mümkündür. Yine, eksik taşla tombala çektiren, bul karayı-al parayı oyununu oynatan kişinin hileli davranışları herkese yöneliktir. Ancak bu oyunu oynayan ve kandırılıp zarara uğrayan kişiler suçun somut, belirli halen gelen mağdurlardır¹⁶⁶.

Yasa koyucunun amacı hileli davranışlar ile aldanan ve zarar gören kişileri korumak, buna karşın hileli davranış sahiplerini cezalandırmaktır. Yasa metninin lafzına bakılarak dar şekilde yorumlanması, dolandırıcılık suçu ile güdülen amaca aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

Fail belirsiz sayıdaki kişileri hedef alan hileli davranışlarının, kişilerin iradeleri üzerinde baskı oluşturup, bu kişileri yönlendirmek suretiyle aldatacağını bilmekte, bu irade ve kabul ile hareketini gerçekleştirmektedir. Hileli davranışların bir toplum veya topluluğa yöneltilmiş olması durumunda dahi, bunlara muhatap olacak kişi veya kişilerin genel olarak belirlenebilir oldukları söylenebilir. Zira bu halde mağdurun veya mağdurların mutlak bir belirsizliğinden bahsedilemez. Örneğin, fail tarafından hileli olarak oluşturulan yiyecek otomatının, bir iş yerine, metro durağına veya okul kantinine yerleştirildiği durumlarda, bu otomattan yararlanacak kişiler genel olarak belirlidir. Yine, gazeteye verilen yanıltıcı bir ilanın hitap ettiği toplum kesimini, ilanın içeriğine, gazete abonelerine veya alıcılarına göre sınırlandırmak mümkündür. Böyle durumlarda failin, hileli davranışlarını belirli özelliklere sahip insanlardan oluşan bir kümeye yönelttiğini ve bu durumun Yasa metninin lafzına uygun olarak, hileli davranışların belirli bir kişiye yöneltildiğinin kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Belirsiz kişileri hedef alan hileli davranışlar, dolandırıcılık suçunu oluşturmaya elverişli nitelikte olsalar dahi, belirli bir kişiye veya kişilere ulaşmadıkları, bunları aldatarak zarar görme tehlikesi oluşturmadıkları ve ayrı bir suç oluşturmadıkları sürece cezalandırılmamalıdır. Zira bu halde hileli davranışların, aldatıcılık özellikleri, somut olarak kişileri aldattıklarında ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte ortak aklın gereği olarak, bir kısım hileli davranışların, sergilendikleri somut şartlar değerlendirildiğinde, orta dikkatte bir insanı aldatabilecek nitelikte olmaları mümkündür. Kanaatimizce, failin suçluluk kişiliğini ortaya koyan, failin zihin dünyasından dışarıya taşmış ve hazırlık

¹⁶⁶ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 219.

hareketi sınırlarını aşan hileli davranışlarını sergilemesini, dolandırıcılık suçunun icrâ hareketlerinin başlangıcı kabul etmek hakkaniyete uygundur. Aksi takdirde, hileli davranışların cezalandırılması için bir kişiyi aldatarak zarara uğratmasını beklemek, kişilerin malvarlıklarını ve dolayısıyla ekonomik hayatı düzenlemeyi amaçlayan dolandırıcılık suçunun düzenleniş amacına aykırıdır. Bu, patlaması ve insanlara zarar vermesi büyük oranda kesin olan ve yoğun bir insan kalabalığının ortasına konulan bir bombadan dolayı, herhangi bir kişiyi öldürmediği sürece sahibini sorumlu tutmamakla eş anlamlıdır. Bu nedenle, aldatmaya elverişli olduğu kabul edilen davranışların, dolandırıcılık suçuna teşebbüs olarak kabul edilip cezalandırılmalarının uygun olduğu kanaatineyiz.

Ancak farklı yorumlara ve bununla bağlantılı olarak hakkaniyete muhalif uygulamaların ortaya çıkmasını engellemek veya en aza indirmek amacıyla, dolandırıcılık suçunun yasal tanımının içerisine, söz konusu suçun belirsiz kişilere veya topluluğa karşı işlenebileceğine değinen bir ibare eklenmesi yararlı olacaktır düşüncesindeyiz.

3. Üç Köşeli Dolandırıcılık: Aldatılan ile Zarar Gören Kişilerin Farklı Olması Hali

Dolandırıcılık suçunun oluşumunda fail tarafından kendisine karşı hileli davranışlar sergilenen kişi ile malvarlığında zarar meydana gelen kişinin aynı olması zorunlu değildir. Yasa koyucu tarafından dolandırıcılık suçunun tanımında bu hususa açıkça yer verilmiştir. Suçun yasal tanımında, hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılıp, onun veya başkasının zararına olarak yarar sağlamasından bahsedilmiştir (TCK m. 157/1). Yani aldatılan kişi ile zararına olarak faile veya üçüncü kişiye yarar sağlayan kişi aynı olabileceği gibi farklı da olabilir. Başka bir söyleyişle suçun mağduru ile aldatmanın mağdurunun farklı kişiler olması mümkündür¹⁶⁷. Öğretide dolandırıcılık suçunun üçüncü kişi zararına olarak işlenmesi hali “üç köşeli dolandırıcılık” olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Toroslu: Özel Kısım, s. 176; İngiltere Dolandırıcılık Kanunu’nda fail tarafından ortaya konulan hileli davranışların mağdura veya üçüncü bir kişiye yapılıp yapılmaması açısından herhangi bir fark gözetilmemiştir. Yani fail hileli davranışlarını mağdura yönlendirebileceği gibi bir başkasına da yönlendirerek eylemini gerçekleştirebilir.

¹⁶⁸ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 450; Alman öğretisinde benzer şeklide işlenen dolandırıcılık suçlarına “üçgen dolandırıcılık” adı verilmektedir (Hans-Heinrich Jescheck: Alman Ceza Hukuku, Kusur İlkesi (Çev.: Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s. 112).

Üç köşeli dolandırıcılık suçunda, aldatılan kişinin, zarar gören kişi veya malvarlığı unsuru ile arasında hukukî veya fiili bir ilişkisinin bulunması zorunludur. Yani hataya düşürülen kişinin, kendisinin veya üçüncü kişinin malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunan kişi olması ve bu konuda yetkisinin bulunması gerekir¹⁶⁹.

Üç köşeli dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, aldatılan kişiye, malvarlığı zarar gören kişi tarafından malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabilme yetkisinin verilmiş olması gerekir. Böyle bir yetkiye sahip olmayan birisinin aldatılarak yarar sağlanmış olması durumunda fiil dolandırıcılık suçuna değil, diğer şartlarının varlığı halinde hırsızlık veya güveni kötüye kullanma suçuna sebebiyet verecektir¹⁷⁰. Aldatılan kişinin, üzerinde tasarrufta bulunduğu malvarlığının unsurları üzerindeki yetkisi hizmet veya vekâlet ya da başkaca bir hukuki ilişkiden kaynaklanabilir.

Üç köşeli dolandırıcılık suçuna ilişkin şöyle bir örnek verilebilir: Bilgisayarı arızalanan ve tamir ettirmeye karar veren kişinin, bilgisayar tamircisi ile yaptığı anlaşmadan ve görüşmeden haberdar olan failin, kendisini tamir edecek kişi veya yardımcısı olarak tanıtip, bilgisayarı tamir edilecek kişinin sekreterinden bilgisayarı almış olması halinde üç köşeli dolandırıcılık suçu vardır. Örneğimizde hileli davranışa muhatap olan kişi bilgisayar sahibi değil, sekreteridir. Ancak zarar gören kişi bilgisayar sahibidir. Failin fiili dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecektir. Zira aldatılan sekreterin, bilgisayar sahibi ile arasındaki iş ilişkisi nedeniyle, onun yerine hareket etme yetkisi bulunmakta ve bilgisayarı bu yetki kapsamında faile teslim etmektedir¹⁷¹. Kanaatimizce, fail tarafından hileli davranışlar kullanılarak aldatılan kişinin, faile teslim ettiği mal üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisinin bulunmaması durumunda, dolandırıcılık suçundan değil, hırsızlık veya güveni kötüye kullanmak suçlarından bahsetmek mümkün olabilecektir¹⁷².

Yasa koyucu tarafından TCK'nın 290/2. maddesinde üç köşeli dolandırıcılık suçunun özel bir şekli düzenlenmiştir. Maddeye göre “*muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan taşınır malın (...) hileyle alınması hâlinde dolandırıcılık (...) suçuna ilişkin hükümler uygulanır*”. Benzer bir düzenlemeye 765 sayılı TCK'nın 309. maddesinde “*Muhafaza*

¹⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 591.

¹⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 591; Jescheck: s. 112; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 30; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 459; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 538; Meran: s. 140.

¹⁷¹ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 450.

¹⁷² Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 527, 533; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 345.

edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan merhun veya mahcuz veya her hangi bir sebeple vaz'iyed edilmiş olan menkul malını alan veya tahrib veya telef eden kimse bir aydan bir seneye kadar hapsolunur” şeklinde ayrı bir suç olarak yer verilmişti. Ancak her iki düzenleme birlikte incelendiğinde aralarında benzerlikler olmakla birlikte, her ikisi arasında önemli farklılıkların olduğu görülecektir¹⁷³.

Rehinli, hacizli veya elkonulmuş mallara karşı işlenen dolandırıcılık suçunun mağduru kendisine karşı hileli davranışlar yöneltilerek aldatılan ve resmen kendisine teslim edilen rehinli, hacizli veya elkonulmuş olan taşınır malın elinden alındığı muhafaza görevlisidir. Suçtan zarar gören ise, muhafaza altına alınan mal üzerinde hak sahibi olan veya ileride hak sahibi olması muhtemel kişi veya kişilerdir.

Hileli davranışlara muhatap olan muhafaza görevlisi yani suçun dar anlamda mağduru, rehinli, hacizli veya elkonulmuş taşınır malın sahibi olamaz. Suçun mağduru, taşınır malın sahibinden farklı olmalıdır. Bu durum yasa koyucu tarafından TCK'nın 290/2. maddesinde “*muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan*” ibaresi ile açıkça öngörülmüştür. Yasa koyucu aynı maddede, bu durumu daha da belirginleştirmek için, suçun failinin taşınır malın sahibi olabileceğini öngörerek, cezasından indirim yapılacağını düzenlemiştir (TCK m.290/2, son cümle). Yine suçun dar anlamda mağduru, suça konu malların haczine, rehnine veya elkonulmasına neden olan kişi veya kişiler olamayacağı açıktır. Bu, hukukî birer kurum olan rehin, haciz ve elkoyma kavramlarının mahiyetlerinin bir gereğidir. Gerek dolandırıcılık suçuna konu malın sahibi ve gerekse bunlar üzerinde hak sahibi olan kişi veya kişiler, bu şekilde işlenen dolandırıcılık suçunda, suçtan zarar gören sıfatıyla geniş anlamda suçun mağduru olabilirler.

Haczedilen veya rehnedilen malların muhafaza edilmek üzere üçüncü kişilere verilmesi zorunlu değildir. Alacaklının kabul ve onayı ile haczedilen mallar istenildiği zaman verilmek şartıyla geçici olarak borçluya yani malın zilyedine bırakılabilir (İİK, m.88/2). Aynı şekilde rehnedilen taşınır mallarda rehin işleminden sonra sahibine teslim edilebilir (TMK m. 940). Elkonulan taşınır malların, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhâl iade edilmek koşuluyla, malın zilyedine teslim edilmesi mümkündür (CMK m. 132/5). Bu hallerde, yani haczedilen, rehnedilen veya elkonulan malların, muhafaza edilmek üzere zilyedine bırakılmış olduğu durumlarda, hileli

¹⁷³ Söz konusu suç ileride dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinin incelendiği bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Açıklamalar için aşağıda bkz. Üçüncü Bölüm, III, E.

davranışlar kullanılmak suretiyle taşınır malların zilyedin elinden alınmış olması halinde, dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak genel ilkeler uygulanacaktır. Böyle bir hal gerçekleştiğinde, malın zilyedi olan ve aynı zamanda malı muhafaza etmekle görevlendirilen kişi suçun mağduru; haciz, rehin ve elkoyma işlemlerinden menfaatleri olan kişiler ise suçtan zarar görenler olacaktır.

Failin, malın sahibi olabileceğini öngören yasa koyucu, bu halde hükmedilecek cezanın yarısından dörtte üçüne kadarının indirileceğini belirtmiştir (TCK m. 290/2, cümle son). Genel dolandırıcılık suçundan farklı olarak, hacizli veya rehinli malın sahibinin, malını elde etmek için dolandırıcılık suçu işlemesi durumunda cezasından indirim yapılmasını öngören düzenlemenin gerekçesini, insanın doğasında aramak gerekir. Zira malı haczedilerek, rehnedilerek veya elkonularak elinden alınan kişi, bu durumun oluşturduğu maddi ve manevi baskı ile malını tekrar elde etmek istemesi doğaldır. Bu halde failin toplum açısından gösterdiği tehlikelilik hali, genel olarak işlenen dolandırıcılık suçunun failine göre çok azdır. Bu gerekçeleri göz önüne alan yasa koyucu, failin cezasında indirim öngörmüştür.

TCK'nın 290/2. maddesi içeriğinde haczedilen, rehnedilen veya elkonulan taşınır bir malın, muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim edilen kişinin elinden hileli davranışlar kullanılmak suretiyle alınması halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu suçun basit, nitelikli veya hafif şekillerine özel bir atıf yapılmamıştır. Bu nedenle TCK'nın 290/2. maddesi yollamasının TCK'nın 157, 158 ve 159. maddelerine yapıldığını; şartları oluştuğu takdirde suçun basit, nitelikli veya hafif şekillerinden biri oluşacağını kabul etmek gerekir.

Failin eyleminin hangi hallerde TCK'nın 159. maddesinde tanımlanan, dolandırıcılık suçunun hafifletici nedeni kapsamında kalacağını belirlenmesi gerekir. Bu belirleme yapılırken çeşitli ihtimalleri göz önüne alarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu ihtimalleri şu şekillerde tespit etmek mümkündür: Birincisi failin, suçun mağduru olan muhafaza görevlisinde olan alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesi; ikincisi taşınır malların sahibinden olan alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesi; üçüncüsü taşınır malların rehnine, haczine veya elkonulmasına sebebiyet veren kişilerden olan alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesi ve son olarak taşınır malların sahibinin, malları muhafaza eden kişiden olan veya malları

rehnettiren veya haczettiren kişilerden olan alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesidir.

Birinci hale ilişkin olarak; failin eyleminin TCK'nın 159. maddesi kapsamında kalabilmesi için, failin taşınır malları muhafaza eden kişiden alacağının olması, bu alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesi ve son olarak malların rehinli, hacizli veya elkonulmuş mallar olduğunu bilmemesi gerekir. Bu şartlardan biri eksik olduğu takdirde failin eylemi TCK'nın 159. maddesinde değil 157 veya 158. maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçlarından birine sebebiyet verecektir.

İkinci ihtimalde failin eyleminin TCK'nın 159. madde kapsamında kalabilmesi için, failin haczedilen, rehnedilen veya elkonulan malın sahibinden alacağının olması, bu alacağını tahsil etmek amacıyla hareket etmesi ve buna ek olarak, söz konusu taşınır malların rehin, haciz ve elkoyma işlemlerinden haberdar olmaması gerekir. Failin, malların başka kişiler tarafından, rehin veya haczedildiğini bilerek dolandırıcılık suçunu işlemesi durumunda eylemi TCK'nın 157 ve 158. maddelerinde tanımlanan suçu oluşturacaktır.

Üçüncü ihtimale ilişkin olarak, failin eyleminin herhangi bir koşulda TCK'nın 159. madde kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Zira dolandırıcılık suçunun hafif şeklinin oluşabilmesi için, failin hileli davranışlarla elde ettiği menfaatin doğrudan borçluya ait olması gerekir. Ancak rehin, haciz veya elkoyma işlemleri sırasında, bu işlemlere konu taşınır malların, bu işlemleri gerçekleştiren kişilere ait olduğu konusunda herhangi bir belirlilik yoktur.

Son ihtimali incelersek, TCK'nın 290/2. maddesi kapsamında, malı haczedilen, rehnedilen veya elkonulan kişinin, malını tekrar elde etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesi durumunda, TCK'nın 159. maddesinde belirtilen dolandırıcılık suçu değil, TCK'nın 157. maddesinde belirtilen genel (basit) veya şartları var ise TCK'nın 158. maddesinde belirtilen dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinden birisi oluşabilecektir. Zira hacizli, rehinli veya elkonulmuş malını, hileli davranışlar sergileyerek elde eden kişinin, malın haczine, rehnine veya elkonulmasına sebebiyet veren kişi/kişiler nezdinde herhangi bir alacağı bulunmamaktadır. Bu halde fail kendi malını, hukukî yollara başvurmaksızın, hukuka aykırı bir yöntemle elde etme yolunu seçmiştir. Failin amacı (kastı) hukukî alacağına karşılık olarak bir malı hileli davranışlar kullanarak almak değil, yasal yollarla elinden alınan mallarına tekrar sahip olmaktır. TCK 290/2. maddede düzenlenen suçun

failinin, gerek mağdur olan kişi veya kişilerden hukukî alacağının olmaması ve gerekse işlediği suçun manevi unsuru nedeniyle, fail hakkında TCK'nın 159. maddesinde tanımlanan suç oluşmayacaktır. Yine, malın sahibinin, mallarını muhafaza eden kişiden olan alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesi olanaklı değildir. Zira malın sahibi, malları resmen muhafaza eden kişinin malların sahibi olmadığını, bu malların sahibinin kendisi olduğunu bilmektedir.

Yasa koyucu tarafından haczedilen, rehnedilen veya el konulan mallara ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmamış olsa idi dahi, dolandırıcılık suçunu düzenleyen TCK'nın 157. maddesinden yola çıkılarak benzer sonuca varmak mümkündür. Bu nedenle yasa koyucu tarafından getirilen bu düzenlemenin yasa yapma tekniği açısından uygun olmadığını düşünüyoruz.

C. Temyiz Kudreti Kısım veya Tamamen Olmayanların Dolandırıcılık Suçunda Mağduriyetleri

a. Konu Hakkında Öğretide Yapılan Tartışmalar

Dolandırıcılık suçunun mağduru, hileli hareketleri denetleyebilecek, onlara karşı kendisini koruyabilecek, özgür iradesi ile düşünüp karar verebilecek bir yapıya sahip olmalıdır¹⁷⁴. Böyle bir yapıya kısmen veya tamamen sahip olmayan kişiler temyiz kudreti hiç olmayan veya kısmen bulunanlardır. Temyiz kudreti olmayan kişiler akıl hastaları veya çocuklardır. Bu kişilerin dolandırıcılık suçunun mağduru olup olamayacakları, yani bu kişilere karşı bu suçun işlenebilir işlenemeyeceği doktrinde ve uygulamada tartışmalıdır. 765 sayılı Yasa döneminde, bu Kanun'un 505. maddesinin varlığını göz önüne alan bazı yazarlar, temyiz kudreti olmayan çocuklar ve akıl hastalarının kanun koyucu tarafından bu madde ile özel olarak korunduğunu, bu kişilerden hile ile senet alınmasının dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyeceğini, buna karşın senet dışındaki malvarlığı öğelerinin alınması durumunda ise dolandırıcılık suçunun oluşabileceğini belirtmişlerdir¹⁷⁵.

Buna karşı çıkan yazarlar ise 765 sayılı Yasa'nın 505. maddesinin unsurlarının farklı olduğunu, bu kişilere karşı da dolandırıcılık suçunun işlenebileceğini, dolandırıcılık suçuyla asıl korunmak istenen toplum kesiminin saf kişiler, çocuklar ve temyiz

¹⁷⁴ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 221.

¹⁷⁵ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 464; Tümerkan: s. 27-28.

kudretinden yoksun bulunanlardan oluştuğunu; burada önemli olan hususun fail tarafından ortaya konulan bir hilenin varlığının tespiti olduğunu, hileli davranışların varlığının belirlendiği durumda mağdurun subjektif durumunun önemli olmadığını ve failin cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir¹⁷⁶.

Diğer bir kısım yazarlar ise, dolandırıcılık suçunun irade beyanında bulunabilecek bir kişinin varlığını zorunlu kıldığını, bu hususta beyanda bulunamayacak bir kişiye karşı bu suçun işlenemeyeceğini, zira failin hilesi ile etkilenebilecek bir iradenin varlığının zorunlu olduğunu belirtmişlerdir. Eğer failin hileli davranışları ile iradesini etkileyebilecekleri bir kimse yok ise, bu durumda dolandırıcılık açısından işlenemez suç vardır¹⁷⁷. Failin bu halde kastının araştırılmasına gerek yoktur. Böyle bir durumda failin fiili, dolandırıcılık suçuna değil, şartları olduğu takdirde hırsızlık suçuna sebebiyet verecektir¹⁷⁸.

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı Yasa'nın 505. maddesine benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle önceki yasa döneminde yapılan tartışmalar önemini kaybetmişlerdir. Zira artık akıl hastaları ve çocuklara karşı hileli davranışlar ile gerçekleştirilen eylemler için yasa koyucunun özel bir düzenleme yaptığı ileri sürülemeyecektir. Buna karşın eski yasa döneminde de var olan ve halen geçerliliğini koruyan, temyiz kudreti olmayan kişilere karşı dolandırıcılık suçunun işlenebilip işlenemeyeceği hususuna ilişkin ileri sürülen fikirler geçerliliklerini korumaktadırlar.

Yeni yasa döneminde öğretide, tam akıl hastası olanlar ile yaşlarının çok küçük olması nedeniyle kendilerine karşı yöneltilen hareketleri algılama ve anlama yetenekleri olmayan kişilerden, hileli davranışlar vasıtasıyla yarar sağlanmış ise, fiilin dolandırıcılık suçuna değil, hırsızlık suçuna sebebiyet vereceği fikri ileri sürülmüş; bu kişiler dışında

¹⁷⁶ Erem: Dolandırıcılık, s. 16.

¹⁷⁷ İşlenemez suç konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur Alacakaptan: İşlenemez Suç, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 223; Soyaslan: Teşebbüs Suçu, s. 154-173.

¹⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.508; Çetin Arslan/Bahattin Azizağaoğlu: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara Kasım 2004, 1. Bası, s. 691; Yılmaz/Ergün: s. 13; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 538-539; Taşdemir: s. 22; 6.CD, 03.12.1985, E. 1985/11509, K. 1985/1283: "Sanığın, 5-6 yaşlarındaki mağdurların sokakta oynadıkları sırada kollarındaki künye ve bilezikleri alıp kaçması olayında, mağdurların yaşlarının küçüklüğü karşısında kandırma ögesi gerçekleşmeyecek ve eylem hırsızlık suçunu oluşturacaktır". (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 463, dipnot: 40).

kalan kısmi akıl hastaları ile çok küçük olmayan çocuklara karşı dolandırıcılık suçunun işlenebileceği belirtilmiştir¹⁷⁹.

Diğer bir kısım yazarlar ise, yukarıda belirtilen düşüncenin aksini savunarak, yaşlarının küçüklüğü veya akıl hastalığı nedeniyle algılama yetenekleri zayıf olan kişilerin, bu hallerinden yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenebileceğini, ancak eylemin, basit değil nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturacağını ileri sürmüşlerdir¹⁸⁰. Bunun için hileli davranışların yöneltildiği kişinin, asgari bir algılama düzeyine sahip olması ve yöneltilen davranışların hileli olduğunu anlayabilmesinin aranması gerektiği savunulmuştur.

b. Kanaatimiz

Temyiz kudreti olmayan kişilerin dolandırıcılık suçunun mağduru olup olmayacağına ilişkin görüşümüzü belirtmeden önce, dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri arasında sayılan TCK'nın 158/1-c madde ve fıkrasının kısaca incelenmesinin faydalı olacağını düşünüyoruz¹⁸¹. Söz konusu fıkra *“kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle”* dolandırıcılık suçunun işlenmesi, suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır. Öğretide akıl hastaları ve çocukların dolandırıcılık suçunun mağduru olup olamayacakları konusunda farklı görüşlerin ileri sürülmesinin sebebi, bu fıkra da geçen ibarelerin yorumundaki farklılıktır. Yazarlar, fıkra da geçen *“algılama yeteneğinin zayıflığı”* nı yorumlayarak fikirlerini temellendirmişlerdir. Temyiz kudreti olmayan kişilere karşı dolandırıcılık suçunun işlenebileceğini savunan yazarlar bu kavramı geniş yorumlamışlar, aksini savunanlar ise bu ibareye dar bir anlam yüklemişlerdir.

Dikkat edilmesi gereken husus, Yasa koyucunun söz konusu fıkra da *“algılama yeteneğinin olmamasından”* değil *“zayıflığından”* bahsetmiş olduğudur. Burada belirlenmesi gereken husus “zayıf” kelimesinin, “yok olmayı” yani “var olmamayı” kapsayıp kapsamadığıdır. Zira “zayıf” kelimesi bir seviye ve miktar belirtip “çok az” anlamındadır. Buna ek olarak “kişilik ve ruhsal yönden gereği kadar güçlü olmayan” anlamını da içermektedir¹⁸². Kelime anlamı incelendiğinde “zayıf” kelimesinin, yokluğu

¹⁷⁹ Tezcan/Erdem/Önok: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 508. Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 459; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 221; Yavuz: s. 351.

¹⁸⁰ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 469.

¹⁸¹ Konuya ilişkin ayrıntılı inceleme için ileride bkz. Üçüncü Bölüm, III, C.

¹⁸² Zayıf kelimesi “çok zayıf; kişilik ve ruhsal yönden gereği kadar güçlü olmayan” anlamlarını gelmektedir (www.tdk.gov.tr).

ifade etmek için kullanılmadığı, var olan ancak yeterli olmayan bir durumu ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Akıl hastalarının veya yaşları çok küçük olan kişilerin temyiz kudretleri bulunmamaktadır. Yani yoktur. Temyiz kudreti olmayan kişilerin “*algılama yeteneklerinin zayıflığından*” bahsetmek olanaklı değildir. Bu nedenle temyiz kudreti olmayan akıl hastaları ile yaşları küçük olan çocukların, dolandırıcılık suçunun mağduru olamayacaklarını kabul etmek gerekir. Zira dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için hileli davranışlara muhatap olan kişinin aldatılması, iradesinin sakatlanması gerekir. Aldanma hali, kendi içerisinde bir değerlendirmeyi ve bu değerlendirmeye bağlı olarak sonuç çıkarmayı da içerir. Yani aldanacak kişi, aldanmayarak farklı şekilde karar verebilecek seviyede zekâ sahibi olmalıdır. Yasa koyucu TCK’nın 158/1-c madde ve fıkrasında “*algılama yeteneği zayıf*” olan kişileri özellikle korumayı amaçlayarak, bu kişilerin aldatılarak, kendilerinden yarar elde edilmesini, daha ağır bir müeyyide ile yaptırım altına almıştır. Genel kural, dolandırıcılık suçunun algılama yeteneği tam olan kişilere karşı işlenmesidir. Bu düzenleme ile genel kurala bir istisna getirilmektedir. Ancak bu istisnanın geniş yorumlanması mümkün değildir.

Belirttiğimiz bu gerekçeler göz önüne alındığında sonuç olarak; temyiz kudreti olmayan tam akıl hastaları ve yaşı küçük çocuklara karşı dolandırıcılık suçu işlenemez. Bu kişilerden hileli davranışlarla yarar sağlanmış ise, bu kişilerin aldatılması olanaklı olmadığından ve aldatılarak elde edilen iradeleri ile faile yarar sağladıklarından bahsedilemeyeceğinden, failin bu eylemi hırsızlık suçuna sebebiyet verecektir. Buna karşın kısmi akıl hastaları ile temyiz kudreti olmayan ancak irade beyanında bulunabilecek yaşa gelmiş küçüklere karşı hileli davranışlar kullanılarak yarar temin edilmesi durumunda ise, failin eylemi dolandırıcılık suçunun nitelikli (TCK m.158/1-c) halinin oluşumuna sebebiyet verecektir¹⁸³.

D. Suçun Nitelikli Halleri Açısından Mağdurun Gösterdiği Özellik

Dolandırıcılık suçunun oluşması için, Yasa Koyucu mağdurun belirli özelliklere sahip olmasını aramamıştır. Dolayısıyla hileli davranışlar ile iradesi etkilenen

¹⁸³ TCK’nın 158/1-c madde ve fıkrasına ilişkin ayrıntılı inceleme ve açıklamalar için aşağıda bkz. Üçüncü Bölüm, III, C.

ve kendisi veya başkası zararına, fail veya üçüncü bir kişi yararına hukukî tasarrufta bulunabilen herkes bu suçun mağduru olabilir.

Buna karşın, belirli bazı özellikler taşıyan mağdurlara karşı işlenen dolandırıcılık suçları, suçun basit şekline nazaran daha ağır bir müeyyide ile yaptırım altına alınmıştır. Bu şekilde bir düzenleme, devletin sosyal politikaları paralelinde tayin ve tespit ettiği suç ve ceza siyaseti kapsamında yapılmıştır. Bu tercih doğrultusunda kanun koyucu, tehlikeli veya zor şartlarda bulunan kişilerin bu durumlarından (TCK m.158/1-b) veya algılama yeteneği zayıf olan kişilerin mevcut hallerinden yararlanılması (TCK m.158/1-c) suretiyle dolandırıcılık suçlarının işlenmesi halinde faili daha ağır bir müeyyide ile cezalandırma yoluna gitmiştir. Dolayısıyla bu nitelikli hallerin gerçekleştirilmesi için kendilerine karşı hileli davranışlarda bulunulan mağdurların belirli özelliklerinin olması gerekir. Hileli davranışlardan etkilenerek kendisi veya başkası zararına malvarlığına ait unsurlar üzerinde tasarrufta bulunan mağdurların tehlikeli veya zor şartlarda bulunmaları veya algılama yeteneklerinin zayıf olması lâzımdır.

Bunlara ek olarak kamu kurum ve kuruluşlarının (TCK m. 158/1-e), banka veya diğer kredi kurumları tarafından açılmaması gereken bir kredinin açılmasının sağlanmak suretiyle bu kurumların (TCK m. 158/1-j) ya da sigorta bedelini almak amacıyla sigorta şirketlerinin zararına olarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi, bu tüzel kişiliklerin gösterdiği özellik, sosyal ve ekonomik hayattaki önem ve konumları göz önüne alınarak, daha ağır bir yaptırım ile müeyyidelendirilmiştir. Belirtilen nitelikli hallerin uygulanabilmesi için, dolandırıcılık suçunun yasada belirtilen özelliklere sahip tüzel kişiliklere karşı işlenmiş olması gerekir.

E. Otomatlar veya Sistemlerin Mağdur Olup Olamayacakları Sorunu

Gelişen teknoloji ile birlikte para, fiş, jeton veya kart ile harekete geçerek, kişilere hizmet veya mal sunan, halkın ortak kullanımına tahsis edilmiş makine veya sistemler sayı ve mahiyetleri itibarıyla giderek çeşitlenmekte ve çoğalmaktadır. Kullanılan hileli davranışlar ile sıklıkla bu makine veya sistemlere müdahale edilerek, karşılıksız menfaat temin edilmektedir. Bu tür eylemlerin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Bu belirlemenin yapılabilmesi için, söz konusu eylemdeki mağdurun, dolandırıcılık suçu açısından mağdur olarak kabul edilip edilmeyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Dolandırıcılık suçundan bahsedebilmek için,

failin hileli hareketlerinden etkilenebilecek bir gerçek kişinin varlığı ve bu kişinin irade serbestisinin bulunması gerekir. Bu nedenle, kişiler dışında kalan herhangi bir makine veya sistemin bu suçun mağduru olması mümkün değildir. Zira insan dışındaki varlık veya eşyaların hileli davranışlardan etkilenme, bunları değerlendirme ve değerlendirme sonucunda aldanarak, kendisinin veya başkasının zararına tasarrufta bulunma bilinç ve iradeleri bulunmamaktadır.

İngiliz hukuk sisteminde dolandırıcılık suçunun oluşması açısından yanlış/yanıltıcı/hileli davranışların gerçek bir kişiye yöneltilmesi ile otomat veya makinelere yöneltilmesi arasında bir fark yoktur. Bu bağlamda sahte veya başkasına ait kredi kart bilgi ve şifrelerinin yanlış girilerek alışveriş sitesinden ürün alınması veya sipariş verilmesi hallerinde de aldaticılık unsurunun gerçekleşeceği ve dolandırıcılık suçunun oluşacağı kabul edilmektedir¹⁸⁴.

Otomatik makineler ve bilgisayar sistemlerinin sosyal ve ekonomik hayattaki fonksiyonlarını göz önüne alan kanun koyucu, bu makine ve sistemlere müdahale ederek, bedelini ödemediği yarar sağlama eylemlerini ayrı bir suç türü olarak düzenlemiş ve cezalandırmıştır (TCK m. 163)¹⁸⁵. Karşılaştırmalı hukukta, hileli hareketler kullanılarak otomatik aletlerden fayda sağlanması halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağını kabul eden yazarlar vardır¹⁸⁶. Buna karşın aksi düşüncüyü savunarak dolandırıcılık suçunun oluşmayacağını belirten yazarlar da bulunmaktadır¹⁸⁷.

Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanılması ceza mevzuatımızda karşılıksız yararlanma suçu olarak düzenlenmiştir (TCK m.163/1). Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girme ve orada kalmaya devam etme fiili bilişim sistemine

¹⁸⁴ Withey: s. 229; İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s.10.

¹⁸⁵ Karşılıksız yararlanma suçuna ilişkin ayrıntılı inceleme ve dolandırıcılık suçu ile karşılaştırma için ileride bkz. İkinci Bölüm, V, B, 1, b, ff, iv.

¹⁸⁶ Manzini (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 465'den naklen); Avusturya, Avustralya, Danimarka, Yunanistan, Finlandiya, Japonya, Hollanda, İsveç, Norveç, İspanya ve Amerika Birleşik Devletlerinde özel düzenlemeler yapılarak, bilgisayar ve bilişim sistemleri kullanılarak işlenen dolandırıcılık suçları yaptırım altına alınmıştır. Buna karşın bazı ülkeler halen mevcut eski hukuki düzenlemeleri yorumlayarak söz konusu suçu oluşturan eylemleri cezalandırmayı tercih etmektedirler. Ancak teknolojik gelişmelerdeki önlenemez ve tahmin edilemez değişim, gelişim ve dönüşmelerin, bu çağın diline göre oluşturulmamış yasal düzenlemeler bağlamında değerlendirilmeye çalışılması ve karşılanması zordur (Mohamed Chawki/ Mohamed S. Abdel Wahab: "Identity Theft in Cyberspace: Issues and Solutions", Lex Electronica, Cilt: 1, Sayı: 1, Bahar 2006, s. 1-41 (http://www.lex-electronica.org/docs/articles_54.pdf, E.T. 26.6.2014), s.2, dpn.5).

¹⁸⁷ Tolomei, Chavanne, Ernest-Joachim Lampe (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 465'den naklen); Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.16.

girme suçu olarak düzenlenmiş (TCK m.243/1), bu suçun bedeli karşılığı yararlanabilen sistemler hakkında işlenmesi durumunda cezası arttırılmıştır (TCK m.243/2). Yine bilişim sistemindeki verilere müdahale ederek sistemin çalışmasını engelleme, verilerini yok etme ve değiştirmek de ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir (TCK m.244).

F. Tüzel Kişiler Dolandırıcılık Suçunun Mağduru Olabilir Mi?

Yukarıda da belirtildiği üzere, dolandırıcılık suçunun oluşması için, hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılıp, onun veya üçüncü bir kişinin zararına olarak, faile veya başkasına bir yarar sağlanması gerekir. Yani mağdurun “aldatılabilecek bir kişi” olması zorunludur. Bu özelliğe sahip tek varlığın, bilince ve irade beyan etmeye sahip insan olduğu açıktır. Zira failin hileli davranışlarından etkilenecek, bu etkilenme sonucunda kendisinin veya sahip olduğu yetki kapsamında başkasının malvarlığı unsurları üzerinde tasarrufta bulunabilecek, gerçek bir kişinin yani insanın varlığı zorunludur. Bu nedenlerle tüzel kişiler dolandırıcılık suçunun dar anlamda mağduru olamazlar. Tüzel kişiler değil fakat kendilerini temsil eden organlarda görevli gerçek kişiler bu suçun mağduru olabilirler. Tüzel kişilerin, temsilcilerinin aldatılması suretiyle malvarlıklarında bir eksilme meydana gelmişse, bu halde zarar gördüklerini kabul etmek gerekir. Malvarlıkları açısından zarar olduğu takdirde tüzel kişiler suçun mağduru değil, suçtan zarar göreni konumunda olacaklardır¹⁸⁸.

V. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN UNSURLARI

A. Suçların İncelenmesi ve Anlamlandırılması Bağlamında “Suçun Unsurları”

Yasa koyucu TCK’nın 21. maddesinde; suçun oluşmasının kastın varlığına bağlı olduğunu ve kastın suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi anlamına geldiğini açıkça belirtmiştir. Bu nedenle suçun unsurlarının tespiti, suça ilişkin incelemeler ve bunun sonucunda yapılacak değerlendirme ve tespitler açısından önemlidir.

Suçun, unsurlarına ayrılarak incelenmesi ve sınıflandırılması yasa koyucunun bir tercihi değildir. Bu şekildeki bir inceleme usulü, suçların daha doğru şekilde analiz

¹⁸⁸ Tümerkan: s. 22.

edilip yorumlanmasını sağlamak amacıyla öğreti tarafından geliştirilmiştir. Doktrinde, suçun unsurlarının ne olduğu hususunda görüş birliği olduğunu söylemek güçtür. Bu doğrultuda belirli bazı sistemler geliştirilmiştir. Genel olarak suçun unsurları, maddi ve manevi olarak ikili bir sistem içinde incelenmektedir. Bu unsurlara kanunilik (tipiklik) veya hukuka aykırılık unsurlarından birini veya her ikisini ekleyen yazarlar da bulunmaktadır¹⁸⁹.

Maddi unsurlar ibaresi, Türk doktrininde ilk kez Kunter tarafından kullanılmıştır¹⁹⁰. Kunter maddi unsurların hareket, netice ve sebebiyet alakasından (illiyet bağı veya nedensellik bağı) oluştuğunu belirtmiştir¹⁹¹. Öğretide de, suçun maddi unsuru deyiminden bu hususların anlaşılması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir¹⁹².

Doktrinde suçun unsurlarına ilişkin yapılan değerlendirmeler incelendiğinde, yapılan ayrımların sınırlarının bir birleri ile iç içe geçmiş olduğu, bir yazar tarafından ayrı başlık altında değerlendirilen bir hususun başka biri tarafından farklı bir unsur kapsamında mütalaa edildiği görülecektir¹⁹³. Bu nedenle oluşturulan sistemler tamamen bir değerlendirme ve bakış açısındaki farklılıktan ibarettir. Amaç suçun doğru şekilde anlaşılması ve yorumlanmasını sağlamaktır. Biz daha sade olduğunu ve insanın maddi ve manevi doğasına uygun olduğunu düşündüğümüz ikili sistemi kabul ederek, dolandırıcılık suçunu bu kapsamda inceleyeceğiz. Bu nedenle dolandırıcılık suçunun öğelerini maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) unsurlar başlıkları altında inceleme konusu yapacağız.

Bununla birlikte suçun maddi unsurlarının nelerden ibaret olduğu konusu da tartışmalıdır. Öğretide genel olarak maddi unsurun yani fiilin (eylemin) *hareket, netice* ve *nedensellik* bağından ibaret olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁴. Buna karşın, yeni Ceza Kanunu'nun sistematliğini gerekçe göstererek belirtilenlere ilave olarak maddi unsurun

¹⁸⁹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 380 vd.; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3565; Kanunilik (tipiklik) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Selâhattin Keyman: "Tipiklik ve Ceza Hukuku", AÜHF, 1980, C. 37, S. 1, s. 72 vd.

¹⁹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3571.

¹⁹¹ Nurullah Kunter: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954, s. 3 vd.

¹⁹² Dönmezer/Erman: C. I, s. 366 vd.

¹⁹³ Suçun unsurları hakkında ileri sürülen görüşler için bkz. Toroslu: Genel Kısım, s. 103 vd.; Dönmezer/Erman: C.I, s. 307 vd.; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Genel Hükümler, s. 406 vd.; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.B., İstanbul 2006, s. 231 vd.; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 187 vd.; Soyaslan: Genel Hükümler, s. 211 vd.; Nurullah Kunter: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954; Uğur Alacakaptan: Suçun Unsurları, Ankara 1970, s. 29 vd.

¹⁹⁴ Dönmezer/Erman: C. I, s. 369; Alacakaptan: Suçun Unsurları, s. 39 vd.

içerisine *fail*, *mağdur* ve *konunun* dahil edilmesi gerektiğini belirten yazarlar bulunmaktadır¹⁹⁵.

B. Suçun Maddi Unsuru

Türk Ceza Kanunu'nun 157. maddesinin gerekçesinde dolandırıcılık suçunun çok hareketli bir suç olduğu belirtilmiştir. Bu belirlemeye karşın gerekçede, dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet verecek hareketlerden sadece hileli davranışlardan bahsedilmiş, ancak diğer hareket(ler)in ne olduğu hususunda herhangi bir bilgiye yer verilmemiştir¹⁹⁶.

Yasa koyucunun madde gerekçesinde yer verdiği, dolandırıcılık suçunun çok hareketli bir suç olduğuna dair görüşe katılmıyoruz. Dolandırıcılık suçunu düzenleyen yasa maddesi incelendiğinde madde içeriğinde bizi, suçun oluşumu için birden fazla hareketin gerekli olduğu sonucuna götürecek herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Dolandırıcılık suçu çok hareketli bir suç değil¹⁹⁷, serbest hareketli bir suçtur¹⁹⁸. Yasa koyucu, suçun oluşumu için hileli davranışlarda bulunulması gerektiğini belirtmiş, ancak, bu davranışların ne olduğuna ilişkin herhangi bir belirlemede bulunmamıştır. Hileli davranışların gerçekleşme şekilleri sınırsızdır. Bu tür davranışlar söz, yazı, ilan veya belge kullanılmak suretiyle icraî olarak meydana getirilebileceği gibi, susmak suretiyle veya hataya düşen kişinin hatasından yararlanmak suretiyle ihmali olarak da oluşturulabilir¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3571.

¹⁹⁶ Türk Ceza Kanunu Gerekçesi: s. 264, 265; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 16.

¹⁹⁷ Dolandırıcılık suçunun çok hareketli suç görüntüsü taşıyan bir suç olduğuna dair görüş için bkz. Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 111; Nihal Saban: "Bir Analiz: Türk Hukukunda Hile Kavramının Unsurları", Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı.31, Temmuz 2006, s. 60.

¹⁹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3573; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 451; Öğretide dolandırıcılık suçunun, herhangi bir davranışla değil yalnızca hileli davranışlarla işlenebileceği, bu nedenle suçun bağlı hareketli suçlardan olduğu ileri sürülmüştür (Alacakaptan: Suçun Unsurları, s. 46; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 88). Ancak yukarıda belirttiğimiz gerekçeler doğrultusunda dolandırıcılığın bağlı değil, serbest hareketli olduğunu düşünüyoruz. YCGK, 24.11.1998, E: 1998/6-280, K. 1998/359: "Bu kabulün sonucu olarak belirtilen hareketler sonsuz şekilde gerçekleştirilebilir. Bu hareketler fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, başka kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir. Yazılı ve görsel ilanlarla, sözlü açıklamalarla yalanların onaylanması, yazılı yalanların kullanılması, diğer belirli bazı hareketlerle gerçeğin gizlenerek sahte film, raporlar ve vesikalar gösterilerek merhamet çekilmesi hallerinde de hile ve desise söz konusudur" (Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 451, dpn. 39).

¹⁹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3573-3574; Toroslu: Özel Kısım, s. 179; Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 111; Dolandırıcılık suçunun ihmali hareketlerle işlenip işlenmeyeceği hususu tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmalar aşağıda İkinci Bölüm, V, 1, ee, iii. başlığı altında yaptığınız inceleme içerisinde yer verdik. Burada şunu belirtelim ki, dolandırıcılık suçuna sebebiyet veren ihmali, tam veya saf ihmali şeklinde gerçekleşenler değil, icraî sonuçlar doğuran ihmali türüdür (İhmal kavramı ve çeşitleri için bkz. Soyaslan: Teşebbüs Suçu, s. 8-11). Günümüzde ihmalin esasının "kişinin kendisinden beklenen hareketi yapmaması" öğretide kabul edilmektedir (Zeki Hafızogulları: Türk Ceza

Dolandırıcılık suçunun unsurlarının ayrımı ve sayısı konusu öğretilerde tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar bu suçun unsurlarını incelerken manevi unsura ayrıca yer vermektedirler. Suçun maddi unsurunu ise bir kısım yazarlar *hileli hareketlerle aldatma, zarar verme* ve *haksız çıkar sağlama* şeklinde üçe ayırarak; bir kısım yazarlar ise *hileli araçlar* ve *teslim* diye ikiye ayırarak incelemektedirler²⁰⁰.

Türk öğretisinde dolandırıcılık suçunun maddi unsuru genel olarak üçe ayrılarak incelenmektedir. Bunlar; hileli davranışların ortaya konulması, bu davranışlarla mağdurun aldatılarak zararına işlemde bulunması ve bunun doğal sonucu olarak meydana gelen zarar ve sağlanan yarardır²⁰¹. Bu kabulden ayrı olarak, genel olarak suçun ve özelde ise dolandırıcılık suçunun maddi unsurlarını farklı bir incelemeye tabi tutan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre dolandırıcılık suçunun maddi unsur sayısı altı olup; bunlar; fail, mağdur, fiil, netice, illiyet bağı ve suçun konusudur²⁰².

Dolandırıcılık suçunun maddi unsurunu (eylem, fiil) hareket, netice ve hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması olarak üç bölümde inceleme konusu yapacağız. Bu bağlamda hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılması suçun maddi unsurunun alt ögesi olan hareket ögesini, hileli davranışlar ile aldatılan kişinin kendisi veya başkasının zararına olarak, faile veya üçüncü bir kişiye yarar sağlaması ise netice alt ögesini oluşturacaktır. Maddi unsurun son alt ögesi ise, hileli davranışlar ile mağdurun aldanması arasında; mağdurun aldanması ile uğranılan zarar arasında ve aldanana mağdurun uğradığı zarar ve fail veya başkasının temin ettiği yarar arasında bulunması gereken nedensellik bağıdır.

Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 195). İhmalin bu şekilde anlaşılması halinde, birçok ihmali hareketin dolandırıcılık suçuna sebebiyet vereceği kabul edilebilir. Zira çoğu kez fail susmak, açıklama yapması gereken yerde hareketsiz kalmak, mağdurun hata içerisinde olduğunu bilmesine rağmen onu bilgilendirmemek suretiyle ihmali hareketlerde bulunup, muhatabını aldatmakta ve yarar temin etmektedir.

²⁰⁰ Bu konudaki ayrımlar ve bu ayrımları savunan yazarlar için bkz. Selçuk: Dolandırıcılık, s. 83 ve bu sayfada yer alan dipnotlar. İngiliz hukuk sisteminde dolandırıcılık suçunun oluşması için iki şartın gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna göre öncelikle kazanç elde etmek için kandırma kastıyla hareket ederek kandırabilecek nitelikte bir hile ortaya konulması ve bu hile ile niyetin gizlenmesi gerekmektedir. İkinci olarak ise hileye muhatap olan kişinin gerçek veya muhtemel bir zararının meydana gelmiş olması aranmaktadır (James Fitzjames Stephen: A History of the Criminal Law of England, 1973, New York: Burt Franklin, s.121; Joseph T. Wells: Occupational Fraud and Abuse, 1997, Dexter, MI: Obsidian, s. 2; Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.15).

²⁰¹ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 521-522; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 451 vd.; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 592; Arslan/Azizağaoğlu: s. 683-684; Erem: Dolandırıcılık, s. 5 vd.; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 449 vd.; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 83; Soyaslan: s. 342; Süheyl Donay: Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 240-241.

²⁰² Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3571.

1. Hareket Ögesi Açısından

a. Hareket Unsuru Olarak “Hile” ve “Hileli Davranış”

Suçun maddi unsurunun alt ögesi olan hareketin içeriğinin ne olduğunu belirlemek önemlidir. Zira kanunsuz suç olmadığı gibi, hareketsiz suç da olmaz²⁰³. Hareket, suçun çekirdeğidir. Özel ve kamusal alanda meydana gelen haksızlığın, ceza kanunu anlamında fiilin olmazsa olmaz (*sine qua non*) temelini, hareket oluşturur²⁰⁴. Hareketin varlığından bahsedebilmek için açığa vurulan ve dışa yansıyan bir davranışının bulunması gerekir. Hareketin dışa yansması sözle, yazıyla, vücut hareketleriyle veya jestle olabilir. Yani hareket, insanın kaslarıyla meydana getirdiği bir durumdur²⁰⁵. Öğretide ileri sürülen görüşler göz önüne alınarak bir tanım yapmak gerekir ise hareketi, kişilerin kasları vasıtasıyla meydana gelen, dışarıya yansıyan ve algılanabilen, ceza hukuku açısından önem taşıyan iradi davranış(lar) olarak belirtebiliriz²⁰⁶.

Dolandırıcılık suçunun hareket ögesi açısından 5237 sayılı TCK’da yapılan dolandırıcılık tanımı ile 765 sayılı TCK’da yapılan tanım arasında temel bir farklılık vardır. Söz konusu suç 765 sayılı TCK’nın 503. maddesinde “*bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağla*”mak şeklinde tanımlanmış iken; 5237 sayılı TCK’nın 157. maddesinde “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağla*”mak şeklinde tanımlanmıştır. Her iki Kanunda yapılan tanımlar birlikte değerlendirildiğinde 5237 sayılı TCK’da yer alan “*hileli davranışlar*” kavramı karşılığının 765 sayılı TCK’da “*kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler*” olduğu kolaylıkla görülecektir. Önceki yasa döneminde hile ve desisenin belirli bir özelliğinin olması yani “*kandırabilecek nitelikte*” olması aranırken, yeni düzenlemede bu veya buna benzer başkaca bir niteliğinden bahsedilmemiştir. Bu farklılığın yanında, önceki yasa döneminde dolandırıcılık suçunun hareket ögesi içerisinde hilenin yanında,

²⁰³ Dönmezer/Erman: C.I, s. 366; Kunter: s. 11-13; Alacakaptan: Suçun Unsurları, s. 40.

²⁰⁴ Kunter: s. 12; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 84; Kayıhan İçel: Suçların İctimai, İstanbul 1972, s. 28.

²⁰⁵ Dönmezer/Erman: C.I, s. 370; Kunter: s. 20 vd.; Alacakaptan: Suçun Unsurları, s. 40.

²⁰⁶ Dönmezer/Erman: C.I, s. 370-371; Alacakaptan: Suçun Unsurları, s. 41; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 85; Çeşitleri bakımından hareket ile ilgili görüşleri ve bu görüşler doğrultusunda hareket tanımları için bkz. Kunter: s. 49 vd..

“desise”²⁰⁷ yapılması ile de suçun işlenebileceği belirtilmişken, yeni düzenlemede bu kavrama yer verilmemiştir.

Doktrinde ve uygulamada 765 sayılı TCK döneminde gerek hilenin²⁰⁸ ve gerekse desisenin²⁰⁹ tanımları yapılmış, benzer ve farklı yönleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Dolandırıcılık suçu bu iki kavram üzerinden tanımlanmış ve kapsamı buna göre belirlenmiştir. 5237 sayılı TCK’da *desise* kavramına yer verilmemiştir. Hile kavramına ise tek başına değil, bir davranışın sıfatı olarak yer verilmiştir. Yasa koyucunun dolandırıcılık suçunun formüle ediliş şeklindeki bu değişikliğin, suçun yorumunda ve kapsamında, öncekinden farklı olarak, bir değişikliğe neden olup olmayacağı tartışmalıdır.

Öğretide bazı yazarlar yasa koyucunun, önceki yasada yer verilen “desise” kavramına, yeni Ceza Kanunu’nda yer vermeme tercihinin, dolandırıcılık suçunun unsurlarında ve kapsamında farklılığa sebebiyet vermeyeceği görüşünü ileri sürmüşlerdir²¹⁰. Bu görüşte olan yazarlara göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 157/1. maddesinde, hileli davranıştan ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklık yoktur. 765 sayılı Yasa’nın 503. maddesinde yer alan hile ve desise kavramlarının anlam ve sınırları, bu yasanın yürürlükte bulunduğu süre içerisinde uygulama ve öğreti tarafından belirlenmeye çalışılmıştır. Yeni yasal düzenlemede yer alan *hileli davranış* kavramına farklı bir anlam

²⁰⁷ 765 sayılı Yasa’nın 503. maddesinde yer alan desise kavramı, 1990 yılında 3679 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önce sania kavramıyla karşılanmaktaydı.

²⁰⁸ Hile 765 sayılı Yasa döneminde farklı ve 5237 sayılı Yasa’daki anlamına göre daha dar yorumlanıyordu. Zira eski düzenlemede dolandırıcılık suçunun oluşması için hile ve desise (sania) ayrımı yapılmakta, doktrinde ve uygulamada yasal tanımdaki ayırmadan kaynaklanan zorunluluk nedeniyle, hile ve desisenin ayrı ayrı tanımları yapıp, sınırları belirlenmeye çalışılmaktaydı. Bu ayrımı göz önüne alan yazarlar hileyi, maddi olmayan araçlar kullanarak mağduru hataya düşürmek olarak tanımlamıştır (Erem, s. 7-8). Bundan başka hile, failin harici davranışlarını gerektirmeyen ve mağdur üzerinde maddi olmayan bir etki oluşturmaz (Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 452). Diğer bir tanıma göre ise hile, ikna etmeye yönelik sözlerle gerçeği gizlemekten, yani doğru sanılmasına elverişli olan akıl yürütmeleri içeren bir yalandır (Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 529).

²⁰⁹ Öğretide desise (sania), maddi nitelikteki fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmek için kullanılan aldatıcı araçlar şeklinde tanımlanmıştır (Erem, s. 6; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 452;); Logoz’a göre desise tabiri, temin etmek, vermek, niyeti olmaksızın bir edimi vaat etmek veya yalanlardan, hileli manevralardan adeta bir bina inşa etmek veya bir sahneye koymayı sağlamak, konuşulması gereken yerde susmak, beyanların doğruluğunu tahkik etmemek hususunda suç kurbanını ikna etmek, mevcut olmayan bir kimse adına kredi ile mal almak, bir bilgisayara yalan bilgiler yerleştirmek hallerini karşılamaktadır (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 451, dpn. 6). Başka bir tanıma göre ise desise, olmayanı varmış gibi, olanı yokmuş gibi göstererek gerçeğin gizlenmesidir (Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 529).

²¹⁰ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 436; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 593; Arslan/Azizağaoğlu: s. 683; Yılmaz/Ergün: s. 14; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 461; Erdem: Karşılıksız Yararlanma, s. 136; Meran: s. 143, dpn. 263; Sinan Esen: Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara 2007, s. 296.

yüklenmeyip, önceki yasa döneminde yer alan hile ve desise terimlerini kapsar şekilde yorumlanması gerekir²¹¹.

Karşı fikirde olan yazarlar ise yasa koyucunun hile yanında desise kavramına yer vermemiş olmasının ve sadece soyut olarak hile kavramını kullanmayıp, hileyi bir davranışın sıfatı olarak tercih etmesinin bilinçli bir seçim olduğunu; bununla dolandırıcılık suçunun unsurlarını değiştirdiğini ve suçun oluşma şartlarını basitleştirmeyi amaçladığını, yapılacak yorumlarda bu hususun göz önüne alınması gerektiğini ileri sürmüşlerdir²¹².

Kanaatimizce, yasa sistematığında, önceki düzenlemeye nazaran yapılan değişiklikler göz önüne alındığında, öğretide ileri sürülen son görüş paralelindeki bir yaklaşım daha doğrudur. Önceki yasal düzenlemede uygulama ve öğretide “desise” kavramı; maddi nitelikteki fiil ve hareketlerle mağdurun hataya düşürülmesi amacıyla kullanılan hareketler olarak tanımlanmıştır. Yani desise, hileye göre daha yoğun uğraş gerektiren düşünsel ve bedensel bir faaliyettir. Yasa koyucu bilinçli olarak desise kavramına, dolandırıcılık suçunun tanımında yer vermemiş, böylece suçun işlenme şartlarını daha da basitleştirmeyi amaçlamıştır. Bu amacı doğrultusunda sadece desise kavramına değil, hilenin “kandırabilecek” nitelikte olma özelliğine vurgu yapan bir ibareye yer vermemiştir. Bu nedenle artık hileli davranışların, somut olayın şartlarından ayırık olarak “kandırma yeteneği” bulunup bulunmadığına dair bir araştırma yapılmaması gerekir.²¹³

Hile ve desise, önceki yasal düzenlemede dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet veren iki temel kavramdı. Her iki kavrama gerek doktrinde ve gerekse uygulamada çeşitli anlamlar yüklenmiş, nelerin hile nelerin desise sayılabileceği belirlenmeye çalışılmıştı. Her iki kavramın yasal olarak ortaya çıktığı tarihten bu güne kadar net olarak tanımlarının yapılması mümkün olmamıştır. Zaten bu kavramların mahiyetleri itibarıyla net bir anlamlandırma ve tanımlamalarının yapılması mümkün değildir. Hukuksal bir terim olan hile ve desise kavramları anlamlarını uygulamadaki somut örnekler ve teoride üretilen fikirler çerçevesinde kazanmıştı. Belirli bir anlam zenginliğine kavuşan bu iki kavramdan “desise” kavramının, yasa koyucu tarafından

²¹¹ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 436; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 593-594; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 226.

²¹² Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1385-1392.

²¹³ Ahmet Gündel: 5237 Sayılı TCK'da Zimmet, Sahtecilik, Dolandırıcılık, Yağma, Hırsızlık, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2009, s. 460-461.

dolandırıcılık tanımından çıkartılmış olması kanaatimizce doğru olmamıştır. Zira hile ve desise kavramları, farklı anlamları karşılayan iki terimdir. Mevcut durum itibariyle “desise” kavramının taşıyacağı anlamın da “hile” kavramı tarafından karşılanması gerekecektir.

Dil bir kültürdür. Hukuk dilinin de kendisine ait bir zihni, geçmişi ve geleneği yani bir tür kültürü vardır. Bu kültürün bozulması ve anlamsızlaştırılması, o kültürü taşıyan dilin kısırlaştırılmasıyla mümkündür. Herhangi bir dil açısından, kelime ve kavram sayısının fazlalığı, o dilin zenginliğini ve canlılığını gösterir. Bir kelime ve kavrama, taşıyacağı temel anlamların dışında, başkaca kelime ve kavramların muhtevalarını taşıması görevinin verilmesi, o kelime ve kavramı zaman içerisinde anlamsızlaştırır ve renginin solmasına sebebiyet verir. Bu nedenlerle dolandırıcılık suçunun muhtevalarına uygun, bu suçun uygulanmasının sınırlarını çizerek yeni kavram ve kelimelerin bulunması yerine, mevcut kavramların ortadan kaldırılmasının uygun olmadığını düşünüyoruz. Desise kavramı ile birlikte, bu kavram üzerine bina edilen hukuk kültürünün de ortadan kalkacağını, zaman içerisinde anlamsızlaşacağını ve bunun dolandırıcılık suçunun uygulanmasında sıkıntıların doğuracağı kanaatindeyiz.

Bu açıklamalar ışığında dolandırıcılık suçunun maddi unsurunu oluşturan hareket alt ögesi TCK’nın 157/1 maddesinde “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldat*”mak şeklinde belirtilmiştir. Yasa koyucu bu suçla, yapılması yasaklanan bir işin yapılmasını cezalandırdığından, öğretide genel olarak kabul edildiği üzere, dolandırıcılık icraî bir suçtur²¹⁴. Yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere dolandırıcılık suçunun maddi unsurunun hareket alt ögesini hileli davranışlarda bulunma ve bu hileli davranışlar sonucunda mağdurun aldatılması olarak ikiye ayırabiliriz. Bu ayırım doğrultusunda önce *hileli davranış* kavramından ne anlaşılması gerektiğini ve sonrasında bu davranış doğrultusunda mağdurun aldanması kavramını inceleme konusu yapacağız.

b. Hileli Davranışlar

5237 sayılı TCK’da yasa koyucu, 765 sayılı TCK’dan farklı olarak, hile ve desise yapmaktan değil, hileli davranışlar ile bir kişinin aldatılmasından bahsetmiştir (TCK m.157/1). Hile tek başına suçun unsuru olarak düzenlenmeyip, yasada bir davranışın sıfatı olarak düzenlenmiştir. Yasal düzenlemeden çıkartılacak sonuç, hilenin kişilerin düşünce

²¹⁴ Alacakaptan: Suçun Unsurları, s. 47; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 86.

dünyasında bir fikirden ibaret olmakla kalmayıp, davranış haline gelmesi ve ortaya konulan davranışların bir niteliğini oluşturması gerektirir. Davranış şeklinde ortaya çıkmayan hileye dair düşünceler dolandırıcılık suçunun unsurunu oluşturmaz.

Dolandırıcılık suçuna rengini veren, onu diğer suçlardan ayıran kavram *hile*dir. Bu nedenle hile kavramının irdelenmesi ve ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulması, dolandırıcılık suçunun anlamlandırılması, diğer suçlardan farklı yönlerinin ortaya konulması açısından önemlidir. Zira dolandırıcılık suçunu işleyen, suçlular arasında en zekilerden olan dolandırıcıların hayal güçleri ve zekâ seviyeleri, hileli davranışların ortaya çıkış şekillerini ve sayılarını değiştirmektedir²¹⁵.

Bu nedenle öncelikle genel hatları ile hile kavramı incelenecek, bu inceleme sırasında doktrinde ve uygulamada tartışma konusu yapılan hukukî hile ve cezaî hile ayrımı ile bunlar arasındaki benzer ve farklı yönler ortaya konulacaktır. Bu çerçevede hilenin tanımı, nitelikleri ve kapsamı irdelenecektir. Bu incelemeler sonrasında, hilenin unsuru olduğu davranış kavramının dolandırıcılık suçu bağlamında incelenmesi yapılacaktır.

aa. Hile Kavramı

Dolandırıcılık suçunun özü, bir kişiyi başkalarının yararına ve kendisi veya başkası zararına, malvarlığında azalmayı gerektirecek şekilde bir davranışa sevk eden hileden (aldatmadan) ibarettir²¹⁶. Bu suç, en yetkin ve tipik bir hile suçudur²¹⁷. Dolandırıcılık suçunun temelini ve çekirdeğini oluşturan hile kavramının belirsizliği ve sınırlarının tam olarak çizilememesi, bu kavramın ne olduğu ve ne olmadığı hususunda kesin ve net tespitler ile tanımlamalar yapılmasını engellemektedir. Yasal düzenlemede hileli davranışların nelerden ibaret olduğu saymaca veya örnekleme yöntemleri kullanılarak belirtilmemiştir²¹⁸. Garraud'un dediği gibi, hile kavramını anlamlandırma

²¹⁵ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 527-528; Toroslu: Özel Kısım, s. 176; Zingale: s. 795; Dolandırıcılık suçu açısından belirleyici nitelikte bulunan “hileli davranış” kavramı somut unsurlarının Yasa’da belirtilmemiş olması, gerek bu suça muhatap olacak bireylerin özgürlük ve güvenlikleri ve gerekse suçu soruşturmakla görevli adli birimler açısından önemli bir eksiklik ve tehlikedir. Bu belirsizlik dolayısıyla bir çok dolandırıcılık eylemi yaptırımsız kalacak ve yine buna paralel olarak gerçekte dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyecek bir çok eylem ise bu bağlamda yorumlanarak haksız/adaletsiz uygulamalar meydana gelebilecektir (Tadros: 957-961).

²¹⁶ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 525.

²¹⁷ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 89.

²¹⁸ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 549; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 450; Hilenin tanımı sadece ceza mevzuatında değil, özel hukuk ta da yapılamamıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 28. maddesinde yasa koyucu “diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile, o akit ile ilzam olunmaz” şeklinde bir düzenlemeye yer vermiş iken, bu Kanunu yürürlükten kaldıran, 04.02.2011 tarihli

konusunda yapılan her tanımlama, tehlikeli olmakla kalmayacak aynı zamanda zorunlu olarak karışık ve eksik bulunacaktır²¹⁹. Bu kavram yer ve zamana bağlı olarak ya da kişiden kişiye farklılık göstererek değişik anlam ve kapsamlar kazanabilir. Bu nedenle yapılacak her kesin tanımın zamanla yıpranacağı, yaşamın gerisinde kalacağı veya bir kısım eylemlerin cezasız kalmasına sebep olacağı açıktır²²⁰.

Hile kavramı yere ve zamana göre değişiklikler gösterir. Değişimlere en kolay ve hızlı şekilde adapte olabilen terimlerden biri hiledir. Sosyal hayatta ve teknolojik alanda meydana gelen değişimler, hilenin yeni anlamlar kazanmasına, çeşitlenmesine, farklı şekillere bürünerek ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu kapsamda verilebilecek en anlamlı örnek son yirmi yılda meydana gelen teknolojik gelişmelere paralel olarak bilgisayar, bilişim sistem ve araçları ile bunların sağladığı kolaylıkların günlük yaşamımızda etkin şekilde rol almasıdır. Bunun doğal sonucu, hilenin gerçek yaşamdan sanal dünyaya hızlı bir geçiş yapması ve burada serpilip gelişmesi ve evrim geçirmesidir. Daha önce öngörülme, tasavvur dahi edilmeyen birçok hile türü burada oluşmuş, gelişmiş ve kişilerin aldatılmasında kullanılmaya başlanmıştır. Bu durum, sosyal hayatın tek düze, insani ilişkilerin birincil ve kontrol edilebilir olduğu zamanlarda daha kolay olan hilenin tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi işini zorlaştırmıştır.

Hile kavramının sınırlarının belirlenmesi ve tanımlanması zordur. Zira karşımızda objektif ve sübjektif unsurları karışık, özel hukuk ve ceza hukukunda sahip olduğu anlam ve kapsamı belirsiz bir kavram vardır²²¹. Hile, ceza hukukunda mala karşı işlenen dolandırıcılık suçunun esasını, bu suçun temelini oluşturmaktadır; buna karşın aynı kavrama, Borçlar Hukukunda sözleşmelerde rızayı bozan ve bu nedenle sözleşmelerin geçersizliğini doğuran bir neden olarak yer verilmiştir. Hilenin arz ettiği önem nedeniyle, sınırlarını belirlemek, özel hukuktaki ve ceza hukukundaki anlamının ne olduğunu tayin

27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 36/1. maddesi " *taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir*" şeklindedir. Her iki düzenleme arasındaki tek fark "hile" kavramı yerine yeni düzenlemede "aldatma" teriminin kullanılmış olmasıdır. Yasa koyucu, doktrinde yapılan tartışmaları ve uygulamada oluşan içtihatları göz önüne alarak "hile" kavramından vazgeçip, daha geniş bir anlama sahip "aldatma" terimini tercih etmiştir. Ancak her iki düzenlemede de, hile ve aldatmanın tanımları yapılmamış, anlamlandırma işlemi öğreti ve uygulamacılara bırakılmıştır.

²¹⁹ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 549.

²²⁰ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 89, 90; Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.28-30).

²²¹ Mustafa Fadıl Yıldırım: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002, s. 4.

etmek, benzer ve farklı yönlerini ortaya koymak önemlidir²²². Dolandırıcılık suçunda cezalandırılan ve bu suçun maddi unsurunu oluşturan hile, hukukî değil cezaî hiledir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesine göre *“tarafılardan biri, diğlerinin aldatması (hilesi) sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağılı değildir”*. Görüldüğü üzere yasa koyucu burada da, ceza kanununda olduğı gibi, aldatmayı yani hileyi tanımlamamış, sadece aldatma sonucunda yapılan sözleşmenin tarafları bağlamayacağını belirtmekle yetinmiştir.

Hileyi tanımlama çalışmaları, öğretiyeye paralel ve öğretide belirtilen görüşler dikkate alınarak, uygulamada da yapılmaktadır. Bu kapsamda Yargıtay bir kararında hileyi *“olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarfedilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesi”* şeklinde tanımlamıştır²²³.

bb. Hukukî Hile- Cezaî Hile Ayrımı

Kişiler tarafından yapılan tüm hilelerin cezalandırılması yoluna gitmek, hem zararlı ve hem de gereksizdir. Bütün hilelerin cezalandırılması, kamu düzenini tesis etmek ve bozulan düzeni onarmak fonksiyonu bulunan cezaî hükümlerin, toplumsal huzuru ve ticari güven ortamını bozmasına sebebiyet verecektir. Özel hukukta, yapılan hilelere ilişkin olarak sözleşmenin geçersizliği gibi yaptırımlar belirlenip, tazminat yoluyla kişilerin zararlarını telafi etme imkânları öngörüldüğünden, tüm hilelerin cezalandırılmaları gereksizdir²²⁴. Dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet veren ve bu nedenle cezalandırılan hile hukukî değil, cezaîdir.

²²² Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 549.

²²³ Yargıtay 4.CD, 12.2.1991, K:1991/867, (YKD, Ocak 1992, S. 1, s. 136).

²²⁴ Erem: Dolandırıcılık, s. 11; ABD hukuk sisteminde bu konuda yapılan tartışmalar ve hilenin hangi kriterler çerçevesinde değerlendirilerek ölçülmesi gerektiğine dair fikirler için bkz. Zingale: s. 811-832; İdari ve yargı otoriteleri dolandırıcılık bağlamında sayılabilecek eylemleri, ticari hayata zarar verir endişesi ile yaptırım altına almakta tereddüt göstermekte, dolandırıcılık suçunun yorumunu genişletmekte isteksiz davranmaktadırlar (Schur: s.297).

Doktrinde ve karşılaştırmalı hukukta hileyi, hukukî ve cezaî olarak iki ayrı başlık altında inceleme konusunda bir eğilim bulunmakla birlikte²²⁵, bu tür bir incelemenin gereksiz olduğunu belirten yazarlar bulunmaktadır²²⁶. Bu yazarlardan Manzini'ye göre böyle bir farkın meydana getirilmesi halinde birçok karışıklık meydana gelebilir; var olmayan bir şeyi araştırmak, gerçeğin bulunamaması demektir. Olmayan bir şeyi araştırmaya koyulan kişi, hiçbir zaman gerçeği bulamayacaktır²²⁷.

Hukukî ve cezaî hile ayırımına karşı çıkan bir değer yazar ise Planiol'dür. Yazara göre, hileyi hukukî ve cezaî olarak ikiye ayırarak incelemeyi gerektirecek bir dayanağın olmadığını; hileyi ikiye ayırmaya çalışan yazarların tatmin edici tarif ve kıstaslar ortaya koyamadıklarını, ceza hukuku açısından hilenin fonksiyonunun önemli olduğunu, hilenin tek başına cezalandırılmayacağını, hilenin ancak bir araç olduğunu belirtmiştir. Dolandırıcılıkta hile tek başına değil, başkasını aldatarak, onun malvarlığında bir azalmaya sebebiyet verdiğiinden dolayı cezalandırılmaktadır. Bu nedenle herhangi bir kişi hile ile başkasının malını elde etmeye çalıştığı andan itibaren dolandırıcı olarak kabul edilip cezalandırılması gerekecektir²²⁸.

Hileler arasında bir ayırım yapılmasını gereksiz gören yazarlara göre, tek başına yalan söylemek bile, muhatabını aldatmış ise hile olarak kabul edilerek dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet verebilecektir²²⁹. Hukukî hile ve cezaî hile ayırımı

²²⁵ İtalyan Doktrininde İmpallomeni, Eskopedo ve Mariano Alman doktrininde Mitermayr hukukî ve cezaî hile ayırımını benimsemişler ve her iki kavramın benzer ve farklı yönlerini ortaya koymaya çalışmışlardır (Dönmezer: Dolandırıcılık, s.548-551); Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 450; Dönmezer, bu konuda net bir görüş belirtmemekle birlikte, eserlerinde ileri sürülen görüşleri incelendiğinde, hukukî ve cezaî hilenin aynı olmadıklarını, farklı özelliklere sahip olduğunu kabul eder gibi görünmekte fakat böyle bir ayırımın gereksiz olduğunu, yasa koyucu tarafından böyle bir ayırım yapılmasına sebebiyet verecek ibarelerin yasaya konulmadığını belirtmektedir.

²²⁶ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 528-529; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 592-593; Erem: Dolandırıcılık, s. 11; Toroslu: Özel Kısım, s. 177; N.İ. Franco: "Türk-Fransız-Alman-İsviçre Kanunlarında Dolandırıcılık", İzmir Barosu Dergisi, S:46/2, 1954, s. 3; Yalkut: s. 232; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 18; İtalyan doktrininde Manzini ve Planiol hileyi, hukukî ve cezaî olarak ayırmanın gereksiz olduğunu savunmaktadırlar (Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 551); Erem hile arasında hukukî ve cezaî şeklinde bir ayırım yapmanın gereksiz olduğunu, her iki hile arasında herhangi bir mahiyet ve maddiyat farkının olmadığını söylemektedir. Cezaî hilede aldatmak unsuru zorunlu ise, bu şartları taşımayan bir hilenin özel hukukta da hile olarak kabulü mümkün değildir. Aksi durumun kabulü aynı kaynaktan gelen iki hilenin farklı oldukları şeklinde bir kanıya sebebiyet verir. Mahiyetleri itibariyle özel hukukta ve ceza hukukundaki hile aynıdır. Hukukî hileyi küçük, cezaî hileyi ise büyük olarak ayırmak imkânsızdır.

²²⁷ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 551; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 450.

²²⁸ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 551-552.

²²⁹ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 530; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 593; Franco: s. 3 vd.; Alman mahkeme içtihatları bu görüşü yansıtmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 263. maddesi de bu görüşü destekler mahiyette olup şu şekildedir: "Kendisi veya üçüncü şahıslar için hukuka aykırı bir ekonomik yarar sağlamak maksadıyla, yalan söyleyerek veya gerçek olayları saptırarak yahut saklayarak,

günümüzde önemini kaybetmiştir. Zira bu ayrımın oluşumuna sebebiyet veren sosyal ilişkiler anlayışında değişiklikler olmuştur. Ticari özgürlük ile başkalarının iyi niyetini kötüye kullanılması kavramları birbirlerine karıştırılmaktadır. Hiçbir kişi, dolandırıcıların insafına terk edilemez, dolayısıyla sınırlı zekâyâ sahip olan kişilerin dahi kanun tarafından korunması gerektiğini belirtmişlerdir²³⁰.

Karşıt görüşü savunan yazarlar ise, hileyi hukukî ve cezaî hile olarak ikiye ayırarak incelemenin ve her iki hilenin sınırlarının çizilmesinin gerektiğini; birbirleri ile benzer ve farklı yönlerinin ortaya konulmasının önemli olduğunu belirtmişlerdir²³¹. Ancak tüm yazarlar, hukukî ve cezaî hilenin sınırlarının ve tanımlarının ne olduğu konularında gerek özel hukukta ve gerekse ceza hukukunda herhangi bir düzenlemenin olmadığı konusunda hemfikirdirler²³². Hukukî hile ve cezaî hile ayrımı yapılmasını benimseyen bir hukuk düzeni açısından, her türlü yalanı hile saymak ve bunların dolandırıcılık suçuna sebebiyet vereceklerini kabul etmek olanaklı değildir. Yalanın cezalandırılabilmesi için, buna hileli hareketlerin eşlik etmesi, hileli hareketler ile sergilenmesi ve birlikte ortaya konulmaları, yani görünüm itibarıyla soyut yalanın aldatma kabiliyetlerinin bulunup bulunmadıklarının araştırılması gerekir²³³.

Hilenin hukukî veya cezaî olarak belirlenmesi hususunda yapılan tartışmalar, bu kapsamda hilenin adlandırmaya ve tanımlanmaya çalışılması, gerçekte dolandırıcılık suçunun tanımlanmasıdır. Hile tanımlandığı ve sınırları belirlendiği takdirde dolandırıcılık suçu da tanımlanmış olacaktır. Bu nedenle hile üzerine tartışmaların yapılıyor olması; hukuk mahkemesinin hukukî olarak nitelendirdiği bir hilenin cezaî; ceza mahkemesinin

başkasında hatalı bir inanç meydana getirmek veya mevcut hatalı inancı muhafaza etmesini sağlamak suretiyle adı geçen malin mali bir kayba uğramasına neden olan kimse..." cezalandırılır denilmektedir (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 450). İleride anlatılacağı üzere, Alman teori ve uygulamasından farklı olarak Fransız Yargıtay'ı basit yalanın dolandırıcılık suçunun işlenmesi için yeterli olmadığını, dış unsurlar ile kuvvetlendirilmiş bir yalanın dolandırıcılığa sebebiyet verebileceğini belirtmiştir.

²³⁰ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 529.

²³¹ Graven (Erem: Dolandırıcılık, s. 11'den naklen); Zingale: s.817 vd..

²³² Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 548-549; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 450; Erem: Dolandırıcılık, s. 11; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 527-530; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 342.

²³³ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 530; "Sosyal ilişkilerdeki ortak anlayışın değişmesine koşut olarak zamanla bu ayrım (hukukî ve cezaî hile ayrımı) önemini yitirmiş; bu anlayış değişikliğine bağlı olarak örneğin 1930 yılında İtalyan Ceza Kanunu'nda bu suçun oluşması için yalnızca "hile ve desise" yeterli görülmuş, ayrıca bunun "kandırabilecek" nitelikte olması koşulu aranmamıştır" (Tezcan/Erdem/Önök: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 593).

cezaî olarak nitelendirdiği bir hilenin ise hukukî olarak kabul edilmesini doğal karşılamak gerekir²³⁴.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 157. maddesinde, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, hilenin kandırabilecek bir nitelikte olması gerekliliğine yer verilmemiştir. Dolandırıcılık suçu ancak hileli davranışlar kullanılarak işlenebilecek bir suçtur. Bu niteliğe sahip olmayan davranışlar dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermez. Bundan dolayı dolandırıcılık, bağlı hareketli suçlardandır²³⁵. Önceki düzenlemeden farklı olarak, yeni düzenlemede hilenin “*kandırabilecek*” niteliğine özellikle yer verilmemiş olması, yasa koyucunun özel bir takdiridir. Yasa koyucu hileli davranışların “*aldatma*” sonucu doğurabilecek nitelikte olmasını öngörmüş, ancak hilenin bizzat “*kandırabilecek*” özellikte bulunmasını gerekli görmemiştir. İleride bahsedileceği üzere²³⁶ yasa koyucu bu düzenleme şekli ile hileyi basitleştirmeyi, cezaî hile ile hukukî hile arasındaki makası kapatmayı ve bunları birbirlerine yaklaştırmayı amaçlamıştır. Öğretide, yeni düzenlemenin bu özelliği göz önüne alınarak, hilenin hukukî ve cezaî olarak ayrımının gerekçesinin ortadan kalktığı ileri sürülmüştür²³⁷.

Tüm cezaî hilelerin ayrıca hukukî hile olduğu, buna karşın tüm hukukî hilelerin cezaî hile olmadığı kabul edilmektedir. Hileyi hukukî ve cezaî olarak ikiye ayıran yazarlar, hilenin hangi aşamadan sonra cezaî hile olarak sayılıp cezalandırılabilir dereceye ulaştığına ilişkin değişik fikirler ileri sürmüşlerdir. Hangi hilelerin hukukî ve hangilerinin cezaî oldukları doktrinde tartışılmıştır. Genel hatlarıyla bu konularda ileri sürülen görüşleri ve eleştirilerini, incelememize konu suçun daha iyi anlaşılabilmesi için kısaca izah etmeye çalışacağız.

i. Hukukî Hile - Cezaî Hile Ayrımı Konusunda İleri Sürülen Görüşler ve Eleştirileri

İtalyan öğretisinde İmpallomeni tarafından savunulan görüşe göre, mağdurun aldanması malın mahiyeti ile ilgiliyse cezaî hile, vasıfları ile ilgiliyse hukukî hile vardır. Örneğin bir kimse, altın diyerek yerine bakır madeni satarsa kullandığı hile cezaî olduğundan dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecektir. Buna karşın daha iyi bir mal

²³⁴ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 91.

²³⁵ Hafizoğulları/Özen:s.402; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 88, 91.

²³⁶ Bu konudaki tartışmalar ve kanaatimiz için bkz. İkinci Bölüm, V, B, 1, b, ee.

²³⁷ Toroslu: Özel Kısım, s. 178-179.

olduğundan bahsederek, daha az nitelikte bir malın satılması durumunda ise hile hukukî olduğundan dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Yine, yaşlı bir atın genç denilerek satılması halinde de kullanılan hile hukukîdir ve cezalandırılmaması gerekir²³⁸.

İleri sürülen bu görüş, dolandırıcılık suçunu düzenleyen yasal mevzuatta, bu şekilde bir kıstas öngörülmesine sebebiyet verecek herhangi bir ibarenin bulunmaması nedeniyle yasal dayanaktan yoksun olduğu ve dolandırıcılık suçunun uygulama alanını aşırı şekilde daraltacağı itirazları ileri sürülerek eleştirilmiş; bu görüş sonradan bizzat İmpallomeni tarafından da terk edilmiştir²³⁹. Mağdurun malın mahiyetinde değil ve fakat miktarında hata etmiş olması halinde de dolandırıcılık suçu oluşabilir. Kanaatimizce bu görüşün kabul edilmesi, günümüzde dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilen birçok hileli davranışın cezalandırılmaması sonucunu doğuracaktır. Bu netice, yasa koyucu tarafından dolandırıcılık suçunun düzenlenmesi ile güdülen amaç ile uyumlu değildir.

Eskopedo, failin maksadından yola çıkarak bir ölçüt geliştirmeye çalışmıştır. Yazara göre hile sayılacak davranış fail tarafından özellikle aldatmak amacıyla yapıyorsa cezaî hileden; diğer hallerde ise hukukî hileden bahsedilebilir. Bu görüşe paralel olarak ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, hukukî hilede amaç, bir sözleşmenin kurulmasıdır. Cezaî hilede ise gaye, bir sözleşmenin kurulması olmayıp, haksız bir yararın elde edilmesidir. Buna göre kişinin amacı sözleşme yapmak ve yapacağı sözleşmeye dayanak hazırlamak ise yaptığı hileler hukukî; haksız menfaat temin etmek ise kullanılan hile cezaî nitelikte olacaktır²⁴⁰.

İleri sürülen bu görüşler de eleştiriye uğramıştır. Yasa koyucu tarafından özellikle belirtilen durumlar hariç, kişiler saiklerinden dolayı cezalandırılmaz. Ancak bu görüşlerin kabulü halinde, yasada dayanağı olmadığı halde, failin saikı cezalandırılmış olacaktır. Yasal düzenlemede, bizi bu doğrultuda bir ayırım yapmaya götürecek herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Hukukî ve cezaî hile arasında belirtilen ölçütün kullanılarak bir ayırım yapılması mümkün değildir. Bir kişiyi aldatmış ve onu kendi veya başkası zararına ve fakat fail veya başkasının yararına hukukî işlem yapmaya sevk etmiş hileli davranışların, hukukî bir kurumun oluşumuna sebebiyet verip vermediğini araştırmak anlamsızdır²⁴¹.

²³⁸ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 549; Kanık: s. 326.

²³⁹ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 549-550.

²⁴⁰ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 550; Kanık: s. 327.

²⁴¹ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 550.

Yine büyük aldatmaların oluşumu için kullanılan hilelerin cezaî, küçük aldatmalar için kullanılanlarının ise hukukî hile olduklarını belirten bir görüş bulunmaktadır²⁴². Bu görüşün de kabul edilemeyeceği, hileler arasında büyük ve küçük şeklindeki bir ayrımın hangi yasal kıstaslara göre yapıldığının belirlenememesinden dolayı açıktır.

Alman öğretisinde Mittermayer hukukî ve cezaî hilenin ayrımları konusunda farklı bir ölçüt tespit etmiştir. Yazar, muhatap aldığı kişinin tanıma ve ayırt etme yetileri üzerine baskı yapan ve bunları etkileyen hilelerin cezaî; diğerlerinin ise hukukî olduğunu söylemiştir²⁴³. Bu şekilde bir ayrım yapılabilmesi için cezaî kabul edilen hilelerin aldatma etki ve derecesini, her çeşit somut olaylardan ayrı, soyut olarak belirlemek gerekeceği, böyle bir belirlemenin olanaklı olmadığı, her hilenin aldatma etki ve gücünün muhatap aldığı kişi ve somut olayın özelliklerine göre farklı olabileceği ileri sürülerek, haklı olarak bu görüş eleştirilmiştir²⁴⁴.

ii. Hukukî Hile

Kişilerin karşılıklı çıkarlarını adil bir ortamda oluşturmalarını sağlamak amacıyla sözleşme ve irade özgürlüğü Anayasal ve yasal²⁴⁵ olarak teminat altına alınmıştır. Zira kişiler arasında kurulan tüm sözleşmeler, açık veya kapalı şekilde açıklanan bir irade beyanı ile oluşurlar. Kurulacak sözleşmenin geçerliliği için, açıklanan iradelerin her türlü etkiden uzak olması gereklidir. Açıklanan irade, irade beyanında bulunan kişinin isteğiyle veya isteği dışındaki harici etkiler ile bozulmuş ise, yapılan hukukî işlemin temel ögesi olan irade ortadan kalkacağından, yapılan sözleşme de geçerlilik kazanmayacaktır²⁴⁶. Bu durum Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinde açıkça belirtilmiştir²⁴⁷.

Hile kavramının tanımına yasal düzenlemelerde yer verilmemiştir. Bu kavramın tanımı, ne olup ne olmadığı ve sınırının nerede başlayıp nerede sona erdiği

²⁴² Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 550-551.

²⁴³ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 551; Kanık: s. 327.

²⁴⁴ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 551; Kanık: s. 327.

²⁴⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir". Aldatma başlıklı 36. maddesi ise "Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir." şeklindedir.

²⁴⁶ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 92.

²⁴⁷ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesi "*Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir.*" şeklindedir.

hususuna ilişkin belirlemeler öğreti ve uygulayıcılar tarafından yapılmıştır. Bu kapsamda hilenin, öğretide genel kabul gören tanımı şu şekildedir: Bir kimseyi irade beyanında bulunmaya sevk etmek amacıyla, kasten, bu kimsenin zihninde hatalı bir fikir doğurma veya oluşmuş bu tür bir fikrin devamına yönelik kötü niyetli eylem ve davranışlardır²⁴⁸.

Özel hukuk öğretisi tarafından hilenin (aldatmanın) nelerden ibaret olduğu tek tek sayılmamış, iradeyi etkileyen; kişiye, vermemesi gereken bir kararı verdirmeye yönelik bütün hal, söz ve davranışların hile sayılabileceğini belirtmişlerdir. Hilenin özel hukuktaki sınırlarının bu kadar geniş olması nedeniyle, hukukî ve cezaî hilenin sınırlarının ne olduğu konusunda özel hukuk alanındaki hukukçular görüş beyan etmemişler; bu konudaki sınırların belirlenmesi görevini ceza hukukçularına bırakmışlardır. Yine hukukî hilenin kapsamının, cezaî hileden daha geniş olduğu ve birincinin ikinciyi kapsadığı görüşü genel olarak kabul edilmektedir²⁴⁹.

iii. Cezaî Hile

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere cezaî hile, hukukî hilenin kapsamı içerisinde kalmaktadır. Hukukî hilelerin tamamı cezalandırılmamakta, belirli bir ağırlık ve öneme sahip olanları müeyyide altına alınmaktadır. Bu nedenle hukukî hilenin, hangi aşamadan sonra cezaî hile haline geleceği hususunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür²⁵⁰.

Bir kısım yazarlar failin güttüğü amaca bakarak cezaî hilenin belirlenebileceğini, failin amacının hukukî ilişki kurmaktan çok karşısındakine zarar verme, onun zararına kazanç (çıkar) sağlama olduğu durumlarda hilenin cezaî olduğunu

²⁴⁸ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1976, 2.B., s. 147; Kemal Oğuzman/Turgut Öz: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 93; Fikret Eren: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, 10.B., s. 358; Ahmet M. Kılıçoğlu: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. Bası. Ankara 2008, s. 140; Mehmet Ayan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2002, s. 171-172; Şaban Kayıhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 138-139; Yahya Deryal/Cemal Genç: Borçlar Hukuku, Trabzon 2005, s. 91; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 93; Tümerkan: s. 52-54; Hile kavramı özel hukukçular tarafından “asli hile” ve “feri hile” olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir. Buna göre hile teşkil eden fiil işlenmemiş olsa idi sözleşme hiç yapılmayacak idi ise asli hilenin varlığından; sözleşmenin daha iyi şartlarda yapılması engellenmiş ise ferî hileden bahsedilecektir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz: s. 95-96, Ayan: s. 172).

²⁴⁹ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 92-94; Tümerkan: s. 53; Bazı hukukçular cezaî ve hukukî hile ayrımının bir birleri ile yakınlığını ve sıkı ilişki içerisinde olduğunu belirtmek açısından, özel hukuk kapsamında hilenin kullanılmasıyla oluşan sonuçları göz önüne alarak, hileyi “medeni dolandırıcılık” olarak isimlendirmişlerdir Yıldırım: s. 17.

²⁵⁰ Cezaî hilenin belirlenmesi hususunda öğretide ileri sürülen görüşleri Selçuk öznelci, nesnelci ve çağdaş görüşler başlıkları altında ayrıntılı bir incelemeye tabi tutmuştur. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Selçuk: Dolandırıcılık, s. 94-113.

belirtmişlerdir. Bu görüşü kabul etmeyen ve failin amacının belirlenmesindeki zorluğu göz önüne alan yazarlar ise, edilgen özneyi (mağduru) göz önüne alarak, ortaya konulan hilenin hangi hallerde cezaî hile vasfını kazandığını belirlemeye çalışmışlardır. Her hilenin değil, belirli ağırlıkta olan ve ustaca ortaya konulan hilenin cezalandırılması gerektiğini temel alan bu görüşe göre, ihtiyatlı olan ortalama bir insanı aldatan her hile cezaî, ortalama bir insanın göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesinden dolayı yanılgıya sebebiyet veren hile ise hukukîdir²⁵¹.

Failin amacına ve mağdurun niteliğine bakarak cezaî hileyi belirleme çabasında bulunan görüşler haklı olarak eleştirilmiştir. Zira söz konusu görüşler yasal temelden yoksundur. Failin amacını göz önüne alarak, hilenin belirlenmeye çalışılması olanaksızdır. Zira tüm dolandırıcıların hukukî ilişkiye girmekteki amaçları, karşısındakinin zararına olarak, kendilerine veya başkalarına yarar sağlamaktır. Ortalama ihtiyatta bir insanın göz önüne alınarak, cezaî hilenin belirlenmeye çalışılması, dolandırıcılık suçu ile asıl korunmak istenen saf kimseleri bu suçun hedefi haline getirecektir. Bu ise yasanın genellik ilkesine aykırı bir durumdur. Yasa tarafından öngörülme, mağdurları belirli zekâ düzeyine ve organik yapısına göre ayırarak değerlendirmeyi hedef alan bir düşünce kabul edilemez²⁵².

Suçun etkin veya edilgen öğelerine göre, öznelci bir yaklaşım ile cezaî hilenin belirlenmesi çabalarını eleştiren bir kısım yazarlar, cezaî hilenin belirlenmesi hususunda nesnel (somut) teoriler geliştirme çabasına girmişlerdir. Ortolan, Magri ve Puglia tarafından savunulan, hileli davranış ile meydana gelen zararın giderilmesi olanağının bulunup bulunmadığına göre cezaî hileyi belirlemeye çalışan görüşe göre, ortaya konulan hileden kişiler kendilerini koruyabiliyorsa, özel hukukun tanıdığı imkânları kullanmak suretiyle zararlarını giderebiliyorlarsa, hile hukukîdir. Buna karşın, özel hukuk kuralları çerçevesinde zarar giderilemiyorsa hile cezaîdir²⁵³. İleri sürülen bu görüşler ise, yasanın öngörmediği ayrımlara yer verdiklerinden dolayı eleştirilmiştir.

Nesnelci bir yaklaşım ile hareketin niteliğine ve somut olayın sonucuna göre bir değerlendirme yapılmasını savunan bir kısım yazarlara göre, fail tarafından ortaya

²⁵¹ Görüşler için bkz. Selçuk: Dolandırıcılık, s. 94-96.

²⁵² Eleştiriler için bkz. Selçuk: Dolandırıcılık, s. 96-97; Konu ABD hukuk sisteminde mahkeme içtihatları çerçevesinde de tartışılmış ve bazı suçlar bağlamında akli ve fiziki konumu itibarıyla kendini koruyamayacak durumda bulunanlar ve çocuklar ile ilgili yapılan korumacı düzenlemelerin, dolandırıcılık suçu açısından da kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür (Zingale: s. 821).

²⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Selçuk: Dolandırıcılık, s. 97-98.

konulan hileli davranışlar ile bu davranışlar neticesinde meydana gelen sonucun, hâkim tarafından değerlendirmeye tabi tutularak, yapılacak bir zihni faaliyet sonucunda hilenin niteliği konusunda karar verilebileceğini, bu nitelendirmeyi hâkimin yapması gerektiğini, her hilenin değil, belirli ağırlığa ulaşmış hilelerin ceza davasına konu yapılması gerektiğini, failin toplumsal açıdan tehlikeliliğini gösteren hilelerin cezaî hile olabileceğini savunmuşlardır²⁵⁴.

Hukukî ve cezaî hileye nesnelci bir yaklaşım ile eğilerek, her iki hile arasında ayırım yapmak için ileri sürülen diğer bir kuram ise sahneye koyma ya da araç teorisidir²⁵⁵. Bu teorinin temelini oluşturan ilk görüşler, basit (çıplak) yalanın hangi aşama ve seviyede cezalandırılması gerektiği sorusuna cevap olarak ileri sürülenlerdir. Pessina, yalanın cezalandırılması için, mağdurun inceleme eğilimini yok edecek bir kısım olayların yalana eşlik etmesinin ve bunların hâkim tarafından değerlendirilmesinin gerektiğini belirtmiştir. Bu kuramı İtalya’da geliştiren, öğreti ve yargı kararlarını etkileyen kişi Carrara’dır²⁵⁶. Yazara göre, basit (çıplak) bir yalan, bunu doğrulayan maddi bir olay ile desteklenerek ortaya konursa cezaî hileye konu olup cezalandırılabilir; aksi halde başkasının yalın sözlerine inanan ve aldanan kişi suçu kendinde aramalı ve ancak hukuk davası açarak hakkını aramalıdır. Basit bir yalanın cezalandırılması için, bu yalanı gerçek gösteren bir ortamın yaratılması ve ağırlık kazanması gerekir²⁵⁷. Bu tür bir sahneye koyma yoksa söylenen basit yalanlar, hukukî hile sınırları içinde kalacak ve suça sebebiyet vermeyecektir. Bunların cezalandırılması da ticari hayatı sarsacaktır²⁵⁸.

Günümüzde yazarlar, her iki hile arasında ayırım yapmanın güçlüğü nedeniyle, cezaî ve hukukî hile ayırımının eski önemini yitirdiği görüşündedirler. Ceza hukuku tarafından tanımlanmaya ve çerçevesi çizilmeye çalışılan hile, her şeyden önce bir özel hukuk kavramıdır. Gerek ceza hukuku ve gerekse özel hukuk tarafından hilenin bir yaptırıma bağlanmasının sebebi, irade özgürlüğünü ve bu özgürlüğe bağlanan malvarlığına

²⁵⁴ Bu görüşleri savunan yazarlar ve görüşleri için bkz. Selçuk: Dolandırıcılık, s. 98-101; Zingale: s. 825-827.

²⁵⁵ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 102; Tümerkan: s. 34.

²⁵⁶ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 102; Tümerkan: s. 34.

²⁵⁷ Sahneye koyma veya araç teorisi İtalyan ve Fransız öğreti ve içtihatlarıyla gelişmiş, Türk ve Belçika hukuklarını da etkilemiştir. Türk ve İtalyan hukukunda hile kavramına giren sahte isim ve sahte nitelik takınma davranışları, Fransız ve Belçika öğreti ve uygulamasında farklı değerlendirilmektedir. Zira her iki ülke kanunlarında sahte isim ve sahte nitelik kullanma başlı başına hile olarak sayıldıklarından, bu tür hileli davranışların sahneye koyma biçiminde gerçekleşmelerine gerek yoktur. Bu iki davranış dışında kalan diğer hilelerin sahneye koyma şeklinde sergilenmeleri mümkündür (Selçuk: Dolandırıcılık, s. 103-104).

²⁵⁸ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 102-103; Jacoby: s. 671.

ilişkin varlık veya menfaatleri korumaktır. Bu nedenle gerek ceza ve gerekse özel hukukun, hileyi anlamlandırma konusunda birbirlerini tamamlamaları gerekmektedir²⁵⁹.

Kanaatimizce hilenin cezaî ve hukukî olarak ayrımı konusunda ileri sürülen son görüş (çağdaş eğilim) yerindedir. Zira değişen toplum yapısı, gelişen teknoloji, insanların yetiştirme tarzı ve ortamı, kişilerin değer algısındaki farklılık ve çeşitlilik bu ayrımı anlamsızlaştırmaktadır. Belirtilen bu nedenlerden dolayı hile daha karmaşık hale gelmiş ve her iki hile türü bir biri içine geçmiştir. Örneğin, elektronik ortamda oluşturulan ve sergilenen hileli davranışları cezaî ve hukukî hile ayrımı ile açıklamak olanaklı değildir. Sanal dünyayı gerçeğinden ayıramayan bir bireyin, maruz kaldığı hileli davranışlar nedeniyle aldanmasını yapılan tartışmalarda bir yere konumlandırmak kolay olmayacaktır. Kişilerdeki gerçeklik algısı ve ilişkilerdeki yüzyüzelik ilkesi sürekli değişmektedir. Sanal veriler, sosyal ve ticari hayatın vazgeçilmez unsurları haline gelmiş ve birçok ilişki bu veriler üzerinden yürütülmektedir. Normal hayatta basit bir yalan olarak kabul edebileceğimiz bir veri, sanal dünyanın aldatıcı gerçekliği içerisinde kişilerin kandırılmasına sebebiyet verecek düzeyde kabul edilebilir. Bu durumda söz konusu yalanı “basit” olarak nitelendirmek sosyal gerçeklikle uyumlu olmayacaktır.

iv. Hukukî Hile ve Cezaî Hilenin Benzer ve Farklı Yönleri

Medeni hukuk anlamındaki hile ile ceza hukuku anlamındaki hile kavramları arasında bazı açılardan benzerlikler bulunmaktadır. Öncelikle her iki hilenin kullanılmasıyla kişiler hataya düşürülmektedirler. Kişilerde oluşan hata ile kullanılan hile arasında bu nedenle bir nedensellik bağının varlığı aranmalıdır. Hileyi yapan kişide, hile yapma bilinç ve iradesinin (kastın) bulunması gerekliliği, her iki hile açısından ortak diğer bir noktadır. Bu kastın doğrudan olması gerekir. Yani hileyi yapan kişinin, yaptığı hilenin bilincinde olması ve sonuçlarını öngörerek istemesi gerekli olup; ihmal, yalnız başına her halde hile olarak kabul edilemez. Örneğin ihmal, medeni hukukta sözleşmeyi iptal hakkı için gerekli olan hilenin oluşumu açısından yeterli değildir²⁶⁰. Buna paralel olarak dolandırıcılık suçunun oluşması açısından da ihmal olarak değerlendirilebilecek hareketlerin tamamı hile olarak kabul edilmez. Olaysal olarak yapılacak değerlendirme ile ihmalî bir davranışın, cezalandırılabilir olup olmadığı belirlenmelidir.

²⁵⁹ Çağdaş eğilim konusundaki görüşler için bkz.: Selçuk: Dolandırıcılık, s. 104-105.

²⁶⁰ Yıldırım: s. 17.

Aralarında belirttiğimiz türde benzerlikler bulunan hukukî ve cezaî hile kavramları arasında, birbirleri yerine kullanımlarını engelleyen temel bazı farklılıklar da vardır. Her iki kavram arasındaki temel farklılık, hilelerin amaçlarında kendisini gösterir. Hukukî hilenin amacı, sözleşmeyi oluşturan iradelerin serbestçe ve herhangi bir etkiye maruz kalmaksızın ortaya konularak, sözleşmenin iradelere uygun şekilde oluşmasını engellemektir. Buna karşın cezaî hilenin amacı, yöneltildiği kişinin malvarlığı unsurlarına zarar vermek ve buna paralel menfaat temin etmektir²⁶¹. Bununla birlikte ceza mevzuatında herhangi bir zarara sebebiyet vermeyen veya zarar tehlikesine sebebiyet verebilecek hilelerin cezalandırıldığı istisnai düzenlemeler de bulunmaktadır.

Diğer bir farklılık ise, cezaî hilede amaç, muhatap alınan kişinin, malvarlığında mevcut olan veya olması kuvvetle muhtemel bulunan bir hakkının elinden alınması iken; hukukî hilede gaye, sözleşmenin muhtemel tarafının irade beyanında bulunmaya yönlendirilmesidir. Sözleşmeyi kurma gücüne sahip irade beyanında bulunulmadığı müddetçe, hukukî hilenin uygulanması düşünülemez. Zira kurulmamış sayılan bir sözleşmenin iptalinden bahsedilemez²⁶².

Yukarıda da belirtildiği üzere hukukî hilenin kapsamı, cezaî hileye göre daha geniştir. Hukukî hileler ancak bir takım şartların gerçekleşmesi ile cezalandırılabilir. Buna karşın cezaî hilelerin tamamı müeyyide altına alınmıştır. Dolandırıcılık suçuna sebebiyet veren bütün hileler aynı zamanda hukukî hile olarak kabul edilebilirken, tam tersi durum geçerli değildir. Yani hukukî hilelerin tamamı, cezaî hile olarak nitelendirilemez²⁶³.

Hukukî hilenin varlığının ispatlandığı halde müeyyidesi, sözleşmenin iptalidir veya yapılan işlemin geçersizliğidir. Cezaî hilede buna ek olarak, cezaî müeyyideler öngörülmüştür. Hileyi yapan kişi hapis veya adli para cezası ile cezalandırılmakta ve hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilmektedir.

Cezaî hileden bahsedebilmek için (hilenin tek başına veya zarar tehlikesine sebebiyet vermesi nedeniyle cezalandırıldığı özel düzenlemeler hariç) bu hilenin

²⁶¹ Yıldırım: s. 18.

²⁶² Yıldırım: s. 18.

²⁶³ Feyzioğlu: Borçlar Hukuku, s. 158.

kullanılması malvarlığı açısından bir zararın meydana gelmesi aranmakta iken; hukukî hilede, hilenin yöneltildiği kişinin iradesinin etkilenecek elde edilmesi yeterlidir²⁶⁴.

Hukukî hilenin aynı zamanda, şartlarını taşıması nedeniyle, cezaî olarak kabul edildiği hallerde, bu tespitin borçlar hukuku alanında zamanaşımı açısından önemli bir sonucu vardır. Zira TBK'nın 72/1. maddesine göre “tazminat, ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır”. Bu hüküm nedeniyle açılacak tazminat davası için özel hukuk tarafından öngörülen süre dolmasına karşın, cezaî hile için öngörülen ceza dava zamanaşımı süresi dolmamış ise, tazmin talebi de zamanaşımına uğramaz²⁶⁵.

cc. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında Davranış Kavramı

i. Hareket Kavramı ve Anlamı

Hareket, genel olarak suçun maddi unsurunun üç alt ögesinden biri olarak kullanılır. Bununla birlikte fiil, hareket ve davranış kavramlarının kullanımı ve anlamlandırması konusunda, öğretide bir birlik olduğu söylenemez. Bir kısım yazarlar fiil kavramından, suçun maddi unsurlarının tümünü kapsar şekilde hareket, hareketin dış dünyada meydana getirdiği netice ve netice ile hareket arasındaki nedensellik bağının anlaşılması gerektiğini; hareketin fiilin içerisinde yer alan bir bölüm olduğunu, fiil ile hareketin aynı anlamda olmadığını söylemişlerdir²⁶⁶. Buna karşın diğer bazı yazarlar ise, fiil ve hareket kavramlarının eş anlamlı olduğunu, içeriğinde netice ve nedensellik bağını barındırmadıklarını belirtmişlerdir²⁶⁷.

Fiil ve hareket kelimelerinin sözlükteki anlamlarını incelemek gerekirse; *fiil* kelimesi, iş ve davranış olarak tanımlanırken; *hareket* kelimesi, davranış, yola çıkma,

²⁶⁴ Feyzioğlu: Borçlar Hukuku, s. 158; Yıldırım: s. 19.

²⁶⁵ Yıldırım: 20.

²⁶⁶ Dönmezer/Erman: Genel Kısım, C.I, s. 368-369; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9.B., Ankara 2006, s. 128; Kunter: 3 vd.; Toroslu: Genel Kısım, s. 111; Demirtaş: Genel Hükümler, s. 205; Hakeri: Temel Bilgiler, s. 78-79; Selâhattin Keyman: “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, AÜHFD, C.XL, 1988, S. 1-4, s. 122.

²⁶⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Genel Hükümler, s. 416; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 15; Centel/Zafer/Çakmut: Ceza Hukukuna Giriş, s. 230; Öztürk/Erdem: Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 127; Veli Özer Özbek: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, 3.B., Ankara 2006, s. 126; Özgenç: Gazi Şehri, s. 153.

belirli bir amaca varmak için birbiri ardınca yapılan ilerlemeler, akım, devinim anlamlarına gelecek şekilde tanımlanmıştır²⁶⁸.

Davranış, insan vücudunun bir faaliyetinden ibarettir. Burada irade, harekete geçirici sinirler üzerinde etki eder ve bunlarda kasları faaliyete geçirirler. Bu süreç sonucunda kasların faaliyetleri, iradenin açığa çıkmasını ifade eder²⁶⁹.

Yeni Türk Ceza Kanunu sistematğinde fiil, davranış ve hareket gibi deyimler birbirlerinin yerine ve gelişigüzel olarak, anlamlarına ve temsil ettikleri kurumlara bakılmaksızın kullanılmışlardır. Türk Ceza Kanunu’nun 22/2, 31/2, 32/1. maddelerinde “davranış”; 22/6, 23. maddelerinde “hareket”, 2, 3, 8, 21/2, 22/1, 37/1. maddelerinde “fiil” terimleri kullanılmıştır²⁷⁰. Bu kullanımlardan çıkartılacak sonuç; fiil, davranış ve hareket kavramlarının birbirleri ile yakın ilişki içerisinde olmalarına karşın aynı anlama sahip olmadıklarıdır. Öğretide, genellikle davranış ve hareket kavramları birbirleri yerine eş anlamlı olarak kullanılmaktadırlar.

Kanaatimizce, fiil, hareket ve davranış tabirleri birbirleri yerine kullanılamaz. Bu terimlerin ceza hukuku kapsamında temsil ettikleri belirli anlamları vardır. Bundan ötürü gelişigüzel kullanılmamalıdır. Öğretideki genel kabul doğrultusunda hareket ve davranış kavramları birbirleri yerine kullanılabilecek, eş anlamlı terimlerdir. Bununla birlikte fiil, hareket ile birlikte, netice ve nedensellik bağını belirten bir çatı kavramdır. Fiilin, hareket veya davranış ile aynı anlama gelecek şekilde kullanımı mümkün değildir. Sözlük anlamları karşılaştırıldığında fiil kelimesinin hareket ifadesinden daha geniş ve onu da kapsar mahiyette olduğu anlaşılabilecektir. Böyle bir kullanım, ceza hukukunda yapılacak yorumlarda karmaşıklığa sebebiyet verebilecektir.

Hareketi, insanın vücut veya kasları ile dış dünyada kendinden evvel mevcut şartları değiştirmek suretiyle bir hukukî yararı ihlal eden, olumlu bir davranış olarak belirtmek mümkündür. Buna karşın kişi, herhangi bir bedensel etkinlikte bulunmadan, ihmali bir duruş sergileyerek, yani bir hareket yapmadan da harekette (davranışta)

²⁶⁸ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, C.1, 9. B., Ankara, 1998.

²⁶⁹ Kunter: 49 vd.; Toroslu: Genel Kısım, s. 114; Soyaslan: Genel Hükümler, s. 222; Özgenç: Gazi Şerhi, s. 153.

²⁷⁰ Öztürk/Erdem: Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 127.

bulunabilir. Birinci halde icraî (olumlu) bir hareketten söz etmek mümkün iken, ikinci halde ise ihmali (olumsuz) bir hareketten söz edilebilir²⁷¹.

Bir hareketin cezalandırılabilmesi için yasal düzenlemede tanımlanan suçun kurucu (maddi) unsuru içerisinde yer alması gerekir. Bunun içinde yapılan hareketin dış dünyada, toplumsal ve doğal çevrede hukukça değer verilen bir kısım sonuçlar doğurması beklenir. Aksi takdirde suça sebebiyet verecek bir hareketin varlığından bahsedilemez²⁷². Bununla birlikte insanın dış dünyaya yansımayan, suç teşkil etmeyen düşünce, arzu ve istek gibi bilinç alanında gerçekleşen fikirleri de vardır.

Olumlu veya olumsuz bir hareket olmadan suç olmaz. Öğretide bazı yazarlar hareketsiz suç olabileceğini belirterek, bu tür suçlara “şüphe suçları” veya “durum suçları” adı vermektedirler²⁷³. Bu tür suçlara eski Türk ceza Kanunu’nda yer alan sarhoşluk (765 sayılı TCK m. 571) ve kilitleri açmaya yarayan taklit anahtar, maymuncuk taşımak (765 sayılı TCK m. 578) suçları örnek gösteriliyordu. Ancak dikkat edildiği takdirde bu suçlarda dahi bir hareketin var olduğu görülecektir. Bir şeyi bulundurmamak veya belirli bir halde bulunmama bir harekettir²⁷⁴.

İnsanın iç dünyasında kalan, dış dünyaya aksettirmediği düşünce ve bunun gibi diğer zihni aktiviteleri cezalandırılmaz. Düşünce açıklanmasının cezalandırılması, düşünce özgürlüğü çerçevesinde kalmak ve evrensel normlara uygun olmak şartıyla birçok demokratik hukuk devletinde görülen bir uygulamadır. Bunun en önemli sebebi açıklanan düşüncelerin insanları tahrik ederek yakın ve halen mevcut bir tehlikeye sürüklemeleridir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu konuda kararlarına esas aldığı kıstas, *düşünce açıklanmasının şiddet propagandası içermesi veya şiddete tahrik veya teşvik etmesidir*²⁷⁵. Bu unsurları içeren düşünceler, düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu tür durumlarda düşünce özgürlüğünden bahsedilemeyeceğinden; düşüncenin cezalandırıldığı da söylenemez. Bunun dışında bu unsurları içermeyen düşünceler ne kadar

²⁷¹ Alacakaptan: Suçun Unsurları, s. 41-44; Keyman: Hareket, s. 154-157;

²⁷² Soyaslan: Genel Hükümler, s. 221; Demirtaş: Genel Hükümler, s. 207; Keyman: Hareket, s. 123; Hakeri: Temel Bilgiler, s. 78.

²⁷³ Bu görüşü savunan yazarlar Manzini ve Bellavista için bkz. Soyaslan: Genel Hükümler, s. 221, dpn.12 ve 13.

²⁷⁴ Öztürk/Erdem: Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 128; Soyaslan: Genel Hükümler, s. 221-222.

²⁷⁵ Sürek v Türkiye (No 1) 1999-IV GC paragraf 60 vd. (David Harris/ Michael O’Boyle/ Ed Bates/Carla Buckley: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Çevirenler: Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan), Oxford Üniversitesi Yayınları, 2009, s.465-466).

incitici, itici, tahrik edici ve şok edici olurlarsa olsunlar cezalandırılmamaları gerekir²⁷⁶. Bir suçun işlenmiş sayılması için yukarıda da belirtildiği gibi fail tarafından dış dünyada etkileri görülen bir hareketin icra edilmesi şarttır.

ii. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında Davranış ve Hareket İlişkisi

Yukarı başlıkta da yer verdiğimiz üzere, hareket ve davranış kavramları birbirleri yerine kullanılabilen, eş anlamlı kelimelerdir. Bu nedenle “hileli davranış” tabirini, “hileli hareket” olarak da anlamak mümkündür. Biz anlatımlarımızda karışıklığa sebebiyet vermemek ve dolandırıcılık suçunun tanımında kullanılan terminolojiden uzaklaşmamak açısından çalışmamızda “davranış” kavramını kullanacağız. Bununla birlikte yasa koyucunun fiil, hareket ve davranış gibi ibareleri, temsil ettikleri kavramsal ve hukuksal anlamlara paralel şekilde ve tutarlı olarak kullanmaması doğru değildir. Hukuksal terimlerin gelişigüzel kullanımı, bunlar üzerine bina edilecek teori ve uygulama açısından sakıncalı sonuçlar doğuracaktır. Zira bu tür kavramlar önceki yasa döneminde, gerek öğreti ve gerekse uygulamacılar tarafından belirli durumları karşılamak için yerleşik ve tutarlı şekilde kullanılmaktaydı. Bu kullanım doğrultusunda belirli bir kavramsal kültür inşa edilmişti. Bu kültüre saygı duyulmayarak göz ardı edilmesinin, hukuk kültürümüzün fakirleşmesine ve hukuk tarihimizde kırılmalara ve karmaşalara neden olacağı kanaatindeyiz.

Davranış insana mahsus bir hal olup, ihmali veya icraî şekilde ortaya çıkabilir. Davranışın icraî olması asıl, ihmali olması ise istisnaîdir. Davranış icraî olarak ortaya konulmuş ise, bu çoğu kez iradidir ve sahibinin bilinç ve iradesi ile işlenmiştir. Ancak aynı şeyi ihmali davranışlar için söylemek olanaklı değildir. İhmali şekilde meydana gelen davranış üç ihtimal dahilinde gerçekleşebilir: Ya beklenen davranış hiç yapılmaz veya beklenen davranış geç yapılır ya da beklenen davranış belirlenen yer ve zaman dışında yapılır²⁷⁷.

İcraî davranışların cezalandırılmaları esastır. İhmali hareketlerin cezalandırılması ise istisnaîdir. İhmalin cezalandırılacağına dair, ceza mevzuatımızda genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum ihmali davranışların (hareketlerin) cezalandırılıp, cezalandırılmayacakları hususunda tartışmalara sebebiyet vermiştir.

²⁷⁶ Hakeri: Temel Bilgiler, s. 79; Öztürk/ Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 128/ Harris/O’Boyle/Bates/ Buckley: s. 466.

²⁷⁷ Kunter: s. 59-60; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 456.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre hareket kavramı, ihmali ve icraî hareketleri kapsayan üst kavramdır. Şartları gerçekleştiği takdirde ihmali davranış, icraî davranışa eşit sayılmaktadır²⁷⁸. Karşılaştırmalı hukuktan farklı olarak, hukukumuzda ihmali hareketlerin cezalandırılacağına dair özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle ihmali hareketler, yasada açıkça düzenlenmediği müddetçe cezalandırılmazlar²⁷⁹. Bununla birlikte ihmali davranışların, icraî davranışlara eşit sayıldığı hallerde, icraî davranış olarak kabul edilerek cezalandırılabilir. Örneğin bir kişinin içine düştüğü hatayı fark eden bir kişinin, bu hatayı düzeltmeye dair yasal yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda, yükümlülüğünü yerine getirmeyerek bundan faydalanması halinde, ortaya konulan ihmali davranış, icraî davranışa eş değer nitelikte kabul edilebilecek ve cezalandırılabilir.

Dolandırıcılık suçu genel olarak icraî davranışla (hareketle) işlenebilecek bir suçtur. Bu suçun ihmali bir davranışla işlenip işlenemeyeceği hususu tartışmalıdır. Dolandırıcılık suçunun ihmali davranışla işlenemeyeceğini savunan yazarlara göre; icraî olarak işlenebilen suçun, ihmali hareketle işlenebileceğine dair yasal düzenleme içerisinde herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Ceza hukukumuzda ihmali hareketlerin cezalandırılacağına dair genel bir düzenleme yoktur. Yasa koyucu kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının ihmali hareketle işlenebilme durumunu özel olarak düzenlemiş, diğer suçlara ilişkin benzer bir düzenleme yapmamıştır. Dolandırıcılık suçunun düzenleyen madde metni içerisinde yer almayan ve fakat gerekçede yer verilen açıklamaların, ihmali hareketleri icraî hareketlere eş değer kılmayacağı ve dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyeceği, bu nedenle böyle bir davranışın cezalandırılmayacağını kabul etmek gerekir²⁸⁰.

²⁷⁸ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 456; İzzet Özgenç/Cumhur Şahin: Uygulamaları Ceza Hukuku 3. Baskı, Ankara 2001, s. 39-40; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 64-65; Yavuz: s. 359; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 268; Artuç: s. 503; 5237 sayılı TCK'nın hazırlık sürecinde etkin olarak görev alan Sn. İzzet Özgenç, 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde yazdığı eserlerinde, 765 sayılı TCK'nın 521a maddesinde tanımlanan karşılıksız yararlanma eylemlerinin esasen dolandırıcılık suçunu oluşturduğunu ve bu nedenle ayrı bir suç olarak tanımlanmasının uygun olmadığını beyan etmiştir (Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 65). 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinin gerekçesi ve 765 sayılı TCK'nın 521a maddesinin yeni ceza kanununda ayrı bir suç olarak tanımlanmamış olmaları hususları gözönüne alındığında, tartışmalı karşılıksız yararlanma eylemlerinin dolandırıcılık suçu içerisinde değerlendirilmesinin düşünüldüğü anlaşılabilecektir. Ancak yasa metninde açıklık bulunmaması, metinde olması gereken hususlara gerekçede yer verilmiş olması nedeniyle, uygulamanın yasa hazırlayıcılarının düşünceleri doğrultusunda şekillenip şekillenmeyeceği tartışmalıdır.

²⁷⁹ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 594; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 539-540.

²⁸⁰ Tümerkan: s. 44, 45; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 594; Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 461; Gündel, aksine yapılacak bir yorumlamanın “kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum” olacağını ve bunun yasallık ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir.

Farklı görüşü savunan ve fikirlerine bizim de katıldığımız yazarlar ise, TCK'nın 157. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere²⁸¹ dolandırıcılık suçunun hem icraî ve hem de ihmali hareketlerle işlenebileceğini ileri sürmektedirler²⁸². İhmalî bir davranışla, icraî davranış ile elde edilebilen bir sonuç meydana geldiği takdirde, ihmali davranışın icraî davranışa eşit kabul edilmesi gerektiğini ve bu tür davranışların dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceğini düşünüyoruz²⁸³.

dd. Hileli Davranışların Belirlenmesi Konusunda Yasal Sistemler ve Mevzuatımız

i. Yasal Sistemler

Mağduru aldatan ve onun inceleme yeteneğini elinden alarak, kendisi veya başkası zararına hukukî işlemde bulunmaya sevk eden hileli davranışların, yasa tarafından düzenlenme şekline ilişkin, karşılaştırmalı hukukta saymaca, karma ve sentetik olmak üzere üç sistem vardır²⁸⁴.

Saymaca sistemi benimseyen yasalarda, dolandırıcılık suçuna sebebiyet veren hileli davranışlar yasa koyucu tarafından ayrı ayrı belirtilmiştir. Eski yasaların bir kısmı tarafından kabul edilen bu sistemi²⁸⁵, günümüzde benimseyen herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Karma sistemi benimseyen yasalar ise saymaca sistem ile sentetik sistem arasında kalacak şekilde bir düzenlemeyi kabul etmişlerdir. Bu sistemde dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecek bir kısım hileli davranışlar gösterilmiş, bunların yanında hâkime nefes alma imkânı veren genel bir hile kavramına da yer verilmiştir. Fransız Ceza Kanunu karma sistemi benimsenmiştir. Bu Kanunun 313/1. maddesine göre dolandırıcılık suçu “sahte bir isim veya nitelik kullanmak suretiyle ya da gerçek bir ismi kötüye kullanarak

²⁸¹ TCK'nın 157. maddesinin gerekçesinde “*Hile, icraî bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukukî ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir.*” denilmiştir.

²⁸² Toroslu: Özel Kısım, s. 179.

²⁸³ Bu konudaki ayrıntılı incelememiz ve görüşümüz için aşağıda bkz. İkinci Bölüm, V, 1, b, ee.

²⁸⁴ Bu sistemlere ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz: Selçuk: Dolandırıcılık, s. 116-120.

²⁸⁵ 1853 tarihli Toskana Ceza Kanunu tarafından bu sistem kabul edilmiş ve 404 ve 405. maddelerinde dolandırıcılığı oluşturan hareketler ayrı ayrı sayılmışlardır (Selçuk: Dolandırıcılık, s. 117).

veya sanialara başvurarak” işlenebilir²⁸⁶. Kanunda saymaca bir yöntem ile sahte isim veya sahte nitelik kullanma ya da gerçek bir ismi kötüye kullanmak hile olarak kabul edilmiş; bunun yanında söz konusu suçun “sanialara başvurarak” işlenebileceği belirtilmek suretiyle de sentetik sistem öngörülmüştür.

Görüleceği üzere Fransız yasa koyucu tarafından dolandırıcılık suçunu oluşturabilecek durumlar yasa koyucu tarafından tek tek sayılmıştır. Buna göre dolandırıcılık suçu sahte isim ve vasıf kullanma, gerçek bir vasfın kötüye kullanılması suretiyle işlenebilecektir. Saymaca yolunu tercih eden sistemlerde dahi, dolandırıcılık suçunun özelliğini göz önüne alan yasa koyucu, belirli bir kısım araçlarla dolandırıcılık suçunun işlenebileceğini belirtmiş olsa bile, soyut ve her olayda hâkim tarafından değerlendirilebilecek bir aracı da hâkimin eline verme gereği duymuştur. Fransız kanunu bu konuda hâkime, herhangi bir sınırlamada bulunmaksızın “*sanialar*”ın tanımını yapma ve bu doğrultuda uygulamada bulunma yetkisi tanımıştır. Zira dolandırıcılık suçu, Garraud tarafından çok özlü şekilde belirtildiği üzere “*Çağdaş hukukun yönü ve içeriği öylesine belirsiz bir değişkenidir ki, uygulayıcı bu suça ilişkin araştırmalarında bir hukukçunun kılı kırk yaran titizlik, beceri ve dürüstlüğü ve bir ahlâkçının tüm önsezisini kullanmak zorundadır*”²⁸⁷. Bu şekilde bir araştırma yapacak hâkimin eline somut araçların yanında, her olayda kullanabileceği soyut araçlarında verilmesi gereklidir. Aksi takdirde değişken ve sürekli olarak kendisini uyarlama yeteneğine sahip zeki bir suç olan dolandırıcılığı, belirli bir kaba ve zaman aralığına sığdırmaya çalışmak gerekir ki, bu olanaklı değildir.

Sentetik sistemde ise yasa koyucu, hileli davranışların önceden belirlenip, belirli bir tanıma sokulamayacağını öngörerek saymaca yöntemini kullanmayıp, soyut bir ifadeyle dolandırıcılık tanımı yapmayı tercih etmiştir²⁸⁸. Alman, İsviçre ve Avusturya Ceza Kanunları sentetik sistemi kabul eden yasalar²⁸⁹. Alman Ceza Kanununun 263. maddesine göre dolandırıcılık suçu “*kendisine veya bir başkasına malvarlığına ilişkin haksız bir menfaat elde etmek amacıyla gerçek dışı olayları gerçekmiş gibi göstermek veya gerçek olayları saklamak veya çarpıtmak suretiyle bir hata meydana getirerek veya böyle bir hatadan yararlanarak bir başkasının malvarlığına zarar ver*”mek olarak geniş bir

²⁸⁶ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 455; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 589, dipnot.389’den aynen alınmıştır.

²⁸⁷ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 455, dipnot:15; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 113.

²⁸⁸ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 455; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 118.

²⁸⁹ Avusturya Ceza Kanunu’nun 146. ve İsviçre Ceza Kanunu’nun 148. maddelerinde dolandırıcılık suçunun tanımları sentetik bir sistem kabul edilerek yapılmıştır (Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 589, dipnot.389’den aynen alınmıştır); Jescheck: s. 111-113.

şekilde tanımlanmıştır. Dolandırıcılık suçunun tanımında genel ifadelere yer verilmiş, öncelikle hile olarak kabul edilen herhangi özel bir duruma yer verilmemiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere yasal sistemler, dolandırıcılık suçunun mahiyetine uyumlu olmayan katı saymaca sistemini değil, gelişen ve değişen toplum gerçeklerine daha uyumlu olan ve uygulamaya uyarlamadaki kolaylığı nedeniyle karma veya sentetik sistemlerden birini kabul etmiştir. Günümüzde, yeni yeni ortaya çıkan bir kısım hile türlerinin dolandırıcılık suçu kapsamında tanımlanmasında yaşanan güçlükler veya arz ettikleri önem nedeniyle, yeni suçlar oluşturulmuştur. Dolandırıcılık suçu, özel bu suçlar karşısında, boşluk doldurucu genel bir norm özelliğini kazanmıştır²⁹⁰.

Türk Ceza Kanunu'nda hilenin, gösterdiği önem nedeniyle farklı şekillerde düzenlenip cezalandırıldığına dair örnekler bulmak mümkündür. Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunulması hali TCK'nın 161. maddesinde "hileli iflas" suçu olarak düzenlenmiş ve hangi tür hareketlerin hileli iflas olarak kabul edildiği saymaca bir yöntem ile ayrı ayrı gösterilmiştir. Buna ek olarak hilenin cezalandırıldığı başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır: çocukların iradelerinin etkilenecek bu kişilere karşı cinsel davranışlarda bulunulması (TCK m. 103/1-b), hile kullanarak kişilerin hürriyetinden yoksun bırakılmaları (TCK m. 109/2), hile ile kişileri fuhşa teşvik etmek (TCK m. 227/4), hile kullanarak evlilik işlemi gerçekleştirme (TCK m. 230/1,2,3), hileli davranışlar ile ihaleye (TCK m. 235/2-a) ve ihalenin edimine (TCK m. 236/2) fesat karıştırma, hileli yollarla fiyatları etkileme (237/2), hileli yollar kullanarak işlenen zimmet suçunun ortaya çıkmasını engelleme (TCK m. 247/2), görevin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen hileli davranışlar ile irtikâp suçunun işlenmesi (TCK m. 250/2), savaş zamanındaki yükümlülükleri yerine getirmemek için hile yapma (TCK m. 322/4), devlet güvenliğine ilişkin belge ve vesikaları hileyle alma (TCK m. 326/1), askeri yasak bölgelere hile ile girme (TCK m. 332/1), hilenin cezalandırıldığı diğer düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

ii. Türk Ceza Kanunu'nun Kabul Ettiği Sistem

Türk Ceza Kanunumuzun sentetik sistemi benimsediği açıktır. Bu sistem doğrultusunda dolandırıcılık suçu "*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağla*"ma olarak

²⁹⁰ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 120.

tanımlanmıştır. Söz konusu tanımdan da anlaşılacağı üzere, hileli davranışların neler olduğu veya olabileceği hususunda yasa koyucu herhangi bir belirleme yapmamış ve sınırlama getirmemiştir. Bu sistem doğrultusunda, muhatabını aldatıp onun veya başkasının zararına olarak hukukî tasarrufta bulunulmasını sağlayabilecek her türlü hareket hileli davranış olarak kabul edilebilir. Bu hareketler sonsuz sayıda şekil alabilir. Sonsuz hareketlerle işlenebileceğini öngören bir kısım yazarlar dolandırıcılığı, renk değiştiren bir suç olarak nitelendirmişlerdir²⁹¹.

Dolandırıcılık suçu açısından sentetik sistemi kabul eden Türk Ceza Kanunu, hilenin cezalandırıldığı diğer bazı suçlarda saymaca veya karma sistemi benimsemiştir. Örneğin hileli iflas suçunun düzenlendiği TCK'nın 161/1. maddesinde, hangi davranışların hileli iflasa sebebiyet vereceği tek tek sayılarak gösterilmiştir²⁹². Belirtilen bu haller dışında, başkaca bir durumun hileli iflas suçuna sebebiyet vermesi mümkün değildir. Buna benzer şekilde hileli evlenme olarak değerlendirilebilecek haller TCK'nın 230/1,2,3 madde ve fıkralarında belirtilmiştir. Bu iki halde kanunumuz saymaca sistemi kabul etmiştir. Fiyatları etkileme suçunun düzenlendiği TCK'nın 237. maddesi incelendiğinde, bu suçun maksatlı olarak haber yapma veya havadis yayma ile birlikte sair hileli davranışlarla işlenebileceği belirtilmek suretiyle karma bir sistemin kabul edildiği görülecektir.

Türk Ceza Kanununda, hileli davranışlar ile ihaleye (TCK m. 235/2-a) ve ihalenin edimine (TCK m. 236/2) fesat karıştırma, hileli yollar kullanarak işlenen zimmet suçunun ortaya çıkmasını engelleme (TCK m. 247/2), görevin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen hileli davranışlar ile irtikâp suçunun işlenmesi (TCK m. 250/2) hallerinde ise, dolandırıcılık suçunda olduğu gibi, sentetik sistem paralelinde düzenlemelere yer verilmiştir.

²⁹¹ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 456;

²⁹² TCK'nın 161. maddesine göre hileli iflasın varlığı için;

- a) Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması,
- b) Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi,
- c) Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı hâlde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi,
- d) Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilânço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi gerekir.

ee. Hilenin Niteliği, Tanımı ve Kapsamı

i. Genel Olarak

765 sayılı TCK'nın 503. maddesinde *hile ve desiseler yapmaktan* bahsedilmiş iken, 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde *hileli davranış* kavramına yer verilmiştir. Yani önceki düzenlemeden farklı olarak, yeni düzenlemede yasa koyucu salt olarak hile ve desise yapmaktan bahsetmemiş, hileyi bir niteleme aracı olarak kullanarak, failin davranışının bir özelliği, sıfatı şeklinde öngörmüştür.

Kanaatimizce her iki düzenleme arasında, hilenin gerekliliği hususunda bir fark yoktur. Davranış kavramının tanımı incelendiğinde bu durum daha da iyi anlaşılacaktır. Davranış, insanların kas hareketleri vasıtasıyla, zihinlerinde oluşturup kurguladıkları düşünce ve fikirlerini, dış dünyaya gösterme, ifade etme tarzlarıdır. Bu ifade tarzı el, yüz ve vücut hareketleri veya söz şeklinde olabilir. Konuşma da dil kasları yardımıyla oluşturulan bir davranış şeklidir. Davranışı bu şekilde tanımlayıp algıladığımızda, aslında hilenin, davranışın bir niteliği değil, kişinin zihin dünyasında tasarladığı ve hileli olarak planladığı hal, hareket ve sözlerinin dışa vurumu olup, bir bütünlük içerisinde davranışın kendisi olup özüdür. Yani dış dünya tarafından algılanan davranış, baştan itibaren düşünsel ortamda hileli olarak doğmaktadır. Zira hile, failin davranışı ile tam bir bütünlük içerisinde bulunup, bu iki olgunun birbirinden ayrılmalari ve tanımlanmaya çalışılması mümkün değildir. Yasa koyucu tarafından *hileli davranış* şeklinde yeni bir kavram oluşturularak, dolandırıcılık suçunun tanımlanmaya çalışılmasının yersiz olduğunu, davranış kelimesinin kullanılmasının hilenin anlam ve sınırlarında bir farklılık meydana getirmeyeceğini; bununla birlikte, yasa koyucunun böyle bir kavram oluşturarak, dolandırıcılık suçunun oluşumunu basitleştirmeyi amaçladığını düşünüyoruz.

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için salt olarak “hileli davranışların” ortaya konulması yetmemekte; bu davranışların muhatap aldığı kişiyi aldatması gerekmektedir (TCK m. 157). Yani hileli davranışların “aldatabilme” özelliğinin ve yeteneğinin olması, bu durumun somut olayda tezahür etmesi gerekir. Aldatma özelliğine sahip her türlü söz ve davranışların hile sayılıp sayılmayacağını belirlemek, yani hangi davranışların hile olarak kabul edileceğini tespit etmek önemlidir. Bu belirleme dolandırıcılık suçunun sınırının nerede başladığının tespiti açısından da önemlidir. Dışarıdan bakıldığında aldatma özelliği bulunmayan, açıkça yalan olduğu anlaşılan

davranışların hile olarak kabulü mümkün değildir. Aksi durumda gündelik hayatta ortaya konulan birçok hal ve hareketin veya söylenen sözlerin suç olarak tanımlanması ve cezalandırılması yolu açılacaktır. Hilenin sınırlarını bu şekilde genişletmek, sosyal ve ekonomik hayata zarar verebilir²⁹³.

ii. Hileli Davranışın Objektif Kandırıcılık (Aldatıcılık) Özelliğine Sahip Olmasının Gerekliliği Sorunu

765 sayılı Yasa'nın 503/1. maddesinde "*kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler*" yapma ibaresine yer verilerek, yasa koyucu tarafından yapılan hilenin belirli bir nitelik taşıması ve kişiyi kandırabilecek niteliği haiz olması gereği açıkça vurgulanmıştır. Buna karşın 5237 sayılı Yasa'nın 157. maddesinde buna benzer bir nitelendirme yapılmamıştır. Mevcut yasal düzenleme karşısında, aldatma (kandırma) özelliğine sahip olmayan hileli davranışların da, muhatabını aldatmış olması durumunda dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceği konusu tartışmalıdır.

Hileli davranışların aldatmaya elverişli olup olmadıklarının tespiti, özellikle suçun teşebbüs halinde kaldığı durumlar açısından önemlidir. Ortaya konulan hileli davranışların, amaçlanan suçu işlemeye uygun nitelikte olup olmadıkları belirlendikten sonra, suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı belirlenecektir. Hileli davranışlar amaçlanan suçu gerçekleştirmeye elverişli ise teşebbüsün varlığından, aksi durumunda ise işlenemez suçun mevcudiyetinden bahsedilebilecektir²⁹⁴.

Bu nedenle aşağıda, hileli davranışların aldatıcılık özelliğine sahip olup olmaması konusunda öncelikle 765 sayılı TCK döneminde öğretilen görüşler, sonrasında ise 5237 sayılı TCK döneminde ortaya konan fikirler incelenecektir. Yargıtay uygulamasına değindikten sonra konuya ilişkin kendi görüşümüzü belirteceğiz.

aaa. Hileli Davranışın Aldatıcılığına İlişkin Öğretilen İleri sürülen görüşler

Hileli davranışın aldatma yeteneğinin olup olmadığının nasıl belirleneceği hususu belirsizdir. Aldatma yeteneğinin varlığı münhasıran olayın özellikleri göz önüne

²⁹³ Ekonomik hayatta hileli davranışlar ile gerçekleştirilen tüketici dolandırıcılığı (consumer fraud) ile ilgili ayrıntılı bilgi ile bu suçların ispatındaki güçlük ile piyasa koşulları içerisinde uygulamada ne gibi sorunların yaşanabileceğine ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. Rothschild/Throne: s. 661-707.

²⁹⁴ Hareketin elverişsizliğinin işlenemez suça sebebiyet vermesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Alacakaptan: İşlenemez Suç, s. 61-98.

alınarak mı belirlenecektir; yoksa kullanılan vasıtaların objektif olarak aldatmaya elverişli olup olmaması gibi başkaca araçlara başvurmak gerekecek midir? Hile sayılabilecek ve mağduru aldatan tüm söz, hal ve davranışların cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, hilenin belirli bir güç ve yoğunluğa sahip olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Doktrinde hangi hallerde hilenin cezalandırılacağı, hangi hallerde cezalandırılmayacağı hususlarında farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Hileli davranışların bir kimseyi aldatabilecek nitelikte olup olmaması konusunda objektif ve sübjektif olmak üzere iki kıstas ileri sürülmektedir. Objektif kıstasa göre, failin davranışı toplumdaki ortalama bir insana göre aldatabilecek özelliklere sahip ise, hileli olduğu kabul edilmelidir. Diğer kıstasa göre ise, objektif olarak ortaya konulan davranış değil, somut olay şartları içerisinde mağdurun özellikleri göz önüne alınarak, ortaya konulan davranışın hileli olup olmadığı belirlenmelidir. Sübjektif kıstasa göre eşyanın özellikleri, mağdurun kimliği, yaşı, ailevi ve sosyal durumu ve çevresi, ekonomik şartları göz önüne alınarak ortaya konulan davranışın hile unsuru araştırılmalıdır²⁹⁵.

Önceki yasa döneminde öğretide bir kısım yazarlar, hileli olarak ortaya konulan/sergilenen hal ve hareketlerin mağduru (sübjektif olarak) aldatmış olmasının yeterli olmadığını, söz konusu davranışın genel (objektif) olarak da aldatma niteliğinin (özellikliğin) bulunması gerektiğini ileri sürmüştür²⁹⁶. Yani suçun oluşabilmesi için, somut olayın şartlarından ayrık olarak, ortaya konulan hileli davranışın salt aldatma özelliğinin bulunması gerektiği kabul edilmekteydi. Bu görüş doğrultusunda, hileli davranış bir belge ile gerçekleştiriliyorsa, söz konusu belgenin bizzatı aldatma yeteneğinin bulunması gerekir. Zira bu aynı zamanda söz konusu belgenin kandırabilme gücünü gösterecektir²⁹⁷. Aldatma yeteneği olmayan veya çok az olan, ilk bakışta gerçek dışı bilgiler içerdiği anlaşılabilen belgelerin kandırma fonksiyonları olmayacağından, dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından hileli davranış olarak kabul edilmeleri olanaklı değildir.

Diğer bir yaklaşıma göre ise, dolandırıcılık suçuna sebebiyet veren hileli davranışların aldatma niteliği bulunmalı, ancak aldatma niteliğine sahip bulunan hileli davranışların tamamı cezalandırılmamalıdır. Aldanma durumu kişilerin hayatında istisnai bir haldir. Ancak aklen zayıf ve saf kimselerde aldanma hali sıklıkla görülen genel bir

²⁹⁵ Artuç: s. 368; Yavuz: s. 355-356; Hafizoğulları/Özen: s.402.

²⁹⁶ Erem: Dolandırıcılık, s. 13.

²⁹⁷ Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1387.

olaydır. Bu tür kişilerin durumlarından istifade edilerek yarar sağlanmış ise dolandırıcılık suçu oluşmaz²⁹⁸. Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için hile belirli bir güçte ve ağırlıkta olmalı, sahneleniş tarzı itibariyle karşısındakini etkilemeli ve aldatılmasına sebebiyet vermelidir. Bu eğilim doğrultusunda ileri sürülen görüşlerden en çok taraftar bulanı, Fransız doktrininde Carrara tarafından ortaya konulan ve Türk hukukunda Dönmezer tarafından savunulan, sahneye koyma (mise en scene, mizansen) olarak isimlendirilen teoridir²⁹⁹.

Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre, hileli bir davranışın aldatma yeteneğine sahip olup olmadığı her somut olayda, olayın özellikleri ve aldatılan mağdurun kişisel durumu göz önüne alınarak belirlenmelidir³⁰⁰. Değerlendirme olaysal ve kişisel olarak yapılmalıdır³⁰¹. Olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı göz önüne alınmalıdır³⁰². Aksine bir kabul, yani hileli davranışlar konusunda genelleme

²⁹⁸ Donay: Şerh, s. 240-241; Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 558-559; Manzini (Erem: Dolandırıcılık, s. 14'ten naklen); Manzini hileli davranışlarda belirli bir aldatma yeteneğinin aranması gerektiğini savunmasına karşın, kişilerin batıl inançlarının kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi durumunda, kişilerin batıl inançlarının kullanılarak aldatılmaları durumunda dolandırıcılık suçunun varlığını kabul etmektedir. Yazara göre batıl inanç sahibi kişiler toplumda kalabalık bir gruptur ve bu kişilerin korunması gerekmektedir (Erem: Dolandırıcılık, s. 14).

²⁹⁹ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 553; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 454; Franko: s. bila no; Sahneye koyma teorisi Fransız Ceza Kanunu'nda 1863 yılında yapılan değişiklik sırasında Fransız Adalet Bakanlığı'nın Meclise gönderdiği bir yazıda açıkça belirtilmiştir. Burada "*405 inci maddenin umumiyeti her sınıf ve seviyeden olan dolandırıcıları kaplamak lazım gelirse de, sizlere, muavinlerinizin dolandırıcılığa teşebbüs ile hukukî yahut ticari hileyi karıştırmamaları hususunda dikkat ve nezaret eylemenizi tavsiye ederim. Ticari ve hukukî hile tezahürlerine karşı âkitlerin aklı selim ve makuliyeti kafi bir tedbir teşkil eylediğinden bunların tenkil ve tecziyesi umumi menfaatçe mutlak ve hakimane bir surette talep olunmuş değildir...*" denilmiştir. (Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 553-554'den naklen).

³⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3577; Tümerkan: s. 57, 59; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 19; 10 CD, 14.12.2004, E. 2004/10663, K. 2004/12888: "Hile ve desisenin kandırarak nitelikte olması lazımdır. Sözü edilen niteliğin tayini izafî olması itibariyle mağdurun durumu nazara alınmalıdır ve olaya göre takdir edilmelidir. Hataya düşürmek ve bilmezlik her zaman yeterli değildir, sanığın kastı son derece önemlidir. Kaldı ki, hile ve desisenin kullanılması ile mağdurun hataya düşürülmesi arasında nedensellik bağı bulunması şarttır" (Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 457-458, dipnot: 68).

³⁰¹ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 458; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 457; İsmail Malkoç: Açıklamalı-İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C.1, Ankara 2008, s. 1384.

³⁰² Artuç: s. 366; Yargıtay bir kararında "sanığın daha önce kullanıp barkot bölümü kopartılan geçersiz maç biletlerini satarak dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia ve kabul olunması karşısında, adli emanette bulunan maç biletlerinin incelenerek yapılan davranışın basit bir yalan boyutunu aşıp dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağı araştırılıp tartışılmadan" demek suretiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur (11. CD., 18.07.2007, E. 2007/5893, K. 2007/5265, Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1387). Yargıtay tarafından verilen bozma kararının gerekçesinin eksik olduğunu düşünüyoruz. Zira söz konusu maç biletinin hileli davranış olarak kabul edilip edilmeyeceğinin mağdurun subjektif durumuna göre değerlendirilmesi gerekir. Maç biletinde bulunması gerekli barkot bölümünün olmaması, sürekli maç izlemeye giden bir sporsever açısından kaba ve basit bir yalan olabilir. Ancak ilk kez maç ölemeye giden, daha önce gerçek bir maç bileti görmeyen bir kişi açısından söz konusu maç biletinin hileli bir davranış olarak kabul edilebilmesi olanaklıdır (Benzer değerlendirme için bkz. Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1387).

yapılarak, bunlara ilişkin kıstaslar belirlenmeye çalışılması yanlış sonuçlar doğurabilir. Aldatan her hileli davranış, dolandırıcılık suçuna sebebiyet vererek cezalandırmayı gerektirir gibi bir değerlendirmenin, çok kaba ve açık olan hileli davranışların da cezalandırması sonucunu doğuracağı açıktır. Aksi değerlendirme ise, hileli davranışların uygulama alanını daraltarak, söz konusu suçun düzenlenmesiyle asıl korunmak istenen aklen zayıf ve saf olan kimselerin, cezaî korumadan yoksun bırakılmalarını sonuçlayacaktır³⁰³. Bu hususta belirleme ve değerlendirme yapma görevi hâkime aittir³⁰⁴.

Hilenin belirli nitelik ve yoğunlukta olması gerektiği, soyut yalanların dolandırıcılık suçunu oluşturmayaacağı görüşü Fransız uygulama ve doktrininde doğmuş ve gelişmiştir³⁰⁵. Fransız hukukunda hileli hareketlerin aldatma niteliğinin bulunup bulunmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Savunulan bir görüşe göre mağdurun aldanarak, kendisi veya başkası zararına tasarrufta bulunmuş ve faile yarar sağlamış ise hilenin cezalandırılması gerekir. Çok kaba ve açık hilelerin cezalandırılacağı korkusuyla, hilede belirli özelliklerin aranması yersizdir. Aldatan her hile cezalandırılmalıdır. Aksi düşünce, daha çok korunmaya ihtiyacı bulunan aklen zayıf ve saf kimselerin, yasa tarafından korunmaması sonucunu doğurur. Dolandırıcılık suçu ile asıl korunmak istenen kişiler, bu özellikteki kişilerdir³⁰⁶.

Yeni İtalyan Ceza Kanunu hileli davranışların somut olarak aldatmaya sebebiyet vermesini yeterli görmüş, mağdurun özel niteliklerini yani saflığını ve bilgisizliğini göz önüne almamıştır³⁰⁷. Alman ceza hukukunda da, kandırmaya neden olan hareketin hile veya desise şeklinde özel bir şekli aranmamış; çok beceriksizce yapılan basit bir kandırmanın bu suça sebebiyet vereceği kabul edilmiştir³⁰⁸.

İngiliz ceza hukukunda, ortaya konulan hileli söz ve davranışların muhatabını etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceği kabul edilmektedir³⁰⁹. ABD hukuk sisteminde ise konu tartışmalı ve uygulamada farklı görüşler yer almasına karşın, hilenin adatıcılık yeteneğinin belirlenmesinde subjektif yaklaşımın,

³⁰³ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 530-531; Erol Cihan: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Cürümlerin 50 Yılı ve Geleceği, İÜHF, C. XLII, S. 1-4, s. 146; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 18-19.

³⁰⁴ Logoz, Chavanne, Garçon, Rasat (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 465'den naklen); Zingale: s. 829.

³⁰⁵ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 454.

³⁰⁶ Erem: Dolandırıcılık, s. 13-15; Chauveau (Erem: Dolandırıcılık, s. 14'ten naklen).

³⁰⁷ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 344.

³⁰⁸ Jescheck: s. 112.

³⁰⁹ Withey: s. 229; Tadros: s. 953; Jonathan/Rahman: s.2; İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s.10.

yani hileye muhatap olan kişinin özelliklerinin göz önüne alınması halinde ekonomik ve toplumsal hayatta meydana çıkacak mahzurlu sonuçların fazla olduğu genel olarak kabul edilmekte ve her türlü hilenin değil, ortalama bir insanı aldatabilecek/kandırabilecek olanlarının dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak uygulanmasındaki zorluk ve buna bağlı olarak oluşacak sakıncalar nedeniyle objektif yaklaşımın, sübjektif yaklaşıma göre daha karmaşık olduğu ve pratikte hakkaniyete aykırı bazı uygulamalara sebebiyet verdiği kabul edilerek olaysal değerlendirmeler yapmanın gerekli olduğu söylenmiştir³¹⁰. Buna karşın uygulamada, posta dolandırıcılığı (mail fraud) ve telefon dolandırıcılığı (wire fraud) suçları açısından, ortaya konulan hilelerin somut ve sağduyulu ortalama zeka seviyesine sahip makul bir kişiyi aldatabilecek nitelikte olması gerektiği genel olarak kabul edilmekte, aksi taktirde hileli davranışların bu suçlara sebebiyet vermeyeceği kabul edilmektedir³¹¹.

bbb. 5237 sayılı TCK Tarafından Benimsenen Görüş

5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde yasa koyucu "*hileli davranışlarla bir kimseyi aldat*"maya yer vermiş, ortaya konulan hileli davranışların aldatma (kandırıcılık) niteliğine özel bir vurgu yapmamıştır. Bu düzenleme nedeniyle, hileli davranışların objektif veya sübjektif olarak kandırıcılık özelliğine sahip olup olmadığı konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, önceki yasal düzenlemede yer verilen *kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler*" (765 sayılı TCK m.503/1) ibarelerine, yeni düzenlemede dolandırıcılık suçunun tanımında yer verilmemiş olması, yasa koyucunun özel bir tercihidir. Bu tercih nedeniyle, dolandırıcılık suçunun işlenmesinde kullanılan hileli davranışlar, önceki yasal düzenlemeden farklı şekilde yorumlanmalıdır. Yasa koyucunun bu şekilde bir düzenleme yapmasının amacı, suçun oluşum şartlarını kolaylaştırmaktır. Fail tarafından ortaya konulan hileli davranışlarla mağdur aldatılmış ve fail veya üçüncü bir kişi lehine kendisi veya başkası zararına tasarrufta bulunmuş ise, artık ortaya konulan hileli davranışların somut olaydan ayrı bir değerlendirmeye tabi tutularak, aldatma (kandırma) niteliğine sahip olup olmadığını araştırmak önemsizdir. Ortaya

³¹⁰ ABD hukuk sisteminde bu konuda yapılan tartışmalar ve hilenin hangi kriterler çerçevesinde değerlendirilerek ölçülmesi gerektiğine dair fikirler için bkz. Zingale: s. 811-832; Lauren D. Lunsford: "Fraud, Fools, and Phishing: Mail Fraud and the Person of Ordinary Prudence in the Internet Age", Kentucky Law Journal, Cilt: 99, Sayı: 2, 2010-2011, s.386-400.

³¹¹ Alexa Briscoe: "Wire and Mail Fraud", American Criminal Law Review, Cilt: 50, Sayı: 4, Sonbahar 2013, s. 1250-1251.

konulan hileli davranışlar, objektif olarak başka kişileri aldatabilecek özelliğe sahip olmasalar dahi, muhatap aldığı kişiyi aldatmış ise, dolandırıcılık suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir. Artık hileli davranışın objektif olarak kandırabilecek nitelikte olması aranmayacaktır³¹². Bu kabulün çok kaba, açık olan hilelerin de cezalandırılması sonucunu doğurmasından endişe edilebilir; buna karşın aksine bir kabul ise asıl korunmaya muhtaç olan kimseleri, aklen zayıf ve saf olanları cezaî korumadan yoksun bırakacaktır³¹³.

Bir davranışın kandırabilecek nitelikte olup olmadığı, resmi veya özel bir belgenin aldaticılık yeteneğine sahip bulunup bulunmadığı, tapu ve trafik kayıtlarının aleniliğinden dolayı bu kayıtların araştırılıp araştırılmadığı gibi hususlar, dolandırıcılık suçunda asıl belirleyici unsur olmamalıdır. Dolandırıcılık suçunun diğer unsurlarının gerçekleşmiş olmasına karşın, bu gibi nedenler gerekçe gösterilerek, suçun oluşmadığını kabul etmek, vatandaşların hukuka olan inançlarını zayıflatan bir etkidir. Bunu öngören yasa koyucu, hileli davranışlar ile mağdurun aldanmış olmasını yeterli saymış, bunun haricinde ortaya konulan hileli davranışın kandırabilecek niteliğe sahip olup olmamasına özel bir önem vermemiştir³¹⁴.

Paralel diğer bir görüşe göre ise, dolandırıcılığın yasal tanımında hile ile birlikte desiseye yer verilmemiş olması nedeniyle, dolandırıcılık suçunun işlenmesi kolaylaşmış ve kapsamı genişlemiştir. Ancak her türlü hilenin, aldatmaya yeterli olduğu da kabul edilmemelidir. Zira yasal düzenlemede yer alan “hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp...” ibareleri göz önüne alındığında, hileli hareketlerin yapılması yeterli olmayıp, bu hareketlerin mağduru aldatacak nitelikte ve yeterlilikte olması gerekir. Fail tarafından ortaya konulan hileli davranışlar belirli bir yoğunlukta ve inandırıcı olmalı; mağdur, ortaya konulan bu davranışlara inanarak aldanmalıdır³¹⁵.

Farklı görüşte olan yazarlara göre ise, dolandırıcılık suçunun unsurlarının belirtildiği yasa normunda, önceki düzenlemeden farklı olarak hileli davranışların kandırabilecek (aldatabilecek) nitelikte bulunduklarının belirtilmemesi bir eksiklik değildir. Bunun sebebi “hile” kavramının anlamında gizlidir. Zira hilenin söz konusu olabilmesi için ortaya konulan davranışın; aldaticı ve kandırıcı niteliğe sahip olması evleviyetle

³¹² Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 595; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 462; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu: Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 472 vd.; Toroslu: Özel Kısım, s. 180; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1384; Taşdemir: s. 19; Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 460-461.

³¹³ Toroslu: Özel Kısım, s. 180.

³¹⁴ Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 461; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1384.

³¹⁵ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 234.

gereklidir³¹⁶. Aldatma veya kandırma niteliğine sahip olmayan davranışlar varsa ortada hile olmadığı için işlenemez suç söz konusu olacaktır³¹⁷. Hileli davranışların aldatmaya elverişli olmalarının aranmaması halinde, ahlaka aykırı olan her fiilin dolandırıcılık suçuna sebebiyet vereceği kabul edilmelidir. Bu ise, tüketicinin korunması için kabul edilen bazı özel yasaların uygulanmasını ortadan kaldıracaktır. Aksine görüşün kabulünde, pilavı iyi olduğundan bahisle satılan pirinçten iyi pilav olmuyorsa dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Bu nedenle hileli davranışlar hemen anlaşılacak basit nitelikte olmamalı, mağdurun iradesini etkileyecek vasıf ve nitelikte bulunmalıdır³¹⁸.

ccc. Yargıtay Uygulaması

Türk Ceza Kanunu'nda dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet verecek hileli davranışların kandırabilecek nitelikte olmalarına yer verilmediği halde, Yargıtay, önceki ceza kanunu döneminde, yasada yer alan “*kandırabilecek surette*” ifadesinden yola çıkarak oluşturduğu içtihatlarını yeni kanun zamanında da devam ettirmektedir. Yargıtay’a göre ancak belirli bir ağırlığa ulaşan ve muhatabının denetim olanaklarını ortadan kaldıran hileli davranışlar dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet verebilir³¹⁹. Yargıtay’ın eski ve yeni uygulaması, öğretide, önceki yasa döneminde genel olarak kabul gören fikirler ile

³¹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3575-3576; Donay: Şerh, s. 241; Meran: s. 143; Kişilere Karşı Suçlar, s. 454; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 231; Artuç: s. 366-367; Karşı görüşü savunan Centel/Zafer/Çakmut, eserlerinin başka bir yerinde, hilenin karşı tarafı hataya düşürebilecek nitelikte olmasının yeterli olduğunu, ortalama bir insanı hataya sürükleyebilecek nitelikte olmasının aranmaması gerektiğini belirtmişlerdir (Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 457).

³¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3576; Alacakaptan: İşlenemez Suç, s. 61 vd.; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 141; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 454; Yeni İtalyan Ceza Kanunu’nda da hilenin kandırabilecek nitelikte olması gerekliliğinden açıkça bahsedilmemiştir. Bu durum İtalyan uygulama ve öğretisinde, kandırabilme özelliğinin hilenin anlamında gizli olduğunu, kandırabilecek nitelikte olmayan davranışların dolandırıcılık suçunu oluşturmaya elverişli olamayacaklarını, bu nedenle yasa koyucunun hilenin kandırabilecek nitelikte olmasını açıkça belirtmemiş olmasının bir eksiklik olmadığı kabul edilmektedir (Selçuk: Dolandırıcılık, s. 91-92). İtalyan Yasa Koyucusu tarafından yasanın kaleme alınış tekniği bakımından hilenin kandırabilecek nitelikte olduğu ibaresinin belirtilmesine gerek görülmediği, zira nerede belirli bir hareketten söz edilmişse, onun suç işlemeye elverişli olup olmayacağının ilke olarak öncelikle aranacağı görüşü belirtilmiştir (Selçuk: Dolandırıcılık, s. 108-109).

³¹⁸ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 230.

³¹⁹ 11. CD., 05.06.2006, E. 2006/144, K. 2006/5115: “Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olma, “sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanıltıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. O halde hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez. Olaysal olarak değerlendirme, hileli hareketin ne olduğu, mağdur üzerindeki etkisi, kandırabilecek bir hareket olup olmadığı, mağdurun iyi niyeti ve güven duygularının suiistimal edilip edilmediği araştırılmalıdır.” (Yayınlanmamış Yargıtay kararı).

uyumludur³²⁰. Tapu veya trafik tescil gibi herkesin incelemesine açık olan kayıtların denetlenmeyip failin sözüne güvenilmesi halinde, kişilerin denetim olanakları ortadan kaldırılmadığından dolayı Yargıtay, dolandırıcılık suçunun oluşmayacağını kabul etmektedir³²¹. Bu kararlarını paralel şekilde Yargıtay kilometre göstergesi oynanan ve diğer orijinal parçaları değiştirilen ve bu şekilde orijinal ve düşük göstergeli olarak satılan bir aracın yetkili bir servise gösterilmemesini gerekçe göstererek mağdurların aldanmalarına sebebiyet veren yalanların basit seviyede kaldığı, kişilerin denetleme olanağını ortadan kaldırmadığını kabul ettiği anlaşılmaktadır³²².

Yargıtay birçok kararında, dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından sahneye koyma teorisini benimsemiş, yani yalanı güçlendirmeye elverişli bir dış unsurun failin hareketlerine eklenmesini aramıştır³²³. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'nin somut

³²⁰ Bu yöndeki görüşler için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3577; Tümerkan: s. 57, 59; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 19; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 458; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 457; İsmail Malkoç: Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C.1, Ankara 2008, s. 1384.

³²¹ 6. CD., 01.07.1997, 7393/7450 (Malkoç: s. 1392); 15. CD, 18.03.2013, E: 2011/20505, K: 2013/4896 (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

³²² 11. CD., 28.01.2004, 12983/219 (Malkoç: s. 1391); 15. CD, 07.05.2013, E: 2011/24601, K: 2013/8497 (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

³²³ CGK, 27.04.2004, E. 2004/6-85, K. 2004/104: "Hile, maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, yanılgıya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika vb. her türlü eylemdir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı olanaklara ve sıfata sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir. Desise ise, maddi nitelikte fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmede kullanılan vasıttır. Ancak sadece yalan söylemek, dolandırıcılık suçunun hile unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Yasamız yalanı, belirli bir takım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğu hallerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca hukukî işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekilde aldatma, ceza yaptırımını gerektirmez. Nitekim Ceza Yasamız ticari işlemlerde mücerret yalanı, her türlü kandırıcı dış unsurdan müstakil olarak cezalandırdığı zaman özel hüküm koymaktadır. Örneğin Yasamız 363. maddesinde "Bir kimsenin ticaret ettiği sırada müşterisine bir şey yerine aynı şey olmak üzere diğer bir şeyi yahut menşe ve evsafi ve miktarı beyan veyahut mukaveleye aykırı olarak bir şey vermesi" fiilini ayrıca cezalandırmaktadır.

Yapılan yalan açıklamaların dolandırıcılık suçunun hile ve desise unsurunu oluşturabilmesi için, bu açıklamaların doğruluğunu kabul ettirebilecek, böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek yoğunluk ve güçte olması ve gerektiğinde yalana bir takım dış hareketlerin eklenmiş bulunması gerekir.

Dolandırıcılık cürmünde hile ve desisenin ancak bu şekilde gerçekleşmiş sayılacağını kabul eden bu görüşe "sahneye koyma" (mise en scene) teorisi adı verilmektedir. (Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. bası, s. 453).

O halde dolandırıcılık suçunun unsurunu oluşturan hile ve desiseyi şu şekilde tanımlamak mümkündür. Olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarfedilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesidir. Böylece dolandırılanın iradesi fesada uğratılmakta, sakatlanmaktadır". (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3578-3579); 11. CD., 05.06.2006, E. 2006/144, K. 2006/5115: "Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olma, "sergileniş açısından mağdurun

olayın özelliklerini göz önüne alarak, mağduru aldatan ve zarar görmesine sebebiyet veren soyut yalanların da dolandırıcılık suçunun oluşumuna neden olacağını kabul ettiği kararları bulunmaktadır³²⁴.

Yargıtay kararlarında, hileli davranışların somut olaya göre değerlendirildiğini, “olaylar içtihadı” yöntemini kabul ederek, objektif ve sübjektif ölçütleri birlikte göz önüne alarak hileli davranışları nitelendirmeye çalıştığını söylemek mümkündür³²⁵. Vermiş olduğu bir kararında Yargıtay bu yaklaşımını şu şekilde ifade etmiştir: “*Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. O halde hilenin aldatıcı nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez. Olaysal olarak değerlendirme, hileli hareketin ne olduğu, mağdur üzerindeki etkisi, kandırabilecek bir hareket olup olmadığı, mağdurun iyi niyeti ve güven duygularının suiistimal edilip edilmediği araştırılmalıdır*”³²⁶.

ddd. Görüşümüz

Dolandırıcılık suçuna rengini veren ve bu suçu diğer suçlardan farklı kılan hilenin, kandırabilecek niteliğe sahip olması gerektiği hususuna 765 sayılı TCK’da açıkça yer verilmiştir. Buna karşın benzer bir hükme yeni düzenlemede yer verilmemiştir. Yasa koyucunun, bu düzenlemeyi özel bir amaç doğrultusunda yapıp yapmadığı, suçun oluşum şartlarını farklılaştırıp farklılaştırmadığı tartışmalıdır. Yukarıda değinildiği üzere, öğretide bu konuda farklı iki görüş ileri sürülmüştür. Bir kısım yazarlar, yasa koyucunun yaptığı bu düzenleme ile dolandırıcılık suçunun oluşum şartlarını kolaylaştırdığını, artık hilede, somut olayın şartlarından ayrı objektif bir aldatma kabiliyetinin aranamayacağını; hilelerin kandırma yeteneğinin belirlenmesinde olayın sübjektif şartlarının gözönüne alınması gerektiğini belirtmişlerdir. Buna karşın bazı yazarlar ise, yasa koyucunun bu düzenlemesinin, öncekinden farklı olmadığını, aldatıcılık unsurunun hilenin anlamında gizli bulunduğunu, bu özelliğine özellikle vurgu yapılmasının gereksiz olduğunu söylemişlerdir.

denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır.” (Bakıcı: Özel Hükümler, s. 232).

³²⁴ 6. CD, 16.02.1981, E: 1981/585, K: 1981/795, (YKD, Haziran 1981, s. 784); 5. CD, 14.06.1983, E: 1983/1610, K: 1983/2264, (YKD, Aralık 1983, s. 1809).

³²⁵ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 122-125; Tümerkan: s. 58.

³²⁶ 11. CD., 05.06.2006, E. 2006/144, K. 2006/5115 (Bakıcı: Özel Hükümler, s. 232).

Önceki ceza yasasında ayrı suç olarak düzenlenen bazı eylemler, yeni düzenlemede münferit bir suç olarak düzenlenmemiştir. Bu kapsamda bir kısım karşılıksız yararlanma eylemleri, ticarete hile karıştırma filleri ve çocukların hileli davranışlar ile kandırılarak zararlarına olacak şekilde senet alınması suçları sayılabilir. Dolandırıcılık suçunu düzenleyen yasa maddeleri ve gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, yasa koyucunun, ayrı bir suç olarak düzenlemediği bu fiillerin, dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilebileceğini düşündüğü görülmektedir. Gerçekten TCK'nın 158/1-c madde ve bendinde “kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle” dolandırıcılık suçunun işlenmesi, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmişken, içeriğinde hileli davranışlar barındıran ticarete hile karıştırma ve bazı karşılıksız faydalanma eylemlerinin açıkça yaptırım altına alınmadığı görülebilir.

Ticari hayatta kullanılan hileler ile karşılıksız yararlanma eylemlerinde sergilenen aldatıcı davranışların ortak özelliği, maharet gerektirmeyen, muhatabını aldatmasına rağmen objektif olarak kandırıcılık niteliği az olan hareketlerdir. Yine algılama yeteneği zayıf olan kişiye karşı sergilenen ve bunların aldatılarak zarar görmelerine sebebiyet veren hileli davranışların, kandırma seviyesinin diğerlerine nazaran düşük olduğu tartışmasızdır. Bu fiiller içerisinde yer alan hileli davranışların, somut olayın şartlarından ayırık olarak, laboratuvar şartlarında, bizatihi kandırıcılık özelliğine sahip olmasının aranması, yasa koyucunun amacına aykırıdır³²⁷.

TCK'nın 157. maddesinde, kişileri aldatıp kendisi veya başkaları zararına olarak ve fakat başkasına yarar sağlamayı hedefleyen davranışlar hileli kabul edilmiştir. Bir hareketin muhatabını aldatması ile hareketin bizatihi sahip olduğu aldatma derecesi/seviyesi birbirlerinden farklı kavramlardır. Bazı hileli davranışların aldatılabileceği kişi sayısı çok fazla iken; bazılarınınki çok azdır. Yasa maddesi incelendiğinde, yasa koyucunun, kişileri aldatarak, başkalarının yararına olacak şekilde zarar görmelerine sebebiyet veren her davranışı hileli olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Hile, gerek kelime olarak sözlük anlamında ve gerekse kavramsal içeriğinde belirli bir seviyede kandırıcılık vasfını bünyesinde barındırmaktadır. Bulunması gerekli

³²⁷ Ürünlerin tanıtım ve reklamlarında kullanılan “abartılı” ibarelerin, yine satıcıların mallarını pazarlarken kullandıkları süslü ve ağdalı sözlerin, söz konusu mal fiili olarak belirtilen özelliklere sahip ise, dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermemesi gerekir. Mahkeme bu tür durumları değerlendirilirken söz, yazı ve davranışların ortaya konuluş tarzına, malların belirtilen özelliklere sahip olup olmadığının ve failin iyi niyetinin olup olmadığına bakarak eylemi nitelendirmelidir (Alexa Briscoe: “Wire and Mail Fraud”, American Criminal Law Review, Cilt: 50, Sayı: 4, Sonbahar 2013, s.1251-1252).

olan asgari seviye nedeniyle; çok basit, ilk bakışta açıkça yalan olduğu anlaşılan söz ve hareketler hileli davranış olarak kabul edilmemelidir. Aksine kabul, kişiler arasındaki güven ortamını korumayı ve kişilerin irade özgürlüğü ve malvarlıklarını muhafaza etmeyi hedefleyen, yasa koyucunun genel amacı ile bağdaşmayıp, tersine sonuç doğurarak huzur ortamını bozucu bir etkiye sebebiyet verebilir. İlk bakışta yalan olduğu anlaşılan söz ve hareketlerin nelerden ibaret olduğunu baştan belirlemek olanaklı değildir. Soyut bir değerlendirmede açıkça yalan olarak nitelendirilen bir söz, somut olayın şartlarındaki kullanım ve sergileniş tarzı gözönüne alındığında dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilen hileli bir davranış olarak kabul edilebilir.

Dolandırıcılık suçu ile asıl korunmak istenen toplum kesimi saf ve kandırılmaya müsait kişilerden oluşmaktadır. Bu suçun failleri özellikle bu kişileri kendilerine hedef seçmektedirler. Bu toplum kesiminin aldanmasına ve buna paralel olarak da zarar görmelerine sebebiyet veren hileli davranışların birçoğu, objektif olarak kandırma özelliğine sahip olmayan, toplumda yer alan birçok kişiyi aldatamayacak ve bunlar tarafından açık ve basit yalanlardan ibaret olan hareketlerdir. Hileli davranışların salt olarak aldatmaya elverişli olmalarını aramak, toplumun bu kesiminde yer alan kişilerin korunmaması ve faillerin açık hedefi haline getirilmelerini sonuçlayacaktır. Bu ise birçok fiilin cezasız kalmasına sebebiyet vereceğinden, toplumda, adalete karşı olan güvenin sarsılmasına neden olacaktır.

Sahte olarak düzenlenen ve hileli davranış içerisinde kullanılan bir belgenin, bilirkşi marifetiyle aldatıcılık özelliğinin belirlenmesi ve bu belirlemeye göre dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceğinin değerlendirilmesi doğru değildir. Yine herkesin incelemesine açık olan tapu ve trafik kayıtlarının kontrol edilmemesi, bu incelemeyi yapmayan kişilerin aleyhine sonuç doğurmamalıdır. Zira söz konusu incelemeyi yapmak zorunlu değil, ihtiyaridir. Kişiler, bu kayıtlara yönelik şüphe duydukları takdirde inceleme yapacaklardır. Ancak failce yöneltlen hileli davranışlar, çoğu kez kişilerin bu kayıtlara yönelik şüphe duymalarını engelleyecek türden olduklarından, kayıtların incelenmesine gerek hissedilmemektedir. Bu nedenledir ki hileli davranışlar; “*muhabatın inceleme eğilimini etkileyebilen*” hareketler olarak tanımlanmaktadır.

Yargıtay’ın önceki yasa döneminde kabul ettiği ve yeni yasa döneminde de devam ettirdiği, hileli davranışların objektif olarak kandırma niteliğine sahip olması

gerektiğine dair görüşlerine katılmak olanaklı değildir. Yargıtay, herkese açık olan tapu ve trafik kayıtları incelenmeden ve bilirkişiler tarafından aldatıcılık özelliği olmadığı tespit edilen evraklara kanarak aldanma durumlarının, dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyeceğini kabul etmektedir. Yukarıda izah ettiğimiz gerekçelerle bu yaklaşımın doğru olmadığını düşünüyoruz. Kanaatimizce, önceki yasal düzenlemede yer alan ve bu kararlara dayanak teşkil eden, hilenin “*kandırabilecek*” nitelikte olması gerektiğine değinen düzenleme yeni sistemde yer almamaktadır. Dolayısıyla, somut olay öncesinde herhangi bir davranışın, dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecek derecede hileli olup olmadığına dair yapılacak tespitler uygun değildir. Her hileli davranış, somut olayın kendine özgü şartları içerisinde değerlendirilmelidir.

Hakim tarafından herhangi bir belgenin kandırıcılık özelliğine sahip olup olmadığına dair bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ihtiyaç duyulması dahi, tek başına hileli davranışın var olduğuna en büyük delildir. Zira hâkim tarafından dahi aldatma özelliği irdelenemeyen ve karar verilemeyen konu teknik bir meseledir ve uzman bir kişinin incelenmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda bir belge üzerinde aldatıcılık özelliğinin varlığı veya yokluğu mevzuunda Yargıtay’ın, teknik inceleme yaptırılmasını istemesi, düzenlenecek uzman raporuna göre hileli davranışın var olup olmadığının değerlendirilmesini istemesi izaha muhtaç bir yaklaşımdır.

Yargıtay’ın, aldatılarak mağdur olan kişilere yasada yer almadığı halde belirli incelemeleri ve denetlemeleri yapmak mecburiyeti getirmesinin yasal bir dayanağı yoktur. Böyle bir kabul suçun unsurlarının genişletilmesi sonucunu doğuracaktır. Hakeza bu sonucun ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kanunilik prensibine aykırı olduğu kuşkusuzdur.

iii. Hileyi Tanımlama Gayreti

Kelime olarak hile, birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, desise, entrika; çıkar sağlamak için bir şeye değersiz bir şey katma anlamlarına gelmektedir³²⁸. Yeni Türk Ceza Kanunu kapsamında hilenin tanımı yapılırken, sözlük anlamı yanında, 765 sayılı TCK’nın 503. maddesinde yer verilen hile ve desise kavramlarını da ihtiva etmesine dikkat edilmelidir. Yani hile sadece öznel ve nesnel koşulları sömürerek ve ikna etmeye yönelik söz ve jestlerle gerçeği gizleyerek, mağdurun

³²⁸ Türkçe Sözlük: s. 995.

değerlendirme yetisini etkileyen ve bu kişide yanlış kanaat oluşmasına yol açan entelektüel ve diyalektik bir aldatma değil, aynı zamanda, olmayanı olmuş, olanı olmamış gibi göstererek veya gizlemek suretiyle gerçeği saklayan ve mağdurun algılama yetisine tesir eden maddi ve somut olgulardır³²⁹.

Yapılan açıklamalar gözönüne alınarak bir tanım yapmak gerekirse, hileyi; olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarfedilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz kılacak birtakım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve şartlardan yararlanarak, eğer hile teşkil eden bu hareketler ve haller bulunmasaydı, almayacağı bir kararı verdirmek suretiyle bir kimseyi aldatmak, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmektir³³⁰. Diğer bir deyişle başkasının tasavvuru üzerinde etki meydana getiren, sahte, sunî hareketler ile gerçeği çarpıtan, gizleyen ve saklayan her türlü davranışlardır³³¹. Meselâ failin kendisini zengin ve varlıklı göstermesi, kendisine bazı sıfatlar yüklemesi; iflas etmesi nedeniyle parasız ve borcunu ödeyemez durumda olduğunu söylememesi; evli olduğunun, yapılacak işte ehil olunmadığının, belli bir şeyi kullanma yeteneği olmadığının gizlenmesi hileli davranışlara örnek gösterilebilir. Bir başkasına yöneltilmeyen, başkalarının tasavvuru üzerinde etkide bulunmayan, sadece olguları ve objeleri değiştirmekten ibaret kalan davranışların hileli davranış olarak kabul edilmesi olanaklı değildir. Değiştirilen olgular, bir beyan (açıklama) ile ortaya konulmuş ise hileye dönüşür. Örneğin, sadece sahte belge düzenlenmesi tek başına hileli davranış sayılamaz, ancak oluşturulan belge bir kişiye ibraz edilmişse hilenin bir unsuru olur. Bununla birlikte hilenin açık veya örtülü bir beyan ile ortaya konulmasına gerek yoktur³³².

Hileli davranışlar, mağduru ikna etmek için ortaya konulan zekice söylenmiş sözler ve kurgulanmış hal, tavır, tutum ve davranışlardır. Failin amacı hileli davranışlar ile gerçeği saptırmak, olduğundan farklı göstermektir. Bu nedenle hileli davranışlar ile fail, mağdurun zihninde maddi bir görünüm oluşturmalı ve bu durumun aldatılan kişi üzerinde psikolojik bir etkisinin bulunması gerekir³³³. Hilede, kişinin belli bir hususta tasarruf

³²⁹ Toroslu: Özel Kısım, s. 178; Hile ve desise tanımları için bakınız: Selçuk: Dolandırıcılık, s. 114.

³³⁰ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 453.

³³¹ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 594; Toroslu: Özel Kısım, s. 178; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 343; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 114.

³³² Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 594.

³³³ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 343; Dolandırıcılık bir tür “şans oyunu”dur. Fail oyununu sergilerken “şans” ihtimalini en aza indirmek için elinden gelen tüm mahareti göstererek, icra ettiği oyun çerçevesinde muhatabını inandırıp yarar elde etmeyi amaçlar (Schur: s.298).

hürriyeti üzerinde doğrudan bir etkide bulunulmamaktadır. Bununla birlikte hile ile tasarrufun kaynağını oluşturan vakıalar konusunda kişi yanılgıya sevk edilmektedir. Böylece hilede, gerçekte kişinin belli bir olaya ilişkin bilgi birikimi üzerinde etkide bulunulmaktadır. Hileye maruz kalan kişi, bu yanılgı sebebiyle, gerçekte istemeyeceği bir yönde iradesini oluşturup tasarrufta bulunmaktadır³³⁴.

Yargıtay’a göre hile; “olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarfedilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesidir”³³⁵.

Yukarıda yer verilen hile ve hileli davranış tanımlarında yer verilen ucu açık, yoruma bağlı, zamana ve olaya göre kapsam ve manası değişebilen ifadelerden de anlaşılacağı üzere hilenin, objektif, genel-geçer ve tam bir tanımının yapılması olanaklı değildir. Hilenin tarihi insanlığınki kadar eskidir³³⁶. Bu nedenle hileyi yaşadığımız zamana ve mekana sığdırma gayretleri beyhude çabalardan ibaret kalmaya mahkumdur. Bununla birlikte “hile” ile mücadele etmek ve onun doğurduğu bireysel ve toplumsal zararları en aza indirmekle görevli kişi ve kurumların, bu olgunun “sinsiliğini” gözönüne alarak, yaşadıkları çağın gereklerine uygun olarak hileyi tanımlamaları ve unsurlarını somutlaştırmaya gayret etmeleri gerekir.

iv. Hileli Davranışların Meydana Geliş Şekilleri

Hileli davranışların ortaya çıkışları farklı şekillerde tezahür edebilir³³⁷. Söz konusu davranışlar failin sadece söz, hal, tavır ve tutumlarından ibaret olabileceği gibi, bunları teyit edecek ve etkilerini kuvvetlendirecek haricen oluşturulmuş unsurların

³³⁴ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 18.

³³⁵ CGK, 27.04.2004, E. 2004/6-85, K. 2004/104 (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3579; T.C. Adalet Bakanlığı UYAP Mevzuat Programı).

³³⁶ Zingale: s. 795-796; Buell: s. 1973, 1989; Murray: s. 78).

³³⁷ Tarihi süreç içerisinde çoğu kez, yüz yüze kurulan iletişim ve etkileşim çerçevesinde ortaya konulan hileli davranışlar, bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişmesi ile şekil ve yöntem değiştirmiş, günümüzde birçoğu birbirini tanımayan, hayatında hiç karşılaşmamış ve karşılaşma olanağı da zor olan kişiler arasında gerçekleşmektedir. Bu olanak sayesinde dolandırıcılık failleri daha az emek ve mesai harcayarak sayıları yüzleri binleri bulan kişilere hileli davranışlar yöneltirerek aldatıp, buna paralel şekilde yüksek meblağlı menfaatler elde edebilmektedir (Susan W. Brenner: “Cybercrime Metrics: Old Wine, New Bottles”, Virginia Journal of Law and Technology, University of Virginia, Cilt: 9, S.13, 2004, s.5-6).

eklenmesi suretiyle de meydana getirilebilir. Hileli davranışların ortaya çıkmasına fail dışında, üçüncü bir kişinin katkıda bulunarak iştirak etmesi de mümkündür.

Hile, icraî bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak, yani ihmali davranışla da ortaya konulabilir. Ancak, bu halde kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukukî ilişki kurulduğu durumlarda, karşı tarafa yüklenen böyle bir mükellefiyet vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir³³⁸.

Öğretide, dolandırıcılık suçunun ihmali bir davranışla işlenemeyeceğini savunan yazarlar bulunmaktadır³³⁹. Bu yazarlara göre, dolandırıcılık suçu icraî davranışlarla işlenebilen bir suçtur. İhmali hareketle dolandırıcılık suçunun işlenebileceğine dair yasal mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri içerisinde ihmali hareketin hangi hallerde icraî hareketlere eş değer olduğuna dair bir düzenleme yoktur. Madde gerekçesinde yer alan ve suçun ihmali davranışlarla işlenebileceğine değinen ibareler, madde içerisinde yer almadığından önemsizdir.

Bu konudaki görüşlerimize yukarıda ayrıntılı şekilde yer verdiğimizden³⁴⁰ şimdilik, ihmali bir davranışla, icraî davranış ile elde edilebilen bir sonuç meydana geldiği takdirde, ihmali davranışın icraî davranış olarak kabul edilmesi gerektiğini ve bu tür davranışların dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceğini düşündüğümüzü belirtmekle yetiniyoruz.

Fail tarafından ortaya konulan ve dış dünyada gerçeğe aykırı bir görüntü meydana getirip mağdurun denetim olanağını ortadan kaldıran ve onu aldatan davranışların varlığı halinde, yapılan hilenin icraî olarak gerçekleştirildiğinden bahsedilebilir. Bu çerçevede hilenin üç ihtimalli olarak ortaya çıkması mümkündür. Bunları, gerçekte mevcut

³³⁸ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 454; Toroslu: Özel Kısım, s. 179; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 23; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 252; Türk Ceza Kanunu Gerekçesi: s. 264, 265; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 23.

³³⁹ Tümerkan: s. 44, 45; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 594; Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 461; Gündel, aksine yapılacak bir yorumlamanın “kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum” olacağını ve bunun yasallık ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir.

³⁴⁰ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, 1, b, ee, ii, ddd.

olmayan bir hususu olmuş, gerçekleşmiş gibi göstermek; gerçekleşmiş bir olayın oluşum şekline başka unsurlar ilave etmek ve gerçekleşmiş bir olayı bütün olarak veya belirli unsurları itibariyle gerçekleşmemiş gibi göstermek olarak belirtmek mümkündür³⁴¹. Belirtilen bu ihtimaller icraî veya ihmali şekilde ortaya konulabilir. Örneğin nesnelerin yerlerinin değiştirilmesi, miktarlarında eksiltme veya artırım yapılması³⁴² hallerinde hile icraî davranışla ortaya konulmaktadır³⁴³. Yine kendisine ait üzerine kayıtlı herhangi bir şirket bulunmayan bir kişinin, sahte vergi kayıtları, başlıklı, mühürlü ve imzalı belgeler ve kartvizitler oluşturmak suretiyle, şirketi varmış gibi hareket ederek oluşturduğu hile ise icraî davranışlarla oluşturulmaktadır. Böylece fail, hileli davranışlarını yönlendirdiği kişinin gerçek dünyaya ilişkin algısına müdahale edip, hakikati gizlemek suretiyle, mevcut olmayan sanal bir gerçeklik oluşturmakta ve muhatabın iç dünyasında yanlış bir kanaat oluşturmaya çalışmaktadır.

Hileli davranışların belirli olaylarla bağlantısının bulunması gerekir. Olaylardan kasıt, insanın iç ve dış dünyasında geçmişte cereyan etmiş veya halen devam eden bütün hadiselerdir. Bu olaylar, bir eşyanın kaynağı, özellikleri veya nitelikleri, bir kişinin yaşı, sosyal ve ekonomik durumu ya da bir edimin sözleşmeye uygun olup olmadığı konularına ilişkin olabilir³⁴⁴. Bu kapsamda, mağdura temin edilmesi söylenen geleceğe yönelik kazanç vaatlerinin hileli davranış olarak değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüştür³⁴⁵. Böyle bir durumda, kişilerin ileriye dönük kazanç beklentilerinden oluşan bir riskleri söz konusudur. Ticari hayatta risk üstlenilmesi olağan bir durumdur.

³⁴¹ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 19.

³⁴² 6. CD., 08.02.2007, 1576/1284: “Sanığın, müşteri olarak girdiği Tezken mağazasında gündüz vakti, daha ucuz olan tornavidanın barkodunu, pahalı olan tornavidaya yapıştırıp kasiyeri yanıltarak başka eşya ile birlikte bedelini ödeyip mağazadan çıkacağı sırada, sanığı başlangıçtan beri takip eden güvenlik görevlisi tanık M. Karadeniz tarafından yakalanması biçiminde gerçekleşen eyleminin ... dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığı karar yerinde açıklanıp tartışılmadan” (Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1403).

³⁴³ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 454; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 18.

³⁴⁴ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 20; 11. CD., 12.05.2010, E. 2007/8395, K. 2010/6006: “Dolandırıcılık suçunda unsur olan hileli hareketlerle kişinin aldatılıp, kendi veya bir başkasının mal varlığı aleyhine bir işlemde bulunmaya yöneltilmesi ve bu işlem sonucunda sanığa veya başkalarının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekir. Somut olayda; ölen eşinden dolayı şikayetçi Emekli Sandığı’ndan dul aylığı bağlanan sanığın 02.02.2000 tarihinde bir başka kadın ile resmi olarak evlenmesine karşın bu durumu adı geçen kuruma bildirmeyerek 31.12.2005 tarihine kadar aylık almaya devam etmek suretiyle kamu kurumu aleyhine dolandırıcılık suçunu işlediği iddia ve kabul olunmuş ise de; bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemenin hileli hareket olarak kabul edilemeyeceği gibi sanığın nüfus kayıtlarındaki bilgilerin her zaman denetlenmesinin de mümkün olduğu, anılan kurumun ihmali sonucu hesabına yatırılan parayı almaya devam etmek biçimindeki sanığın eyleminde dolandırıcılık suçunun unsuru olan hileli hareket bulunmadığından, fiilinin teselsülün son bulduğu tarihte yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK. nun 160. maddesinde yaptırıma bağlanan “hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf” suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfının tayininde yanlışlıkla yazılı şekilde dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması”.

³⁴⁵ Önder: Mala Karşı Cürümler, s. 367; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 22.

Dolayısıyla, vaat edilen kazancın gerçekleşmemesinin piyasa şartları içerisinde birçok nedeni bulunabilir ve vaatte bulunan kişinin başlangıçtaki kastının muhatabını aldatarak yarar elde etmek olduğunu ispatlamak zordur. Bununla birlikte, kazanç vaadinde bulunulduğu andaki şartlar değerlendirildiğinde, objektif olarak kazanç sağlamanın imkânsızlığı ortaya konulabiliyorsa, bu vaatlerde bulunurken sözlü beyan dışında bu vaadini destekleyecek başkaca söz ve davranışlara yer verilmiş ve vaat edilen kâr elde edilememişse, dolandırıcılık suçunun oluşabileceği düşünülebilir. Örneğin, önceki senelerde, ülkemiz içinde veya dışında yaşayan vatandaşlarımız, bazı şirketlerin büyük kârlar elde ettiğinden bahisle bu şirketlere ortak olmaya davet edilmiş, bu kapsamda tanıtım faaliyetleri yürütülmüş; bu vesileyle toplanan paralar şirketlerin zararlarını kapatmakta veya önceki ortaklarına kâr dağıtımında kullanılmıştır. Söz konusu süreçte parasal kaynak temin etmek amacıyla yapılan yazılı ve sözlü tanıtımlar ve sunulan belge ve bilgiler ile kişilerde ileriye yönelik olarak kazanç elde etme tasavvuru oluşturulmuştur. Bu tür faaliyetlerin bir bütün olarak “hileli davranış” içerisinde mütalaa edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Benzeri olaylarda hileli davranışların varlığı çoğu kez, suçun tamamlanarak zararın meydana geldiği andan, geriye dönük olarak yapılan bir değerlendirme ile ortaya konabilecektir³⁴⁶.

765 sayılı TCK’nın 329. maddesinde, demiryolu veya taşımacılık yapan şirketlerin biletleri üzerinde, daha önce kullanılmış olduklarına dair konulan işaretlerin silinmesi veya yok edilmesi suretiyle yeniden kullanılmaları eylemleri ayrı bir suç olarak tanımlanmış ve cezaî yaptırıma bağlanmıştı. Yasadaki bu açık ve özel düzenleme nedeniyle, maddeye konu eylemlerde hile unsuru bulunsa dahi, eylem dolandırıcılık olarak kabul edilmiyordu. 5237 sayılı TCK’da, 765 sayılı TCK’nın 329. maddesinin karşılığı olabilecek bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle kanaatimizce, biletler üzerinde kullanıldıklarını gösteren ibarelerin ortadan kaldırılması suretiyle yeniden kullanılmaları hileli davranış olarak kabul edilmeli; bu davranış ile muhatap aldatılıp yarar temin edilmiş ise dolandırıcılık suçunun olduğu kabul edilmelidir. Zira fail, bilet üzerindeki işaretleri yok etmek suretiyle hile yapmış, bu şekilde oluşturmuş olduğu bileti, bu bileti kontrol etmekle görevli kişiye ibraz edip, bu kişinin biletin kullanılmış olduğunu fark etmesinin önüne geçerek görevliyi aldatmış ve taşımacılık yapan şirket veya kurumun zararına olarak

³⁴⁶ CGK., 28.9.1987, 6-12/4212: “Şirket kurup büyük reklam kampanyası yaparak ikna ettiği halktan ve bu arada müşterilerden par alıp karşılığında ileride mevduat sertifikasıyla değiştirme vaadiyle bono veren, ancak bu vaadini yerine getirmemek ve vadesi geldiğinde ana para ve faizleri ödememek suretiyle...” (Önder: Mala Karşı Cürümler, s. 374).

ücret ödemedi sunulan taşımacılık hizmetinden faydalanmak suretiyle haksız bir yarar sağlamış olacaktır.

Günümüzde yolculuk biletleri üzerindeki usulsüzlükler, biletler üzerine konulan görünür tarzdaki fiziki işaretlerin silinerek veya yok edilerek kullanılması biçiminde değil, manyetik alana sahip olan biletlerin bu alanları üzerinde oynama yapmak yoluyla yeniden kullanılabilir hale getirilmek şeklinde gerçekleşmektedir. Zira artık bilet kontrolleri görevliler aracılığıyla değil, manyetik alanları okuyabilen cihazlarla/otomatlarla yapılmaktadır. Bu tür bir davranışta bulunmanın hileli davranış teşkil edeceği kuşkusuzdur. Bununla birlikte bu tarz hileli davranışların gerçek bir kişiye değil de, bir makineye yöneltilmiş olması nedeniyle, kişilerin aldatılmasından söz edilemeyeceğinden dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyecekleri üzerinde durulmalıdır. Kanaatimizce burada ikili bir ayrım yapılarak sorun değerlendirilmelidir. Manyetik alanında oynama yapılarak sahte hale getirilen bir biletin kontrolü, gerçekte bir görevli tarafından yapılmakla birlikte, söz konusu görevlinin kendi denetimine yardımcı olması için bir makineden faydalanılması durumunda, dolandırıcılık suçu oluşabilecektir. Zira aldatılan gerçekte alet değil, insandır. Bununla birlikte, bilet kontrolü herhangi bir gerçek kişi tarafından değil de, doğrudan ve sadece bir makine/araç tarafından yapılıyorsa, bu halde kişinin aldatılmasından bahsedilemeyeceğinden, dolandırıcılık değil, TCK'nın 163/1. maddesinde tanımlanan karşılıksız yararlanma suçu oluşacaktır. Örneğin metro girişlerinde bulunan ve biletleri okuyarak geçiş izni veren turnikelerde, bu şekilde oluşturulmuş sahte bir biletin kullanılması ve usulsüz geçiş yapılarak seyahat edilmesi eylemi karşılıksız yararlanma suçu olarak değerlendirilmelidir.

ff. Hileli Davranış Bağlamında Değerlendirilmesi Gereken Özel Haller

i. Basit (Soyut, Çıplak) Yalanın Hile Olarak Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu

aaa. Öğreti ve Karşılaştırmalı Hukukta Basit Yalan Sorunu

Öğretide hilenin, hukukî hile ve cezaî hile ayrımı yapılarak incelenmesinin nedeni, dolandırıcılık suçuna sebebiyet veren hilenin, medeni hukukta yer alan hile kavramından farklılığını ortaya koymak, hileyi derecelendirmek ve basit bir yalanın dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceğini belirlemektir. Basit bir yalanın, hileli

davranış olarak kabul edilerek, dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağı, hukuk sisteminin hukukî hile ve cezaî hile ayrımını kabul edip etmemesi ile doğrudan ilgilidir. Zira böyle bir ayrımı kabul etmeyen hukuk sistemleri tarafından basit bir yalanın, mağduru aldatmış ve malvarlığı açısından başkasının yararına bir zarara sebebiyet vermiş olması kaydıyla, dolandırıcılık suçuna sebebiyet vereceğini kabul etmek gerekir. Buna karşın, bu ayrımı kabul eden sistemler açısından, basit bir yalan tek başına hileli davranış oluşturmayıp, sahneye konularak sergileniş tarzına göre bir değerlendirme yapılması gerekecektir ³⁴⁷ . Bu durum, basit bir yalanın hile olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebebiyet vermiştir.

Bir kısım yazarlar basit bir yalanın, yöneldiği kişiyi aldatmış, onu, kendisinin veya başkasının zararına olarak tasarrufta bulunmaya itmişse, bu yalanın hile olduğunu ve dolandırıcılık suçunu oluşturabileceğini savunmuşlardır³⁴⁸. Bu görüş taraftarlarına göre, önemli olan husus söylenen söz ile muhatapta aldanmanın meydana gelmiş olup olmadığıdır. Mağdurun aldanmasına ve kendisinin ya da başkasının zararına olarak malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmasına basit bir yalanının sebebiyet verip vermemesi önemsizdir. Mağdur kişisel özellikleri nedeniyle, basit yalana kanmış ise dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Bu görüşteki yazarlara göre, basit yalanlar ile aldanmış kişiler, toplumda daha çok saf olarak bilinen ve dolandırıcılık suçu ile korunmak istenen toplum kesimidir. Kanun koyucunun bu kişilere karşı yapılan hileli hareketleri cezasız bırakması düşünülemez. Dolandırıcılık suçunun ancak belirli bir zekâ düzeyine ve öngörüye sahip kişilere karşı işlenebileceğini kabul etmek, uygulama alanını daraltacak ve önemli bir toplumsal kesimi koruma dışında bırakacaktır.

Basit bir yalanın dolandırıcılık suçunu oluşturabileceğini kabul eden bir kısım yazarlar ise konuyu, failin mağdura karşı doğru söylemesi konusunda bir mükellefiyetinin bulunup bulunmamasına göre ikili bir ayırım yaparak incelemektedirler. Eğer fail mağdura karşı doğru söylemek mükellefiyeti altındaysa, bu halde söylenen basit yalanlar hile olarak kabul edilmeli ve dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermelidir. Failin doğru söyleme

³⁴⁷ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 529-530; Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 553.

³⁴⁸ Manzini ve Planiol'un görüşleri için bkz. Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 450; Erem: Dolandırıcılık, s. 10; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 25-26; Basit yalan doktrinde “*çıplak yalan*” olarak da adlandırılmaktadır.

konusunda mağdura karşı mükellefiyeti bulunmaması halini de yine, failin kendisini korumak için yalan söyleyip söylememe durumuna göre ikiye ayırarak, kendi menfaatlerini korumak için basit yalan söylenmesi durumunda hilenin olmadığını kabul etmektedirler. Zira kimse kendi zararına olarak, doğruyu söyleme konusunda yasal bir zorunluluk altına sokulamaz, denilmiştir³⁴⁹.

Buna karşın öğretide karşı görüşü savunan yazarlar ise, basit yalanın dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağını, kişilerin bu tür sözlere kanmama gibi bir mükellefiyetlerinin bulunduğunu, basit bir yalan ile aldanan kişinin bunun sonucuna katlanması gerektiğini, basit yalanda hile unsurunun bulunmadığını ileri sürmüşlerdir³⁵⁰. Bu yaklaşıma göre, aksi durumun kabulü, dolandırıcılık suçunun sınırlarını olabildiğine genişletip söz konusu maddeleri işlevsiz hale getirecek ve yersiz davaların açılmasına sebebiyet verecektir. Failin hileli davranışlarının cezalandırılması için söylenen yalanların belirli bir ağırlığa ulaşması ve kamu düzenini bozacak seviyeye erişmesi gerekir. Bu seviyeye varmamış söz ve davranışların cezalandırılması özellikle ticari hayatı olumsuz şekilde etkileyecek, ticari faaliyette bulunan kişileri daha dikkatli olmaya itecek, bu da hızlı ve güvenli şekilde işlemesi gereken ekonomik hayattaki süreçleri sekteye uğratacaktır³⁵¹. Yasa koyucu basit yalanı cezalandırdığı hallerde bunu açıkça göstermektedir³⁵². Basit yalanların yazı ile muhataba iletilmiş olması, birçok kez tekrar edilmiş olmaları, bunları dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilecek hileli davranışlar seviyesine çıkarmaz³⁵³.

³⁴⁹ Erem: Dolandırıcılık, s. 9; Önder: Mala Karşı Cürümler, s. 375; Bu konuda Manzi'nin görüşleri ve yaptığı ayrımlar için bkz Tümerkan: s. 37.

³⁵⁰ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 455; Arslan/Azizağaoğlu: 684; Carrara (Erem: Dolandırıcılık, s. 9'dan naklen); Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 552; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 451-452, 454; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 330 vd.; Erdem: Karşılıksız Yararlanma Suçları, s. 22; Franko: s. bila sayfa; Bakıcı: Özel Hükümler, 229; Dönmezer'e göre "sadece yalan söylemek bir suç teşkil etmez. Gerçekten kanun yalanı ancak belirli bir takım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğu hallerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca hukukî işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekildeki aldatma, ceza yaptırımını gerektirmez" (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 451-452, 454). Dönmezer belirttiği bu görüşüne 765 sayılı TCK'nın 363. maddesini gerekçe göstererek, yasa koyucunun basit bir yalanı cezalandırmak istediği takdirde, bunu ayrıca düzenlediğini, aksi durumda yasa koyucunun iradesinin basit yalanı cezalandırmamak olduğunu söylemiştir. 5237 sayılı Yasa incelendiğinde TCK'nın 363. maddesine benzer bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmaktadır. Yeni yasal düzenleme karşısında yazarın görüşüne dayanak olarak gösterdiği düzenlemenin ortadan kalktığı açıktır.

³⁵¹ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 552; Erem: Dolandırıcılık, s. 9; Kanık: s. 327.

³⁵² Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 552; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 455.

³⁵³ Jacoby: s. 672; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 455; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 455; Fransız Yargıtayı basit yalanların dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyeceğini, bunların yazılı olmasının sonucu değiştirmeyeceğini genel olarak kabul etmesine karşın, bazı kararlarında yazılı basit yalanları hile olarak kabul edip dolandırıcılık suçuna sebebiyet verdiğini kabul eden kararları

İngiliz hukukunda, yasal zorunluluk nedeniyle vermek zorunda olunan bilgilere ilişkin olarak sessiz kalınması hali hileli davranış olarak kabul edilmiş ve diğer şartların varlığı halinde dolandırıcılık suçuna sebebiyet vereceği belirtilmiştir (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m.3). Bu durumda verilmesi gereken bilgilerin yüzde 90’lık kısmını veren bir kişinin, geriye kalan yüzde 10’luk kısmını vermemesi, vermekten imtina etmesi veya bu kısma ilişkin olarak sessiz kalması halinde dahi dolandırıcılık suçu oluşabileceği ileri sürülmüştür³⁵⁴.

bbb. Yargıtay Tarafından Benimsenen Görüş

Yargıtay genel olarak basit yalanların dolandırıcılık suçuna sebebiyet veremeyeceğini kabul etmektedir. Yargıtay’ın, bu konudaki kararlarının süreklilik arz ettiği söylenebilir³⁵⁵. Buna karşın, bir kısım kararlarında mağdurun ve olayın özelliklerini göz önüne alan Yargıtay, basit yalanlar kullanılarak da dolandırıcılık suçunun işlenebileceğini kabul etmiştir. Bu kapsamda Yargıtay, yurt dışında iş bulacağı vaadiyle işçilerden para alınması³⁵⁶; pasaportunun süresinin uzatılması gerektiğini söyleyen mağdurun, failin “bu iş için hediye isterler” demek suretiyle mağdurdan yarar sağlaması³⁵⁷ hallerinde dolandırıcılık suçunun oluşacağına karar vermiştir.

Yargıtay’a göre basit bir yalanın hile olarak kabul edilip dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilmesi için, hemen anlaşılabilecek derecede basit olmaması gerekir³⁵⁸. Yargıtay yalanı değerlendirmeye tabi tutarken basit olup olmadığını belirlemek için

bulunmaktadır. Fransız doktrininde söz konusu içtihatların daha ilerisine gidilerek, haksız yararın sağlanmış olması durumunda basit yalanlarında dolandırıcılık sayılması gerektiğini, bu konuda yapılan hileler arasında bir ayırım yapılmaması gerektiğini savunan Planiol gibi yazarlar da bulunmaktadır (bkz. Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 456, Jacoby: s. 673).

³⁵⁴ Withey: s. 227-229; İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s.12.

³⁵⁵ 6. CD, 05.12.1991, E. 1991/6837, K. 1991/8086: “Sanığın gümrükten ithal tekstil malı alacağı vaadiyle mağdurdan para almak ve malı ya da parayı geri vermemekten ibaret eyleminde mağduru kandırıp iradesini fesada uğratacak nitelikte yalan boyutlarını aşı hile ve sanıların neler oldukları açıklanıp tartışılmadan yükümlülük kararı verilmesi” (YKD, Mart 1992, s. 464); 4. CD, 22.10.1953, E. 1953/8409, K. 1953/10270: “Satılan binanın maznuna ait olup olmadığını tahkik etmek imkanı var iken bu husus araştırılmadan yapılan alış verişte” dolandırıcılık suçu yoktur, (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 459); 4. CD, 17.09.1954, E. 1954/4634, K. 1954/8424: “Ölen annesine kefen alacağından bahisle kandırarak para almak suretiyle dolandırıcılıktan maznunun fiilinin merhameten ve sadaka mahiyetinde yardım talebinden ibaret bulunmasına göre mücerret yalan bir sözün hile ve iğfal kabiliyetini haiz olmayacağı düşünülmeyen” (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 459); Bu konudaki kararlar için bkz. Tümerkan: s. 37-40.

³⁵⁶ 6. CD, 16.02.1981, E. 1981/585, K. 1981/795, (YKD, Haziran 1981, s. 784).

³⁵⁷ 5. CD, 14.06.1983, E. 1983/1610, K. 1983/2264, (YKD, Aralık 1983, s. 1809).

³⁵⁸ 11. CD., 02.07.2007, E. 2006/10835, K. 2007/4558; 11. CD., 05.06.2006, E. 2006/144, K. 2006/5115.

“*hemen anlaşılma-anlaşılamama*” kıstasını ölçüt olarak kullanmakta, bu ölçütü “somut olay”ın özellikleri içerisinde değerlendirmeye tabi tutmaktadır³⁵⁹.

ccc. Görüşümüz

Bir yalanın basit olup olmadığı, kişilere ve şartlara göre değişen görece bir konudur. Bu nedenle basit bir yalanın dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceğine dair önceden katı bir değerlendirme yapılamaz³⁶⁰. Basit bir yalanın, kişiyi aldatmış ve malvarlığı açısından kendisi zararına ve başkası yararına bir davranışta bulunmaya yönlendirmiş olması durumunda, olaysal olarak yapılacak tetkik çerçevesinde dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip veremeyeceği belirlenmelidir. Bu saptama yapılırken, mağdurun eğitim seviyesi, sosyal ve ekonomik durumu, yaşadığı çevre özellikleri, fail ile olan ilişkisi gibi etkenler gözönüne alınarak, basit yalanın dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceği tespit edilmelidir. İlk bakışta yalan olduğu anlaşılabilen, doğruluğunu araştırma olanağı varken ve böyle bir yükümlülük altında iken, bunların gerekleri yerine getirilmeden aldanılmışsa, aldanmış kişi bunun sonuçlarına katlanmalıdır³⁶¹. Aksi durumun kabulü, dolandırıcılık suçu ile korunmak istenen hukukî değerlerin zarar görmesine neden olabilir.

Öğretide Dönmezer; “sadece yalan söylemek bir suç teşkil etmez. Gerçekten kanun yalanı ancak belirli bir takım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğu hallerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca hukukî işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekildeki aldatma, ceza yaptırımını gerektirmez” demiş, fikrine dayanak olarak ise 765 sayılı TCK’nın 363. maddesinde yer alan düzenlemeyi göstererek, yasa koyucunun basit bir yalanı cezalandırmak istediği takdirde, bunu ayrıca cezalandırma yolunu seçtiğini belirtmiştir³⁶². Söz konusu düzenlemeye 5237 sayılı TCK’da yer verilmediği hususu gözönüne alındığında, bu düşüncenin yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

³⁵⁹ 11. CD., 13.11.2007, 11646/7873: “Hastanın muayenesine ilişkin olarak düzenlenen doktor gözlem kağıdında, muayene edilen şahsın 56 yaşında olduğunun belirtilmesi ve resimli sağlık karnesine göre sanığın 1968 doğumlu olması karşısında; bu durumun, muayene sırasında ve ilk bakışta anlaşılması mümkün olduğundan yapılan hilali hareketlerin basit bir yalandan ödeye geçmediği ve aldatma yeteneği bulunmayan davranışlardan olduğu” (Taşdemir: s.43).

³⁶⁰ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 110.

³⁶¹ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 110,

³⁶² Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 451-452, 454.

Yasa koyucu yeni düzenleme ile eskisinden farklı yorumlanmaya müsait bir düzenleme yaparak, hileli davranışın gerçekleşme ağırlık alt sınırını düşürmüştü, ancak bu sınırı tamamen ortadan kaldırmamıştır. Failin konumu, yaptığı işin niteliği, mağdur ile arasındaki ilişki nedeniyle doğru söyleme yükümlülüğünün bulunduğu, mağdurun doğru bir açıklamayı beklediği ve bu konuda haklı olduğu hallerde soyut ve basit yalanın hile olarak kabulü gerekir³⁶³. Örneğin bir doktorun hastasına, hastalığının gelişimine ilişkin yaptığı açıklamalar veya bir avukatın müvekkiline davasına ilişkin olarak yaptığı ve soyut olarak yüksek mahkeme içtihatlarını gerekçe olarak kullandığı açıklamaları ve bildirimleri hile oluşturabilir. Zira bu halde gerek hastanın ve gerekse müvekkilin bilgi seviyeleri itibarıyla çoğu zaman söylenenleri denetleme olanakları yoktur³⁶⁴.

Fail tarafından ortaya konulan soyut yalanın, dış unsurlar ile güçlendirilmesi durumunda, hileli davranışın gerçekleştiği ve dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceği tartışmasıdır. Zira bu halde artık basit bir yalandan değil, fail tarafından dış dünyada meydana getirilen ve mağduru etkileyen bir durum söz konusudur³⁶⁵.

Yalanın dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecek hile olarak kabul edilebilmesi için “belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı; sergileniş, dokunuş ve renklendiriliş açısından, edilgen öznenin denetim silahını, doğurduğu güven ortamıyla kullanmaktan alıkoymalı ya da onu silahsız bırakmalı, entelektüel gücünü kırmalı, mağduru failin istediği yöne çekmeli, tipolojik açıdan nedensel gücü (illî iktidarı) bulunmalıdır”³⁶⁶.

Yargıtay uygulaması ve öğretide ileri sürülen bir kısım görüşlerin aksine yalanın hile olarak kabul edilmesi için, belirli bir sahne içerisinde sergilenmiş olması zorunlu değildir. Sahneye koyma görüşünün Fransa ve Belçika’da kabul edilmesi, yasal sistemlerinin bir gereğidir. Zira bu ülke ceza mevzuatlarında üç hile tipi öngörülmüştür. Bunlardan üçüncüsü hiledir. Hileyi, daha inandırıcı olan sahte isim ve nitelik kullanma düzeyine çıkarma ihtiyacının bir gereği olarak sahneye koyma görüşü geliştirilmiştir³⁶⁷. Yasal sistemimizde hilenin bu şekilde yorumlanarak, sınırlarının daraltılmasını

³⁶³ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 451-456; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 455.

³⁶⁴ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 455, dipnot: 59.

³⁶⁵ 11. CD, 05.06.2006, E. 2006/144, K. 2006/5115: “Hile nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu, kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır” (YKD, Kasım 2006, s. 1865-1867).

³⁶⁶ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 110.

³⁶⁷ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 110-111.

gerektirecek bir hüküm yoktur. Özellikle 765 sayılı TCK'nın 503/1. maddesinde yer verilen “bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile yapma” ibaresine, 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiş olması karşısında, yalanın hazırlanan bir senaryo çerçevesinde sergilenerek muhatabına yöneltilmiş ve muhatabını aldatmış olmasını aramanın doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

Basit bir yalanın dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceğine ilişkin önceden yapılan kabuller doğru değildir. Söylenen yalanı, somut olayın ortamı içerisinde değerlendirmek gerekir. Olayın gerçekleştiği ortamın fail tarafından önceden oluşturulmuş olması önemli değildir. Fail kendisi tarafından oluşturulmayan bir ortamın özelliklerini/şartlarını kullanarak da, söylediği yalanın etkisini artırabilir. Örneğin basit bir yalanın muhatap aldığı kişinin yaşının küçük olması, söylenen yalanın etkisini artırarak aldanma-zarar-yarar sonuçlarına sebebiyet verebilir. Böyle bir durumda, söylenen yalanın basitlik derecesine bakarak, failin ceza hukuku kuralları tarafından korunması için herhangi bir toplumsal veya hukukî gerekçenin bulunmadığını düşünüyoruz³⁶⁸. Somut olayın şartlarını değerlendirecek olan kişi ise hâkimdir.

Yukarıda yaptığımız değerlendirmeler ışığında, ilk bakışta açıkça yalan olduğu herkesçe anlaşılan söz ve hareketlerin, dolandırıcılık suçunun oluşumu için gerekli olan hileli davranışlar kapsamında değerlendirilemeyeceği düşüncesindeyiz. Bu konuda yapılması gereken, hangi davranışların hileli, hangilerinin hileli olmadıklarına dair baştan, somut belirlemeler yapmak değildir. Olması gereken şey, ortaya konulan ve hileli olduğu düşünülen davranışların, ifade ediliş şekli ve ortamı, yöneltildikleri kişilerin özellikleri ve olayın gelişimi gözönüne alınarak bir bütün halinde değerlendirmeye tabi tutulup, dolandırıcılık suçunun unsuru olup olamayacaklarını değerlendirip tespit etmektir. Bu nedenle, yukarıda kısaca açıkladığımız sahneye koyma teorisi çerçevesinde değerlendirilebilecek fikirlerin, tartışılmaksızın kabul edilmesini uygun bulmuyoruz. Aynı şekilde kişilerin aldanmasına ve buna paralel olarak zarar görmelerine sebebiyet veren basit ve açık yalanların dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet vereceğine dair görüşlerinde abartılı olduğunu düşünüyoruz.

765 sayılı TCK'nın 363. maddesinde yer alan ticari ilişkilerde dürüstlüğü sağlamak ve alıcıyı korumayı hedefleyen ticarete hile karıştırmak suçuna yeni

³⁶⁸ Tümerkan: s. 42.

düzenlemede yer verilmemesine karşın, benzer bir hareketin “*tacirin... ticari faaliyetleri sırasında işlenmesi*” (TCK m.158/1-h) şeklinde formüle edilerek dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri arasında yer verilmiş olması, yasa koyucu tarafından basit bir yalanın dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceğini kabul açısından önemli bir göstergedir. Kanaatimizce yasa koyucu hukukî nitelikte sayılabilecek basit hileli davranışları, ticari yaşam ve sözleşmelerdeki dürüstlüğü, taraflar arasındaki bulunması gereken karşılıklı iyi niyet ve güveni korumak amacıyla dolandırıcılık suçu kapsamında kabul etmiştir. Şöyle ki, alış veriş sırasında bir şey yerine başka birinin yahut nicelik veya nitelik itibariyle farklı bir şeyin verilmesi hallerinde çoğu kez, tacir, basit bir yalanı aldatma aracı olarak kullanmakta ve muhatabını yanıltmaktadır. Örneğin gerçekte olmadığı halde bir elbisenin Şile bezinden yapıldığının söylenmesinde basit bir yalan vardır. Bu yalana aldanıp normalinden fazla miktarda ödeme yaparak elbiseyi alan kişinin dolandırıldığından bahsetmek mümkündür. Zira alıcı, normalde almayacağı bir elbiseyi, Şile bezinden imal edilmiş olduğu düşüncesiyle satın almış, yani gerçekte vermeyeceği bir karar, fail tarafından iradesi üzerinde etkide bulunularak aldatılarak aldırılmıştır. Ancak ticari faaliyetlere hile karıştırma eylemlerinin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceğine dair değerlendirme yapılırken, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin niteliği ve özel hukukta tüketici haklarını koruyan ilgili yasal düzenlemeleri de göz önünde bulundurulması gerekir.

ii. Dilencilik Hileli Davranış Olarak Kabul Edilebilir Mi?

Dilencilik; söz, hal ve hareketleri ile hedef aldığı kişi veya kişilerin acıma ve merhametlerinin kazanılarak, sadaka alınması olarak tanımlanabilir³⁶⁹. Dilencilik, dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermediği önceki yasa döneminde tartışmalı idi. Ancak genel kabul, bu durumda dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı yönündeydi³⁷⁰. Zira bu halde sadaka veren kişi, bunu dilencinin sözlerine inandığı için değil, kendisinden para talep edildiği için vermektedir³⁷¹. Sadaka veren kişiler çoğu kez gerçekte karşı tarafın söz ve davranışlarına aldandıkları için değil, kendi içlerinden geldiğinden dolayı yardımda bulunurlar.

³⁶⁹ Bu durum doktrinde merhamet çekerek dolandırıcılık veya acındırma dolandırıcılığı olarak isimlendirilmiştir (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 457; Erem: Dolandırıcılık, s. 8; Selçuk: Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 97-98).

³⁷⁰ Erem: Dolandırıcılık, s. 8; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 95 vd..

³⁷¹ Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 97.

Buna karşın sadaka istemek için sadece söz söylemek dışında, bu yalanını destekleyecek başkaca hal ve hareketlerde bulunursa, örneğin hastalığı hakkında sahte film ve raporlar gösterirse veya var olmayan bir hayır kuruluşu adına belge göstererek para talep ederse dolandırıcılık suçunun oluşabileceği görüşü ileri sürülmüştür³⁷². Kanaatimizce bu halde dolandırıcılık suçunun oluşacağına herhangi bir şüphe bulunmamalıdır. Zira fail, mağdura karşı onun merhametini kazanıp sadaka talep etmenin ötesinde bir eylem sergileyerek, mağdurun karar verme özgürlüğü üzerinde etkide bulunup onu elde ederek yarar sağlamaktadır. Yani mağdurdan, gerçekte yapmayı düşünmediği bir yardım hileli yollarla alınmaktadır. Sözlü bir dilenmede mağdur, dilenen kişinin gerçekte maddi durumunun iyi veya kötü olup olmadığına bakmaksızın manevi duygularının tatmini için sadaka vermektedir. Buna karşın hasta olduğuna ilişkin sahte rapor veya filmler düzenleyip göstererek; herhangi bir hayır kurumuna ait sahte belgeler oluşturarak para istenilmesi mevzu bahis ise bir dilencilikten değil, daha fazlasından bahsetmek gerekir³⁷³.

Dilencilikte, bir hizmet sunumu söz konusu değildir. Eğer dilenen kişiler bir hizmet sunarak, bunun karşılığında para topluyorlar ise bu durumda eylemleri dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyecektir. Örneğin müzik çalarak para toplayan bir kişinin eyleminde dilencilik kabahati veya dolandırıcılık suçunun unsurları bulunmamaktadır³⁷⁴.

³⁷² Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 442; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 457; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 98; Artuç: s. 396.

³⁷³ Yargıtay 6. Ceza Dairesinin bu konuda vermiş olduğu bir karar konunun açıklığa kavuşturulması açısından dikkat çekicidir. Daire 09.11.1981 tarih 6283/7084 esas ve karar sayılı ilamına esas teşkil eden olayda öğretmenlik yapan sanık daha önce akciğer tüberkülozu geçirmekle beraber hastanede hiç yatmadığı ve gerektiğinde tedavisini M.E. Bakanlığının ödemesi de kanun gereği olduğu halde bu doktordan temin ettiği reçeteyi çoğaltarak Almanya’da ve Türkiye’deki zengin kişilerin merhametini kazanmak ve bunlara dört yıldır perişan ve kimsesiz hastanede yatmakta olduğunu, suni akciğer takılmasının gerektiğini yazmış, bunun üzerine bir kısım kişiler hastane adresine 600 Lira göndermişler ve bu parayı anlaştığı hastaneye çalışanı vasıtasıyla ele geçirmiştir. Kendilerine mektup yazılan bir kısım kişiler hastane yönetimi ile irtibata geçerek sanığın yalan söylediğini anladıklarından para göndermemişlerdir. Olaya ilişkin Daire çoğunluğu “*sanığın yalan söylediğini, dört yıldır hastahanedeki yattığı hususundaki mücerret yalan beyanının yardım istenen kimselerden altısının tahkiki sonucu hile ve sania unsurunu oluşturmadığını, keza gönüllülerden kopan yardımın gönderen kimseler bakımından 503. maddedeki zarar unsuru çerçevesinde mütalaa edilemeyeceğini ve dolandırıcılıktan mahkumiyetin yerinde olmadığına*” karar vermiştir (YKD, Mart 1982, s. 428-430). Dairenin kararı Ceza Genel Kurulu önüne gitmiş, CGK 12.05.1983 tarih 6-222/305 esas ve karar sayılı kararında “*sanığın akciğer tüberküloz hastalığına yakalanmış olması gerçeği, dört senedin hasta olup hastanede yattığı şeklindeki öbür yalanların gölgeleyecek bir neden değildir. Cömertlik duygusuyla gönülden kopan yardımın zarar sayılamayacağı görüşü de fiili zarar olgusuyla bağdaşmaz. Öğretide “acındırma dolandırıcılığı” denilen ve acıma duygusunu sömüren her türlü yalan cezaî hile boyutuna ulaşmıştır*” denilmiştir. (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s.457-458, dipnot:20; YKD, Mart 1984, s. 449).

³⁷⁴ Selçuk: Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 96-97; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 441.

765 sayılı Yasa'nın 544 ve 545. maddesinde düzenlenen dilencilik eylemleri, ceza yasasından çıkartılarak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 33. maddesinde kabahat olarak düzenlenmiş ve idari yaptırım altına almıştır³⁷⁵.

iii. Susmanın Hile Olarak Kabulü Sorunu

Dolandırıcılık suçunun, herhangi bir hileli söz, hal ve harekette bulunmaksızın, failin bazı anlarda sadece susarak mağdurun aldanmasına sebebiyet vermiş olması ve kendisine yarar sağlaması durumunda oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Zira dolandırıcılık suçunun yasal tanımı, failin aktif bir davranışı ile hileli davranışlarda bulunmasını zorunlu kılar izlenimi verir tarzda kaleme alınmıştır. Failin aktif hareket ile açık bir beyanda bulunmaksızın, örtülü bir beyanda bulunmasının yani susmasının hileli davranış olarak değerlendirilmesi, icraî bir suç olan dolandırıcılığın ihmali bir hareketle işlenebilirliğini kabul edip etmemek ile ilgili bir olgudur. Genel kabul, dolandırıcılık suçunun icraî hareketle işlenen bir suç olduğu yönündedir³⁷⁶. Buna karşın bazı yazarlar tarafından bu suçun ihmali bir davranış ile de işlenebileceği; ihmali olarak ortaya çıkarak görünürlük kazanan davranışın, mağduru hataya düşürmeye ve aldatmaya elverişli olmasının yeterli olduğu da kabul edilmektedir³⁷⁷.

Fail susmak suretiyle, çoğu kez mağdurun gerçeği anlamasına mani olmaktadır. Doktrinde bir kısım yazarlar, tüm susmaların değil ancak failin konuşması ve irade beyanında bulunması gereken durumlarda susmak suretiyle karşısındakini, kendisi veya başkasının zararına işlemde bulunmaya itmesi ve bu susma nedeniyle failin veya başka bir kişinin yarar sağlaması halinde, susmayı hileli davranış olarak ederek, dolandırıcılık

³⁷⁵ 31.03.2005 tarih 25772 sayılı Mükerrer Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun *Dilencilik* başlıklı 33. maddesi şu şekildedir. "(1)*Dilencilik yapan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, dilencilikten elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir. (2) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve elkoymaya kolluk veya belediye zabıta görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülkî amir veya belediye encümeni karar verir.*"

³⁷⁶ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 453; Erem: Dolandırıcılık, s.8; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 456; Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 111; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 86; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 461; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 540; İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına göre, basit bir dikkat ve özen ile kendisini koruyabilecek olan bir kimsenin, bunu yapmayarak zarar görmesi durumunda hâkimden hukukî himaye istememesi gerekir; fakat bu namuslu olmayan bir kişinin ceza görmemesi ve kişilerin saflıklarının sömürebilmesinin cezasız bırakılması anlamına gelmez. Bu nedenle, konuşmak yükümlülüğünde olan bir kişinin susması hileli bir aldatma teşkil edebilir (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 453, dipnot:8).

³⁷⁷ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 530; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 456; Toroslu: Özel Kısım, s. 179; Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 111.

suçunun oluşabileceğini ileri sürmüşlerdir³⁷⁸. Bu halde susmanın hile olarak kabul edilebilmesi için, failin bir şeyi açıklama konusunda hukukî bir yükümlülüğünün olması ve bu yükümlülüğe sahip olan kişinin bu yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmasının gerektiği; bu tür bir yükümlülük altında bulunulmayan hallerde ise susmanın hileli davranış olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir³⁷⁹. Bireylerin bir şeyi açıklamak hususundaki hukukî yükümlülükleri kanundan, sözleşmeden, ticari hayattaki teamüllerden veya iş ilişkilerindeki iyi niyet kurallarından kaynaklanabilir³⁸⁰.

Satım sözleşmesi yapım sırasında satıcılara bazı yükümlülükler getiren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun (TKHK) kapsamına giren sözleşmelerde, müzakere safhasına ilişkin özel aydınlatma yükümlülükleri düzenlenmiştir. TKHK m. 4/f.7 uyarınca “satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde "özürlüdür" ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Yalnızca ayıplı mal satılan veya bir kat ya da reyon gibi bir bölümü sürekli olarak ayıplı mal satışına, tüketicinin bilebileceği şekilde tahsis edilmiş yerlerde bu etiketin konulma zorunluluğu yoktur. Malın ayıplı olduğu hususu, tüketicie verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilir”. TKHK m.6/A f.3 gereğince, taksitli satışlarda “mal ve hizmetlerin peşin satış fiyatı, vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek toplam satış fiyatı, faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve gecikme faizi oranı, ön ödeme tutarı, ödeme planı”, alıcıya yazılı olarak bildirilecektir. TKHK m. 12/f.1 ve 2 uyarınca “perakende satışa arz edilen malların veya ambalajlarının yahut kaplarının üzerine kolaylıkla görülebilir, okunabilir şekilde o malla ilgili tüm vergiler dâhil fiyat, üretim yeri ve ayırıcı özelliklerini içeren etiket konulması, etiket konulması mümkün olmayan hallerde aynı bilgileri kapsayan listelerin görülebilecek şekilde uygun yerlere asılması zorunludur. Hizmetlerin tarife ve fiyatlarını gösteren listeler de birinci fıkraya göre düzenlenerek asılır”. TKHK m.18 gereğince “Tüketicinin

³⁷⁸ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 456; Erem: Dolandırıcılık, s. 8; Toroslu: Özel Kısım, s. 179; Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 111; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 540; Kaylan: s. 947; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 461; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 252-253.

³⁷⁹ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 456; Erem: Dolandırıcılık, s. 8-9; Toroslu: Özel Kısım, s. 179; Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 111; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 461; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 540; Kaylan: s. 947; İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kısım kararlarında, failin susması durumunda da dolandırıcılık suçunun oluşabileceğini belirtmiştir. Örneğin bir kimseden borç alan kişi, baştan itibaren kesin olarak ödememek niyetinde ise dolandırıcılık suçunu işlemiş sayılacaktır. Mahkeme bu kararlarında failin susmasının mağduru hataya sürüklemesi ve zarara uğratmasını yeterli saymamakta, ayrıca susmakla bir hukukî görevin ihlal edilmiş olmasını aramaktadır (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 456).

³⁸⁰ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 456; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 530; İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s.12.

kullanımına sunulan mal ve hizmetlerin kişi beden ve ruh sağlığı ile çevreye zararlı veya tehlikeli olabilmesi durumunda, bu malların emniyetle kullanılabilmesi için üzerine veya ekli kullanım kılavuzlarına, bu durumla ilgili açıklayıcı bilgi ve uyarılar, açıkça görülecek ve okunacak şekilde konulur veya yazılır. Bakanlık, hangi mal veya hizmetlerin açıklayıcı bilgi ve uyarıları taşıması gerektiğini ve bu bilgi ve uyarıların şeklini ve yerini ilgili bakanlık ve diğer kuruluşlarla birlikte tespit ve ilanla görevlidir”. Yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, sözleşmenin müzakeresi safhasındaki yükümlülüklerle aykırı davranılması, yapılan sözleşmenin iptaline sebep olabilir veya sözleşme kurulduktan sonraki aşamada karşı tarafa verilen zararın tazminini gerektirir³⁸¹.

Öğretide, konuşmak ve açıklama yapmak hususlarında hukuksal yükümlülüğü olan bir kişinin susmasının hile sayılması gerektiği görüşü genel olarak kabul edilmektedir³⁸². Ancak, aksi görüşü savunan ve kişinin doğruyu söylemek hukukî yükümü altında bulunduğu durumlarda dahi, susmanın hile olarak kabul edilemeyeceğini belirten yazarlar da bulunmaktadır³⁸³.

Yukarıda belirtilen ve öğretide genel olarak kabul gören yaklaşımı kabul etmeyen yazarlara göre; ihmali hareketin hangi hallerde icraî hareketlere eşdeğer olduğuna dair Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümleri içerisinde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Konuşma yükümlülüğü altında bulunan kişinin susması, diğer şartların varlığı halinde dolandırıcılık suçunu oluşturabilir. Ancak belirli bazı suçlar açısından ihmali davranışların cezalandırılmasını kabul eden Türk Ceza Kanunu’nun açık düzenlemeleri karşısında, susan bir kişinin dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılması olanaklı değildir. Yasa koyucu kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının ihmali hareketle işlenebilme ihtimalini özel olarak düzenlemiş, diğer suçlar için benzer bir düzenleme yapmamıştır. Her ne kadar kanunun gerekçesinde, kişinin içerisinde bulunduğu hatadan yararlanarak, yani ihmali hareketle hileli davranışların gerçekleşebileceği ve dolandırıcılık suçunun işlenebileceği öngörülmüş ise de, böyle bir düzenlemenin yeri kanunun gerekçesi değil, kanunun kendisidir. Kanunun içeriğinde yer almayan ve fakat gerekçede yer verilen açıklamaların, ihmali hareketleri icraî hareketlere eş değer

³⁸¹ Oğuzman/Öz: s. 69.

³⁸² Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 453; Eren: s. 359; Kayıhan: s. 139; Kılıçoğlu: s. 143-144; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 456; Fatih Selami Mahmutoğlu: Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara, 2003, s. 272.

³⁸³ Tümerkan: s. 44, 45.

kılmayacağı ve dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyeceği, bu nedenle böyle bir davranışın cezalandırılmayacağını kabul etmek gerekir³⁸⁴.

Alman doktrinde failin susması ile dolandırıcılık suçunun oluşabileceği kabul edilmekle birlikte, Fransız doktrinde sadece susmanın hile sayılmayacağı söylenerek, bu durumda dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı ileri sürülmüştür³⁸⁵. Alman Ceza Kanunu’nun 263. maddesinde açıkça failin susması ile de dolandırıcılık suçunun işlenebileceği belirtilmiştir³⁸⁶.

İngiltere Dolandırıcılık Kanununda hileli davranışların aktif veya pasif şekilde yapılmış olmaları arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. Örneğin, yapılan bir iş başvurusu sırasında, gerçekte suç kaydının varlığına karşın, bu konudaki soruların cevapsız bırakılmış olması yani bir nevi sessiz kalınması da bir tür hileli davranış olarak kabul edilebilir³⁸⁷. Yine söz konusu Kanun’un 3. maddesi bağlamında belirli konumda bulunan kişilerin bilgi verme zorunluluğu düzenlenmiştir. Yasal yükümlülük altında olmasına karşın, muhatabını aldatıp menfaat elde etmek amacıyla hareket edilerek, bilgilendirme yapılmayarak sessiz kalınması, muhatabın aldanıp aldanmamasına ve zarar görüp görmesine bakılmaksızın, dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilir. Bu bağlamda tüketici hukukunun zorunlu kıldığı açıklamaların alıcıya yapılmaması, gerekli izahatları içeren etiketlerin ürünlerin üzerlerine ve yanlarına konulmamış olması dolandırıcılık suçu

³⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 594; Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 461; Gündel, aksine yapılacak bir yorumlamanın “kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum” olacağını ve bunun yasallık ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir.

³⁸⁵ Erem: Dolandırıcılık, s. 8; Alman ceza hukuku uygulaması için bkz. Jescheck: s. 111-113.

³⁸⁶ Alman Ceza Kanunu’nun 263. maddesinde: “Kendisi veya üçüncü şahıslar için hukuka aykırı bir ekonomik yarar sağlamak maksadıyla, yalan söyleyerek veya gerçek olayları saptırarak yahut saklayarak, başkasında hatalı bir inanç meydana getirmek veya mevcut hatalı inancı muhafaza etmesini sağlamak suretiyle adı geçen mali bir kayba uğramasına neden olan kimse...” cezalandırılır denilmektedir (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 450). Maddeden de anlaşıldığı üzere, failin gerçeklerin saklanması durumunda da dolandırıcılık suçu işlenebilecektir. Gerçeklerin, susmak suretiyle saklanabileceği kuşkusuzdur.

³⁸⁷ İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s.10; İngiltere Dolandırıcılık Kanunu Gerekçesinde konuya ilişkin olarak şu örnekler verilmiştir; avukatın çok önemli olan bilgileri müvekkili ile paylaşmayarak mağduriyetine neden olması, kalp hastası olan bir kişinin bu hastalığına ilişkin verileri belirtmeksizin hayat sigortası başvurusu yapması (İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu, s.12); İngiltere Dolandırıcılık Kanunu öncesinde sadece susmak tek başına hile olarak kabul edilmemekteydi. Susmanın hile teşkil edebilmesi için, kişinin konuşma konusunda yasal bir yükümlülük altında bulunması aranmaktaydı (Carol Withey: “Fraud Act 2006- Some Early Observations and Comparisons with the Former Law”, Journal of Criminal Law, Cilt: 71, Sayı: 3, Haziran 2007, s. 222).

bağlamında değerlendirilebilecektir³⁸⁸. ABD hukukunda da benzer bir yaklaşım kabul edilerek, uygulama bu yönde gelişmiştir³⁸⁹.

Kanaatimizce, hukukun kendilerine belirli sorumluluklar yüklediği ve bu doğrultuda hareket etmelerini beklediği kişilerin, pasif davranıp kendilerinden beklenen yükümlülükleri yerine getirmemeleri de bir tür davranıştır. Zira kişi iradesini kullanarak hareketsiz kalmakta ve suskun hali ile aktif bir davranışı ile elde edebileceği sonuçlara ulaşabilmektedir. Örneğin, bir satıcının, sattığı mal ve hizmetlerin özelliklerini alıcılara açıklama konusunda yasal yükümlülüğü vardır. Satıcının bu sorumluluğuna aykırı davranarak susması, malının eksikliklerini alıcıya söylememesi ve bu suretle alıcının ayıplı bir mal almasına sebebiyet vererek zarar görmesine vesile olması eyleminde, icraî bir davranışa eşdeğer ihmali bir hareketin varlığını kabul etmek gerekir. Bu halde kişi icraî bir hareketle elde edilebilecek bir neticeye, ihmali bir davranışı ile ulaşmaktadır. Satıcının eyleminin bir bütün halinde hileli olduğunu kabul etmek gerekir. Yapılacak bu kabul dolandırıcılık suçunun kanuni tanımı ile de uyumludur. Zira 765 sayılı TCK'da “susma”nın hileli davranış olarak kabul edilip edilmeyeceğine değinen tartışmaların asıl dayanak noktası, bu Kanun’un 503. maddesinde yer alan hile ve desisenin “kandırabilecek nitelikte” olmasını belirten düzenlemedir. Yeni düzenleme hileli davranışta böyle bir niteliğin bulunmasına açıkça yer vermemiş; suçun oluşması açısından hilenin belirli bir ağırlığa ulaşmış olması zorunluluğunu aramamıştır.

iv. Karşılıksız Yararlanma Eylemlerinin Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği

aaa. Eski ve Yeni Yasal Düzenlemelerin Karşılaştırılması

Karşılıksız yararlanma kavramından, belirli bir ücret karşılığında verilen hizmetten ödeme yeteneği olmadığının gizlenerek yararlanılması anlaşılmalıdır³⁹⁰.

³⁸⁸ İngiltere ve ABD ile kayıtlı ekonomik sistemin hakim olduğu ve sistemleştiği ülkelerin bir çoğunda tüketicinin korunmasına yönelik olarak ayrıntılı yasal düzenlemelere ek olarak, bu mevzuatı uygulayıp denetleyecek kamu, özel ve sivil toplum kuruluşları oluşturulmuştur. Bu bağlamda tüketicilere yalan söylenerek veya başkaca şekilde hileli olarak gerçekleştirilen söz ve davranışlar neticesinde haksız bir yarar temin edilmesi ve buna bağlı olarak alıcının mevcut ve muhtemel bir zararına sebebiyet verilmesi “tüketicici dolandırıcılığı-consumer fraud” olarak kabul edilmektedir. Bu doğrultuda özel suç türleri düzenlenmiş ve yaptırımlar öngörülmüştür. Söz konusu suçun tanımlanmasında, genel dolandırıcılık suçundan farklı olarak satıcının (failin) muhatabını aldatma, buna bağlı olarak yarar elde etme ve suç işleme kastına özel bir önem verilmemektedir (Rothschild/Throne: s.665-667).

³⁸⁹ Briscoe: s. 1252-1253; Lauren D. Lunsford: “Fraud, Fools, and Phishing: Mail Fraud and the Person of Ordinary Prudence in the Internet Age”, Kentucky Law Journal, Cilt: 99, Sayı. 2, 2010-2011, s.379-380.

Kişilerin, ücreti karşılığında yemek yenilen bir yerde yemek yedikten veya konaklama için bir otelde kaldıktan sonra paralarının olmadığını söylemeleri; taşıma yapan ve belirli bir ücret veya bilet karşılığında faydalanılabilen araçlara para ve bilet vermeden binilmesi eylemleri karşılıksız yararlanmaya örnek gösterilebilir. Karşılıksız yararlanma eylemlerinin ayrı bir hüküm tarafından suç olarak düzenlenmesinin sebebi, ticari hayatın karmaşık hale gelmesi karşısında, hırsızlık, dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma gibi klasik suç tiplerinin malvarlığına yönelik saldırıların tamamına yanıt verememesidir³⁹¹. Aksine bir hal kanunilik prensibinin zorlanmasına sebebiyet verecektir.

765 sayılı TCK'ya 1991 tarihli 3756 sayılı Yasa ile eklenen 521/a ve 521/b maddeleri ile karşılıksız yararlanma fiilleri, ayrı bir suç olarak düzenlenmişti. Bu maddelere göre, ödeme yeteneği olmadığı halde, ücretli olarak hizmet veren pansiyon ve otel gibi yerlerde kalınması, lokanta ve benzeri yerlerde yemek yenilmesi, taksi ve benzeri ulaşım araçlarından faydalanılması suç olarak kabul edilmişti (765 sayılı TCK m.521/a). Yine bedeli ödendiği takdirde hizmet alınabilen otomatik aletlerden, ödeme yapılmadan yararlanılması da suç olarak kabul edilmişti (765 sayılı TCK m.521/b).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesinde karşılıksız yararlanma suçuna yer verilmiştir. Maddenin 1. fıkrasında *“otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi”*nin eylemi cezaî yaptırım altına alınmıştır. Maddenin 2. fıkrasında ise *“telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi”*nin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Söz konusu yasal düzenleme 765 sayılı TCK'nın 521/b maddesine karşılık gelmekte, ancak 521/a maddesini kapsamamaktadır. Yeni düzenlemedeki karşılıksız yararlanma suçunun maddi unsuru, esasen bedeli karşılığında hizmet veren otomatlardan karşılıksız olarak faydalanmaktır. Bu tür otomatlara örnek olarak belirli bir miktar para ile çalışıp tartım yapan, yiyecek veya içecek veren ya da fotoğraf çeken makineler gösterilebilir. Bunun yanında 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesinde belirtilen ücret karşılığı hizmet veren pansiyon, otel, han, lokanta, taksi ve benzeri yer ve ulaşım araçlarından yararlanıp ödemede bulunmayan kişilerin eylemleri, karşılıksız yararlanma

³⁹⁰ Karşılıksız yararlanma suçları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Mustafa Ruhan Erdem: Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları, Ankara 1996, s. 15; Tümerkan: s. 45; Halk dilinde bu tür eylemlere *bedavacılık* veya *beleşçilik* adı da verilmektedir.

³⁹¹ Sami Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara 1986, s. 35.

suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir. Benzer bir düzenlemenin yeni ceza kanununda yer verilmemiş olması konusunda ne genel gerekçede ve ne de madde gerekçesinde herhangi bir açıklık yoktur³⁹². Bu belirsizlik nedeniyle konu 1991 yılından önceki dönemde olduğu gibi tartışılmaya başlanmış ve bu tür eylemlerin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceği, hukukî nitelik taşıyan bir anlaşmazlık olarak mı değerlendirilmesi gerektiği konularında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

bbb. Karşılıksız Yararlanma Eylemlerinin Dolandırıcılık Suçuna Sebebiyet Verip Vermeyeceği Sorunu

Karşılıksız yararlanma eylemlerinin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmediği 1991 yılından önceki dönemde yapılan tartışmaların, yeni yasal düzenleme kapsamında yapılacak inceleme ve değerlendirmeler açısından faydalı olacağını ve incelememize ışık tutacağını düşünüyoruz. Zira bu dönemde karşılıksız yararlanma fiilleri³⁹³ ayrı bir suç olarak düzenlenmediğinden, bu tür eylemlerin suç olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği; suç olarak kabul edildiği takdirde hangi suç kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği konuları tartışmalıydı. Doktrinde bir kısım yazarlar bu tür eylemlerde, fail tarafından ortaya konulan hileli bir davranışın olmadığına değinerek, bu fiillerin dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyeceğini ileri sürmüşlerdir³⁹⁴. Söz konusu müellifler bu görüşlerine ek olarak, bedavacılık denilen bu eylemlerde genel olarak bireysel zararların oluştuğunu, kamu düzenini ilgilendiren ve dolandırıcılık suçunda bulunması gereken ağır bir zararın olmadığını belirtmişlerdir³⁹⁵. Yargıtay ise bu dönemde, karşılıksız yararlanma fiillerini bazen hırsızlık³⁹⁶, bazen de dolandırıcılık sayılacağına yönelik kararlar vermiştir³⁹⁷.

³⁹² Karşılıksız yararlanma fiillerinin cezalandırılmasının gerekliliği konusunda ileri sürülen görüşler hakkında bkz. Erdem: Karşılıksız Yararlanma Suçları, s. 53-57.

³⁹³ Öğretide bu tür eylemlerin, dolandırıcılık suçuna benzemesinden dolayı, “küçük dolandırıcılık” veya “hafif dolandırıcılık olarak adlandırıldığı görülmektedir (Tümerkan: s. 47). Karşılaştırmalı hukukta karşılıksız yararlanma eylemleri “dolandırıcılık benzeri suç” olarak da adlandırılmaktadır (Erdem: Karşılıksız Yararlanma Suçları, s. 21).

³⁹⁴ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 559; Dönmezer bu eserinde, otel ve lokantacıların verdikleri hizmetlerin niteliği ve hizmet verdiği kişileri seçme ve bu kişileri tanıma olanaklarının bulunmaması nedeniyle, bu kişilerin ceza kanunu tarafından korunmasının gerekli olduğunu belirtmiştir.

³⁹⁵ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 559; Erem; s. 7.

³⁹⁶ CGK, 07.02.1977, E: 1976/6-577, K. 1977/47: “...Sanıklar lokantaya gelip yedikleri yemeğin ve içtikleri biranın parasını ödemiş ve parayı isteyen lokanta sahibini de iterek oradan uzaklaşmışlardır... Olayda lokanta sahibi ile müşteri olan sanıklar arasında doğrudan bu tarife uygun bir ilişki zinciri yoktur. Sanıklara müteveccih bir itimat söz konusu değildir. Lokantaya gelen her kişiye uygulanan bir arzdan ibaret ve satış icaplarından doğan davranışı dar anlamda yorumlayarak sanıklara gösterilmiş özel bir itimat saymağa mahal görülmemektedir. Bu hırsızlık hukukî olduğu dahi iddia edilebilen ve açıklanan

Ödeme yeteneği olmadığı halde, konaklamaya ayrılmış yerlerde kalma, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında seyahat etme, lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içme gibi eylemlerin yeni TCK kapsamında dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususu öğretide tartışmalıdır. Örf ve adet gereği bedelin hizmetin sunulmasından sonra ödenmesi gereken bu tür eylemler, önceki ceza kanunundan farklı olarak yeni ceza mevzuatında ayrı bir suç olarak kabul edilip yaptırım altına alınmamışlardır.

İleri sürülen bir görüşe göre, TCK'nın 157. madde gerekçesinde de belirtildiği üzere³⁹⁸, icraî hareketle işlenebilen dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle de işlenilmesi mümkündür³⁹⁹. Bu nedenle bedelini ödemeyeceğini, parası olmadığını bildiği halde, ödeyecekmiş gibi bir tavır takınıp sunulan mal ve hizmetten yararlanılması halinde, mal veya hizmeti sunan kişiye karşı, gerçekte hilede bulunulmuş ve kişi aldatılmıştır. Burada ihmali davranışla gerçekleştirilen bir hile söz konusudur. Çünkü karşılıksız yararlanma eylemlerinde, fail, mal veya hizmet sunan kişilerle bir hukukî ilişkiye girmiştir. Bu hukuki ilişkinin gereği olarak failin, muhatabına gerçeği söyleme yükümlülüğü vardır. Karşılıksız yararlanma eylemlerinde failin, kararlaştırdığının aksine, sanki bedeli ödeyecekmiş gibi davranarak muhatabını aldatması hiledir ve bu dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecektir⁴⁰⁰.

nedenlerden ötürü özelliği olan bir hırsızlıktır. Ve en hafif müeyyideyi içeren T.C.K.nun 491 nci maddesinin ilk fıkrası içinde mütalaa edilmelidir” (www.adalet.org; Tümerkan: s. 49, dpn.95); Yargıtay'ın bu kararının eleştirisi için bkz. Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 42, dpn. 196.

³⁹⁷ Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 462-463.

³⁹⁸ TCK'nın 157. maddesinin gerekçesinde “*Hile, icraî bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukukî ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir.*” denilmiştir.

³⁹⁹ Toroslu: Özel Kısım, s. 179.

⁴⁰⁰ İzzet Özgenç/Cumhur Şahin: Uygulamaları Ceza Hukuku 3. Baskı, Ankara 2001, s. 39-40; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 64-65; Yavuz: s. 359; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 268; Artuç: s. 503; 5237 sayılı TCK'nın hazırlık sürecinde etkin olarak görev alan Sn. İzzet Özgenç, 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde yazdığı eserlerinde, 765 sayılı TCK'nın 521a maddesinde tanımlanan karşılıksız yararlanma eylemlerinin esasen dolandırıcılık suçunu oluşturduğunu ve bu nedenle ayrı bir suç olarak tanımlanmasının uygun olmadığını beyan etmiştir (Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 65). 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinin gerekçesi ve 765 sayılı TCK'nın 521a maddesinin yeni ceza kanununda ayrı bir suç olarak tanımlanmamış olmaları hususları gözönüne alındığında, tartışmalı karşılıksız yararlanma eylemlerinin dolandırıcılık suçu içerisinde değerlendirilmesinin düşünüldüğü anlaşılabacaktır. Ancak yasa metninde açıklık bulunmaması, metinde olması gereken hususlara gerekçede yer verilmiş olması nedeniyle, uygulamanın yasa hazırlayıcılarının düşünceleri doğrultusunda şekillenip şekillenmeyeceği tartışmalıdır.

Öğretide bir kısım yazarlar, karşılıksız yararlanma eylemlerinin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceğini farklı bir gerekçe ile kabul etmişlerdir⁴⁰¹. Bu görüşü savunanlar, maddenin gerekçesinde yer alan ve dolandırıcılık suçunun ihmali davranışla işlenebileceğini belirten ifadeleri eleştirmişlerdir. Bunlara göre gerekçede yer alan ifadelerin, yardımcı kaynak olmasının ötesinde herhangi bir bağlayıcılığı ve hukuki değeri yoktur. Aksi şekilde yorum yapılmasına, ceza kanunlarına hâkim olan yasallık ilkesi engeldir⁴⁰². Bu nedenle karşılıksız yararlanma eylemlerinin dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığını belirlemek için, suçun diğer unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini analiz etmek gerekir. Başından beri kişide, alacağı hizmetin bedelini ödememe kastı varsa, karşılıksız yararlanma eylemleri dolandırıcılık suçunu oluşturabilir. Zira karşılıksız yararlanma eylemlerinde hileli davranışların varlığından bahsedebilmek için, failin başlangıçtan itibaren hizmetin karşılığını ödememe kastının (iradesinin) olması gerekir. Buradaki en büyük zorluk, kişinin verdiği ödememe kararını hangi andan itibaren verdiğini tespit etmektedir. Bu ispat güçlüğü nedeniyle, bu tarz eylemlerin dolandırıcılık kapsamında cezalandırılma olanağı bulunmamaktadır. Bununla birlikte TCK'nın 157. maddesinde “hileli davranış”tan söz edildiği için, hilenin bir davranışla dışa yansması gerekir. Aksi takdirde cezalandırılması mümkün değildir. Karşılıksız yararlanma fiilleri açısından kişinin, ödeme yeteneğinin olmadığını gizlemesinde dışa yansıtılan hileli bir davranıştan söz edilemeyeceğinden, çoğu kez dolandırıcılık suçunun oluşumundan bahsedilemeyecektir⁴⁰³.

Karşılıksız yararlanma olarak tanımlanabilecek eylemler; eylemde karşı tarafın rızasının bulunması nedeni ile hırsızlık suçundan; hile unsurunun her zaman bulunmaması nedeni ile dolandırıcılık suçundan kolaylıkla ayrılabilirler. Yasa koyucu gerekçesinde hangi ibarelere yer vermiş olursa olsun, yasa metninde yer almayan bu açıklamaların herhangi bir bağlayıcı yönü bulunmamaktadır⁴⁰⁴. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesine, yeni ceza kanununda yer verilmemiş olmasını gerekçe göstererek, karşılıksız olarak otelde kalınmış alması eyleminin suç oluşturmayacağına karar vermiştir⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ Donay: Şerh, s. 241; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 463-464; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 540; Artuç: s. 503.

⁴⁰² Donay: Şerh, s. 241.

⁴⁰³ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 596-597; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 540; Donay: Şerh, s. 241.

⁴⁰⁴ Donay: Şerh, s. 242.

⁴⁰⁵ 6. CD., 21.02.2006, E. 2005/20303, K. 2006/1486: “katılan temsilcisi ile sanığın birbirlerini tanıdıkları, şirket temsilcisi olan sanığın belli bir iş ve yerleşim yeri adresinin bulunduğu, daha önce de katılanın

Bu görüşe paralel başka bir görüşü savunan diğer bazı yazarlar da karşılıksız yararlanma eylemlerinin dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilebileceğini belirtip, hileyi derecelendirmeye tabi tutarak, belirli bir dereceye gelmiş hilelilerin dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet vereceğini, gelmemiş olanların ise bu suçun oluşumuna neden olmayacağını kabul etmektedirler. Karşılıksız yararlanma eylemlerinde var olan hile icraî bir davranış ile değil ihmali bir davranış ile gerçekleştirilmektedir. Lokantada yemek yiyen veya otelde konaklayan kişi ile bu hizmetleri sunan kişi arasında hukukî bir ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkinin gereği olarak hizmet alan kişilerin, ekonomik durumları hakkında hukuki ilişkinin en başında doğruyu söyleme hukuki yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinde, yani ödeme gücü olmadığı halde kendisine sunulan yemeğin kabul edilmesi veya otelde konaklama yapılmasında, hilenin var olduğunu; bu hilenin icraî değil ihmali hareketle meydana geldiğini kabul etmek gerekir⁴⁰⁶. Failde, başlangıçtan beri hizmetin bedelini ödememe bilinç ve iradesi bulunuyorsa, failin eylemi dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilecektir⁴⁰⁷.

İleri sürülen diğer bir görüşte, failin davranışlarının hileli olarak kabul edilebilir seviyeye geldiğinde dolandırıcılık suçunun oluşabileceğini, aksi takdirde eylemin karşılıksız yararlanma olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu görüşe göre, ödeme niyetini gizleme bir tür hilelidir; ancak burada ödememe niyetini ortaya koymaya yönelik bir davranış bulunmadığı takdirde, bu hile dolandırıcılık suçunun oluşumuna yetmeyecektir. Ödeme niyetinin gizlenmesinde failin hareketlerinde bir olağandışçılık yoktur ve ödeme yapılacağı konusunda başlangıçta, karşı tarafa bir güvence verilmesi de gerekmemektedir. Ödememe niyeti, kişinin iç dünyasına ait bir olaydır ve karşı tarafça bilinmesi olanaklı değildir. Bu halde fail, ödememe niyetini inceleme imkânı bulunmayan karşı tarafın, ödemenin yapılacağı yolundaki inancını ve bilgisizliğini kullanmakta; mağdurun bilgisizliğini destekleyen bir davranışta bulunmamaktadır. Failin, ödememe kararını kuvvetlendirecek davranışlara başvurması halinde ise dolandırıcılık suçunun oluşabileceği kabul edilmelidir⁴⁰⁸.

otelinde temsil ettiği şirket adına konakladığı, 5237 sayılı TCY'da, 765 sayılı TCY'nın 521/a-1 maddesinin karşılığı olarak bir düzenlemeye yer verilmediğinden, taraflar arasındaki uyumsuzluğun özel hukuk alanında bulunan alacak-borç ilişkisi niteliğinde olması" (Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1389).

⁴⁰⁶ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 64-65.

⁴⁰⁷ Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 540; Failin hangi andan itibaren ödememeye karar verdiğinin önemi açısından ileri sürülen görüşler ve eleştirileri için bkz. Erdem: Karşılıksız Yararlanma Suçları, s. 20-21.

⁴⁰⁸ Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 40.

Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, dolandırıcılık suçunun yasal tanımı, karşılıksız yararlanma suçu kapsamı dışında kalan bedelsiz yararlanma eylemlerinin dolandırıcılık suçu olarak değerlendirilemeyeceğini, aksi yorumun yasal tanımı zorlamak alacağını belirtmişlerdir. Bu yaklaşıma göre, yasa koyucu bu tür eylemleri cezaî yaptırıma bağlamamış, oluşan zararların hukukî yoldan takip edilerek tazminini amaçlamıştır⁴⁰⁹. Sunulan hizmetten yararlanan kişi, işletme sahibi ile arasında kurulan zımnî sözleşme uyarınca ödeme niyetini gizlememe hukukî yükümlülüğü altına giriyor ise de, kişinin bu yükümlülüğünü ihlâl ederek ödememe niyetini saklaması eylemi dolandırıcılık suçunun unsurlarını taşımamaktadır⁴¹⁰.

Karşılaştırmalı hukukta Fransız Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesine benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bu nedenle Fransız uygulama ve teorisinde oluşan tereddüt, yapılan yasal düzenlemeler ile giderilmiştir. Fransa'da 1937 yılından önce yani Ceza Kanunu'nda bu hususta yasal düzenlemelerin yapılmadığı zamanlarda, karşılıksız yararlanma oluşturan fiillerin hırsızlık veya dolandırıcılık olarak kabul edildiğine rastlanmaktaydı⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 482; Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 462.

⁴¹⁰ Erdem: Karşılıksız Yararlanma Suçları, s. 22; Bu konuda gündelik hayatta benzin istasyonlarında sıklıkla rastlanılan arabanın deposunun yakıt veya yağ ile doldurulup kaçma eylemlerinin nasıl nitelendirileceği konusu tartışmalıdır. İleri sürülen bir görüşe göre, bu halde benzin veya yağ sahibinin malı üzerindeki gözetimi sürmektedir ve tüketim de söz konusu olmadığından, mal rıza ile faile aktarılmış olmamaktadır. Depoya konulan yakıt ancak bedeli ödendiği takdirde failin zilyetliğine geçer. Buna aykırı davranarak sahibinin gözetimindeki malın alıp götürülmesi hırsızlık suçuna sebebiyet verecektir (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, 15.B., s. 495-496, dpn.4; Hasan Erman: s. 141). Bu fikri kabul etmeyen yazarlar ise böyle bir durumda failin ödememe konusundaki niyetini gizlemesi hileli bir davranıştır. Akaryakıt istasyonundan, görevlilere alacağı akaryakıtın bedelini ödeyeceği inancını uyandırarak akaryakıt alan ve fakat bedelini ödemedi kaçan kişinin fiili, dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecektir (Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 66, dpn.147). Her iki görüşü kabul etmeyen yazarlar ise ödememe niyetini gizleyen failin susmasının hileli davranış olarak kabul edilemeyeceğini bu nedenle eylemin dolandırıcılık suçuna sebebiyet veremeyeceğini; aynı şekilde otomobilin deposuna konulan yakıtın sahibinin zilyetliğinden çıktığının kabul edilmesi gerektiği, zira söz konusu yakıtın depoda kaldığı sürece tüketilmeye devam edildiği, bu nedenle akaryakıtın sahibinin rızası ile elinden çıktığının ve bu nedenle hırsızlık suçunun “zilyedinin rızası olmadan alma” unsurunun gerçekleşmeyeceğini belirtmektedirler. Bu halde eylemin kullanma hırsızlığı olarak nitelendirilmesi de söz konusu olmayacağından, yasada bir boşluk olduğu kabul edilerek, karşılaştırmalı hukuktaki benzerleri doğrultusunda bu eylem ayrı bir düzenleme ile yaptırım altına alınmalıdır (Erdem: Karşılıksız Yararlanma Suçları, s. 30-31). Kanaatimizce böyle bir fiil hırsızlık suçuna sebebiyet vermez. Zira çoğu kez akaryakıt alan kişi, bu yakıtı kullanarak tüketme olanağına sahiptir, yani akaryakıtın zilyetliğini elde edip, bu hakkın verdiği olanaklardan faydalanabilmektedir. Dolayısıyla malın zilyedinin elinden rızası dışında çıktığı kabul edilemez. Buna karşın, normal olarak önce akaryakıtın verilmesi, daha sonra ödemenin yapılmasının teamül olduğu bu halde, failin ödememe iradesini gizli tutarak, akaryakıt alma talebini hileli davranış olarak kabul ederek, kaçmak suretiyle mağdurun zarara uğratıldığı durumu dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirmenin uygun olduğunu ve yasal boşluğun bu şekilde doldurulabileceğini düşünüyoruz.

⁴¹¹ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 559-560.

Fransa’da yapılan yasal reform sonrasında karşılıksız yararlanma eylemlerinin suç olarak düzenlenmesi çeşitli gerekçelerle eleştirilere maruz kalmıştır. Lokantacı veya otelci ile müşteri arasında kurulan ilişkinin bir sözleşme olduğu, kişiler arasındaki iradelerin geçerli olduğu ve yasa koyucu tarafından sırf hukukî hilenin cezalandırılmasının doğru olmadığı söylenmiştir. Yine, yasa koyucu tarafından lokantacı veya otelci gibi kesimlerin korunması suretiyle ceza hukukundaki düzenin bozulduğu; bu kişilere tanınan imtiyazların diğer tacirlere tanınmamasının doğru olmadığı belirtilmiştir. Bu eleştirilere cevap olarak, lokanta ve otellerde ticari hayatta oluşan teamüller gereğince hizmet alınmadan önce bedellerinin talep edilmediği, verilen hizmet sonrası ödeme yapılmasının âdet olduğu, yapılan yasal düzenlemeler ile kötü niyetli kişilere karşı otel ve lokanta işletmecilerine güvence sağlandığı, bu işler ile uğraşanların hizmet verdikleri kişilerin kişisel ve ekonomik durumlarını araştırma imkânlarının olmadığı, bu nedenlerle söz konusu yasal düzenlemelerin yapıldığı söylenmiştir⁴¹².

Dolandırıcılık Kanunu’nun yürürlükte olmadığı dönemde İngiltere’de karşılıksız yararlanma kapsamında kalan bir kısım eylemlerin dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyeceği kabul edilmekteydi. Örneğin, A isimdeki şahıs lokantaya giderek parası olmadığı halde yemek talep etmiş, bu talep üzerinde ücret konusunda herhangi bir soru sorulmadan yemek siparişi yerine getirilmiş, ancak A yemek siparişi ve sonrasında parasının olup olmadığı konusunda herhangi bir beyanda bulunmamıştır. İngiliz Mahkemesi bu olayda, A’nın herhangi bir beyanda bulunmamış olmasını gerekçe göstererek, dolandırıcılık suçundan cezalandırılmayacağına karar vermiştir⁴¹³. 15 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe giren İngiltere Dolandırıcılık Kanunu hükümleri çerçevesinde, şartları olduğu taktirde, ücret ödemeksizin yemek yenilmesi, taksiye binilmesi ve otelde kalınması veya ödeme gücü olmadığı halde araca benzin alınması gibi eylemler, failin baştan itibaren amacının hileli davranışlar sergileyerek hizmet ve ürün almak olup olmamasına göre değerlendirmeye tabi tutularak dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceği kabul edilmektedir⁴¹⁴.

⁴¹² Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 560-561.

⁴¹³ H.A Palmer: İngiliz Hukukunda Hırsızlık, Emniyeti Suistimal ve Dolandırıcılık Suçları, (Çeviren: Selâhattin Atalay), Adliye Dergisi, Mart 1960, Yıl:51, S. 1, s. 45;

⁴¹⁴ Bu konuda İngiliz hukuku açısından yapılan değerlendirmeler için bkz. Withey: s. 229-231; İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m. 2.

ccc. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay tarafından yeni ceza kanunu döneminde verilen kararlar incelendiğinde, TCK'nın 163. maddesi kapsamı dışında kalan karşılıksız yararlanma eylemlerinin tek başına dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyeceğini kabul ederek, bu konuda ikili bir ayırımı bulunduğu anlaşılmaktadır. 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesi kapsamında kalan hizmetlerde, bu hizmetten faydalanmak isteyen kişilerin hileli davranışlar sergileyerek yararlanmaları durumunda, dolandırıcılık suçunun oluşacağını kabul etmiştir⁴¹⁵.

Suç olarak kabul edilmeyen karşılıksız yararlanma eylemlerinde kişinin, herhangi bir hileli davranışa bulunmaksızın sadece hizmetten yararlanmış olması halinde ise dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmektedir⁴¹⁶. Mahkemeye göre; Yasa koyucunun, önceki yasal düzenlemeden farklı olarak, bedeli ödendiği takdirde yararlanma olanağı bulunan hizmetlerden, sırf bedeli ödenmeden faydalanılmış olmasını suç olmaktan çıkarmıştır. Bu nedenle taraflar arasındaki anlaşmaya aykırılık olarak nitelendirilebilecek sorunun, özel hukuk kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerekir.

Mahkemenin yukarıda belirtilen yaklaşımı incelendiğinde, kişilerin, herhangi aktif bir hileli davranışta bulunmaksızın, sadece susarak ücretli olan bir hizmetten bedelini ödemediği yararlanma eylemlerinde, herhangi bir hilenin bulunmadığını kabul ettiği anlaşılabacaktır. Yani kişilerin sadece susması, karşılıksız yararlanma fiilleri açısından hileli bir davranış olarak kabul edilmemektedir.

⁴¹⁵ 11. CD., 7.3.2006, E.2004/4815, K.2006/1639: “Sanığın, olay günü Yeni Foça’da bulunan şikayetçinin işleticisi olduğu otele müşteri gibi gelip kayıt yaptırmak için kimliğini ispata yarar belge istediklerinde, kendisinin tekstilci olduğunu, aracının kaza yaptığını, ehliyet ve kimliğinin tamirciye bıraktığı otomobilinde olup yanında bulunmadığını bu hususta kendilerine ait telefonda tamirciyi aradığı intibasını vermek için bir yerleri arayıp tamirci ile görüşüğünü ve kimliklerinin araçta olduğunu sonra kaydını da S.A. Yüksel olarak yaptırdığı ve 10 TL kaparo verip otelde arkadaşlarını ve bir aileyi de ağırlayıp 6 gün kaldıktan sonra tamircide olan aracına bakmak ve tekstil işlerini halledip akşam geri döneceğini söyleyip ücret ödemediğinin anlaşılmasına göre; başlangıçtan beri kastının dolandırıcılığa yönelik olup sanığın elde etmeyi kastettiği haksız menfaati temin etmek için hileye başvurusu ...” dolandırıcılık suçunu oluşturur (Artuç: s. 360, d.pn.729).

⁴¹⁶ 6. CD., 17.10.2006, E. 2004/10496, K.2006/9966: “Yakınana ait otelde konaklayarak ve konaklama bedelini ödemediği otelden ayrılan sanığın belli bir iş ve yerleşim yeri adresinin bulunduğu ve 5237 sayılı TCK’da, 765 sayılı TCK’nın 521/a-1 maddesinin karşılığı olarak bir düzenlemeye yer verilmediğinden, taraflar arasındaki anlaşmazlığın özel hukuk alanında bulunan alacak-borç ilişkisi niteliğinde olması”; 6. CD., 17.10.2006, E. 2004/7762, K. 2006/9892: “5237 sayılı TCK’da, 765 sayılı TCK’nın 521/a-2. maddesinin karşılığı olarak bir düzenlemeye yer verilmediğinden, taraflar arasındaki anlaşmazlığın özel hukuk alanında bulunan alacak-borç ilişkisi niteliğinde olması” (Kararlar için bkz. Artuç: s. 360, d.pn.730; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 268-269).

ddd. Görüşümüz

Yasa koyucu tarafından karşılıksız yararlanma suçu kapsamının önceki yasaya nazaran daraltılma gerekçelerinin ne olduğunu bilemiyoruz. Zira bu hususta 5237 sayılı TCK'nın genel ve madde gerekçeleri ile Meclis görüşme tutanaklarında açıklayıcı bir ibare bulunmamaktadır. Bununla birlikte TCK'nın 157. maddesinin gerekçesinde yer verilen anlatımlar incelendiğinde, ödeme yeteneği olmadığı halde konaklamaya ayrılmış yerlerde kalma, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında seyahat etme, lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içme gibi, bedelinin hizmetin sunulmasından sonra ödenmesi gereken durumlarda, ödeme yeteneğinin gizlenerek yarar sağlanmış olmasının dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır⁴¹⁷.

Kanaatimizce yasa koyucu, izlediği suç ve ceza politikası çerçevesinde 765 sayılı TCK'nın 521/a maddesi kapsamında kalan eylemlerin tamamının suç olarak düzenlenmesinde yarar kalmadığını, böyle durumlarda oluşan zararların özel hukuk hükümlerinden yararlanarak tazmin edilebileceğini; toplumda bu tür eylemlerin görülme sıklığının önemli oranda azaldığına dair elinde bulunan ve bu düşüncüyü destekleyen sayısal ve sosyal verileri göz önünde tutarak, bu tür eylemlerin ayrı bir suç olarak düzenlenmesine gerek olmadığını değerlendirmiş; bu eylemlerin oluş şekli itibarıyla bir kısmının başkaca suçlar kapsamında değerlendirebileceğini düşünerek, geriye kalan kısmını yaptırımsız bırakmıştır. Yasa koyucunun, karşılıksız yararlanma eylemlerinin büyük çoğunluğunu ayrı bir suç olarak düzenlememesinin dayanağını oluşturan toplumsal verilerin nelerden ibaret olduğunu, açıklanmamaları nedeniyle, kontrol etme olanağımız bulunmamaktadır.

Karşılaştırmalı hukuktan farklı olarak, hukukumuzda ihmali hareketlerin cezalandırılacağına dair genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle ihmali hareketler, yasada açıkça düzenlenmediği müddetçe cezalandırılamazlar⁴¹⁸. Bununla birlikte ihmali davranışların, icraî davranışlara eşit sayıldığı hallerde, icraî davranış olarak kabul edilerek cezalandırılmaları olanaklıdır.

Karşılıksız yararlanma eylemlerinde hizmet alan kişinin, ödeme gücünün bulunmadığı durumlarda, hizmet almadan önce hizmet veren kişiye açıklama yapması

⁴¹⁷ Benzer düşünce için bkz. Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 464; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 540.

⁴¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 594; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 539-540.

hukuki bir zorunluluktur. Bu yükümlülüğe aykırı olarak susulması veya hareketsiz kalınması ihmali bir davranıştır. Susmak suretiyle ihmali bir davranış sergilenmesi, hizmet veren kişinin, hizmet alanın ekonomik durumunu, ödeme yeteneğinin bulunup bulunmadığının anlaşılmasını engeller. Failin ödeme yeteneği olmadığına ilişkin ekonomik durumu hakkında susarak, ticari teamüller gereği önceden ücret alınması adetten olmayan hizmetlerden yararlanması ve sonrasında ödeme yapmaması halinde dolandırıcılık suçunun olduğu kabul edilebilir. Zira bir şeyin açıklanması hususunda hukukî yükümlüğün olduğu durumlarda, susarak bu yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması genel olarak hile kabul edilmektedir⁴¹⁹. Bu nedenle failin, baştan itibaren, yararlandığı hizmetin karşılığını ödememe bilinç ve iradesi varsa ve bu doğrultuda davranışlar ortaya konularak hizmetin sunumunu sağlamış ise, failin davranışlarının hileli olduğunu ve dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceğini kabul etmek gerekir.

Bununla beraber asıl sorun failin kastının kapsamının ve hangi anda oluştuğunun tespit ve ispatıdır. Failin ödememe konusundaki kastının, hizmetin alımından sonra ortaya çıktığı vakalarda, eylem manevi unsur yokluğu nedeniyle dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyecektir. Failin iç dünyasına ilişkin olan bu hususun ispatı zordur. Dışa yansıyan söz ve davranışlar ile bu konu ispatlanmalıdır. Örneğin, çok fakir olan bir kişinin, zengin olduğu kanaatini oluşturacak şekilde giyinip, zengin gibi davranarak, pahalı bir otelde konaklayıp, otelin imkânlarından faydalanmasında, kişinin kastının baştan itibaren karşılığını ödemeden sunulan otel hizmetlerinden faydalanma olduğu söylenebilir. Kişi fakir olmasının yanında, söz, davranış ve giyimi ile muhataplarında, ödeme yeteneği olduğu düşüncesini oluşturarak bu kişileri aldatmış ve kendisine hizmet sunulmasını sağlamıştır. Asıl sorun, failin kastının dışa yansıyan davranışlarından anlaşılabilmesi halinde, nasıl bir değerlendirme yapılacağıdır. Zira fail, ödememe konusundaki kastını hizmet alımı sırasında veya sonrasında oluşturmuş olabilir. Manevi unsurun ispatındaki zorluklar nedeniyle, karşılıksız yararlanma eylemlerinin dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilip cezalandırılmaları çoğu kez mümkün olmayacaktır⁴²⁰.

Karşılıksız yararlanma eylemlerinin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verdiğinin kabul edildiği durumlarda, failin ödememe konusundaki kastı önemli olup; ödeme

⁴¹⁹ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 456; Erem: Dolandırıcılık, s. 8-9; Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 111; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 540-541; Susmanın dolandırıcılık suçunun oluşumuna etkisi açısından ayrıntılı açıklamalar için yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, 1, b, ff, iii.

⁴²⁰ Mustafa Ruhan Erdem: “Karşılıksız Yararlanma Suçları”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sonbahar 2004, S. 2, s. 136-137.

yeteneğinin objektif olarak var olup olmadığı meselesinin önemsiz olduğunu düşünüyoruz. Mesela fail, cüzdanında veya banka hesabında fazla miktarda para olmasına karşın, ödeme yapmadan hizmet almayı amaçlamış ve bu amaç doğrultusunda davranışlarını sergilemiş olabilir. Failin sonradan yapacağı ödeme suçun oluşmasını engellemeyecek, mağdurun zararını karşılama konusundaki eğilimi kapsamında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına olanak sağlayacaktır.

Öğretide bazı yazarlar, önceki ceza kanununda suç olarak düzenlenen karşılıksız yararlanma fiillerine, yeni ceza kanunu tarafından suç olarak tanımlanmamış olmasını gerekçe göstererek, bu tür eylemlerin dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, aksi takdirde bu fiillerin cezasız kalabileceğini ileri sürmüşlerdir⁴²¹. Önceki yasal düzenlemede suç olarak düzenlenen bir eylemin, daha sonraki düzenleme ile suç olmaktan çıkarılması veya açıkça suç olarak düzenlenmemiş olması, bu eylemlerin benzer başka bir suç kapsamında kaldığı veya kalmasının zorunlu olduğu şeklinde yorumlanamaz. Yasal boşluk doğacağı ve bir kısım eylemlerin cezasız kalacağı düşüncesi ile, oluşan boşluğun benzer bir suç ile doldurulmaya çalışılması, ceza kanunlarına hâkim olan kanunilik ilkesi, kıyas yapma ve genişletici yorumda bulunma yasağına uygun değildir. Bir fiilin suç teşkil edip etmeyeceğine ilişkin düzenleme yapıp yapılmayacağı, izlediği suç siyaseti çerçevesinde kanun koyucunun vereceği bir karardır. Karşılıksız yararlanma eylemlerinin hukukî nitelik arz ettiği düşüncesiyle suç olarak düzenlenmemiş olmaları mümkündür.

Yasa koyucunun karşılıksız yararlanma eylemlerini, ayrı bir suç olarak kabul etmeme tercihinin doğru olmadığını, yasa sistematigi içerisinde çelişkiye neden olduğunu düşünüyoruz⁴²². Otomatlar aracılığıyla sağlanan hizmetlerden karşılıksız olarak faydalanmayı yeniden suç sayan yasa koyucunun, diğer karşılıksız yararlanmaları suç olarak kabul etmemesi önemli bir tezattır. Zira haksızlık içerikleri karşılaştırıldığında, daha az haksızlık içeren televizyon ve radyo yayınlarından yararlanma ve otomatların kötüye kullanılması fiilleri yasa koyucu tarafından suç olarak kabul edilmekte iken; daha fazla haksızlık içeriğine sahip diğer karşılıksız yararlanmaların suç olarak düzenlenmemiş

⁴²¹ Yavuz: s. 359.

⁴²² “Yasa koyucu, karşılıksız yararlanma, adı altında bir suça yer vermiş olmasına karşılık, önceki yasanın 521 a maddesinde yer alan karşılıksız yararlanma hallerini yeni yasaya almamıştır. Oysa, sosyal gerçeklik planında, 521 a maddede öngörülen fiiller, karşılıksız yararlanma yönünden daha tipik fiillerdir. Öte yandan, yeni hükümde öngörülen fiillerin ağırlık dereceleri ile 521 a maddedeki fiillerin ağırlıkları karşılaştırıldığında, aralarında fark yoktur.” (Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 156).

olmasını anlamak olanaksızdır. Buna paralel olarak oluşan bu boşluk nedeniyle, daha az haksızlık içeriğine sahip karşılıksız yararlanma eylemlerinin, dolandırıcılık olarak kabul edilerek cezalandırılması da hakkaniyete uygun değildir⁴²³. Zaten karşılıksız yararlanma kapsamında değerlendirilen durumların ayrı bir suç olarak kabul edilmesinin nedeni, bu tür fiillerin hırsızlık, dolandırıcılık veya güveni kötüye kullanma sayılarak cezalandırılmalarında ortaya çıkan yorum güçlüklerini bertaraf etmek içindir⁴²⁴.

765 sayılı TCK'da yer alan benzer bir düzenlemeye, günümüzde öncekine nazaran daha çok ihtiyaç bulunmaktadır. Nüfusun büyük bir kısmının kentlerde yaşaması, bununla doğru orantılı olarak ortaya çıkan sağlıklı kentleşme olgusu ve ulaşım ile insanlar arasındaki ilişkilerin ikincilleşmesi; eğitimsizlik ve ekonomik sahada yaşanan sıkıntıların neden olduğu ahlaki değerlerdeki bozulma gibi hususlar birlikte gözönüne alındığında, toplumumuzda “beleşçilik” olarak adlandırılan, karşılıksız yararlanma fiillerinin sıkça işlendiğini söylemek mümkündür. Bu ihtiyaç nedeniyle ve bu tür fiilleri müeyyide altına alan özel bir düzenlemeye, önceki dönemlere nazaran daha çok gereksinim vardır⁴²⁵. Yasa koyucunun önceden gerekli olduğu düşüncesiyle cezalandırdığı bir eylemi cezasız bırakması için elinde, saha araştırmaları neticesinde oluşturulan çok çeşitli toplumsal verilerin bulunması gerekir. Böyle bir araştırmanın yapıldığını ve oluşturulan yasal düzenlemelerin toplumsal gereksinimler gözönüne alınarak düzenlenmiş olduğunu düşünmüyoruz.

Yasa koyucunun karşılıksız yararlanma eylemlerinin kapsamını daraltma tercihi ile önemli bir yasal boşluk oluşmuştur. Yasa koyucunun amacı bu boşluğun bir kısmının dolandırıcılık suçu ile doldurulabileceği yönünde olmakla birlikte, dolandırıcılık suçunun unsurları ile müeyyidesi gözönüne alındığında, beklenen faydanın hakkaniyetli şekilde sağlaması zordur. Yasal boşluk nedeniyle, önceki yasa dönemdekine benzer şekilde, uygulamada önemli yorum farklılıkları meydana gelecek ve adalet duygusunu zedeleyecek

⁴²³ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 598; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 540-541.

⁴²⁴ Erdem: Karşılıksız Yararlanma Suçları, s. 19.

⁴²⁵ Benzer düşünce için bkz. Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 35; Bu konuda Yargıtay'ın bir kararında tespit ettiği hususlar önemlidir: “Ticaret hayatının genişleyip yayılması ve genişlemesi karşısında ödeme kudreti olmayanların ticari hayattaki gelenekten yararlanarak satıcıları, tacirleri dolandırdıkları ve yapılan sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemek suretiyle muhataplarını zarara soktukları görülür bir hal almıştır. Sosyal ve ekonomik koşulların hızla geliştiği ülkemizde yol üzerlerinde dahi binlerce kişinin yararlandığı büyük lokantalar ve oteller açılmaktadır” (CGK., 7.2.1977, 6-577/47, Erdem: Karşılıksız Yararlanma Suçları, s. 19, dpn. 20).

kararlar verilebilecektir⁴²⁶. Bu nedenle sosyal ve ekonomik hayatta hatırı sayılır derecede karşılaşılan ve toplumsal düzeni bozabilecek karşılıksız yararlanma eylemlerinin özel bir düzenleme ile suç olarak veya kabahat olarak yaptırım altına alınmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

v. Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Dolandırıcılık Suçuna Sebebiyet Verip Vermeyeceği Sorunu

Karşılıksız çek keşide etme eylemleri 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5. maddesi ile yaptırım altına alınmıştır. Bu suçların yaygınlığı, karşılıksız çeklerin kullanılması suretiyle zarara uğrayan kişilerin çokluğu, ödeme gücü ve imkânı olmamasına karşın çek keşide edilmesi ve ticari hayatta yer alan bazı teamüller nedeniyle çekin vadeli bir senet gibi kullanımı ile karşılıksız çek suçlarına uygulanan cezaî yaptırımların yetersizliği gibi nedenler bazı tartışmaların doğumuna sebebiyet vermiştir⁴²⁷. Üzerinde tartışılan hususlardan en önemlisi, karşılıksız çek keşide etme fiillerinin aynı zamanda dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermedikleridir. Bu hususta öncelikle çek ile ilgili yasal düzenlemeleri ortaya koyup, sonrasında karşılıksız çek keşide etmenin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceğine dair doktrinde ileri sürülen görüşleri inceledikten sonra konuya ilişkin görüşümüze yer vereceğiz.

aaa. Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Çek Kanunu (ÇK) Kapsamında “Çek”

Çek ile ilgili yapılan anlatımların daha iyi anlaşılabilmesi açısından 6762 sayılı TTK' ile bu Kanunu yürürlükten kaldıran ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴²⁸ ve 5941 sayılı Çek Kanunu'nun karşılıksız çek ile ilgili düzenlemelerinin incelenmesinin faydalı olduğunu düşünüyoruz.

Bir senedin çek niteliği kazanabilmesi için; içeriğinde çek kelimesini, kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi, ödeyecek kişinin ve "muhatabın" ticaret unvanını, ödeme yerini, düzenlenme tarihi ile yerini ve düzenleyenin imzasını

⁴²⁶ CGK, 07.02.1977, E: 1976/6-577, K. 1977/47 sayılı kararında da görüldüğü üzere, yemek parasının ödenmemesi eylemi, yasa maddeleri zorlanmak suretiyle hırsızlık olarak kabul edilmiştir.

⁴²⁷ Veysi Seviğ: “Dolandırıcılık”, 17.6.2008 tarihli Referans Gazetesi (http://www.mevzuatbankasi.com/portal/konuk_yazarlar/mevzuat.asp?kategori=10&id=2924, E.T. 29.06.2014).

⁴²⁸ 14.02.2011 tarih 27846 sayılı Resmi Gazete.

içermesi gerekir (6762 sayılı TTK m.692, 6102 sayılı TTK m.780). Bu unsurlardan birini içermeyen bir senet çek vasfını kazanamaz (6762 sayılı TTK m.693, 9102 sayılı TTK m. 781). Çek keşide edilebilmesi için, muhatap banka ile keşideci arasında, düzenleme tarihinde keşidecinin hesabında çekin karşılığının bulundurulacağına dair açık veya zımni bir anlaşmanın varlığı şarttır. Ancak bu hükme uyulmaması çekin geçerliliğini etkilemez (6762 sayılı TTK m.695/1, 6102 sayılı TTK m. 783/1). Çek bedelinin kısmen karşılığının bulunması durumunda, ibrazı halinde muhatap banka bu tutarı ödemekle yükümlüdür (6762 sayılı TTK m. 695/2, 6102 sayılı TTK m. 783/2). Bu halde keşideci, karşılıksız kalan kısmın yüzde onunu (6762 sayılı TTK m. 695/3'e göre yüzde beşini) ödemekle ve hamilin uğradığı zararı tazmin ile yükümlüdür (6102 sayılı TTK m. 783/3).

Çekte vade yoktur. Çek, düzenleme gününden önce ibraz edildiğinde, ibraz günü ödenir. Bunun aksine yapılan anlaşmalar geçersizdir (6762 sayılı TTK m. 707, 6102 sayılı TTK m. 795; 5941 sayılı Çek Kanunu, m.3)⁴²⁹. Çekin ibraz tarihinde, karşılığının olmaması veya başka bir nedenle ödenememesi, diğer şartların da varlığı halinde karşılıksız çek kabahatine sebebiyet verecektir (5941 sayılı Çek Kanunu m.5).

Karşılıksız çek eylemleri yasa koyucu tarafından suç olarak değerlendirilerek 5941 sayılı Yasa'nın 5. maddesi kapsamında adli para cezası ile yaptırım altına alınmıştı. Söz konusu yasa maddesi 6273 sayılı Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁴³⁰ 3. maddesi ile değiştirilmiştir. Yapılan bu değişiklik sonrasında, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazına rağmen bir çekin karşılıksız çıkması durumunda, çekin karşılıksız kalmasına sebebiyet veren kişi hakkında adli para cezası değil, Cumhuriyet savcısı tarafından, her bir çekle ilgili olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilecektir. Böylelikle yasa koyucu karşılıksız çek keşide etme eylemlerini suç olmaktan çıkartarak, kabahat haline getirmiştir.

Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmiş olmasından doğan zarar muhatap bankaya aittir. Bunun için keşideci olarak gösterilen kişinin, kendisine verilen çek defterini iyi saklamış olması ve aksine bir durumun varlığı halinde kendisine bir kusurun

⁴²⁹ 5941 sayılı Çek Kanunu Geçici Madde 1'in 5. fıkrasında yer alan "31/12/2011 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir" düzenlemesi nedeniyle, bu maddenin yürürlüğe girdiği 20.12.2009 tarih ile 31.12.2011 tarihleri arasında, çekin ekonomik hayatta sahip olduğu önem ve dünya piyasalarında meydana gelen gelişmeler gözönüne alınarak, yasa koyucu Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin yürürlüğünü geçici bir süre durdurmuştur.

⁴³⁰ 3.2.2012 tarih 28193 mükerrer sayılı Resmi Gazete.

yüklenmesinin mümkün olmaması gerekir (6762 sayılı TTK m. 724, 6102 sayılı TTK m. 812). Aksi halde meydana gelen zarardan dolayı keşideci kusuru oranında sorumlu olup, zarar görecektir.

Unsurlarının eksik olması nedeniyle çek vasfını kazanamayacak belgeler, “özel belge” niteliğindedirler⁴³¹.

bbb. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Dolandırıcılık suçunun işlenmesinde hileli davranışlar içerisinde kullanılan kambiyo senetlerinin, bu suça sebebiyet vermesi için Türk Ticaret Kanunu’nda belirtilen tüm unsurları taşıması zorunlu değildir. Yasal unsurları eksik olan kambiyo senetlerinin mağduru aldatmış olması dolandırıcılık suçunu oluşumu için yeterlidir. Hatta yasal unsurları kasıtlı olarak eksik bırakılarak kambiyo senedi vasfı taşıması engellenen senetlerin kullanılıp, senet hamilinin zarar görmesine sebebiyet verilmesi, dolandırıcılık suçunun oluştuğuna dair karine teşkil edecek şekilde yorumlanabilir⁴³².

765 sayılı TCK’daki dolandırıcılık suçunun tanımında hile ve desisenin *kandırabilecek nitelikte* olması gerekliliği öğretti ve uygulamada, hile ve desisenin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilmesi için belirli bir ağırlığa ulaşmasının aranmasına neden olmuştur. Karşılıksız çek eylemlerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı dönemde, bu fiillerin, kandırabilecek derecede bir hileyi içermedikleri kabul edilerek, dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet vermeyecekleri kabul edilmekteydi⁴³³.

1985 yılından önce genel olarak dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilen karşılıksız çek keşide etme eylemleri, bu tarihte yürürlüğe giren 3167 sayılı Yasa’da bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir⁴³⁴. Söz konusu Yasa 5941 sayılı Çek Kanunu tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. 6273 sayılı Yasa’nın 3. maddesi ile 5941 sayılı Yasada yapılan değişiklik sonrasında, karşılıksız çek eylemleri suç olmaktan çıkartılarak kabahat haline dönüştürülmüştür.

⁴³¹ Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 469.

⁴³² Bakıcı: Özel Hükümler, s. 250; 26.04.1984, 1063/3455: “Karşılıksız olarak keşide edilen çekin düzenleme yönünden TTK hükümlerine göre kusurlu olsa dahi, muhatabı hataya düşürüp aldattığı ve keşide eden lehine haksız yarar sağladığı takdirde bu halin, dolandırıcılık suçunda aranan hile ve sania unsurlarını oluşturacağı ve eylemin suç teşkil edeceği düşünülmenden...” (Bakıcı: Özel Hükümler, s. 250-251).

⁴³³ Sami Selçuk: Çek Suçları, Ankara 1993, s. 65 vd..

⁴³⁴ 3167 sayılı Yasa, 14.12.2009 tarihinde kabul edilip, 20.12.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5941 sayılı Çek Kanunu’nun 9. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun dolandırıcılık suçunun unsurlarını düzenleyen 157. maddesi incelendiğinde, hileli davranıştan bahsedilmiş ve bu davranışların kandırabilecek nitelikte olacaklarına dair açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, önceki ceza kanununda dolandırıcılık suçuna benzeyen ve ayrı bir suç olarak düzenlenen karşılıksız yararlanma, ticarete hile karıştırma, çocukların hileli davranışlar ile kandırılmaları suretiyle yarar sağlama gibi eylemlerin yeni ceza kanununda suç olarak düzenlenmemesi gözönüne alındığında, karşılıksız çek keşide etme eylemlerinin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyecekleri tartışma konusu olmuştur. Burada tartışmaya konu olan çek, Türk Ticaret Kanununda belirtilen ve yasal unsurları tam olan, bu nedenle karşılıksız çek keşide etme kabahatine konu olabilecek bir çektir. Zira yasal unsurları eksik olan bir çek yukarıda belirtildiği üzere, karşılıksız çek keşide etme kabahatine sebebiyet vermeyeceğinden, sadece dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilecektir.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, muhatap bankada yeterli karşılığı olmadığını bilerek çek keşide eden kişi, çek keşide etmekle hileli bir davranış gerçekleştirmiş sayılacağından, eylem dolandırıcılık suçu kapsamında kabul edilip cezalandırılabilir. Bu halde failin eylemi hem 5941 sayılı Yasa kapsamında karşılıksız çek keşide etmek kabahati ve hem de dolandırıcılık suçunu birlikte oluşturacaktır⁴³⁵. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesine göre bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceğinden, eylem dolandırıcılık suçu kapsamında kabul edilecektir. Bununla birlikte dolandırıcılık suçu kapsamında yapılan yargılama sonrasında faile herhangi bir sebeple cezaî yaptırım uygulanmaması durumunda kişi hakkında karşılıksız çek kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacaktır (5326 sayılı Yasa m.15/3).

Bu düşünceye paralel başka bir görüşe göre ise; dolandırıcılık suçunun ve karşılıksız çek kabahatinin hukukî konuları birbirinden farklıdır. Dolandırıcılık suçu ile korunmak istenen hukukî varlık veya menfaatler kişilerin irade özgürlüğü ve malvarlıklarıdır. Dolandırıcılık suçunda asıl amaç kişilerin malvarlıklarını korumaktır. Buna karşın karşılıksız çek keşide etme kabahati ile dolaylı (uzak amaç) olarak kişilerin malvarlıklarının korunması amaçlanmış ise de, asıl korunmak istenen ödeme aracı olarak

⁴³⁵ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 598; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 464-465; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 541.

kullanılan çeklere karşı duyulan kamusal güvendir⁴³⁶. Hukukî konularındaki farklılık nedeniyle karşılıksız çek eylemleri ile dolandırıcılık suçları arasında özel-genel düzenleme ilişkisi dahi kurulamaz. Şartları olduğu takdirde karşılıksız çek keşide etme kabahati yanında dolandırıcılık suçu da meydana gelebilir⁴³⁷. Korudukları hukukî menfaatlerin farklılığı nedeniyle karşılıksız çek keşide etme eylemleri dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilemez⁴³⁸.

Aksi düşünceye sahip bulunan yazarlar ise; yasal unsurları tam olan bir çekin verilmesi ve sonradan karşılıksız çıkması durumunda, dolandırıcılık değil diğer şartların da varlığı halinde karşılıksız çek kabahatinin oluşabileceğini, yasal unsurları taşımayan bir çekin keşide edilip muhatabına verilerek yarar elde edilmesi durumunda ise, bu davranışın hileli olduğu kabul edilerek sadece dolandırıcılık suçunun oluşabileceğini belirtmişlerdir⁴³⁹. Bu yazarlara göre, her iki suç arasında, karşılıksız çek kabahati özel bir düzenleme, dolandırıcılık suçunun ise genel bir düzenleme olması nedeniyle fikri içtima kuralları uygulanamayacaktır.

Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu kararları incelendiğinde, unsurları eksik olan çeklerin kullanılmasının dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceğini; unsurları tam olan bir çekin ise ancak karşılıksız çek suçunu oluşturabileceğini belirtmek suretiyle, son görüşü savunan yazarların fikirlerini kabul ettiği anlaşılmaktadır⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Çekin hukuki konusuna ilişkin açıklamalar için bkz. Donay: Çek; Selçuk: Çek Suçları; Ahmet Caner Yenidünya: Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Karşılıksız Çek Keşidesi Suçu Üzerine Bir İnceleme, Legal Hukuk Dergisi, 2003, C.1, S. 4, s. 835 vd.

⁴³⁷ Selçuk: Çek Suçları, s. 72-73.

⁴³⁸ Metin Feyzioğlu: "Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_43.htm, E.T.: 08.02.2010; Selçuk: Çek Suçları, s. 130 vd.; Karşılıksız çek keşide etme suçu, suçun maddi ve hukuki konuları ile unsurları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Selçuk: Çek Suçları, s. 64-154.

⁴³⁹ Süheyl Donay: Son Değişiklikler Açısından Çek, Türk Ticaret Bankası Yayınları, No:4, 1990, s. 105-108; Yılmaz/Ergün: s. 46-47; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 251; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1396; Ali Parlar/Aynur Parlar: Son Değişikliklerle Açıklamalı- İctihatlı Çek Bankacılık ve Döviz Suçları: Ankara 2004, s. 71; Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 469; 6762 sayılı TTK'nın 711/3. maddesinde, çekin keşidecisine, çekin rızası dışında elinden çıkması durumunda, muhatap bankaya ödmeden talebinde bulunma hakkı verilmişti. Uygulamada bu hakkın, kötü niyetli keşideciler tarafından, ödmeden kurtulmak veya ödemeyi geciktirmek, haklarında yapılacak takip ve şikâyetlerin önüne geçmek için kullanıldığı çok sık görülmekte idi. Bu düzenleme 08.02.2009 tarih 5838 sayılı Yasa'nın 32.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükte bulunduğu süre içerisinde, keşidecinin haksız olarak ödmeden men talimatı vermesi durumunda, diğer şartların varlığı halinde TCK'nın 158/1, b ve h hükümleri çerçevesinde keşidecinin nitelikli dolandırıcılık suçunu işlemiş olacağı, haklı olarak ileri sürülmüştür (Vural Seven: "Çek Keşidecisinin TTK m. 711/3'e Göre Verdiği Ödmeden Men Talimatının Hukukî Niteliği ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi", www.turkhukuksitesi.com/makale_585.htm, E.T.: 06.02.2010).

⁴⁴⁰ 7. CD., 17.09.1987, 3455/11124; 7. CD., 3.11.1988, 2037/10459; 7. CD., 10.11.1999, 2676/11112 (Kararlar ve Yargıtay'ın görüşü hakkında bkz. Selçuk: Çek Suçları, s. 133-134).

ccc. Görüşümüz

Karşılıksız çek kabahatinin oluşumundan bahsedebilmek için öncelikle Türk Ticaret Kanunu hükümlerinde belirtilen tüm unsurları içerir bir çekin bulunması gerekir. Çekin yasal unsurları taşımaması veya sahte olarak düzenlenmiş olması, karşılıksız çek kabahatinin oluşumunu engeller. Unsurları eksik olan veya sahte olarak üretilmiş bir çekin, bu özelliği bilinerek, fail tarafından hileli davranışları içerisinde kullanılması dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilecektir⁴⁴¹. Bu durumda TCK'nın 212. maddesindeki açık düzenleme doğrultusunda hem dolandırıcılık (TCK m. 157 veya 158/1-f) ve hem de evrakta sahtecilik (TCK m. 204, 207, 210) suçlarının işlenmesi söz konusu olabilecektir. Sahte veya unsurları eksik olan bir çekin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilmesi için, söz konusu çekin borcun doğumundan önce veya en azından aynı anda verilmesi gerekir. Aksi takdirde, yani borç doğduktan sonra verilen sahte veya unsurları eksik bir çek dolandırıcılık suçuna sebebiyet veremeyecektir. Diğer şartların da varlığı durumunda, evrakta sahtecilik suçu oluşabilecektir.

Muhatabın aldatılmasında kullanılan çek, yasada belirtilen öğeleri içermiyorsa adi senet (özel belge) değerindedir. Bu nedenle yasal öğeleri eksik olan bir çek üzerinde yapılan sahtecilik, resmi evrakta sahtecilik suçunu değil (TCK m. 210, 204/1), özel evrakta sahtecilik suçunu oluşturacaktır (TCK m. 207).

Çek ile ilgili Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemeler incelendiğinde, keşidecinin hesabında, keşide ettiği tarihte çekin karşılığının bulunması, çek keşide etmek için ve çekin geçerliliği açısından zorunlu değildir. Yasal düzenleme nedeniyle, keşide tarihinde, çek hesabında çekin karşılığının bulunmaması, tek başına hileli davranış olarak kabul edilemez. Keşideci, çek üzerinde yazılı düzenleme tarihinde hesabında para bulunduracağı düşüncesi ile çek keşide etmiş olabilir. Bundan dolayıdır ki, yapılacak değerlendirmeler açısından keşidecinin ödeme tarihinde mi, yoksa baştan itibaren mi ödeme gücüne sahip olduğu belirlenmelidir. Bu belirleme yapıldıktan sonra, keşidecinin, çek keşide etme hareketinin hileli olup olmadığı, dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceğinin değerlendirilmesi yapılabilir.

⁴⁴¹ 6.CD., 06.04.2006, E. 2004/8997, K. 2006/3517: "Sahte olduğunu bildiği ve keşide yeri de bulunmadığı için özel belge niteliği taşıyan çeki yakınana vermek fiili dolandırıcılığın basit halini oluşturur." (Erdener Yurtcan: "Malvarlığına Karşı Suçlar", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:10, İstanbul 2008, s. 356).

Çek keşide eden bir şirket yetkilisinin, şirketin içerisinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar nedeniyle hesabında para olmadığını ve ödeme gününde de para bulunduramayacağı bilmesine rağmen çek keşide ederek, muhatabın zarar görmesine karşılık yarar temin etmiş olması halinde, diğer şartlar da var ise dolandırıcılık suçunun şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Zira keşideci, ödeme yeteneği olmadığı ve olmayacağı bilinç ve iradesi ile ve bu durumu gizleyerek hareket edip muhatabını aldatmakta ve onun zararına yarar temin etmektedir. Bu halde fail bir eylem ile aynı anda hem karşılıksız çek ve hem de dolandırıcılık suçlarının oluşumuna sebebiyet vermiş olacaktır. Sorunun TCK'nın 44. maddesi uyarınca fikri içtima kuralları gereğince çözülmesi gerekir. Fikri içtima kuralları çerçevesinde bir fiili ile birden fazla farklı suçun oluşumuna sebebiyet veren fail, bunlardan en ağır cezayı gerektiren dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılacaktır.

Bu halde suçun mağduru, hileli davranışlara muhatap olan ve keşideci tarafından çekin kendisine verildiği ilk kişidir. Çek nedeniyle sorumluluk altına giren diğer cirantalar ise suçtan zarar gören sıfatına sahip olacaklardır.

Çekte vade bulunmadığından, düzenleme gününden önce ibraz edildiğinde ibraz günü ödenir. Çek hamilinin, düzenleme gününden önce çeki ibrazı nedeniyle, muhatap banka nezdinde keşidecinin hesabında çekin karşılığının bulunmaması durumunda, sorun yukarıda belirttiğimiz çerçevede çözülmelidir. Hesapta paranın bulunmaması yalnız başına dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermez. Bu durumun, çekin keşide edildiği tarihte var olduğunun ve düzenleme tarihinde de var olacağının objektif ölçütler çerçevesinde ortaya konulması gerekir. Aksi takdirde bir hileli davranışın varlığından ve buna bağlı olarak dolandırıcılık suçunun oluşumundan bahsedilemeyecektir.

vi. Usul Hilesi (Yargı Dolandırıcılığı)

Mevzuatımızda, usul hilesi veya yargılama yoluyla dolandırıcılık olarak adlandırılabilir⁴⁴² bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu kavram, karşılaştırmalı hukuktaki görüş, düzenleme ve uygulamalardan esinlenerek, doktrinde ileri sürülmüş ve tanımlanmaya çalışılmıştır. Buna göre, bir kişinin, haklı olduğu iddiası ile açtığı davada, hâkimi aldatarak, verilmemesi gereken ve yürütme yeteneği olan lehe bir hükmün

⁴⁴² Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 469.

verilmesini sağlayıp, davanın diğer tarafının veya üçüncü kişilerin zarar görmesini temin etmesi halinde usul hilesinin varlığından bahsedilmektedir⁴⁴³.

Usul hilesinin cezalandırılmasının gerekip gerekmediği, bu hilenin dolandırıcılık suçuna neden olup olmadığı tartışmalıdır. Liszt ve Tolomei bu hilenin de dolandırıcılık sayılıp cezalandırılması gerektiği görüşündedirler⁴⁴⁴. Buna karşın Logoz aksi düşünceyi kabul ederek dolandırıcılık suçunun oluşmayacağını belirtmiştir⁴⁴⁵. Karşılaştırmalı hukukta İsviçre Federal Mahkemesi bu gibi hallerde dolandırıcılık suçunun oluşmayacağını kabul etmiştir. Fransa uygulaması, usul hilesi diye adlandırılan durumlarda da dolandırıcılık suçunun varlığını kabul etmektedir. Ancak davacının kötü niyetinin ispatı, suçun oluşması için şart sayılmaktadır⁴⁴⁶.

Türk öğretisinde genel olarak kabul edilen ve bizimde katıldığımız görüşe göre, bu tür eylemler dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilemez. Yargılama sırasında başvuru hile, sahte belge sunma şeklinde gerçekleşmiş ise, kişi evrakta sahtecilik suçundan dolayı cezalandırılabilir⁴⁴⁷. Yine dava sırasında yalancı tanık dinletilmiş ise, yalancı tanıklık eylemi de ceza kanununda ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır (TCK m. 272). Bunlara ek olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından, usul hilesi olarak adlandırılan eylemin dolandırıcılık olarak kabulü mümkün değildir. Zira bu konuda ceza kanununda açık veya kapalı herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Usul hilesi olarak kabul edilen hallerde, hâkimin aldatılarak lehe bir kararın verilmesinin temin edilmesi ile, elde edilen bu kararların hileli davranışlar içerisinde kullanılmak suretiyle başkasını aldatıp, zararına olarak yarar sağlanmasının birbirinden ayrılması gerekir. Usul hilesinde, yanıltıcı ve yanlış belge ve bilgiler ile hâkimin aldatılması suretiyle elde edilmiş bir mahkeme kararı vardır. Bazı hallerde hâkimin önüne gelen davada takdir hakkı sınırlıdır. Örneğin anlaşmalı boşanma davalarında, diğer şartların varlığı halinde hâkim, tarafların boşanma hususundaki anlaşmaları bağlı olup, sadece çocukların velayeti gibi bir kısım hususlarda takdir hakkını kullanabilir. Hâkimin takdir hakkının sınırlı olduğu davalarda, tarafların yanıltıcı belge sunması veya yalancı

⁴⁴³ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 468-469; Erem: Dolandırıcılık, s. 12-13; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 80; Tümerkan: s. 50.

⁴⁴⁴ Von Liszt ve Tolomei (nakleden Erem: Dolandırıcılık, s. 13); Yalkut: s. 240.

⁴⁴⁵ Logoz (nakleden Erem: Dolandırıcılık, s. 13).

⁴⁴⁶ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 469.

⁴⁴⁷ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 469; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 601; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 542; Tümerkan: s. 52.

tanık kullanması da söz konusu olmadığından çoğu kez, başkaca suçların oluştuğundan da bahsedilemeyecektir.

Usul hilesi olarak kabul edilebilecek bir mahkeme kararının elde edilmiş olması, tek başına dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilecek hileli bir davranış olarak değerlendirilemez. Bu tür bir karar, ancak dolandırıcılık suçunun hazırlık hareketi olarak kabul edilebilir. Hazırlık hareketleri, aksine bir düzenleme yok ise, tek başına cezalandırılmazlar. Usul hilesi sonucunda elde edilen karar hileli davranışlar içerisinde, bir kişiyi aldatmak amacıyla kullanıldığı takdirde, dolandırıcılık suçunun icra hareketlerine başlanılmış olacaktır. Mesela, babasından kalan emekli maaşından yararlanmak isteyen eşin, kocası ile ortak hareket ederek, gerçekte ayrı yaşama niyetleri olmadığı halde, anlaşmalı boşanma talebi ile mahkemeye başvurup mahkemeden boşanma kararı almaları, bu boşanma kararını Sosyal Güvenlik Kurumuna ibraz etmeleri halinde, dolandırıcılık suçunun oluşabileceğinden bahsedilebilir.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında vefat eden babasından kalan yetim maaşını alabilmek için eşinden muvazaalı olarak boşanan bayanın, bu kararını SGK'ya ibraz ederek maaş almak suretiyle haksız yarar sağladığının kabul edildiği olayda *“mahkeme tarafından mutlak butlanla malul bir karar olduğuna hükmedilmeyen bu nedenle hukuken geçerli olan bir kararla boşandıktan sonra, eşlerin bir arada yaşamasını engelleyen birlikte yaşamının suç olduğuna dair kanuni bir düzenlemenin bulunmaması karşısında, eşlerin bir arada yaşamasının boşanmanın maaş almak amacıyla yapıldığının ve hileli davranışın kanıtı olamayacağı, nitekim 5510 Sayılı Kanunun 56. maddesinde bu durumu tespit edilen kimselerin gelir ve aylığının kesileceği ve ödenmiş tutarların geri alınacağı belirtildiği, bu hususta cezai düzenlemenin bulunmadığı, sanıkların eyleminin hukuki ihtilaf mahiyetinde olduğu”* gerekçesiyle beraat hükmünün doğru olduğunu belirtmiştir⁴⁴⁸.

Yargıtay'ın varmış olduğu sonuca ve bu sonuca ulaşmak için kurguladığı gerekçeye katılmıyoruz. Şöyle ki; sigorta sistemi tarafından, herhangi bir sosyal güvencesi olmayan ve herhangi geliri bulunmayan bekâr, boşanmış veya dul kalmış kız çocuğuna, sosyal devlet olmanın bir gereği olarak, vefat eden babasının sosyal güvencesinden

⁴⁴⁸ 15. CD., 07.10.2013, E: 2012/15300, K: 2013/14904 (yayınlanmamış Yargıtay Kararı). Yargıtay Ceza Genel Kurulu 26.11.2013 tarih E: 2012/15-1363, K: 2013/533 sayılı kararı (yayınlanmamış Yargıtay CGK kararı) ile 15. CD'nin 07.10.2013 tarih 2013/14904 sayılı kararının doğru olduğuna hükmetmiştir.

yararlanma olanağı tanınmıştır. Bu haktan yararlanmak isteyen kız çocuklarının, Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurarak talepte bulunmaları gerekir. Yani evli olan bir bayanın, evlilik birliğinin herhangi bir sebeple sona ermiş olması, vefat eden babasının sosyal haklarından faydalanmasını otomatik olarak sonuçlamaz. Bu halde, mahkeme tarafından muvazaalı boşanma talebi doğrultusunda verilen boşanma kararı, boşanan eşlerden bayanın, babasından kalan sosyal haklardan doğrudan faydalanmasını gerektirmez. Bu kararı alan eşin, Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurması ve gerekli idari eksiklikleri tamamlaması gerekir.

Anlaşmalı olarak boşanan, ancak gerçek iradeleri fiilen boşanma ve ayrı yaşama olmayıp, eşlerden bayanın babasının sosyal güvencesinden yararlanmak olan kişilerin, mahkemeden aldıkları boşanma kararını Sosyal Güvenlik Kurumu'na ibraz etmeleri, kurum görevlilerini aldatmaya yönelik hileli bir davranıştır. Dolandırıcılık suçunun icraî hareketlerine başlanılmıştır. Amacın elde edilerek kurum görevlilerinin aldatılıp, vefat eden babanın sosyal güvencesinden faydalanılarak, SGK'nın zarara uğratılmış olması durumunda tamamlanmış; diğer hallerde ise teşebbüs aşamasında kalmış dolandırıcılık suçundan sorumlu olacaklardır⁴⁴⁹.

Yargıtay kararının gerekçesinde AİHS'in devletin insan haklarına saygı yükümlülüğünü içeren 1., yaşam hakkı koruma altına alan 2. ve işkence yasağını düzenleyen 3. maddeleri ile özel ve aile yaşamına saygı hakkını içeren 8. maddesine atıfta bulunmuş; *"AİHS, özel ve aile Yaşamına, haksız ve keyfi müdahalelere karşı, bireyi korumaktadır. Özel yaşam, bireyin içinde kişiliğini oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir*

⁴⁴⁹ Sosyal devlet olmanın bir gereği olarak ihtiyacı olan kişilere yardımın Anayasal bir zorunluluk olduğu ABD'nin Kaliforniya eyaletinde, yalnız yaşayan veya boşanmış olan bayanlara yapılan sosyal yardımın gerçekten ihtiyaç sahiplerine yapılıp yapılmadığını, yardım başvurusu yapan bayanların doğru bilgiler verip vermediklerini tespit etmek amacıyla 1960 yılı sonlarına kadar, sosyal yardım kurumu görevlileri tarafından gece-gündüz farkı gözetmeksizin yardım yapılan kişilerin evlerine ziyarette bulunularak, evde erkek bulunup bulunmadığı kontrol edilmiş, evde bir erkeğin kaldığının tespit edilmesi durumunda ise, yardım alan bayanın gerçekte yardıma ihtiyacı olmadığı, kendisine mali yönden destek verebilecek bir erkeğin varlığı gerekçe gösterilerek yardımlar kesilmiş; evde yakalanan erkek hakkında ise hakkı olmadığı halde bayanlara tanınan sosyal yardımlardan hileli olarak faydalandığı gerekçesiyle sigorta dolandırıcılığı suçlaması ile cezai soruşturma ve kovuşturmalar yürütülmüştür. 1968 yılında ABD Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar ile bu tür uygulamalar sona ermiş ve boşanan eşlerden bayanın erkek arkadaşı edinmesi veya önceki eşi ile birlikte yaşaması tek başına sosyal yardımlardan mahrum kalma gerekçesi olmaktan çıkarılmıştır. ABD genelinde 60'lı yıllar sonundan günümüze kadar sosyal yardımların nasıl ve ne şekilde dağıtılacağı hep gündem maddesi olmuş, bütçeye getirdiği önemli yük nedeniyle haksız yardım almaların önüne geçmek ve alanları hukuki ve cezai yaptırımlara maruz kılacak idari ve adli önlemler alınmaya devam etmiştir (Kaaryn Gustafson: "The Criminalization of Poverty", The Journal of Criminal Law and Criminology, Cilt: 99, Sayı: 3, 2009, Northwestern University, s.648-664); ABD hukukunda "evlilik sahteciliği/dolandırıcılığı- marriage fraud" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kerry Abrams: "Marriage Fraud", Colifornia Law Review, Cilt: 100, Sayı: 1, Şubat 2012, s.1-68.

alanın garanti edilmesidir. Geniş manada tanımlanan aile, anne-baba ister meşru isterse gayri meşru olsun bunların çocukları ile olan ilişkilerini içermektedir. Aile yaşamına saygı hakkı, anne baba arasındaki ilişki sona ermiş artık birlikte yaşamıyor veya boşanmış olsalar bile, çocukla eşler arasında birlikte yaşama ve kişisel ilişki kurma hakkını da içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin pek çok kararlarında tanımladığı gibi, bir davranış eğer kişilerde aşağılık duygusu yaratıyorsa ve onları küçük düşürecek veya alçaltacak nitelikte ise aşağılayıcı muameledir. Bu muamelenin kamuya açık olarak yapılması onun aşağılayıcı nitelikte olup olmamasında rol oynamakla beraber kişinin kendi gözünde küçük düşmesi yeterli sayılmaktadır.” sonucuna vararak, vefat eden babasından kalan emekli maaşını almak amacıyla muvazaalı olarak boşandığı, ancak eşi ile birlikte karı-koca hayatı yaşamaya devam ederek SGK’den maaş almak suretiyle haksız yarar sağladığı iddiası ile başlatılan yargılamayla ilgili olarak beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Eşlerin gerek evlilik içerisinde ve gerekse boşanma veya ayrılık sonrasında çocukları ile birlikte yaşama, bunlar ile kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir. Ancak her hak sahibine belirli sorumluluklar da yükler. Hiçbir hakkın kullanımı sınırsız olmadığı gibi, hakkın kötüye kullanımını da yasanın koruması söz konusu değildir. Yargıtayın kararına konu olayda kamu otoriteleri tarafından boşanan eşlerin aile hayatına herhangi bir şekilde müdahale söz konusu değildir. Boşanmadan sonra eşlerin birlikte yaşıyor olmaları doğrudan herhangi bir yaptırıma tabi tutulmadığı gibi, bu birlikteliği sona erdirmeye veya buna yönelik tedbirler almaya yönelik tedbir alınması da söz konusu değildir. Eşlerin boşanmadan sonra birlikte yaşıyor olmaları, diğer deliller ile birlikte değerlendirilmek suretiyle SGK’ya karşı kullanılan hileli davranışın ispatı ve ortaya konulması açısından bir veridir. Boşanan eş muvazaalı bir boşanma kararını kullanarak, kendisi lehine ve fakat gerçek veya kamu tüzel kişileri aleyhine yarar elde etmek amacıyla kullanmadığı sürece herhangi bir müeyyide ile karşılaşmaz. Ancak kötü niyetli eylemlerin yaptırımsız bırakılması sosyal barışı olumsuz yönde etkileyebileceği gibi, kamu güvenliğini de tehlikeye düşürecek türdedir. Bu nedenlerle Yargıtay’ın vardığı sonuca ve bu sonuca varmak için kullandığı gerekçelere katılmıyoruz.

Yargıtay gerekçeli kararında kendisi ile çelişki içerisindedir. Zira bir yandan muvazaalı olduğu düşünülse dahi, bir mahkeme tarafından mutlak butlanla malul bir karar olduğuna hükmedilmeyen bu nedenle hukuken geçerli olan bir boşanma kararının

kullanılmasının hileli davranış olarak kabul edilemeyeceğini belirtmesine karşın, 5510 Sayılı Kanunun 56. Maddesine göre böyle bir durumun tespiti halinde ilgililerin gelir ve aylığının kesileceği ve ödenmiş tutarların geri alınabileceğini kabul etmektedir. Kanaatimizce muvazaalı olması nedeniyle mutlak butlan ile malul olan bir kararın hem tazminat hukuku açısından ve hem de ceza hukuku açısından değeri birbiri ile aynıdır. Eğer aksi düşünce savunulacak ise, bu halde kamu kurum ve kuruluşları tarafından, muvazaalı boşanan ancak birlikte çocukları ile aile hayatı yaşamaya devam eden eşlerin aleyhine açılacak tazminat davası veya aylıklarının kesilmesi de geniş anlamda bu kişilerin aile hayatlarına bir müdahale olarak kabul edilmelidir.

vii. Kartopu Sözleşmeleri

Kartopu sözleşmesi kavramı Fransız hukukçuları tarafından, belirli bir hukuki durumu anlatmak amacıyla oluşturulmuştur. Bu sözleşmelerin ortak özelliği zincirleme, piramitsel biçimde oluşan yapılanma içerisinde piramide dâhil edilen kişi sayısının artmasına paralel olarak piramidin üstünde yer alan kişilerin yarar sağlamalarıdır. Piramit şeklinde oluşan bu sistemde, piramidin üst sırasında yer alan kişi, sistemin devamı için yeni katılımcılar bulmakta, yeni katılımcıların ödeyeceği paralar ile yüksek miktarlarda menfaat temin etmektedir⁴⁵⁰.

Bu tür eylemlerin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceği karşılaştırmalı hukukta ve hukukumuzda tartışılmıştır. Fransa’da bazı yazarlar bu tür

⁴⁵⁰ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 466; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 598; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 465-466; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 541; Kartopu sözleşmelerine benzer mahiyette olan başka bir dolandırıcılık türü ise Amerika Birleşik Devletlerinde kullanılmaya başlanan ve daha sonra benzer olaylar ile ilgili genel bir kavram olarak kabul edilen İngilizce literatürde “**Ponzi Scheme**” şeklinde adlandırılan Türkçeye, “**Ponzi Oyunu**”, “**Ponzi Düzeni**” veya “Ponzi Şeması” olarak tercüme edebileceğimiz dolandırıcılık türüdür. Bu, yatırımcılara kendi paralarından geri dönenle veya sonraki yatırımcılardan gelen paralarla ödemenin yapıldığı bir dolandırıcılık yöntemidir. Faiz oranlarının düşük olduğu, bu nedenle faiz getirilerinin az olduğu ekonomilerde fail/failler yatırımcılara gerçek faiz kurunun çok üstünde kazanç getirisi sağlamayı vaat ederek fon toplar. Önceki yatırımcıya ödenecek olan fon getirisi, daha sonradan sisteme dahil olan ve kendilerine daha çok kâr vaat edilen yatırımcıların paraları ile ödenir. Ülkedeki ekonomik istikrar sürdüğü ve sistem fark edilmediği sürece hem fonu oluşturan ve hem de fona dahil olan kişiler para kazanmaya devam ederler. Bu yöntemde de Kartopu Sözleşmelerinde olduğu gibi, gerçek bir yatırım ve paranın reel ekonomide kullanımı ya tamamen ya da kısmen söz konusu değildir. Bu sisteme ve kavrama adını veren, bu yöntemle dolandırıcılık suçunu ilk kez işleyen Charles Ponzi’dir. Bu kişi 1920’li yıllarda New England’ta yaşayan yaklaşık 10.000 yatırımcıyı bu yöntemi kullanarak dolandırmıştır. (Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Harvey Gilmore: “This is not A Symposium on How To Commit Fraud- But, If It Were...”, Journal of Business and Securities Law, Cilt: 11, Sayı: 2, Bahar 2011, s. 204-206; ABD Sermaye Piyasası Kurulu (U.S. Securities and Exchange Commission) internet sayfası: <http://www.sec.gov/answers/ponzi.htm#PonziWhatIs>, E.T. 28.06.2014; Fraud Facts, Information for Individuals, Sayı: 7, Aralık 2010, Fraud Advisory Panel, https://www.fraudadvisorypanel.org/pdf_show.php?id=149, E.T. 28.06.2014).

satışların dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağı görüşündedir⁴⁵¹. Bu tür satışlarda “geometrik silsile” uyarınca meydana gelen artış nedeniyle satıcının belirli bir süreden sonra yükümlülüklerini yerine getirebilme olanağının kalmadığını değerlendiren Fransız Yargıtay’ı, doktrinde oluşan çoğunluk görüşü ile birlikte, bu tür sözleşmelere konu satışların dolandırıcılık suçuna konu olabileceklerine karar vermiştir⁴⁵². İngiliz hukuk sisteminde söz konusu eylemlerin, şartları olduğu takdirde dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceği kabul edilmektedir⁴⁵³. Hong Kong’ta kartopu sözleşmeleri (piramitsel oluşumlar) hakkında 2012 yılında özel bir yasa çıkartılarak, hangi tür ticari işlemlerin/oluşumların bu bağlamda değerlendirileceği, ne tür delillerle ispatlanabileceği açık bir şekilde düzenlenmiş ve ispat edilmesi durumunda failine yedi yıla kadar hapis cezası verilebileceği belirtilmiştir⁴⁵⁴.

Türk öğretisinde *Dönmezer*, kartopu sözleşmelerinde başlangıçta hileli bir durumun olmadığını, zira başlangıçta satıcının yükümlülüğünü yerine getirdiği ve müşterilerinden herhangi bir hususu saklamadığını; sonrasında satıcının yükümlülüklerini yerine getiremeyeceğinin muhakkak olduğunu, bu durumda ortada kısmen gerçek kısmen ise hayali bir teşebbüsün bulunduğunu, satıcının yükümlülüklerini yerine getiremediği anda dolandırıcılık suçunun oluştuğunun kabulü gerektiğini belirtmiştir⁴⁵⁵. *Hakeri ve Tezcan/Erdem/Önok’a* göre ise, bu tür eylemlerde oyunun işleyişi ve geleceği konusunda katılımcıların aydınlatılmaması halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağını, buna karşılık yeni katılımcıların, sistemin hangi aşamasında ve hangi koşullarla katıldıkları konusunda bilgilendirilmeleri halinde ise bu suçun oluşmayacağının kabulü gerektiğini ileri

⁴⁵¹ Chavanne (nakleden Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 466).

⁴⁵² Juris Classeur (nakleden Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 466): Fransada yayınlanan 5 Kasım 1953 tarihli bir Kanun ile kartopu sözleşmeleri yasaklanmış ve bu fiiller hakkında dolandırıcılığa ait cezalar ile birlikte para cezası öngörülmüştür (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 466).

⁴⁵³ İngiltere’de 2009 yılı verilerine göre kartopu sözleşmeleri çerçevesinde mağdur sayısının yaklaşık olarak 480.000 kişi ve bu sözleşmeye taraf olan yatırımcı zararlarının ise 430 milyon Sterlin olduğu tahmin edilmektedir. (Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.25.)

⁴⁵⁴ Joseph Kwan: “The Pyramid Schemes Prohibition Ordinance Cap 617”, http://www.deacons.com.hk/eng/knowledge/knowledge_457.htm, (E.T. 28.6.2014); Merkezi Hong Kong’da bulunan Asya’nın en hızlı büyüyen internetten pazarlama şirketi olarak lanse edilen “quest.net” şirketinin, gerçekte kartopu sözleşmeleri/piramit oyunu şeklinde teşkilatlanan bir şirket olduğu, söz konusu şirketin üyeleri üzerinden elde ettiği gelirle Atina 2004 Olimpiyatları, Euro 2006 Futbol Şampiyonası gibi birçok organizasyonda resmi sponsor olarak kendini göstermek suretiyle muhtemel mağdurlar üzerindeki etkisini ve meşruiyet algısını arttırdığı, bu şirketin bir çok ülkede yapılanmasının bulunduğu ve illegal faaliyetler nedeniyle Amerika başta olmak üzere İran, Arnavutluk, Sri Lanka, Malezya, Endonezya ve Afganistan’da yasaklandığı, Türkiye’deki faaliyetlerine ilişkin olarak yapılan soruşturma sonucunda 60 kişinin gözaltına alındığına ilişkin 14.5.2010 tarihli haber hakkında bkz. <http://www.cnnturk.com/2010/turkiye/05/14/saadet.zinciri.operasyonu.60.gozalti/576283.0/index.html> (E.T. 28.6.2014).

⁴⁵⁵ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 466.

sürmüştür⁴⁵⁶. Son görüşü savunan yazarlar, kartopu sözleşmelerinin özelliği nedeniyle, çoğu kez bu eylemlerin dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve bu eylemlerin yasa koyucu tarafından, açık bir düzenlemeyle yaptırım altına alınması gerektiğini belirtmişlerdir⁴⁵⁷.

Yargıtay bu konuya ilişkin yaklaşımını, kamuoyunda Titan davası olarak bilinen davaya ilişkin verdiği kararında belirtmiş ve kartopu sözleşmelerinin dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet vereceğini belirtmiştir⁴⁵⁸. Yargıtay kararının gerekçesinde *“Sanıkların eylem birliği içerisinde hile ve desiselerle mağdurların fikri faaliyetlerini etkiledikleri, onlarda psikolojik bir körlük yarattıkları, matematiksel işlem ve tablolarla üyelelerde hatalı bir inanç meydana getirdikleri, çok para kazanılacağı vaadi, yüksek volümlü müzik, devamlı alkışlarla katılımcıların sağlıklı düşünme yeteneğinin ortadan kaldırıldığı, oluşan hatalı inanç ve kanaatle devamının sağlandığı, belirtilen sanıkların, toplantıya katılmalarından üye olunmasına kadar ki zaman içerisinde ustaca hazırlanmış mizansen ve yalanlarla mağdurları kandırdıkları, kullanılan hile ve desisenin mağdurların bulundukları sübjektif durum nazara alındığında kandırıcı nitelikte olduğu, sanıkların gerçek durumu açıklamadıkları zira, sistem gereği zincirin halkaları genişledikçe üye temin etmenin zorlaşacağı, belli bir müddet sonra üye temininin imkânsız hale geleceği ve sistemin bu aşamada çökeceği, son üye olanların bu işleyiş içerisinde para kazanma olanağının bulunmadığı, bu durumun bilinçli olarak gizlendiği, bu eylemler nedeniyle mağdurlar zarara uğratarak sanıkların haksız kazanç elde ettikleri, bir kısım mağdurların başlangıçta ödedikleri katılım bedelini daha sonra kendilerinin de üye bulmak suretiyle zararlarının giderilmiş olmasının sanıklar açısından oluşan suçu ortadan kaldırmayacağı, bu şekilde sanıkların eylemlerinin hukukî boyuttan çıkıp cezaî sorumluluğu gerektiren dolandırıcılık suçu niteliğini aldığı”*nı belirtmiştir.

Kanaatimizce; kartopu sözleşmeleri adı verilen, piramit şeklinde yükselen ve üyelerin birbirleri ile çeşitli şekillerde bağlantılı olduğu birlikteliklerde, bu sözleşmeyi (işleyişi) bilen ve zincirin bir halkası olmayı kabul ederek sisteme dahil olanlar, sistemin yapısına, işleyişine ve ekonomik açıdan kazanç riskine ilişkin olarak genel bir kanaat ve belirli seviyede bir bilince sahiptirler. Bu kanaat ve bilgi kapsamında, belirli bir miktar

⁴⁵⁶ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 600; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 541; Hakan Hakeri: “Zincirleme-Piramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu”, Yargıtay Dergisi, C. 27, Ocak-Nisan 2001, S.1-2, s. 167.

⁴⁵⁷ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 600; Hakeri: Piramitsel Oyunlar, s. 167.

⁴⁵⁸ YCGK, 24.11.1998, E. 1998/6-280, K. 1998/359 (www.kazanci.com.tr; YKD, Şubat 1999, s. 238).

para ödemek suretiyle sisteme dâhil olan kişiler, ödedikleri para karşılığında herhangi bir iş ve hizmetin üretilmediğini, sisteme kazandırdıkları üyeler ve bu üyelerin sisteme kattıkları ekonomik değer nispetinde yarar sağlayacaklarını bilmektedirler. Ortalama bir insanın öngörüsüne sahip olan bir kişi, herhangi bir üretim yapmayan bir organizasyonun, belirli bir süre sonra faaliyetinin duracağını, organizasyona dâhil olan kişilerin zarar görebileceklerini tahayyül edebilir. Bu nedenle, sisteme dâhil olmak isteyen kişilerin, sistemin yöneticileri tarafından, sisteme dâhil oldukları anda sistemin mali yapısı konusunda doğru şekilde bilgilendirilmeleri, bu bilgiler çerçevesinde sisteme üye olunması halinde, dolandırıcılık suçunun oluştuğundan bahsedilemez. Zira bu halde zarar gören kişinin aldatıldığından bahsetmek olanaklı olmayacaktır. Buna karşın sisteme üye olunduğu sırada, sistemin üye ve mali yapısı hakkında doğru şekilde bilgilendirme yapılmaması veya yanlış bilgilendirme yapılmış olması, bu suretle kişilerin aldatılarak sisteme girişlerinin sağlanması halinde, diğer şartlarda gerçekleştiğinde dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.

gg. Yargı Kararları Işığında Hile

Hileli davranışların yargı kararlarında nasıl ve ne şekilde görüldüğüne dair bir kısım Yargıtay kararlarına bir arada yer verilmesinin faydalı olacağını düşünüyoruz. Yargıtay'ın hileli davranışlara ilişkin yaklaşımını hile olarak kabul ettiği ve etmediği hareketler ile hukuki hile olarak kabul ettiği davranışlar alt başlıkları içerisinde belirtmeye çalışacağız.

aaa. Hile Olarak Değerlendirilen Hareketler

Sahte banka dekontunun düzenlenerek banka şubesinden fakslanması (C.G.K.nun 15.10.2002 gün ve 6-216/356); halk arasında üçkâğıt tabir edilen oyunun oynatılması (11.CD., 23.02.2006, 6135/1244, Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s.502); başkasına ait aylık toplu taşıma kartı üzerine kendi fotoğrafını yapıştırıp ismini yazan kişinin bu kartla otobüse binmeye çalışması (6. CD, 21.03.2006, 6972/2764, Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3721); borç senedinde kefil olarak gösterilen kişilerin imzalarının sahte olarak atılması (6.CD., 24.10.2005, 13598/9490, Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s.509); alınan mal karşılığında sahte senetler verilmesi (6.CD., 21.06.2005, 8161/5472, Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s.509); bir otomobilin motorunu ve şase numarasını başka bir aracın kasasına monte ederek, başkasına satılması (4. CD.,

26.03.2007, 13711/2675 Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3599); akrabasının çocuğunun rahatsızlığı nedeniyle paraya ihtiyacı olduğunu, bu nedenle koyunları satacağını söyleyip, koyun parası olarak 100 dolar alındıktan sonra, koyunu getirme bahanesiyle şikâyetçinin yanından kaçmak suretiyle haksız yarar sağlanması, (11. CD., 04.10.2006, 2546/7779, Artuk/ Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3743); aracın satın alınacakmış gibi davranarak pazarlık yapıp, kaparo vererek otonun satımı konusunda vekâletname alınıp, başka bir kişiye satılması (06.CD., 26.05.2005, 1509/4058, Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s.509); sahte olduğunu bildiği bir çeki yakınana verenin eylemi (6. CD., 06.04.2006, E: 2004/8997, K. 2006/3517, Donay: Şerh, s.241)

Yargıtay tarafından hileli davranış olarak kabul edilmektedir.

bbb. Hile Olarak Değerlendirilmeyen Hareketler

Failin, mağdurun yanına gelerek kendisini hemşerisi olarak tanıtip daha sonra ödeyeceğinden bahisle borç para alınması (11.CD., 28.02.2006, 10181/1416, Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s.502); Alanya’da besihanelerinin olduğu yönünde sözler söyleyerek muhatabın yanıltılarak menfaat temini (11. CD., 21.2.2006, E. 2004/5558, K. 2006/1119, Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s.118); bilet numaralarının kesilerek başka bir bilete yapıştırılıp yarar sağlanmaya çalışılması (11. CD., 28.09.2010, E. 2010/12663, K. 2010/10158); haksız olarak ele geçirilen kredi kartının, ele geçiren kişi tarafından kendisine ait işyerindeki P.O.S. cihazından geçirilerek, gerçek bir alış verişi olmadığı halde yapılmış gibi gerçeğe aykırı şekilde üretilen sılıbi katılan bankaya ibraz edilmesi (11. CD., 13.07.2010, E. 2010/3835, K. 2010/8534); sanığın kendi banka hesabına başka birisinin banka hesabına girerek havale ettiği parayı, banka görevlisine gerçek kimliğini ibraz edip eşinden para geldiğini söyleyerek hesabındaki parayı çekmesi eylemi (11. CD., 01.07.2008, E. 2006/2734, K. 2008/7125); sanığın 1990 doğumlu oğlu H.Kılıç’ın elinin yaralanması sonucu komşusunun 2000 doğumlu oğlu R. Toprak’a ait “Yeşil Kart”ını alarak Nusaybin Devlet Hastanesinde ortopedi uzmanına muayene ettirmek için başvurması ve durumun görevlilerce anlaşılması (11. CD., 05.06.2006, E. 2006/144, K. 2006/5115); Ölen eşinden dul aylığı alan sanığın, başkası ile resmi olarak evlenmesinden sonra Emekli Sandığı’na bildirimde bulunmayarak önceki eşinin maaşını almaya devam etmesi eylemi (11. CD., 12.05.2010, E. 2007/8395, K. 2010/6006) Yargıtay tarafından hileli davranış olarak kabul edilmemektedir.

ccc. Hukukî Nitelikte Olduğu Değerlendirilen Hareketler

Yargıtay önceki yasa döneminde vermiş olduğu kararlarında genel olarak basit yalanı yeterli görmeyip, buna, yalanı kuvvetlendirecek başkaca unsurların da eklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay bu yaklaşımını, yeni Ceza Kanunu’nun yürürlükte bulunduğu dönemde vermiş olduğu kararlarında da devam ettirmektedir. Bu kapsamda Yargıtay’ın yeni tarihli bir kararına yansıyan bakış açısına göre; “hile nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olma, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağı ortadan kaldırılmalıdır. *Desise* ise maddi nitelikteki fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmek için kullanılan aldatıcı vasıtalar. Kullanılan hile ve desiseler ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından fail veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır”⁴⁵⁹.

Bu karar incelendiğinde Yargıtay’ın, 765 sayılı TCK döneminde ortaya koyduğu görüşünü devam ettirdiği. Zira yeni Ceza Kanunu’nda dolandırıcılık tanımında “desise” kavramına yer verilmemiş olmasına karşın, karada bu ibarenin dahi kullanıldığı görülmektedir. Yargıtay’ın, yeni dönemde de, Fransız hukukunda savunulan sahneye koyma teorisini benimsediği ve uygulamasını da bu doğrultuda şekillendireceği söylenebilir.

Yargıtay’a göre, mağdur tarafından aleni olan tapu kayıtlarının incelenmeyip aldanarak, başkasına ait bir taşınmaz ile ilgili olarak fail ile arasında taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapılması nedeniyle faile yarar sağlaması olayında, ortaya konulan hileli davranışın aldatma kabiliyeti bulunmamaktadır⁴⁶⁰. Zira tapu kayıtları alenidir ve herkes tarafından ihtiyaç duyulduğunda incelenme olanağına sahiptir. Aldanan kişinin, sahip olduğu bu imkânı kullanmayarak zarar görmüş olması durumunda dolandırıcılık suçu, ortaya konulan hileli davranışın aldatma yeteneğinden yoksun olması nedeniyle, oluşmayacaktır.

⁴⁵⁹ 11. CD, 02.12.2010, E. 2010/4263, K. 2010/13855 (yayınlanmamış Yargıtay Kararı); Okuma yazma bilen mağdurun, gerekli açıklamalar yer almasına rağmen dikkatle şekilde okumayıp imzaladığı sözleşme nedeniyle zarar görmüş olması (11. CD., 06.04.2010, E. 2008/9044, K. 2010/4145).

⁴⁶⁰ CGK, 14.10.1999, E. 1999/6-249, K. 1999/192; CGK, 04.05.1999, E. 1999/6-87, K. 1999/92; CGK., 09.06.1998, E. 1998/6-146, K. 1998/220 (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3577-3578; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu: 5237 Sayılı Yeni Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, 2006, s. 835 vd.).

Ancak Yargıtay'ın, genel uygulamasının dışına çıkarak, basit yalanlar kullanılarak da dolandırıcılık suçunun işlenebileceğini kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Yargıtay bu tür kararlarını, dava konusu olayın özelliklerine dayanarak, olaysal olarak oluşturmuştur. Bu kararlara örnek olarak şunlar gösterilebilir: “sanığın, müşteki tarafından I’nın dükkânına bırakılan fındıkları, I, dükkânda olmadığı bir sırada “fındıklar benim götürmeye geldim” diyerek alıp götürmesinden ibaret eylemi dolandırıcılık teşkil eder”⁴⁶¹; “müşteki ile iş ortağı olan sanığın, ortak olmadığı müştekiye ait bir başka iş yerindeki oksijen tüpünü, müştekinin istediğini söyleyip almaktan ibaret olan eylemin dolandırıcılık suçunu oluşturur”⁴⁶².

c. Mağdurun Aldanması

Aldanmak, kelime olarak görünüşe kapılarak yanlış bir yargıya varmak, yanılmak; düş kırıklığına uğramak; bir hileye, bir yalana kanmak; avunmak, oyalanmak anlamlarına sahiptir ⁴⁶³. Dolandırıcılık suçunun oluşması için, failin sadece hileli davranışlarda bulunması yeterli olmayıp, bu hileli davranışların yöneltildiği mağdurun aldatılmış olması gerekir. 765 sayılı TCK’da suçun oluşması için mağdurun “hataya düşürülmesi” aranırken, 5237 sayılı TCK’da bu kavram yerine mağdurun “aldatılması” gerekliliğine yer verilmiştir. Yasa koyucunun bu takdirinin yerinde olup olmadığı öğretide değerlendirilmiş ve eski düzenlemenin dolandırıcılık suçunun mahiyetine daha uygun olduğu ileri sürülmüştür⁴⁶⁴. Buna karşın, aldatmanın kelime anlamı itibariyle beklenmedik bir davranışla yanıltmak olarak tarif edilebileceği, bu anlamı itibariyle yeni düzenlemenin daha yerinde olduğu savunulmuştur⁴⁶⁵.

Yasa metninden de açıkça anlaşılacağı ve yukarıda ayrıntıları ile incelediğimiz üzere, aldanan ve suçtan zarar gören kişi aynı olabileceği gibi farklı da olabilir⁴⁶⁶. Yani suçun mağduru ile suçtan zarar gören kişilerin, suçun oluşması bakımından aynı kişiler olması zorunlu değildir. Önemli olan husus aldanmanın, failin hileli hareketleri ile meydana

⁴⁶¹ 6. CD, 5.10.1993, E. 1993/4882, K. 1993/7240, YKD, Ağustos 1994, s. 1364.

⁴⁶² 6. CD, 8.10.1991, E. 1991/5044, K. 1991/6242, YKD, Şubat 1992, s. 306.

⁴⁶³ Türkçe Sözlük: s. 76.

⁴⁶⁴ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 601; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 542; İngiltere Dolandırıcılık Kanunu kapsamında, dolandırıcılık suçu açısından önemli olan failin ortaya koyduğu hileli davranışlar ile açığa çıkan yarar elde etme amaç ve niyetidir. Hileli davranışlara muhatap olan kişinin aldanmış olup olmaması, buna bağlı olarak zarar oluşup oluşmaması suçun oluşumu açısından önemli değildir. (İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s. 4-7; Tadros: s. 953).

⁴⁶⁵ Arslan/Azizağaoğlu: s. 684.

⁴⁶⁶ Dolandırıcılık suçunda mağdur kavramı ve incelemesi için yukarıda bkz: İkinci Bölüm, IV.

gelmiş olmasıdır. Bununla birlikte suçtan zarar gören ile aldanan kişinin farklı olması halinde, suçtan zarar görecektir olan kişinin malvarlığı üzerinde hukukî tasarrufta bulunabilme yetkisinin olması gerekir. Aksi halde dolandırıcılık suçundan değil, hırsızlıktan veya güveni kötüye kullanmadan söz edilecektir.

Mağdurun aldanarak, kendi veya başkası zararına ve fakat fail veya başkası yararına tasarrufta bulunmasının sebebi, ortaya konulan hileli davranışlar olabileceği gibi; aldanma, mağdurun kendisini ilgilendiren başkaca bir nedenden de kaynaklanabilir. İlk durumda mağdurun aldatılması, ikinci halde ise mağdurun hatasından yararlanılması söz konusudur. Her iki ihtimal, gerek oluşum aşamaları ve gerekse sonuçları itibarıyla birbirlerinden farklıdır. Bu nedenle bu ihtimallerin ayrı ayrı incelenmesinin faydalı olacağını düşünüyoruz.

aa. Mağduru Aldatmak

Aldatmak kelime olarak; beklenmedik bir davranışla yanıltmak, karşısındakinin dikkatsizliğinden, ilgisizliğinden, gereği gibi uyanık olmayışından yararlanarak onun zararına kazanç sağlamak; birine verilen sözü tutmamak, yalan söylemek; bir şeyin görünürdeki durumu, o şeyin niteliği bakımından yanlış bir kanı vermek anlamlarına sahiptir⁴⁶⁷. Kelime anlamından da çıkartılacağı üzere, bir kişinin aldatılmasından bahsedebilmek için, aldanmaya sebebiyet verecek, dış kaynaklı bir etkenin bulunması gerekir. Aksi durumda kişide oluşan aldanma, dış etkenden değil de, kişinin kendisinden kaynaklı ise bu durumda aldatılmaktan değil, aldanmaktan bahsedilebilir.

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için gerekli olan hileli davranışlar çoğunlukla dış kaynaklı bir sebepten, yani fail tarafından yapılan davranışlardan kaynaklanmaktadır⁴⁶⁸. Bu nedenle fail tarafından ortaya konulan hileli davranışların, hedeflediği kişiyi aldatmış olması gerekir; aksi halde dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı

⁴⁶⁷ Türkçe Sözlük: s. 76-77.

⁴⁶⁸ Erem: Dolandırıcılık, s. 15; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 542; 11. CD., 26.07.2007, E. 2007/6860, K. 2007/5973: “Katılanın işlettiği işyerine gelerek sahte sürücü belgesiyle kendini Bülent Şimşek olarak tanıtip kiraladığı aracı teslim alan sanığın kira süresi bitiminde aracı geri getirmediği olayda, sürücü yönünden özel koşulun aranmaması nedeniyle sahte sürücü belgesi kullanılması ve gerçek kimliğinin gizlenmesi, başlangıçta katılanı hataya düşürüp aracın teslimini sağlamaya yönelik hile unsuru olarak kullanılmayıp, sonradan fiilin ve kimliğinin ortaya çıkmasını geciktirmek ve yakalanmayı önlemeye yönelik olduğundan, eylemin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak suçunu oluşturduğuna ilişkin kabul ve uygulamada bir isabetsizlik görülmediğinden, tebliğ namedeki bozma düşüncesine iştirak olunmamıştır.” (Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 602, dpn. 433).

açıkır⁴⁶⁹. Fail, yaptığı hileli davranışlar ile mağdurun fikri faaliyetleri üzerinde etkide bulunup, adeta onda psikolojik körlük yaratmaktadır⁴⁷⁰. Aldatılan kişi, fail tarafından ileri sürülen olguları, oluşan bu körlük nedeniyle, gerçek sanmalı veya en azından gerçeğe uygun olma ihtimalinden hareket etmelidir⁴⁷¹. Mağdur, bu hileli davranışlar ile oluşturulmuş algı ve psikolojik körlük nedeniyle, gerçekleştirdiği tasarrufun kendisine bir zarar vermediği inancını taşımalıdır⁴⁷².

Mağdurda oluşması gereken aldanma hali tamamen zihinsel bir olgu olup, kişinin kafasında oluşan düşünce ile gerçeğin birbirleri ile uyuşmamasını ifade eder. Malvarlığında meydana gelen zararın doğrudan sebebi, mağdurun aldanması değildir. Zarar, aldanma sonucu mağdurun kendisi veya başkasına ait malvarlığı unsurları üzerinde yaptığı tasarruf ile meydana gelir⁴⁷³.

Failin hileli davranışları ile mağdurun aldanması arasında sebep-sonuç ilişkisinin, yani nedensellik bağının bulunması zorunludur. Aldanma, failin hileli davranışlarından kaynaklanmayıp, başka bir nedenden kaynaklanıyor ise bu halde dolandırıcılık suçu oluşmaz⁴⁷⁴. Yukarıda değinildiği üzere, bu halde mağdurun hatasından

⁴⁶⁹ 11.CD, 05.06.2006, E: 2006/144, K. 2006/5115: “1990 doğumlu oğlu H.K’nın elinin yaralanması sonucu, komşusunun 2000 doğumlu oğlu R.T’ye ait Yeşil Kartını alarak Nusaybin Devlet ortopedi uzmanına muayene ettirmek isterken doktorun doğum tarihini fark etmesi sonucu yakalanması şeklinde gelişen olayda; sanığın hastane yetkililerini aldatabilecek nitelikte hile oluşturacak biçimde bir davranışının bulunmadığı gibi, muayene için gelen kişilerin ibraz ettiği belgedeki kişi olup olmadığını denetleme görevi bulunan görevli doktorun muayene edilen çocuğun kart sahibi olmadığını ilk bakışta anlaması nedeniyle dolandırıcılık suçunun yasal unsurları itibariyle oluşmadığı” (YKD, Kasım 2006, s. 1865-1867).

⁴⁷⁰ Ayhan Önder: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 367; YCGK, 24.11.1998, E. 1998/6-280, K. 1998/359: “Sanıkların eylem birliği içerisinde hile ve desiselerle mağdurların fikri faaliyetlerini etkiledikleri, onlarda psikolojik bir körlük yarattıkları, matematiksel işlem ve tablolarla üyelerde hatalı bir inanç meydana getirdikleri, çok para kazanılacağı vaadi, yüksek volümlü müzik, devamlı alkışlarla katılımcıların sağlıklı düşünme yeteneğinin ortadan kaldırıldığı, oluşan hatalı inanç ve kanaatle devamının sağlandığı, belirtilen sanıkların, toplantıya katılmalarından üye olunmasına kadar ki zaman içerisinde ustaca hazırlanmış mizansen ve yalanlarla mağdurları kandırdıkları, kullanılan hile ve desisenin mağdurların bulundukları sübjektif durum nazara alındığında kandırıcı nitelikte olduğu, sanıkların gerçek durumu açıklamadıkları zira, sistem gereği zincirin halkaları genişledikçe üye temin etmenin zorlaşacağı, belli bir müddet sonra üye temininin imkansız hale geleceği ve sistemin bu aşamada çökeceği, son üye olanların bu işleyiş içerisinde para kazanma olanağının bulunmadığı, bu durumun bilinçli olarak gizlendiği, bu eylemler nedeniyle mağdurlar zarara uğratılarak sanıkların haksız kazanç elde ettikleri, bir kısım mağdurların başlangıçta ödedikleri katılım bedelini daha sonra kendilerinin de üye bulmak suretiyle zararlarının giderilmiş olmasının sanıklar açısından oluşan suçu ortadan kaldırmayacağı, bu şekilde sanıkların eylemlerinin hukukî boyutları çıkıp cezaî sorumluluğu gerektiren dolandırıcılık suçu niteliğini aldığı anlaşılmıştır” (www.kazanci.com.tr; YKD, Şubat 1999, s. 238).

⁴⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 601.

⁴⁷² Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3580.

⁴⁷³ Toroslu: Özel Kısım, s. 180-181; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 457.

⁴⁷⁴ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 601-602; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 457; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 467.

yararlanarak yarar temin edilmek suretiyle zarara uğraması hali söz konusudur⁴⁷⁵. Şartların oluşması durumunda hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf veya hırsızlık gibi başkaca suçlar oluşabilecektir⁴⁷⁶. Daha önce de belirtildiği üzere, failin mağdurun hatasını düzeltme yükümlülüğünün bulunmadığı veya mevcut hatayı devam ettirecek aktif davranışlar içerisinde olmadığı takdirde, mağdurun içerisinde bulunduğu hatadan yararlanarak menfaat sağlanması durumunda dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır.

Fail tarafından hileli olarak oluşturulmuş ve muhatabına iletilmiş davranışların, mağduru aldatmaması mümkündür. Aldanmama, kullanılan hileli davranışların aldatmaya elverişli olmamasından kaynaklanabileceği gibi, mağdurun kişisel özellikleri nedeniyle hileyi fark etmiş olmasından dolayı da gerçekleşmemiş olabilir. Kanaatimizce ilk durumda, yani kullanılan hileli davranışların elverişli olmaması halinde işlenemez suçun varlığından; davranışların elverişli olmasına karşın mağdurun aldanmamış olması durumunda ise teşebbüs aşamasında kalmış dolandırıcılık suçundan bahsetmek mümkündür.

Yeni İtalyan Ceza Kanunu hileli davranışların somut olarak aldatmaya sebebiyet vermesini yeterli görmüş, mağdurun kişisel özelliklerini yani saflığını ve bilgisizliğini gözönüne almamıştır⁴⁷⁷.

Mağdurun aldatılması kadar, aldanma anının belirlenmesi de önemlidir. Mağdurun aldanması, kendisi veya başkası zararına faile menfaat temin etmesinden önce olmalıdır. Yarar elde edildikten sonra yapılan hileli davranışlar, sadece temin edilen menfaatin korunması veya teslim edilen şeyin mal edinilmesi amacıyla yapılabilir. Bu durumda dolandırıcılık değil, şartları var ise güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır⁴⁷⁸.

Yukarıda da belirtildiği üzere, fail tarafından ortaya konulan ve mağduru aldatmayı amaçlayan hileli davranışların gerçek bir kişiye yöneltilmesi gerekir⁴⁷⁹. Yapılan hilelin gerçek bir kişiye değil de, bilişim sistemine karşı yapılması ve bu şekilde mağdurun

⁴⁷⁵ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, 1, c.

⁴⁷⁶ 11.CD., 28.03.2007, 9398/2170: “Sanığın, oluşa uygun olarak sübutu kabul edilen, S adına gelen havalenin, soyadı benzerliğinden dolayı, banka görevlisi tarafından hata sonucu kendisine ödenmesinden sonra durumun fark edilip, bu havale bedelini istenmesine rağmen iade etmeyerek sahiplenmekten ibaret eyleminin, hata sonucu ele geçmiş eşyadan tasarruf suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç teşkil etmediğinden bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması” (Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 481).

⁴⁷⁷ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 344.

⁴⁷⁸ Erem: Dolandırıcılık, s. 16.

⁴⁷⁹ 11. CD., 09.06.2008, E. 2008/5591, K. 2008/5563: “a) Dolandırıcılık suçunda unsur olan hilenin gerçek kişiye yönelmesi ve hataya düşürülerek kendi veya bir başkasının mal varlığı aleyhine, sanık veya bir başkasının lehine bir işlemde bulunmaya yöneltilmesi ve bu işlem sonucunda sanığın kendine veya başkalarının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekir” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

zarar görmesine sebebiyet verilmesi durumunda diğer şartların varlığı durumunda TCK'nın 244 veya 245. maddesinde belirtilen suçlar; otomatlara yönelik olması durumunda ise TCK'nın 163. maddesinde belirtilen suç oluşabilecektir.

bb. Mağdurun Hatasından Yararlanmak

Mağdurun aldatılmasına dış kaynaklı sebepler etkili olmayıp; aldanma, mağdurun kendi iç dünyasında yer alan nedenlerden kaynaklanabilir. Öğretide bazı yazarlar, bu halde dolandırıcılık suçunun işlenemeyeceğini ileri sürmüşlerdir⁴⁸⁰. Bu görüş sahiplerine göre, aldanma mağdurun hatasından kaynaklanmış ise hilenin varlığından bahsedilemez. Bu durumda, aldanma ile hileli davranışlar arasında bulunması gerekli olan nedensellik bağı yoktur. Zira aldanmaya, mağdurun kendi hatası sebebiyet vermiştir. Dolandırıcılık suçunun oluşmasının sebebi, hileli davranışın hedeflediği kimsenin iradesinin etkilenip fail tarafından elde edilmesi, kendi malvarlığını koruyamayacak duruma getirilmesi ve sonrasında zarara uğramasına sebep olacak bir hukukî tasarrufta bulunmasının sağlanmasıdır. Mağdurun, kendi hatasının sonuçlarından sorumlu olması gerekir. Bu görüş taraftarlarına göre, maaş ödemesi yapan bir mutemedin, ödeme yaptığı kişilerin kimliklerini kontrol ederek çalışanlarından olup olmadığını incelemesi gerekir. Mutemedin kendisine yüklenen ve bu nedenle kendisinden beklenip istenen kontrol yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, çalışan olmayan bir kişinin, çalışan olduğuna dair sözlü beyanına itibar edip, bu kişiye ödeme yapması durumunda, mutemet kusurludur. Bu halde mutemet, aldanmasında kusurlu olduğundan dolayı kendisine karşı işlenen dolandırıcılık suçundan bahsedilemeyecektir.

Kanaatimizce mağdur yapması gerekenleri yapmayıp, dikkatli ve özenli davranmayarak hata etmiş ve bunun sonucunda, failin hileli davranışlarına kanmış ve zarara uğramış ise dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Dolandırıcılık suçunda aldatılan tüm mağdurların, aldanmalarında az veya çok kendi hatalarının bulunduğunu söylemek mümkündür. Somut her olayda, mağdur dikkatli davransaydı, failin hileli davranışları karşısında aldanmaması gerekirdi denilebilir. Zira her aldanma, aldanan kişinin bir hatasından kaynaklanır. Fail tarafından sergilenen ve mağdura yöneltilen hileli davranışlar ne kadar ustaca ve gerçekçi olursa olsun, bu hileli davranışlar ile aldanmayacak bir kişi her zaman bulunabilir. Bu da söz konusu hileli davranışların göreceli olduğunu

⁴⁸⁰ Mancı (nakleden Erem: Dolandırıcılık, s. 22); Manzini (nakleden Tümerkan: s. 60).

ortaya koyar. Göreceli olan bir olgu zamana, olaya ve kişiye göre değişkenlik gösterebilir. Dolandırıcılık suçunda var olan bu değişkenlik, mağdurların kişisel özellikleri, bilgi ve tecrübeleri ile hileli davranışların sergileniş tarzına bağlıdır. Mağdurun hatalı olmadığı bir dolandırıcılık suçunu göstermek olanaklı değildir. Mağdurun aldanmasına kendi hatasının mı, yoksa failin hileli davranışlarının mı sebep olduğunu belirlemeye çalışıp, bu belirlemeye göre suçun oluşup oluşmadığına karar vermek, dolandırıcılık suçunun oluşumunu imkânsızlaştırır. Zihinsel bu faaliyet hakime icrası ve denetimi zor bir görev yükler.

cc. Mağdurun İçinde Bulunduğu Hatalı Durumdan Yararlanma

Mağdurun zarar görmesine kendi hatasının sebebiyet verip vermemesinin, dolandırıcılık suçunun oluşumuna etkili olup olmadığını önceki başlık altında inceledik. Bununla birlikte mağdurda bulunan bir hatanın, mağdura söylenmeden ve onu bu konuda uyarmadan fail tarafından kullanılması, bu kullanım neticesinde mağdur zararına olacak şekilde fayda temin edilmiş olmasının dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceği üzerinde de durmak gerekir.

Karşılaştırmalı hukukta, İsviçre Ceza Kanunu’nun 148. maddesine göre⁴⁸¹, mağdurun içinde bulunduğu bir hatadan yararlanarak, haksız bir yararın elde edilmesi durumunda da dolandırıcılık suçu oluşabilecektir⁴⁸². Alman Ceza Kanunu’nun 263. maddesinde de dolandırıcılık çok geniş şekilde tanımlanmış ve dolandırıcılığı oluşturacak hileli davranışlar bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir⁴⁸³. Bu düzenlemeler çerçevesinde mağdurda mevcut bulunan bir hatadan faydalanarak yarar sağlanması dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecektir⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ İsviçre Ceza Kanunu’nun 148. maddesinde dolandırıcılık suçu şu şekilde tanımlanmıştır: “Kendisine veya bir başkasına haksız yarar sağlamak amacıyla olayları yanlış göstermek veya gizlemek suretiyle birisini hileli olarak hataya düşürür veya onun içinde bulunduğu hatayı hileli olarak kuvvetlendirir ve böylece aldatılanı, kendisinin veya bir başkasının malvarlığında zarar doğuran bir davranışa sevk ederse, beş yıla kadar hapis veya ağır hapis cezası ile cezalandırılır” (Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 589, dipnot.389; Mahmutoğlu: s. 279, dpn.279).

⁴⁸² Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 457.

⁴⁸³ Alman Ceza Kanunu’nun 263/1. maddesinde dolandırıcılık suçu şu şekilde tanımlanmıştır: “Kendisine veya bir başkasına malvarlığına ilişkin haksız bir menfaat elde etmek amacıyla gerçek dışı olayları gerçekmiş gibi göstermek veya gerçek olayları saklamak veya çarpıtmak suretiyle bir hata meydana getirerek veya böyle bir hatadan yararlanarak bir başkasının malvarlığına zarar veren kişi beş yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır” (Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 589, dipnot.389; Jescheck: s. 111-112).

⁴⁸⁴ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 554; Alman Ceza Kanunu’nun 263. maddesi “Her kim, ister yalan vakıalar dermeyer, ister hakiki vakaları tahrif veya gizlemek suretiyle olsun, kendisine veya üçüncü bir şahsa

Karşılaştırmalı hukuka paralel şekilde, 765 sayılı Yasa'nın 503/2. maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktaydı. Maddede mağdurda esasen var olan hatadan, hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanılması durumunda da dolandırıcılık suçunun oluşacağı düzenlenmişti⁴⁸⁵. Buna karşın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Yeni yasal düzenleme karşısında, mağdurda esasen var olan bir hatadan yararlanmak suretiyle menfaat temin edilmiş olması durumunda, dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı tartışılmalıdır. Savunulan bir görüşe göre, mağdurda var olan bir hatadan faydalanılarak menfaat temin edilmesi durumunda dolandırıcılık suçu oluşmaz. Zira dolandırıcılık suçu aktif bir davranış ile işlenebilir. Buna karşın mağdurun hatasından yararlanarak menfaat temin edilmesi halinde failin aktif bir davranışı bulunmayıp; mağdurun hataya düşmesine failin hileli davranışları sebebiyet vermemiştir⁴⁸⁶. Bununla birlikte fail, mağdurda var olan hatalı düşünceyi destekler mahiyette, mağdurun iradesini etkilemeye ve hatasını fark etmesini önlemeye yönelik etkin davranışlarda bulunmuş ise dolandırıcılık suçunun oluşumundan bahsedilebilecektir. Örneğin bir veznedarın fazladan para üstü verdiğini fark eden bir kişinin, veznedarın hatasını anlamasına engel olacak şekilde değişik sesler çıkartması veya gürültü yapması halinde dolandırıcılık suçunun varlığı kabul edilebilir⁴⁸⁷.

Aksi görüşü savunan yazarlara göre ise, mağdurun hatasından faydalanılarak yarar sağlanmış olması durumunda da dolandırıcılık suçu oluşabilir. Suçun oluşması için hataya düşürücü ilk hareketin failden gelmesi zorunlu değildir. Mağdurda bulunan aldanmışlık halinin, fail tarafından mağdura açıklanmayarak, devamının sağlanması da bir

gayri meşru nakdi bir menfaat temin etmek için başkasının servetine, o kimseyi hataya sevk etmek veya o kimsede mevcut hatayı kullanmak suretiyle zarar iras edecek olursa, dolandırıcılıktan dolayı tecziye edilir. Teşebbüs cezaı müstelzimdir" (Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 554'den naklen).

⁴⁸⁵ 765 sayılı Yasa'nın 503/2. maddesinde yer alan düzenleme, söz konusu maddeye 1990 yılında 3679 sayılı Yasa ile eklenmiştir.

⁴⁸⁶ Manzini, Pedrazzi (nakleden Tümerkan: s. 60); Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 554; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 454; Esen: s. 297; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 252; Dönmezer tarafından 765 sayılı TCK'nın 503/2.maddesinde açık düzenlemeye rağmen, dolandırıcılık suçunun oluşmayacağını belirten görüşüne katılmak mümkün değildir. Yazar bu konudaki görüşünü 1990 yılında 765 sayılı Yasa'nın 503/2.maddesi eklenmeden önce ortaya koymuş, ortaya koyduğu bu görüşünü 1990 yılında yapılan değişiklikten sonra da değiştirmemiştir. Yazarın görüşüne dayanak olarak gösterdiği fikirlerinin 503/2.maddedeki açık düzenleme karşısında geçerliliğini yitirdiğini düşünüyoruz.

⁴⁸⁷ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 252.

tür hiledir⁴⁸⁸. Bu görüş sahiplerine göre kanunun gerekçesinde, kişinin hatasından yararlanmak suretiyle yarar elde edilmesi ile de dolandırıcılık suçunun işlenebileceği izlenimi uyansa da, kanunda açıkça “hileli davranışlarla başkasını aldatma”dan söz edildiğinden, fail tarafından herhangi bir hileli davranışa başvurulmadığı takdirde dolandırıcılık suçunun oluşumundan söz edilemeyecektir. Bu halde dolandırıcılık suçunun oluşması için gerçekte hatalı bir algıya sahip bulunan mağdurun, bu hatasının failce güçlendirilmesi, arttırılması veya uzatılması ve bu durumundan faydalanarak yarar elde edilmesi gerekir⁴⁸⁹. Mesela kendisine spor totodan büyük bir ikramiye çıktığına inanan bir mağdurun bu hatasından yararlanarak, fail tarafından mağdura bir miktar para bağışlatılmış olması halinde dolandırıcılık suçu gerçekleşmiş olacaktır⁴⁹⁰.

Diğer bir görüşe göre ise, ceza hukukunda yer alan hareket kavramı, hem icraî ve hem de ihmali hareketleri kapsayan bir üst kavramdır. Koşulların gerçekleşmesi halinde ihmali davranış, icraî davranışa eşit sayılmaktadır. Bu kapsamda, failin, muhatabın içine düştüğü hatayı düzeltme yükümlülüğü bulunduğu durumlarda, bu yükümlülüğün aksine davranış sergilemesi ihmali bir davranıştır ve icraî davranışa eş değer niteliktedir. Failin hatayı düzeltme yükümlülüğünü yerine getirmemesi hileli davranış kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁹¹.

Özel hukukta, sözleşmenin oluşması aşamasında, taraflardan birinin iradesinin kendi yanılmasından dolayı sakatlanmış olması durumunda, düşülen yanılğı “esaslı” ise, yanılan (hataya düşen) taraf sözleşmeyle bağlı olmayacak (TBK, m.30), aksi takdirde sözleşme geçerliliğini koruyacaktır. Borçlar Kanununda yanılmanın üç şekilde olabileceği öngörülmüştür. Bunlar; açıklamada, saikte ve iletmede yanılmadır. Açıklamada yanılma halleri şunlardır (TBK m.31): 1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa, 2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa, 3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa, 4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa, 5. Yanılan, gerçekte

⁴⁸⁸ De Marsico (nakleden Tümerkan: s. 61); Erem: Dolandırıcılık, s. 15-16; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 531; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 604; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 467; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 542-543; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1390, 1392; Yalkut: s. 239.

⁴⁸⁹ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 604.

⁴⁹⁰ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 344.

⁴⁹¹ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 456.

üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa.

Saikte yanılma, esaslı yanılma değildir. Saikte yanılmanın esaslı kabul edilebilmesi için, saikin sözleşmenin temeli sayılabilmesi ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması gerekir. Ayrıca bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir (TBK m. 32).

İletimde yanılma ise, sözleşmenin kurulması aşamasında, sözleşmenin oluşumu açısından zorunlu olan iradelerin haberci veya çevirmen gibi araçlar vasıtasıyla yapıldığı durumlarda söz konusudur. Eğer irade açıklamasında aracı bulunan kişilerden dolayı yanılga oluşmuş ise, bu durumda da yanılmanın (hatanın) varlığından bahsedilebilecektir (TBK m. 33).

Yanılma tek başına sözleşmenin geçersizliğini doğurmaz. Yanılan taraf, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez. Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kastettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır (TBK m. 34).

Kanaatimizce, hareket kavramının icraî ve ihmali hareketleri kapsadığı kabul edilerek, şartların oluşması halinde ihmali bir davranışın icraî davranışa eşit sayılması gerektiği kabul edilmelidir. Bu halde failin, mağdurun içerisinde bulunduğu hatalı bir durumdan kurtulmasına yardım etme, onu bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu halde; bu yükümlülüğe aykırı hareket edip, bu durumdan faydalanarak yarar sağlaması halinde, failin davranışının icraî davranışa eş değer olduğunu kabul etmek gerekir. Failin bu konudaki yükümlülüğü yasadan, sözleşmeden veya teamüllerden kaynaklanabilir. Bununla birlikte bu tür bir yükümlülük altında bulunmayan bir kişinin, herhangi bir hileli davranışa başvurmaksızın, yalnızca mağdurun içinde bulunduğu hatadan yararlanmış olması dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermez.

2. Netice Ögesi: Aldatılan Kişinin Kendisinin veya Başkasının Zararına Olarak Faile veya Başkasına Yarar Sağlaması

a. Suçun Neticesi ve Suç Neticesinin Önemi

Failin hareketleri ile dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe suçun sonucu veya neticesi denilir. Meydana gelen tüm değişiklikler değil, hukuk tarafından önem atfedilen değişimler suçun neticesi olarak kabul edilir⁴⁹². Doğal anlamda, neticesiz hareket düşünülemeyeceği için, neticesiz suç da olamaz⁴⁹³. Bazı hallerde yasa koyucu neticeyi göstermez ve hareketin yapılmasıyla suçun tamamlanmış olduğunu kabul eder. Bu halde suç sayılan fiil, genel anlamda neticeye sahip harekettir. Neticenin gösterilmediği bu gibi hallerde de bir neticenin varlığı kabul edilir ve bu amaçla bu tür suçlara “neticesi harekete bitişik suçlar” adı verilir⁴⁹⁴.

Neticesine göre suçları belirli ayrımlara tabi tutmak ve sınıflandırmak mümkündür. Buna göre suçlar; neticenin sayısına göre tek neticeli ve çok neticeli olarak ikiye ayrılabilir. Yine neticelerin harekete bitişik olup olmamalarına göre suçları, harekete bitişik neticeli suçlar (biçimsel suçlar, salt hareket suçları), hareketten ayrılabilen suçlar (maddi suçlar, sonuçlu suçlar) olarak sınıflandırmak da mümkündür⁴⁹⁵.

Fail tarafından yapılan hareketler ile korunan hukukî varlık veya menfaatler ortadan kalkmış veya zarara uğramış olabilir veya bu varlık veya menfaatlere zarar verme ihtimali yani bunların tehdidi söz konusu olabilir. Bu durumda maddi bir zararın veya zarar ihtimalinin meydana gelmesine göre suçlar, zarar suçları ve tehlike suçları olarak ikiye ayrılabilir.

Hareket yapıldıktan sonra sonuç hemen meydana gelebileceği gibi, sonucun belirli bir süre devam etmesi ve kesintisiz olarak sürmesi de söz konusu olabilir. Sonucun hemen meydana gelmeyip belirli bir süre kesintisiz devam etmesi durumunda mütemadi suçtan; aksi durumda ise ani suçtan bahsetmek mümkün olacaktır⁴⁹⁶.

⁴⁹² Kunter: s. 75 vd.; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 125.

⁴⁹³ İçel: Suçların İçtimai, s. 28.

⁴⁹⁴ Kunter: s. 107; İçel: Suçların İçtimai, s. 28.

⁴⁹⁵ Kunter: s. 88-90; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 126.

⁴⁹⁶ Kunter: s. 90-91; Ayhan Önder: “Mütemadi Suç”, İHFM, 1963, C. XXIX, S. 1-2, s. 75-120; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 132.

b. Suçların Neticeye Göre Sınıflandırılması Açısından Dolandırıcılık Suçunun Gösterdiği Özellik

Yukarıda yapılan açıklamalar göz önüne alındığında, dolandırıcılık suçunun tek veya çok neticeli suç olup olmadığı tartışmalıdır. Zira burada varılacak sonuç ile dolandırıcılığın hukukî olarak çok konulu bir suç olarak kabulü arasında sıkı bir bağ vardır. Dolandırıcılık suçunu çok hukukî konulu suç olarak kabul ettiğimizde, bu suç çok neticeli suç kategorisinde mütalaa edilebilecektir. Yani, failin hileli hareketi, ilk olarak kişinin aldatılması sonucunu doğuracak ve sonrasında aldanan kişi malvarlığına zarar verici bir işlemde bulunarak ikinci sonuç, yani zarar meydana gelecektir⁴⁹⁷. Böylece dolandırıcılık suçu çok hareketli suç görünümü kazanmış olacaktır.

Aksi durumda, yani dolandırıcılık suçunun tek hukukî konulu suç olarak kabulü halinde, bu suç tek neticeli suç görünümünü kazanacaktır. Bu halde netice, failin hareketleri ile aldatılan kişinin malvarlığına zarar verici bir işlem yapması olacaktır. Yukarıda, dolandırıcılık suçunun hukuki konusunun incelendiği bölümde yaptığımız değerlendirmeden de anlaşılacağı üzere, kanaatimizce dolandırıcılık tek hukuki konulu bir suçtur. Buna paralel olarak, bu suçun tek neticeli bir suç olduğunu düşünüyoruz.

Dolandırıcılık suçunda failin hileli hareketi ve meydana gelen zarar arasında zaman açısından bir birliktelik söz konusu değildir. Yani, failin hileli hareketi ile kişinin aldatılması ve sonrasında kendisini veya başkasını zarara uğratacak hukukî bir tasarrufta bulunması arasında belirli bir sürenin geçmesi gerekmektedir. Bu, suçun doğasında bulunan bir zorunluluktur. Dolandırıcılık suçunda kat edilmesi gereken suç yolu (*iter criminis*) incelendiğinde konu daha net anlaşılacaktır. Suç yolunda ilerleyen fail önce hileli hareketlerde bulunacak, bu hareketler hedeflenen kişinin iradesi üzerinde bir baskı unsuru oluşturarak aldatılmasına sebebiyet verecek, kişinin hileli hareketlerle aldatılarak elde edilen iradesi ile kendisi veya başkası zararına bir tasarrufta bulunması sağlanacak, yapılan bu tasarruf ile fail kendisi veya başkası lehine bir menfaat temin edecektir. Görüleceği üzere, failin hileli hareketi ile sonuç arasında belirli bir mesafenin katedilmesi ve bu mesafe geçilirken belirli bir zaman aralığının varlığı zorunludur. Bu yüzden dolandırıcılık, sonucu hareketten ayrılabilen (maddi, sonuçlu) bir suçtur.

⁴⁹⁷ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 452; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 130-131.

Dolandırıcılık suçunun bir zarar suçu olduğu, tehlike suçu olmadığı hususu genel olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁸. Bu kabul, kanuni düzenlemenin açık bir sonucudur (TCK m.157). Zira dolandırıcılık suçunda mağdurun zarar görmesi, söz konusu zararın fail veya fail vasıtasıyla başka bir kişinin yararına olması gerekir. Ancak, dolandırıcılık suçunu çok hukukî konulu suç olarak kabul ederek, bu suçun hem malvarlığına ve hem de irade özgürlüğüne karşı işlenen bir suç olduğunu savunan yazarlar, bu suçun salt zarar suçu olduğunun söylenemeyeceğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, irade özgürlüğünün ihlal edilmesiyle, kişinin hukukî varlığı zarar görmüş olacağından bir zarar suçunun varlığından bahsedilebilir. Ancak yasa koyucunun, hileli davranışlara karşı kişilerin irade özgürlüğünü korumak isteyen amacı gözönüne alındığında, dolandırıcılık suçu bir tehlike suçu olabilir⁴⁹⁹. Bu görüş taraftarları dahi, dolandırıcılık suçunun yasada düzenleniş şeklini gözönüne alarak, bu suçun bir zarar suçu olduğunu kabul etmektedirler⁵⁰⁰.

Dolandırıcılık genel olarak “*ani suç*” olarak kabul edilmektedir. Ancak kimi durumlarda bu suçun mütemadi suç olmaya elverişli olduğu görüşü ortaya atılmıştır. Bu görüşü savunanlar mütemadi suçları zorunlu olan ve olmayan mütemadi suçlar olarak ikiye ayırarak incelemişler ve dolandırıcılık suçunun zorunlu olmayan (olası) mütemadi suçlardan olabileceğini savunmuşlardır⁵⁰¹. Görüşlerini desteklemek için biletsiz olarak trene binilmesi durumunu örnek olarak vermişlerdir. Buna göre, hileli davranışlarla biletsiz olarak trene binilmesi durumunda, trenin hareketiyle birlikte haksız çıkar sağlanmış, zarar meydana gelmiş ve dolandırıcılık suçu oluşmuş olur. Yolculuğun başlamasıyla suç meydana gelmiş, aynı yolculuğun sürmesiyle de sonucu temadi etmiştir. Buradaki yolculuk, suçun kurucu unsurudur ve trenden inildiği veya inmek zorunda kalındığı ana değin sürer. Dolandırıcılık suçunun bittiği (veya tükendiği) zaman dilimi, yolculuğun bittiği andır⁵⁰².

Kanaatimizce bu örnekten yola çıkılarak dolandırıcılık suçunun ani suç olma vasfı yanında, mütemadi suç şeklinde de işlenebileceğini kabul etmek mümkün değildir. Hileli yollarla biletsiz veya yanıltıcı bir bilet ile trene binildiği ve trenin hareket ettiği anda, fail haksız yarar elde etmiş ve dolandırıcılık suçu tamamlanmış olur. Failin trenden inmesinin veya indirilmesinin suçun oluşumu ve tamamlanması ile bir ilgisi yoktur. Ani ve

⁴⁹⁸ Erem: Dolandırıcılık, s.18; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3580; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 344; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 128-129.

⁴⁹⁹ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 128-130.

⁵⁰⁰ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 75 vd., 128-130.

⁵⁰¹ Bu görüşler için bkz: Selçuk: Dolandırıcılık, s. 133.

⁵⁰² Selçuk: Dolandırıcılık, s. 133.

mütemadi suç ayırımında önemli olan nokta, sonucun belirli bir süre devam edip etmemesidir⁵⁰³. Dolandırıcılık suçunda sonuç, meydana gelen zarardır. Zarar meydana geldiğinde bu suç tamamlanmış ve sona ermiş olur. Meydana gelen zararın miktarı suçun oluşumunu değil, sadece verilecek cezanın miktarını veya türünü etkileyebilir. Biletsiz veya sahte bilet ile yapılan tren yolculuğu örneği üzerinden konuyu incelersek; trenin hareket etmesi ile bilet miktarı kadar, yani kişinin vermesi gereken ancak vermemesi ile meydana gelen zarar, bilet tutarına karşılık gelen miktardır. Failin tren yolculuğu sırasında, herhangi bir durakta inmesi veya indirilmesi meydana gelen zararın miktarını etkilemez. Sadece failin kastının yoğunluğu konusunda yapılacak bir değerlendirme için hâkime yardımcı bilgiler verebilir. Zira verilen örnekte, devam eden bir sonuç yoktur.

Verilen örneği biraz daha geliştirip ayrıntılı hale getirirsek yaptığımız değerlendirme farklılaşabilir. Şöyle ki; binilen trenin bilet fiyatlandırmasının gidilecek güzergâhın uzunluğuna göre farklılık göstermesi mümkündür. Bu halde, failin elde edeceği yarar, yolculuk devam ettiği sürece değişkenlik gösterecek ve sürekli artacaktır. Gidilecek mesafenin uzunluğuna göre fail daha çok yarar elde edecektir. Failin indiği veya indirildiği durak, elde ettiği yararın miktarını göstermesi açısından, yapılacak yorumda önemli olacaktır. Failin hileli hareketinde bir farklılık ve suç kastında bir kesinti meydana gelmediğinden tek bir dolandırıcılık suçunun varlığı kabul edilip; inilen veya indirilen durağa göre failin temin ettiği yarar hesaplanacaktır. Bu husus failin eyleminin hâkim tarafından değerlendirilmesi sırasında gözönüne alınacaktır.

c. Malvarlığı Kavramı ve Kapsamı

aa. Genel Olarak

Ceza kanunları tarafından kişisel veya toplumsal varlık yâda menfaatlerin ihlalinin cezalandırılmasının sebebi, bireylerin insanca yaşamalarını ve bunun güvencesini temin etmektir. Çağdaş ceza hukuku bu amacına uzun bir tarihi seyir sonrasında ulaşmıştır. Mülkiyet, yani malvarlığına ilişkin varlık veya menfaatler, çağdaş toplumlarda bireyler açısından çok önemlidir. Malvarlığına ilişkin hakların veya menfaatlerin korunması insanın varlığı ve sağlıklı gelişimi ile doğrudan ilişkilidir. Bu nedenle klasik hukukçular, malvarlığına karşı işlenen suçları, doğal haklara karşı işlenen suçlar arasında inceleme

⁵⁰³ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 132.

eğilimi göstermişlerdir⁵⁰⁴. Fonksiyonel açıdan toplumsal işlevine uygun ve pragmatik yönden toplum ve insan yararına kullanılan mülkiyet, insanın yaşam hakkı için elinde bulundurulması gereken bir araçtır. Günümüz dünyasında, siyasi rejimlerin hemen hepsinde, kişilerin ihtiyaçlarını karşılamak için özel mülkiyet adıyla mülkiyet hakkının tanınması, bu hakkın kişiler açısından gerekliliğini ve vazgeçilmezliğini ortaya koymaktadır⁵⁰⁵.

Bir kişinin parayla değerlendirilebilen hak ve borçlarının tümü olarak tanımlayabileceğimiz malvarlığı terimi, özel hukuk tarafından oluşturulmuş soyut bir kavramdır⁵⁰⁶. Bu kavramın tanımı pozitif hukuk tarafından yapılmamış, öğreti ve uygulamada hukukçular tarafından kapsam ve sınırları belirlenmeye çalışılmıştır. Kişilik kavramı doğrultusunda gelişen ve bu paralelde kişiden ayrılamayacağı ve onunla bir bütün olduğu şeklinde yapılan klasik malvarlığı anlayışı, günümüzde önemini yitirmiştir. Bunun yerine, kişiye bağlı haklardan farklı olarak malvarlığının, görünüşte bir bütün ancak içerisinde parçalanabilir öğeler barındırdığı, hukukî ilişkiler sayesinde aktarılabilir haklardan oluştuğu anlayışı gelişmiştir. Merkezinde mülkiyet hakkının olduğu hukukî bir kavram olan malvarlığı terimi, ağırlık merkezini değer kuramının oluşturduğu ekonomik bir kavram olan servetten, yani ekonomik malvarlığından farklıdır. Bazen birbirleri yerine kullanılsalar dahi malvarlığı, ekonomik malvarlığı terimini de kapsayan daha geniş bir anlama sahiptir. Ekonomik malvarlığı sadece, insanın ihtiyaçlarını karşılayan nesneleri belirtmek için kullanılırken; malvarlığı, ekonomik değeri olan tüm haklar ve borçları ifade etmektedir⁵⁰⁷.

Türk Ceza Kanununda malvarlığına karşı işlenen suçlar, Kanun'un ikinci kitabının, kişilere karşı suçlar isimli ikinci bölümünün, malvarlığına karşı suçlar adlı onuncu bölümünde düzenlenmiştir (TCK m. 141-169)⁵⁰⁸. Malvarlığına karşı işlenen

⁵⁰⁴ G. Jale Akipek: Mülkiyet, Ankara 1971, s. 3-8.

⁵⁰⁵ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 23.

⁵⁰⁶ Hafizoğulları/Özen: s. 299; Aybay/Aybay: s. 195; Hafizoğulları: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 4; Erdem. Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 497; Hasan Erman: "Türk Ceza Kanununda Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Yetersizliği", İÜHFM, 1975, C.XLI, S. 1-2, s. 135; Francesco Antolisei: (Çeviren: Uğur Alacakaptan) "Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar", AÜHFD, 1962, S. XIX, S. 1-4, s. 68.

⁵⁰⁷ Hafizoğulları: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 3-5; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 24; Antolisei: s. 70-71.

⁵⁰⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu sistematğinde "malvarlığına karşı suçlar" düzenlenmesinin, ceza kanunu sistematği içerisinde "kişilere karşı suçlar" başlıklı ikinci kısım altında düzenlenmesi eleştirilmiştir. Buna göre, malvarlığı kavramı kişinin bir niteliği kabul edilemez. Suçların tasnifinin sistematik yorum yönünden taşıdığı önem gözönüne alındığında, kanunun bu düzenlemesi yerinde değildir. Modern hukuk düzenlerinde, malvarlığı unsurlarına karşı işlenen suçlar, kişiye veya kişilere karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmemektedir. (Hafizoğulları/Özen: s. 298-299).

suçların büyük bölümü Türk Ceza Kanunu'nun belirtilen maddeleri arasında düzenlenmiş ise de, gerek Kanun'un diğer maddelerinde ve gerekse özel kanunlarda malvarlığına karşı işlenen suçlara ilişkin daha başka düzenlemeler de bulunmaktadır. Orman, köy içme suları, seçim, karayolları ve trafik, su ürünleri, kültür ve tabiat varlıkları hakkındaki özel yasalarda da malvarlığına karşı işlenen suçlara ilişkin ifadeler vardır. Bu düzenlemelerdeki ortak özellik, failin eyleminin maddi konusunun malvarlığına ilişkin bir nesne olmasıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun malvarlığına karşı işlenen suçlar başlığı altında yer verilen suçların maddi ve hukukî konuları arasında bir benzerlik bulunmaktadır. Bu suçların hukukî konuları malvarlığına ilişkin varlık veya menfaatlerdir. Bu suçlar dışında kalan, gerek Kanun'un diğer maddelerinde ve gerekse özel düzenlemelerde yer verilen malvarlıklarına karşı işlenen suçların maddi konularının aynı olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Yine baskın görüşe göre, bu suçlar ile korunan hukukî menfaatler aralarında farklılıklar göstermektedir. Örneğin, resmi bir belgenin yok edilmesi suçunun (TCK m. 205) hukukî konusu, belgelere karşı beslenen kamu güvenidir. Yine binanın yanmasına veya yıkılmasına sebebiyet verilmesi suçunda (TCK m. 170) korunan hukukî menfaat bireysel değil, kamusaldır. Bu suç ile korunan mülkiyet hakkı değil, tehlikeye doğrudan veya dolaylı olarak maruz kalan kişilerin mal ve can güvenliklerinin, yani kamu esenliğinin güvence altına alınmak istenmesidir⁵⁰⁹.

Dolandırıcılık suçu daha önceden de belirtildiği üzere, mevzuatımızda malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. Bu suçun hukukî konusu, öncelikli olarak kişilerin malvarlıklarına ilişkin varlık veya menfaatlerinin korunmasıdır. Dolandırıcılık suçu hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve yağma suçlarından farklı olarak malvarlığı içerisinde yer alan belirli unsurlara yönelmiş bir suç olmayıp, malvarlığının tüm öğelerine karşı işlenebilen bir suçtur⁵¹⁰. Bu nedenle malvarlığı kavramının hangi unsurları içerdiğinin belirlenmesi önemlidir. Aşağıda malvarlığı kapsamına nelerin girdiği, inceleme konumuz olan suç bağlamında kısaca incelenecektir.

bb. Malvarlığı Kavramının Kapsamı

Malvarlığı kavramının anlamı konusunda öğretide *özdeşlik* (bağımlılık) ve *özerklik* adı altında iki teori geliştirilmiştir. Özdeşlik teorisine göre malvarlığı,

⁵⁰⁹ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 17-18.

⁵¹⁰ Antolisei: s. 71.

birbirlerinden bağımsız hak ve borçların tümüdür. Bu kavramın anlamı ceza hukuku ve özel hukuk açısından aynı olup, bu içerik ceza hukuku tarafından değiştirilemez. Ceza hukuku tarafından yapılması gereken, malvarlığına ilişkin yapılan ihlallerin yaptırım altına alınmasıdır⁵¹¹.

Özerklik teorisi taraftarları, ceza hukukunu diğer hukuk dallarının egemenliği altına sokan ve onların yaptırımcısı seviyesine indirgeyen görüşü kabul etmeyerek; bu hukukun başka hukuk dalları tarafından korunan haklara yönelik ihlallere, özel ve bireysel açıdan değil, toplumsal yarar ve genel barış açısından yaklaşarak, yaratıcı yapısıyla yeni bir içerik ve biçim verdiğini ileri sürmüşlerdir. Buna ek olarak ekonomik ve sosyal gelişmelerin günümüzde suç algısını da değiştirdiğini, diğer hukuk dallarının bir ihlali geniş bir bakış açısıyla yaptırım altına almakta yetersiz kaldıklarını, ceza hukukunun başka hukuk dalları tarafından tanınmayan yeni yükümlülükler yarattığını, bu şekilde hukukî varlık ve menfaatlere yeni ve özgün anlamlar kazandırdığını belirtmişlerdir⁵¹².

Özdeşlik kuramının kabulü halinde ceza hukukunun uygulanma alanının, kendisi tarafından değil, başka hukuk dalları tarafından belirlendiği ve olabildiğince daraltıldığı açıktır. Bu sakıncaları ortadan kaldırmak açısından ileri sürülen özerklik teorisinin kabulü halinde ise, tersine bir durum ile karşılaşarak ceza hukukunun, diğer hukuk dallarından bağımsız ve bağlantısız olduğu ve kapsam ve sınırının kendi kuralları çerçevesinde belirlenebileceği akla gelebilir. Özerklik kuramının geniş şekilde kabul edilmesi sakıncalıdır. Ceza hukuku, başka dallardaki hukukî varlık veya menfaatleri korumaya yönelmişse, bunlara yeni anlam ve içerik kazandırma konusunda dikkatli ve özenli davranmak gerekir. Özerkliğin sınırı, yargı kararlarında ve öğretilerde ileri sürülen görüşler ve ilgili hukukî varlık veya menfaatin kökeni gözönüne alınarak, hukukî ilişkilerde güveni sarsmayacak şekilde belirlenmelidir. Hukuk düzenindeki bütünlük korunmalı, ancak bu endişe ile ilgili kavramların esasları karmaşaya yol açacak şekilde yozlaştırılmamalıdır. Ceza hukuku hâkimi, bu hususları gözönüne alarak özel hukuk tarafından geliştirilen kavramları kökenlerinden koparmadan ceza hukukunun kurallarıyla denetlemeli, muhtemel çatışmaların önüne geçmeli, ancak gerektiğinde bunlara yorum yoluyla ayrı bir anlam verebilmelidir⁵¹³.

⁵¹¹ Ayrıntılı ilgi için bkz. Selçuk: Dolandırıcılık, s. 25; Antolisei: s. 82 vd..

⁵¹² Ayrıntılı ilgi için bkz. Selçuk: Dolandırıcılık, s. 25-26.

⁵¹³ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 26-27.

Özel hukuk tarafından malvarlığı, parasal değeri olan hak ve borçlar olarak tanımlanmıştır. Bu tanım ceza hukuku açısından da kabul edilebilir. Bu tanımda yer verilen “parasal değer” ölçütünün ceza hukuku açısından geniş anlaşılması gerekir. Zira ekonomik değeri olmayan bir anı/hatıra eşyasının, örneğin bir fotoğrafın veya mektubun, “parasal bir değerinin olduğundan bahsedilemeyeceğinden, özel hukuk anlamında malvarlığına dâhil olmadığını kabul etmek gerekir. Ancak bu unsurlara karşı gerçekleştirilen haksız eylemlerin yaptırımsız kalmaması açısından, ceza hukukunca, ekonomik değeri olmayan bir eşyanın da korunması gerekir. Ceza hukukunca, kişiler açısından değeri olan her şey malvarlığı kavramı içerisinde değerlendirilecek ve bunlara karşı yapılan haksız eylemler de yaptırım altına alınacaktır⁵¹⁴.

Bu anlatılanlara paralel olarak malvarlığının organik bir bütün olduğu görüşü ileri sürülmüş, özel hukuk açısından genel olarak kabul edilebilecek bu görüş, ceza hukuku açısından her zaman kabul edilmemiştir. Kimi suçlar malvarlığında yer alan belirli unsurlara karşı işlenebilir. Örneğin hırsızlık suçu sadece taşınabilir mallara karşı işlenebilen bir suçtur. Yine iflas suçları sadece alacak haklarına karşı işlenebilen suçlardandır. Buna karşın kimi suçlar ise malvarlığının herhangi bir ögesine karşı işlenebilir. Dolandırıcılık, malvarlığında yer alan sadece taşınırlara karşı değil taşınmaz mallara veya alacaklara karşı da işlenebilen maddi konusu geniş bir suçtur. Bu nedenle ceza hukuku açısından malvarlığı organik bir bütün değil, çeşitli unsurlardan oluşan bir haklar kümesidir⁵¹⁵.

Malvarlığına ilişkin varlık veya menfaatleri ayni ve şahsi haklar olarak iki grupta toplamak mümkündür. Kişisel ihtiyaçları karşılayan nesneler üzerinde tasarrufta bulunma ve başkalarının bunlara saygı duyulmasını isteme hakkının bulunduğu ayni hakları mülkiyet hakkı ve zilyetlik oluşturmaktadır. Mülkiyet hakkı sahibine, nesne üzerinde sahiplenme, kullanma, gelirini elde etme ve üzerinde tasarrufta bulunma hakkı sağlayan en güçlü haktır. Kişilerin mülkiyet hakkı Anayasal düzeyde korunmuş ve ceza hukuku açısından güvence altına alınmıştır. Zilyetlik hakkı ise, kişiye nesne üzerinde, mülkiyet hakkının verdiği genişlikte olmamakla birlikte, fiili olarak egemenlik

⁵¹⁴ Hafizoğulları: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 4; Hafizoğulları/Özen: s. 301; Erdem. Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 497.

⁵¹⁵ Hafizoğulları: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 5; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 29, 55.

sağlamaktadır. Bu fili egemenlik sayesinde kişi, nesne üzerindeki bu hakkını, malikin gözetimi altında olmaksızın, bağımsız olarak herkese karşı ileri sürebilir⁵¹⁶.

Aynı haklardan farklı olarak, şahsi haklar herkese karşı değil, sadece ilişkide bulunulan kişiye karşı ileri sürülebilen, mutlak değil göreceli haklardır. Alacak ve borçlardan doğan haklar şahsi haklar kapsamında değerlendirilir. Ceza hukuku açısından şahsi hakların korunması, aynı haklara nazaran sınırlıdır. Ceza hukuku özel durumlar haricinde, kişiler arasında oluşturulan hukukî ilişkilere müdahalede bulunarak, yaptırımlar öngörmemektedir. Ceza hukukunun müdahalede bulunduğu durumlarda ise korunan hukukî yarar kişisel değil toplumsaldır. Kişisel yararların ceza hukuku tarafından dolaylı olarak korunması söz konusudur. Sözleşmeden doğan hakların yerine getirilmedikleri bazı durumlarda, şartları bulunduğu güveni kötüye kullanma veya dolandırıcılık suçları oluşabilir⁵¹⁷.

cc. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında Malvarlığını Oluşturan Varlık Veya Menfaatler

Dolandırıcılık suçu yönünden malvarlığı kavramı kapsamının ne olduğu hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bir kısım yazarlarca *salt ekonomik malvarlığı teorisi* savunulmuştur. Bu görüş temsilcilerine göre malvarlığı, bir kişinin para ile ölçülebilir her türlü menfaatinin ifade etmektedir. Buna karşılık olarak *salt hukuksal malvarlığı* adı verilen başka bir görüşe göre, ekonomik bir değer taşıyıp taşımadığına bakmaksızın, malvarlığına ilişkin her türlü hak ve yükümlülük malvarlığı kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Bu görüş doğrultusunda, malvarlığı kapsamında mütalaa edilen bir hakkın her türlü kaybı veya yükümlülüklerinin artırılması malvarlığına ilişkin bir zarar olarak kabul edilmektedir. Bu iki teoremin dışında, karma teori olarak adlandırılan *hukuksal-ekonomik malvarlığı teorisine* göre malvarlığı, bir kişinin sahip olduğu hukuk düzeninin koruması altında bulunan ekonomik değerlerin bütününe ifade etmektedir⁵¹⁸.

Eski ceza kanunundan farklı olarak yeni düzenlemede, dolandırıcılık suçunun tanımında “haksız çıkar sağlama” yerine, sadece “yarar sağlama” ibaresine yer verilmiştir.

⁵¹⁶ Hafizoğulları/Özen: s. 311-316; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 30-31; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 605; Oğuzman/Selici: Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 49.

⁵¹⁷ Hafizoğulları: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 4; Hafizoğulları/Özen: s. 301; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 31-32; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 605.

⁵¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 605; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 543; Jescheck: s. 111.

Öğretide önceki yasa döneminde ileri sürülen görüşlerde, madde metninde yer alan “çıkar” ibaresinin geniş yorumlanması gerektiği, bunun kapsamına ekonomik değeri bulunan nesnelerin yanında, manevi değeri bulunan nesnelerin de girmesi gerektiği genel olarak kabul edilmekteydi. Bu nedenle bir kişinin hizmetinden yararlanma, nesnelerin kullanılması, mağdur için manevi değeri olan ve fakat parasal değeri olmayan eşyaların dolandırıcılık suçunun maddi konusunu oluşturabileceği ileri sürülmüştür⁵¹⁹.

Önceki yasal düzenlemede yer alan “çıkar” ibaresi ile, yeni düzenlemede yer alan “yarar” kelimesi arasında kanaatimizce esaslı farklılıklar yoktur. Bu nedenle, öğretide “çıkar”ın kapsamına ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerin, yeni ceza kanunu döneminde de kabul edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Yani dolandırıcılık suçunun konusunu, malvarlığının herhangi bir unsuru oluşturabilir. Bu kapsamda sadece taşınır mallara karşı değil, taşınmaz mallara karşı da dolandırıcılık suçu işlenebilir. Bunlara ek olarak herhangi bir hak veya şahsi hizmette bu suçun konusunu oluşturabilir. Örneğin dolandırılanın, dolandırana karşı hayırsever bir hareketle iyilik etmesi, dolandıranın mağduru akrabası olduğuna inandırarak, mağdurdan tedavi yardımı veya benzeri yardımlar almış olması hallerinde, yasa tarafından aranan yarar şartı gerçekleşmiş sayılır⁵²⁰.

Kişilerin malik veya zilyet oldukları hak veya menfaatler ile, şahsi ilişkileri çerçevesinde sahip oldukları alacakları ve altına girdikleri borçları malvarlıklarının çerçevesini oluşturur. Dolandırıcılık suçunun mülkiyet veya zilyetlik altında bulunan varlık veya menfaatler ile alacak hakkına karşı işlenebileceği tartışmasıdır. Ancak mahiyeti itibarıyla, malvarlığı unsurları içerisinde yer alan borçlara karşı dolandırıcılık suçunun işlenmesi olanaksızdır. Zira kişilerin borçlarının üstlenilmesinde, dolandıran kişinin herhangi bir yararı bulunmamaktadır. Aksine böyle bir hal, mağdurun yararına bir durumdur.

d. Mağdurun Zarara Uğraması

aa. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında Zarar Kavramı

Malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından “zarar” ve “yarar” kavramları birinci derecede önem taşırlar. Zarar, sadece dolandırıcılık suçu açısından değil, diğer

⁵¹⁹ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 80.

⁵²⁰ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 344; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 79-82.

malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından da zorunlu bir unsurdur. Zararı kısaca, malvarlığını meydana getiren değerlerin bütünündeki bir eksilme olarak tanımlamak mümkündür. Yani malvarlığı içerisinde yer alan aktiflerdeki azalma veya pasiflerdeki artış zarara sebebiyet verecektir⁵²¹. Dolandırıcılık suçunda failin amacı, hileli hareketler ile, hedeflediği kişide psikolojik körlük meydana getirerek iradesini etkileyip teslim alarak, kendi veya başkasının lehine ve fakat mağdurun veya üçüncü bir kişinin aleyhine menfaat temin etmektir. Bu nedenle dolandırıcılık suçunun oluşması için mağdurun zarara uğraması, buna paralel olarak faile veya üçüncü bir kişiye bir şey vermesi, bu kişiler lehine bir borç yüklenmesi veya bir hakkından vazgeçmesi gerekmektedir⁵²².

Mağdurun aldanması, tamamen zihinsel bir olgudur. Mağdurun aldanması tek başına, dolandırıcılık suçunun oluşumu için gerekli olan, malvarlığına ilişkin bir zararın oluşumuna sebebiyet vermez. Mağdurun, aldatılma sonucunda malvarlığında zarara neden olabilecek aktif bir davranışının olması, yani malvarlığı unsurları üzerinde tasarrufta bulunması gerekir⁵²³. TCK'nın 157. maddesinde dolandırıcılık suçunun tanımı yapılırken fail tarafından *“hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak”* hareket edilmesi gerekliliği açıkça belirtilmiştir. 765 sayılı TCK'nın 503. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak yeni düzenlemede, elde edilecek yararın haksızlığına özel bir vurgu yapılmamıştır.

Mağdurun uğradığı zararın malvarlığı unsurları kapsamında olması gerekir. Bu kapsamda zarar, ilgilinin malvarlığının aktiflerinde eksilme ve pasiflerinde artış olması anlamını taşır. Dolandırıcılık tehlike suçu olmayıp, bir zarar suçudur⁵²⁴. Zararın fiilen meydana gelmiş olması, dolandırıcılık suçunun oluşması için gereklidir. Muhtemel bir zararın bu suça sebebiyet verip vermeyeceği tartışmalıdır. Örneğin, gerçekleşmesi muhtemel bir kârdan mahrum kalma durumunda bu suçun oluşup oluşmayacağı tereddütlüdür. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre; arzuların tatmin edilmemesi, bir umut konusunda hayal kırıklığına uğranması, hukukî değerden yoksun bulunan bir senedin alınması veya geleceğe yönelik bir zarar ihtimalinin belirmesi dolandırıcılık suçuna

⁵²¹ Antolisei: s. 76-77; Hafizoğulları/Özen: s. 307.

⁵²² Erem: Dolandırıcılık, s.18; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 341; Mahkeme tarafından gerekçeli kararda, mağdurun zararının ve fail tarafından temin edilen yararın ne olduğu açıklanmalıdır.

⁵²³ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 532; Önder: Mala Karşı Cürümler, s. 364.

⁵²⁴ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 459; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 605; Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 562; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 75 vd, 128-130; Tümerkan: s. 65; Hafizoğulları: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 8; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 543.

sebebiyet vermez⁵²⁵. Zira mağdurun elde edeceği kâr, malvarlığına dâhil olan bir unsur değildir. Bu görüşe katılmayan yazarlar konuyu ikili bir ayrıma tabi tutarak inceleyip, kârın elde edilmesinin kesin olduğu hallerde, bu kârın mağdurun malvarlığına dâhil olduğu kabul edilerek, bu tür kârların dolandırıcılık suçunun konusunu oluşturabileceğini; buna karşın kâr elde etmenin muhtemel olduğu hallerde ise bu kârın, mağdurun zararı olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürülmüşlerdir⁵²⁶. Aynı doğrultuda ileri sürülen bir görüşe göre mağdurun ümitlerinin ve beklediği yararın gerçekleşme ihtimalinin olasılığı ile malvarlığına etkisi gözönüne alınarak zarar kavramı içinde değerlendirilebileceği savunulmuştur⁵²⁷. Teorik olarak kabul edilebilecek son iki görüşün pratikte uygulamasının, ispatındaki güçlük nedeniyle çok zor olduğu kanaatindeyiz.

Buna karşın Fransız doktrininde mağdurun zarara uğramış olup olmamasının, dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından bir unsur olup olmadığı tartışmalıydı. Fransız Ceza Kanununda yapılan değişiklik sonucunda, mağdurun zarar görmesi dolandırıcılık suçunun bir unsuru olarak kabul edilerek sorun çözülmeye çalışılmıştır⁵²⁸.

İngiliz teori ve uygulamasında, dolandırıcılık suçunun oluşması açısından mağdurun zarara uğrama veya zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalmasının gerekli olmadığı, failin kendisine veya başkasına yarar elde etmek amacıyla hileli davranışlar oluşturmasının tek başına dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceği kabul edilmektedir⁵²⁹. ABD mevzuatı ve uygulamasında bir kısım dolandırıcılık türleri açısından (örneğin posta dolandırıcılığı (mail fraud) ve telefon dolandırıcılığı (wire fraud) suçun oluşumu için mağdurun maddi yönden doğrudan zarar görmesi mümkün ancak zorunlu görülmemiştir. Mağdurun zarar görme tehlikesi/ihtimalinin doğması suçun oluşması için yeterlidir. Bu çerçevede hileli davranışlar ile şirkete ait bilgilerin elde edilmesi veya gizli verilerin elde geçirilmesi de zarar olarak kabul edilmiştir⁵³⁰.

⁵²⁵ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 533; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 605; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 543; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 461.

⁵²⁶ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 471; Logoz (Erem: Dolandırıcılık, s. 19'dan naklen); Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 459; Yılmaz/Ergün: s. 14.

⁵²⁷ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 459.

⁵²⁸ Garraud suçun oluşması için, suça konu şeyin alınarak failin yarar sağlamasının yeterli olduğunu, bunun için mağdurun zarar görmesine gerek olmadığını savunurken, Garcon, suçun oluşması için bir zarar meydana gelmesinin şart olduğunu belirtmişti (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 469'dan naklen).

⁵²⁹ Withey: s. 229; Tadros: s. 953; İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s.11.

⁵³⁰ Briscoe: s. 1260-1261.

Mağdurun uğradığı zarar herhangi bir zarar değil, malvarlığına ilişkin bir zarar olmalıdır. Zira dolandırıcılık suçu daha önceden de belirtildiği üzere malvarlığı unsurları aleyhine işlenen bir suçtur. Bu nedenle malvarlığına dâhil olmayan ve bu kapsama girmeyecek unsurlara karşı dolandırıcılık suçunun işlenmesi mümkün değildir⁵³¹. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, failin hileli hareketleri neticesinde mağdurun sadece manevi yönden zarar görmesi, dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermez.

Hileli davranış ile aldatılan kişiyle, malvarlığında zarar meydana gelen kişi farklı olabilir. Bu nedenle zararın aldatılan kişinin malvarlığında meydana gelmesi zorunlu değildir. Aldatılan kişinin eylemi ile üçüncü bir kişinin malvarlığı zarar görmüş olabilir⁵³².

Mağdurun uğradığı zarar ile elde edilen yararın örtüşmesi gerekir. Yani mağdurun zararına olarak failin veya üçüncü bir kişinin elde ettiği yarar, suçtan zarar gören kişinin (mağdurun) malvarlığından elde edilmiş olmalıdır⁵³³. Mağdurun zararına olarak elde edilen yarar, gerçek bir kişinin malvarlığına dahil olabileceği gibi, bir tüzel kişiliğin malvarlığına da dahil olmuş olabilir.

Dolandırıcılık suçunun oluşması açısından ortada bir zararın bulunması gerektiğinden, bu suçun mağdur ve failinin aynı kişi olması olanaklı değildir. Buna karşın failin, ortak olduğu bir şirket aleyhine olarak dolandırıcılık suçunu işlemesi mümkündür. İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen bir olayda, şirket adına bazı faaliyetlerde bulunmuş olduğunu belirtip masraf yaptığından bahisle şirketten para alan şirket ortağını, masraf yapmadığının ve beyanlarının gerçek dışı olduğunun belirlenmesi nedeniyle dolandırıcılıktan sorumlu tutmuştur. Mahkemeye göre kişinin şirket sermayesine ortak olması suçu ortadan kaldırmaz⁵³⁴.

Kanaatimizce limitet, kollektif ve anonim şeklindeki ortaklıklarda, ortakların şirkette belirli bir oranda hisseleri vardır. Kişilerin paylarının, şirket malvarlığında somut olarak neye karşılık geldiğini belirlemek imkânsızdır. Bu nedenle pay sahiplerinden birinin hileli davranışlar sergileyerek, ortaklığın zararına olarak yarar temin etmiş olması durumunda, temin edilen menfaatin her halde diğer ortaklara zarar vereceği kabul

⁵³¹ Hafizoğulları/Özen: s. 307; Önder: Mala Karşı Cürümler, s. 378; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 605; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 345.

⁵³² Tezcan/Erdem/Önok: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 500; İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s.4, 12.

⁵³³ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 345.

⁵³⁴ Erem: Dolandırıcılık, s. 18.

edilmelidir. Bu şekilde davranan pay sahibi, şartları olduğu takdirde dolandırıcılık suçunun faili olabilecektir.

Mağdurun, malvarlığı unsurları üzerinde kendisi veya üçüncü bir kişi zararına yapacağı tasarruf, icraî şekilde gerçekleşebileceği gibi, bu davranış kendisini ihmali olarak da gösterebilir. Borçlunun alacaklısına karşı hileli davranışlar sergileyerek, alacağının zamanasımına uğradığına inandırmasından dolayı, alacaklının dava açmaktan vazgeçmesi nedeniyle uğranılan zarar, mağdurun ihmali bir davranışı ile meydana gelmiş olacaktır. Yine benzer şekilde, protesto edilmesi gereken bir senedin protesto edilmesinin şart olmadığının ileri sürülerek, mağdurun ikna edilip senedin protestosunun engellenmesi halinde zarara mağdurun ihmali hareketi sebebiyet vermiş olacaktır⁵³⁵. Kimi durumlarda alacağın zamanında alınmasını önlemek de Yargıtay tarafından mağdurun zararı kapsamında değerlendirilmiştir⁵³⁶.

bb. Zararın Belirlenmesi

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için aldatılan kişinin kendisi veya başkasının zararına olarak, kendisinin veya başkasının malvarlığı unsurları üzerinde tasarrufta bulunması gerekir. Malvarlığında oluşan zarar unsurunun, malvarlığına karşı işlenen bütün suçlarda olduğu gibi objektif ölçülere göre belirlenmelidir⁵³⁷. Mağdurun zarar konusundaki sübjektif değerlendirmeleri, beklentileri ve yorumu bu tespitte gözönüne alınmamalıdır. Objektif ölçü, insanların çoğunluğunun ortak değer yargısı esas alınarak belirlenecektir⁵³⁸. Bu belirleme yapılırken, somut olay bir bütün halinde incelenmeli ve mağdurun veya üçüncü kişinin malvarlığı durumu da bu merhalede göz önünde alınmalıdır. Ancak zararın tereddüde yer bırakmayacak şekilde ortaya konulması gerekir⁵³⁹.

Mağdurun uğradığı zararın malvarlığı unsurları kapsamında olduğu, tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirlenmelidir. Bununla birlikte, mevcut değil ancak ileride

⁵³⁵ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 532; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 344-345; Toroslu, s. 181, 184; Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, bir alacağın takip edilmesinin hileli davranışlar ile önlenmesi durumunda zararın oluşacağını yerinde bir kararı ile kabul etmiştir (CGK., 3.5.1965, E. 1965/6-165 K. 1965/175, Tümerkan: s. 68).

⁵³⁶ “Suç tarihinde gerçek adı N.A. olan ve katılandan satın olduğu mobilya karşılığı verilen 6 adet senette gerçeğe aykırı olarak adını Pınar olarak göstermek suretiyle ödemeyi geciktiren sanığın eyleminde, yüklenen dolandırıcılık suçunun unsurlarının olduğu gözetilmeden...” (11. CD., 16.10.2008, 4460/10341, Taşdemir: s. 40).

⁵³⁷ Antolisei: s. 77; Hafizoğulları/Özen: s. 307.

⁵³⁸ Toroslu: Özel Kısım, s. 183; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 345; Antolisei: s. 77.

⁵³⁹ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 27.

gerçekleşebilecek muhtemel zararın, dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet verip vermeyeceği incelenmelidir. Öğretide muhtemel zararların bu suça neden olmayacağını savunan yazarlar bulunduğu gibi⁵⁴⁰; aksi görüşü savunan yazarlar da vardır⁵⁴¹. Son görüş taraftarlarına göre, elde edilebilecek kârın kesin olduğunun kabul edildiği durumlarda, bu miktar dolandırıcılık suçunun maddi konusu olabilecektir. Teorik olarak savunulabilecek bu görüşlerin, uygulanmasının zor olduğunu düşünüyoruz. Zira bir kişinin malvarlığının aktifinde yer almayan, ancak, ticari teamüller ve piyasa şartları incelendiğinde malvarlığının aktifinde yer almasına kesin gözüyle bakılan değerlere karşı dolandırıcılık suçu işlenebilir. Zira hileli davranışlar nedeniyle aldatılan mağdurun, kendisi veya başkasının malvarlığına eklenmesi muhakkak olan artı bir değerden vazgeçmiş olması veya başkasına aktarması halinde, zarar gördüğü kabul edilmelidir.

Mağdurun aldatılarak zarara uğramasının sağlanması ile haksız yarar temin edilmesinin eş zamanlı olması veya yararın aldatılmadan sonra elde edilmiş olması gerekir. Önceden doğan bir borçtan kurtulmak amacıyla fail tarafından hileli davranışlarda bulunulması dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermez. Bu halde hileli davranışlar ile zarar arasında bir sebep-sonuç ilişkisi kurulamayacağından, bulunması gereken nedensellik bağı ortadan kalkmış olacaktır⁵⁴². Örneğin, daha önceden yapılan bir alış verişi nedeniyle doğan borcun vadesi geldiğinde, borçlunun borcuna karşılık olarak alacaklıya sahte bir çeki vermesi; alacaklının çeki kabul ettikten sonra bankaya ibraz ettiğinde durumun ortaya çıkması halinde dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Çekin alacaklıyı kandırdığı ve kişileri aldatmada elverişli olduğu açıktır. Ancak, sahte çekin verilerek alacaklının aldatılması ile borçlunun elde ettiği bir yarar veya oluşan yeni bir zarar bulunmamaktadır. Bu halde borçlu, eylemi nedeniyle ancak sahtecilik suçundan sorumlu tutulabilecektir.

⁵⁴⁰ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 533; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 605; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 543; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 461.

⁵⁴¹ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 471; Logoz (Erem: Dolandırıcılık, s. 19'dan naklen); Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 459; Yılmaz/Ergün: s. 14.

⁵⁴² CGK, 03.03.1998, E. 1998/6-8, K. 1998/69: "...Dolandırıcılık suçuna ilişkin bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi, mağdur veya bir başkasına verilen zarar, sanığın hileli söz ve davranışlarından sonra ve bu nitelikteki söz ve davranışların sonucu olmalıdır. Önceden oluşmuş bir zarar, veya doğmuş bir borç için, sanığın müştekiye karşı hileli davranışlarda bulunması halinde, dolandırıcılık suçu oluşmaz. Zira karşı taraf, zararın veya alacağının varlığından haberdar olup zarar veya borç, kandırıcı nitelikteki davranışlar sonucu oluşmamıştır" (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3580-3581).

cc. Mağdurun Uğradığı Zararın Kapsamı

Mağdurun zarara uğradığını tespit etmek kadar, uğranılan zararın nitelendirilmesi ve ölçülmesi de önemlidir. Zira mağdurun uğradığı tüm zararları değil, malvarlığına ilişkin olanlar dolandırıcılık suçunun konusunu oluşturabilecektir. Bu nedenle malvarlığını oluşturan öğelerden hangilerinin, dolandırıcılık suçunun maddi konusunu oluşturduğunu belirlemek gerekir.

Malvarlığını sahip olunan maddi varlıklar, alacaklar ve haklar ile borçlar oluşturur. Mağdur, kendisine veya başkasına ait malvarlığında yer alan bu öğeler üzerinde tasarrufta bulunarak faile veya başkasına yarar sağlayabilir. Malvarlığında ilişkin tasarrufun konusu, taşınır ve taşınmaz mallar olabileceği gibi, haklar ve borçlar da olabilir⁵⁴³. Daha öncede belirttiğimiz üzere dolandırıcılık suçunun mahiyeti gereğince malvarlığına dahil olan borçlara karşı bu suçun işlenmesi olanaklı değildir. Netice olarak malvarlığına dahil bulunan diğer unsurlar, dolandırıcılık suçunun maddi konusunu oluşturabileceklerdir. Mağdurun aldatılarak, hukuka aykırı bir yükümlülük altına girdiğinde, söz konusu yükümlülük hukukî değerden yoksun bulunacağından ve mağdurun zararı olarak kabul edilemeyeceğinden, dolandırıcılık suçu kapsamında bir zarar olarak kabul edilemez ve bu suça dayanak oluşturmaz⁵⁴⁴.

Mağdurun uğradığı zararın belirli bir süre devamlılık göstermesi, dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından gerekli değildir. Kısa bir süre devam eden zarar da malvarlığı bakımından, tehlike değil, zarar kavramı içinde değerlendirilmelidir⁵⁴⁵. Yasa koyucu kullanma hırsızlığına ilişkin özel bir düzenleme yapmasına karşın (TCK m. 146), benzer bir düzenlemeye dolandırıcılık suçu açısından yer vermemiştir. Bu nedenle failin, mağdurun zararına olarak ve fakat iade etmek amacıyla yarar elde etmesi; elde ettiği bu yararı daha sonra sahibine geri vermiş bulunması, dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından önemli değildir. Failin iade yönündeki irade ve hareketi, hakim tarafından kastın belirlenmesinde ve yoğunluğunun tespitinde veya cezasının bireyselleştirilmesinde gözönüne alınabilir.

⁵⁴³ Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Konusu, s. 718-719.

⁵⁴⁴ Toroslu: Özel Kısım, s. 187.

⁵⁴⁵ Hafizoğulları/Özen: s. 310; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 460; İngiltere Dolandırıcılık Kanunu'nun uygulanması açısından da, failin kendisine veya üçüncü bir kişi yararına elde etmeyi niyet ettiği yararın sürekli olmasını isteyip istememesi, suçun oluşumu açısından önemsizdir. Menfaat çok kısa süreli olarak elde edilmiş olsa dahi dolandırıcılık suçu gerçekleşecektir (İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s. 4-12).

Failin mağdurun uğradığı zararı, belirli bir süre sonra aynen iade veya tazmin şeklinde karşılaması, suçun oluşumunu engellemez⁵⁴⁶. Böyle bir durumda fail hakkında, zararın giderildiği an gözönüne alınarak, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkündür (TCK m.168).

Hile sonucu uğranılan zarar ile buna paralel elde edilen yarar arasında objektif olarak bir eşitlik bulunması beklenir. Buna karşın mağdurun, failin veya üçüncü bir kişinin malvarlığına dahil ettiği değerin kullanılması mümkün olmasa dahi, zararın oluştuğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, tarım araç ve gereçleri satışı yapan bir temsilcinin, hileli davranışlar ile aldattığı bir köylüye, o yörede kullanılması mümkün olmayan bir tarım aletini gerçek fiyatına satmış olsa dahi, satın alan kişisi açısından bir zararın oluştuğu kabul edilerek, diğer şartların da varlığı halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağı savunulmuştur⁵⁴⁷. Bu halde fail tarafından, tarım aletinin mevcut özelliklerinin gizlenip, olmayan özelliklerinden bahsetmek suretiyle hileli davranışlarda bulunup muhatap aldatılarak tarım aleti satılmışsa, bu aleti alan kişinin zarara uğradığının ve buna paralel olarak satıcının ise yarar elde etmiş olduğunun kabulü gerekir kanaatindeyiz. Eylem bu şekilde gelişmemişse, alıcının kullanamayacağı bir tarım aletini almış olması nedeniyle zararı olduğu söylenebilir ise de, satıcı tarafından ortaya konulan hileli bir davranışın varlığından söz edilemeyeceğinden dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır.

Dolandırıcılık suçunun tanımında, zararın parasal olması gerektiği izlenimini verecek şekilde “kazanç elde etme” ibareleri kullanılmamış; bunun yerine “yarar sağlama” ibaresine yer verilmiştir. “Yarar sağlama”, “kazanç elde etme” ibaresine göre daha geniş bir anlama sahip olup, ekonomik ve manevi yönden elde edilebilecek değerleri de kapsamaktadır. Bu nedenle mağdurun sahip olduğu, parasal değeri olmayan ve fakat manevi değere haiz eşyaları da malvarlığına dahil kabul edilerek, bunlar da dolandırıcılık suçunun konusu olabilir⁵⁴⁸. Bundan dolayı ceza hukuku açısından malvarlığının ifade ettiği anlam, özel hukuktaki manasına nazaran daha geniştir. Ancak öğretide salt manevi değeri

⁵⁴⁶ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 470; Erem: Dolandırıcılık, s. 18, 23; 11 CD, 26.01.2011, E. 2010/14835, K. 2011/390: “Sanığın iş arkadaşı olan Zariye Acar’a ait kimliğin üzerine kendi fotoğrafını koyarak çektiği fotokopiye T.C. kimlik numarası eklemek suretiyle oluşturduğu kimlik fotokopisini kullanarak Zariye Acar adına bankadan 6000TL kredi çektiğinin sübut bulduğu ve kredi taksitlerinin ödenmesinin ancak etkin pişmanlık hükümleri açısından değerlendirilebileceği gözetilmeden 765 sayılı TCK’nun 504/1 (5237 sayılı TCK 158/1.j) maddeleri gereğince mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine hükmedilmesi” bozmayı gerektirmiştir (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁵⁴⁷ Hafizoğulları/Özen:s.403; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 534; Toroslu: Özel Kısım, s. 183-184; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 461.

⁵⁴⁸ Toroslu: Özel Kısım, s. 183; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Konusu, s. 718-719.

olan eşyaların, malvarlığı açısından bir zarar oluşmasını arayan dolandırıcılık suçunun konusu olamayacağı savunulmuştur⁵⁴⁹.

Dolandırıcılık suçu kapsamında uğranılan zarar ve elde edilen yarar kapsamında, malvarlığı içerisinde yer alan unsurlar ile bazı özel durumlar aşağıda inceleme konusu yapılacaktır.

i. Maddi Şeyler

Sahip olunan menkul ve gayrimenkul mallar dolandırıcılık suçunun konusunu oluşturabilirler. Dolayısıyla kişinin sahip olduğu bu değerlerin, hileli hareketler ile elinden alınması durumunda zarara uğranıldığı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Doktrinde ve uygulamada gerek taşınır ve gerekse taşınmaz mallara karşı dolandırıcılık suçunun işlenebileceği konusunda görüş birliği olduğunu söylemek mümkündür.

Hileli yollarla zengin bir kişiyle evlilik bağının kurulmasının dolandırıcılık suçuna sebebiyet verdiği düşünülebilir. Ancak hileli yollarla evlilik yapılmış olmasını tek başına dolandırıcılık olarak saymak olanaklı değildir. Bununla birlikte evlenme vaadinde bulunarak, karşı taraftan para veya maddi yararlar sağlanması halinde dolandırıcılık suçu oluşacaktır⁵⁵⁰.

ii. Alacaklar

Kişinin sahibi olduğu, başka birisinde bulunan alacak hakkına karşı da dolandırıcılık suçu işlenebilir. Fail hileli hareketleri ile mağdurun başkasında bulunan bir alacak hakkının kendisine devredilmesini temin ederek, dolaylı yoldan zarara uğramasına sebebiyet verebilir. Bu halde mağdur, malvarlığında mevcut olan bir unsurun, malvarlığından çıkması nedeniyle değil, malvarlığına dahil olacak olan bir alacağının hileli yollarla malvarlığına katılmasının önlenmesi suretiyle zarara uğramaktadır.

⁵⁴⁹ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 605; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 466-468; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Konusu, s. 719.

⁵⁵⁰ Erem: Dolandırıcılık, s. 3; Jacoby: s. 678; 11. CD., 16.3.2005, 3583/1131: “Emekli astsubay olan ve mali sıkıntı içinde olduğu anlaşılan sanığın, Ege Ordu Komutanının korumasını olduğunu belirterek ve asker kimliğini göstererek şikayetçiyle tanıştığı, daha sonraki görüşmelerine birkaç kez astsubay elbisesiyle geldiği, evli olmasına rağmen bekar olduğunu söyleyip evlenme teklifinde bulunduğu, şikayetçinin kabul etmesi üzerine evlilik işlemleri için nüfus cüzdanını aldığı, çocuklarına iş bulacağı vaadinde bulunduğu, bu şekilde hileli davranışları sonucu şikayetçinin güvenini kazandıktan sonra ticari amaçlı araç alıp satacağını söyleyerek, şikayetçiden değişik zamanlarda 30.000 TL tutarında para aldığı, karşılığında iyi niyetli olduğunu göstermek üzere silahını bırakıp, senet imzaladıktan sonra ortadan kaybolduğunun anlaşılmasına göre yüklenen dolandırıcılık suçunun tüm unsurları ile gerçekleştiği...” (Taşdemir: s. 46).

Mağdurun alacak hakkını hileli hareketler ile faile devretmesi durumunda fail çoğu zaman, söz konusu alacağı hemen tahsil etmek imkânına sahip olmayacaktır. Dolayısıyla failin elde ettiği yarar hukuken gerçekleşmiş ise de, söz konusu menfaatin gerçekten elde edilmesi belirli bir zaman alacaktır. Bu durumda suçun oluşup oluşmayacağı, oluşacaksa hangi anda oluşacağı tartışmalıdır⁵⁵¹. Öğretide alacak hakkının hukuken mağdurun elinden alınarak, failin yetki ve tasarrufuna girmiş olması durumunda suçun tamamlanacağını söyleyen yazarlar olduğu gibi; söz konusu alacak hakkının hukuken fail tarafından elde edilmiş olması anında değil, alacak hakkının tahsil edilip aktif olarak fail tarafından kendisi veya başkasının malvarlığına dâhil edildiği anda suçun oluşacağını, aksi takdirde suçun teşebbüs aşamasında kalacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır⁵⁵².

Sorunu çözümlemek için malvarlığı kavramının salt olarak özel hukukta yapılan tanımından yola çıkmak bizi farklı sonuçlara götürebilir. Malvarlığının özel hukukça yapılan tanımından yararlanmak gerekir; ancak bu tanımın ve malvarlığı unsurlarının ceza hukuku açısından değerlendirmesinin farklı olabileceği göz önünde tutulmalıdır.

Kanaatimizce alacak hakkının elde edilmesine yönelik hileli hareketler yapılarak, mağdurun aldatılıp alacak hakkının fail tarafından mağdur zararına olarak elde edildiği anda dolandırıcılık suçu tamamlanmış olmaz. Zira alacak hakkının mağdur tarafından devriyle, failin malvarlığının aktifinde gerçek anlamda bir artışın olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu bağlamda yarar, alacak hakkının devir alınması ile değil, alacak borçlusunun, borcunu muhatabına (faile veya başkasına) ödediği anda sağlanmış olur. Borçlu tarafından ediminin yerine getirilmiş olduğu tarihte mağdur gerçek anlamda zarar görmüş ve fail de yarar sağlamış olacaktır. Borçlunun edimini yerine getireceği tarihe kadar mağdur, hileli hareketler nedeniyle aldatıldığını anlayarak, bu edimin yerine getirilmesinin önüne geçebilir. Bu durumda icra hareketlerine fiili olarak başlanılmış; ancak tamamlanıp kendisinden beklenen yarar elde edilmediğinden dolayı teşebbüs aşamasında kalmış bir eylemden bahsetmek gerekir⁵⁵³.

⁵⁵¹ Tümerkan: s. 65-69.

⁵⁵² Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 461-462.

⁵⁵³ İleride suçun özel görünüş şekilleri incelenirken görüleceği üzere, suçun tamamlanma anına kadar fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin

Alacak kavramına nakdi alacaklar girebileceği gibi, bir şey yapma veya yapmama ya da kişiye menfaat sağlayabilecek herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilip getirilmemesi de bu bağlamda mütalaa edilebilir.

iii. Sunulan Hizmetler

Hileli davranışlar yapılarak bireyler veya kurumlar tarafından sunulan hizmetlerden yararlanılması halinde dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığı konusu tartışmalıdır. Zira hizmetlerden yararlanmak suretiyle menfaat elde edilmesi halinde, temin edilen yararın ve oluşturduğu zararın kapsam ve niteliğinin belirlenmesi zordur.

Hile ve aldatıcı davranışlarla başkalarının hizmetlerinden yararlanılması İngiltere Dolandırıcılık Kanunu kapsamında, dolandırıcılığın özel bir türü olarak düzenlenmiştir. Buna göre, para karşılığı verilen hizmetlerden, hileli ve aldatıcı davranışlarla bedelin tamamını veya bir kısmını ödemeksizin yararlanma eylemi suç olarak kabul edilip cezalandırılmaktadır (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m.11). Ancak sunulan hizmetlerden karşılıksız yararlanılması sırasında çoğu kez ödemenin daha sonradan yapılacağına dair yalan/yanıltıcı/hileli sözlerde bulunulabilir. Bu durumda ise eylem Dolandırıcılık Kanunu’nun 2. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçuna da sebebiyet verebilecektir. Her iki düzenleme için öngörülen cezalar birbirinden farklı olduğundan, eylemlerin nitelendirilmesinde failin niyetinin çok iyi değerlendirilmesi gerekir⁵⁵⁴. Ödeme isteği ve yeteneği olmaksızın telefonla veya internet üzerinden yemek sipariş edilmesi, ücret karşılığında izlenebilen kanalların temin edilen şifre kırıcı program veya araçlar vasıtasıyla ücretsiz olarak seyredilmesi, üyelere özel hizmet veren kulüplerin sundukları hizmetlerden ücret verilmeden ya da üye olunmadan yararlanılması hallerinde hizmetlerden karşılıksız yararlanma suçu oluşabilecektir⁵⁵⁵. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere İngiliz hukukunda “hizmet” kavramı, kişisel hizmetleri de kapsar şekilde geniş şekilde algılanmakta, kurumlar tarafından veya makinalar vasıtasıyla verilen hizmetler de bu bağlamda değerlendirilmektedir.

Kişilerin üretkenliği ve bedensel olarak iş yapma güçlerinin/emeklerinin bireyin şahsına sıkı sıkıya bağlı olduğu, bu nedenle malvarlığının konusunu

gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz (TCK m.36/1). Bu nedenle bu hususta kabul edilecek görüş, gönüllü vazgeçme (TCK m.36) ve teşebbüs (TCK m.35) açısından önemlidir.

⁵⁵⁴ Withey: s. 229; İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s.9.

⁵⁵⁵ Withey: s. 233-234; İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s.10; Bu haliyle İngiliz hukukunda dolandırıcılık, hareket suçu (conduct crime) olarak kabul edilip düzenlenmiştir (Withey: s. 229).

oluşturamayacağı ileri sürülmesine karşın⁵⁵⁶; bizimde katıldığımız genel kabul, bu halde de dolandırıcılık suçunun oluşacağı yönündedir⁵⁵⁷. Bu halde fail, mağdurun bedensel gücünden faydalanmak suretiyle, başkalarına belirli bir bedel karşılığında yaptıracığı işi, herhangi bir parasal karşılığı olmaksızın yaptırmakta; bu şekilde vermediği ancak vermesi gereken meblağ kadar yarar sağlamaktadır.

Kişiler tarafından sağlanan hizmetler çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Bunlar, kişilerin bedensel güçlerini kullanarak yapacakları hamallık, ustalık veya amelelik gibi faaliyetler olabileceği gibi, dolandırıcının dolandırılan tarafından misafir edilmesinin sağlanması şeklinde de gözükabilir⁵⁵⁸. Kişilerin entelektüel birikimlerinin de kişisel hizmetlere konu olabileceği kabul edilmelidir. Kanaatimizce bu kapsamda, belirli bir miktar para karşılığında cinsel ilişkiye giren bir hayat kadının hileli davranışlar ile aldatılarak, herhangi bir ödemede bulunmadan cinsel ilişkiye girmesinin sağlanması ve bu şekilde cinsel arzuların karşılıksız olarak tatminin sağlanmış olması halinde de dolandırıcılık suçunun oluştuğundan bahsedilebilir. Ancak bu konu öğretilerde tartışmalıdır. Savunulan bir görüşe göre cinsel arzuların karşılıksız olarak tatmin edilmiş olması halinde dolandırıcılık suçunun oluşabileceği belirtilirken⁵⁵⁹; bu görüşü kabul etmeyen ve sağlanan yararın parasal bir değer taşıması gerektiğini söyleyen yazarlara göre, bu halde dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır⁵⁶⁰.

Kişisel hizmet kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bireyler tarafından kişisel hizmetlerin belirli bir bedel karşılığında kullanıma sunulması mümkün olduğu gibi, bedelsiz olarak icra edilmeleri de muhtemeldir. Geçimini hamallık veya işçilik yaparak sağlayan bir kişinin, kişisel hizmetleri karşılığında belirli bir ücret talep etmesi veya buna yönelik bir beklenti içerisine girmesi olağandır. Yapılan bu hizmetlerin piyasa şartları altında oluşan ortalama bir fiyatı vardır. Bu tür mesleklerle uğraşan kişilerin hileli davranışlarla aldatılarak bedelsiz olarak sundukları hamallık veya işçilik hizmetlerinden yararlanılmış olması halinde kendilerinin zarar gördüğü ve buna karşın hileli davranış sergileyen kişinin yarar sağladığı açıktır. Böyle bir durumda dolandırıcılık suçunun oluşacağını düşünüyoruz.

⁵⁵⁶ Hafızogulları: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 4.

⁵⁵⁷ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 468; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 344.

⁵⁵⁸ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 344.

⁵⁵⁹ Erem: Dolandırıcılık, s. 17; Manzini (Erem: Dolandırıcılık, s. 17'den naklen).

⁵⁶⁰ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 466-467.

Buna karşın gerçekte ücret karşılığı hamallık veya işçilik ile uğraşmayan ve hayatlarını bu mesleklerden kazanmayan kişilerin aldatılarak kendilerinden yarar temin edilmiş olması halinde dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı sorunu iki ihtimalli olarak çözüme kavuşturulabilir. Birinci ihtimalde hamallık veya işçilik ile uğraşmayan ancak fail ile yaptıkları anlaşma çerçevesinde belirli bir ücret kararlaştıran kişilerin aldatılarak hizmetlerinden bedelsiz yarar sağlanması durumunda dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Ancak herhangi bir karşılık beklentisi içerisinde olmadan, failin hileli davranışları neticesinde aldanarak faile veya üçüncü bir kişiye hizmet sunulmuş olması halinde dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Zira son ihtimalde fail veya üçüncü bir kişi yarar sağlamış olmasına karşın mağdurun herhangi bir gerçek veya muhtemel bir zararı bulunmamaktadır. Mağdur aldatılmış olmanın etkisiyle manevi olarak zarara uğramış olduğundan, zararının tazminini özel hukuk hükümleri çerçevesinde talep edebilecektir.

Kanaatimizce Yasamızda, dolandırıcılık suçunun tanımında kullanılan “yarar” kavramı içerisine, maddi karşılığı verilmek suretiyle elde edilebilecek, kişisel hizmetlerinde girdiği kabul edilmelidir. Fail hileli davranışlar ile bu hizmetlerin mağdur tarafından yapılmasını sağladığı ve karşılığını vermediği veya eksik verdiği durumlarda yarar sağlamaktadır. Sağlanan bu zarara alternatif olarak mağdurun maddi bir zarara uğradığından bahsedilebiliyorsa failin eylemi dolandırıcılık suçuna neden olabilir. Mağdurun zarara uğramadığı hallerde ise, failin hizmet karşılığı ödemek zorunda olduğu miktar kadar zenginleştiği ve yarar sağladığı, ortaya koyduğu hileli davranışlar vasıtasıyla muhatabını aldatma kastı olduğu gözönüne alınarak, eyleminin dolandırıcılık suçuna teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

iv. Manevi Değeri Olan Şeyler ve Gayri Maddi Haklar

Parasal değeri olan şeylerin dolandırıcılık suçunu oluşturacağı konusunda herhangi bir tartışma bulunmamakla birlikte, manevi değeri olan, ancak piyasa şartlarında ekonomik bir karşılığa sahip olmayan şeylere karşı dolandırıcılık suçunun işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır. Savunulan bir görüşe göre manevi değerlere karşı dolandırıcılık suçu işlenemez⁵⁶¹. Zira dolandırıcılık suçu malvarlığına karşı işlenebilen bir suçtur. Parasal bir karşılık ifade etmeyen ve bu nedenle malvarlığına dâhil olmayan öğelere karşı bu suçun işlenmesi olanaklı değildir. Manevi öğelerin, malvarlığından alınarak, failin

⁵⁶¹ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 466-468; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 605; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Konusu, s. 719.

veya başka bir kişinin malvarlığına eklenmek suretiyle, bu kişilerin zenginleşmeleri sağlanamaz.

Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre ise ceza hukuku yönünden, sadece sahibi için manevi bir değere sahip olan şeyler de malvarlığı kapsamına dâhildirler. Mağdurun manevi olarak değer atfettiği, ancak piyasa koşulları çerçevesinde parasal bir karşılığı olmayan; bununla birlikte mağdur açısından belirli bir ekonomik değer atfedilen herhangi bir eşya da dolandırıcılık suçunun konusunu oluşturabilir⁵⁶². Zira dolandırıcılık suçu kapsamındaki zarar algısı ekonomik bir zararı da kapsayan, ancak ondan daha geniş bir çerçeveye sahiptir⁵⁶³. Önemli olan fail tarafından söz konusu eşyanın sahibi için belirli bir değere sahip olduğunun bilinerek, bu bilgi çerçevesinde hileli yollarla o şeyin elde edilmiş olmasıdır. Bu kapsamda mağdur açısından önem verilen bir mektup, fotoğraf veya bir belge dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilebilecektir⁵⁶⁴.

Manevi değeri olan eşyalara karşı dolandırıcılık suçunun işlenip işlenemeyeceği konusundaki tartışma, malvarlığı kavramının ceza hukuku açısından ne anlama geldiğinin tespiti ile yakından ilgilidir. Daha önceden belirtildiği üzere bu konuda özdeşlik ve özerklik teorileri geliştirilmiştir⁵⁶⁵. Özdeşlik teorisinin kabulü halinde malvarlığı kavramı, özel hukuktaki anlamıyla kabul edilecek ve manevi değeri olan şeyler malvarlığı kapsamında kabul edilmeyecektir. Malvarlığına dâhil olmayan bir unsura karşı dolandırıcılık suçunun işlenmesi olanaklı olmadığından, manevi değere sahip ancak objektif olarak maddi değeri olmayan şeylere karşı dolandırıcılık suçu işlenemeyecektir. Buna karşın özerklik teorisinin kabulü halinde, manevi değere sahip olan şeyler dolandırıcılık suçuna konu olabileceklerdir. Zira bu halde, malvarlığı kavramı özel hukuktaki anlamından ayırık olarak, ceza hukuku tarafından tanımlanmakta, ceza hukukunun yaratıcı yapısıyla yeni bir içerik kazanmaktadır.

Kanaatimizce malvarlığı kavramının kapsamı, ceza hukuku açısından özel hukuktaki anlamından farklı ve daha geniş olarak yorumlanmalıdır. Ceza hukukunun amacı özel ve bireysel yararlar yanında, toplumsal yararı korumak ve genel barışı sağlamaktır. Manevi değeri olan ve objektif maddi değeri olmayan bir eşyanın hileli

⁵⁶² Hafizoğulları/Özen: s. 308. 403; Antolisei: s. 78; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 533; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 345; Jacoby: s. 674;

⁵⁶³ Antolisei: s. 78.

⁵⁶⁴ Hafizoğulları/Özen: s.403.

⁵⁶⁵ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 2, c.

davranışlar kullanılarak elde edilmiş olmasında failin parasal açıdan değerlendirilebilecek bir zarar yoksa da; aldanan kişi bireysel açıdan mağduriyetin varlığı ve toplumsal barış açısından tehlikeli bir durumun ortaya çıktığı açıktır. Zira manevi değeri olan şeyin fail tarafından hileli davranışlar ile elde edilmiş olması nedeniyle, söz konusu eşyanın sahibi sübjektif olarak zarara uğramış; bununla birlikte fail sergilediği suçluluk kişiliği nedeniyle toplumsal açıdan tehlikeliliğini ortaya koymuştur. Burada gözönüne alınması gereken önemli husus, fail tarafından, hileli davranışlar ile sahibini aldatıp elde edilmeye çalışılan eşyanın objektif piyasa şartlarında maddi bir değerinin olmadığı, buna karşın sahibi açısından manevi ve buna paralel parasal bir değeri olduğunun bilinip bilinmemesidir. Bu bilince sahip olunduğu takdirde dolandırıcılık suçunun varlığından bahsedilebilecek iken, aksi durumda bu suç oluşmayacaktır⁵⁶⁶.

Gayri maddi haklara ve bu bağlamda şirketlerin ticari sırlarına ve kurum itibarlarına karşı da dolandırıcılık suçu işlenebilir ve şartları oluştuğu takdirde bu hakların zarar kavramı içerisinde mütalaa edilebilir. Serbest piyasa ekonomisi kuralları çerçevesinde birbiri ile rekabet içerisinde bulunan gerçek kişi veya tüzel kişilerin, rakiplerinin itibarlarını zedelemek ve piyasa içerisindeki güçlerini azaltmak veya yok etmek amacıyla doğrudan bu kişilere veya üçüncü kişilere yönelik hileli davranışlarda bulunmaları ve bunun sonucunda zarar görmelerini temin etmeleri olanaklıdır. Böyle durumlarda çoğu kez mevcut, hesaplanabilir ve aktif bir zarar değil, süreç içerisinde ortaya çıkabilecek bir zarar mevzu bahistir. Yine bu zarara paralel olarak rakip kişi veya iktisadi kuruluş tarafından elde edilecek yarar da hemen değil zaman içerisinde elde edilebilir ve hesaplanabilir.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre tüzel kişilerin piyasadaki güvenilirliklerinin ve itibarlarının zedelenmesi veya ticari sırlarının ifşa edilmesi halinde maddi zarar gördüklerinin kabulü gerekir⁵⁶⁷ denilirken; aksi görüşte olan yazarlara ise maddi bir zararın oluşmayacağını ileri sürmüşlerdir⁵⁶⁸. ABD Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, gayri maddi haklar bağlamında değerlendirdiği işçinin işveren hakkında sahip olduğu gizli ticari bilgilerin malvarlığı kapsamında olduğuna karar vererek dolandırıcılık suçuna konu olabileceğini kabul etmiştir⁵⁶⁹. Yine ABD’de, posta

⁵⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 2, c, bb.

⁵⁶⁷ Malkoç: Banka Kartları Kanunu, s. 269.

⁵⁶⁸ Ayıcı/Biçkin/Artuç: s. 36.

⁵⁶⁹ Craig M. Bradley: “Mail Fraud after “Macnally” and “Carpenter”: The Essence of Fraud”, The Journal of Criminal Law and Criminology, Cilt: 79, Sayı: 3, Sonbahar 1988, s. 573; Briscoe: s. 1260-1266.

hizmetlerinin itibarının zedelenmesi de, unsurları ve düzenleniş amacı nedeniyle, posta dolandırıcılığı (mail fraud) suçu kapsamında zarar olarak kabul edilmektedir⁵⁷⁰.

Dolandırıcılık suçu açısından somut, malvarlığına ilişkin, hesaplanabilir bir zararın varlığı aranır. Dolayısıyla failin kendisine veya başkasına doğrudan veya dolaylı olarak yarar sağlamasına olanak sağlamayan ve buna müsait olmayan zararlar, dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyecektir. Bununla birlikte piyasa koşulları içerisinde faaliyette bulunan ve bu çerçevede ekonomik bir değer taşıyan ticari oluşumların, bu ticari oluşumlar ile doğrudan bağlantısı bulunan kişilere veya şirket ile bağlantısı olmayan bireylere yöneltilecek hileli davranışlarla itibarlarının zedelenmesi ve bunun amaçlanması halinde, olayın özelliklerine göre, mevcut veya muhtemel bir zararın meydana geleceği konusunda kesin bir kanının var olduğu durumlarda zararın olduğu kabul edilmelidir. Ticari hayatta meydana gelebilecek bu tür davranışların rekabet ve ticaret hukuku kuralları çerçevesinde çözülmesi gerekir. Ancak bu olanak failin cezai bir yaptırıma maruz kalmasını önlemeyecektir. Örneğin, aralarında rekabet bulunan ve aynı müşteri kitlesine benzer ürünler sunan iki şirketten biri temsilcisinin, hileli davranışlarla rakibinin müşterilerinden birini aldatarak, ondan almış olduğu ürünleri kötülemesi ve buna yönelik olarak beyanatlarda bulunmasını sağlaması, şartları oluşmadığı halde yasal yollara başvurmasını temin ederek bunun kamuoyunda duyulmasını sağlaması ve bunların sonucu olarak rakibinin ve ürünlerinin alıcılar nezdindeki itibarının zedelenmesi halinde zararın olduğu kuşkusuzdur. Zira yapılan bu davranışlar neticesinde mağdur şirketin ürünlerinin satışında veya muhtemel bir satış artışında azalma olacağı kabul edilmelidir. Aynı şekilde rakip firmalar nezdinde parasal bir karşılığı olan ticari sır veya bilginin de hileli davranışlar ile elde edilmesi veya elde bulundurulması halinde de bir zarar vardır. Bu bilgilerin kullanılarak yarar elde edilip edilmemesi failin taktirinde olmakla birlikte, kesin olarak yarar elde edebilme ihtimalinin bulunduğu nazara alınarak, yarar sağladığı veya sağlayabilme olanağı bulunduğu kabul edilmeli ve fail dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulmalıdır.

⁵⁷⁰ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Briscoe: s. 1261-1262; ABD Yüksek Mahkemesi 1987 yılında McNally v. United States davasında vermiş olduğu kararında dolandırıcılık suçunun (posta ve telefon dolandırıcılığı) malvarlığı unsurlarına karşı işlenebileceğini, gayri maddi hakların bu suçun konusu olamayacağına karar vermiştir. Bu karar sonrasında ABD Kongresi harekete geçerek posta ve telefon dolandırıcılığını düzenleyen yasal mevzuatı değiştirerek “gayri maddi haklara” karşı bu suçun işlenebileceğini belirten bir düzenleme yaparak suçun kapsamını genişletmiştir (Joan H. Krause: “Skilling and the Pursuit of Healthcare Fraud”, University of Miami Law Review, Cilt: 66, Sayı: 2, Kış-2012, s. 364, 373-374); Manevi hakların dolandırıcılık suçuna konu olup olamayacağı konusunda ABD hukukunda yapılan tartışmalar için bkz. Krause: s. 374-381 ve Jennifer I. Rowe: “Future of Honest Services Fraud”, Albany Law Review, Cilt: 74, Sayı: 1, 2010-2011, s. 421-474.

dd. Zarar Miktarının Önemi

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için mağdurun uğradığı, hukuken geçerli olan ve malvarlığı ile ilişkili bulunan bir zarar bulunmalıdır. Zarar miktarının azlığı veya çokluğu suçun meydana gelmesi açısından önemli değildir⁵⁷¹. Zararın miktarı, suçun var olup olmamasıyla değil, yargılama aşamasında eylemin hâkim tarafından değerlendirilmesiyle ilgili bir olgudur (TCK m.61/1-e).

Hırsızlık suçunda, suça konu malın değerinin az olabileceğini değerlendiren yasa koyucu, bu durumda hâkime, cezada indirim yapabilme veya ceza vermekten vazgeçme konularında takdir hakkı veren bir düzenlemeye yer vermiştir (TCK m.145). Ancak dolandırıcılık suçu açısından benzer bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla hâkimin, dolandırıcılık suçuna konu zararın ve buna paralel olarak elde edilen yararın miktarını değerlendirerek, cezada indirim yapma veya ceza vermekten vazgeçme yetkisi yoktur. Hâkim, zarar ve yararın miktarını gözönüne alarak TCK'nın 61/1-e maddesinin verdiği yetki kapsamında, dolandırıcılık eylemi için belirlenecek temel cezayı, suç için öngörülen alt ve üst sınırlar içerisinde belirleyebilir. Zararın azlığı, temel cezanın alt sınırdan belirlenmesine sebebiyet verebilecektir.

Yukarıda da değinildiği üzere öğretilde, maddi değeri olmayan ve fakat manevi değeri olan şeylerin de dolandırıcılık suçunun maddi konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir⁵⁷². Bu nedenle manevi değeri olan ve fakat maddi değeri olmayan fotoğraf, mektup veya bir kâğıt parçasının, fail tarafından hileli davranışlarla elde edilmiş olması durumunda, failin malvarlığında bir artış meydana gelmeyecek olsa da, mağdurun zarara uğradığı kabul edilerek, dolandırıcılık suçunun oluşacağını kabul etmek gerekir.

Fail tarafından mağdurun hileli davranışlar yapılarak aldatılıp, malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunması sağlanmış, ancak mağdurun bir zararı meydana gelmemiş olabilir. Örneğin mağdur, sigorta temsilcisinin kanuni bir zorunluluk olduğu hususunda belgeler sunması ve bilgilendirmesi nedeniyle söz ve davranışlarına aldanarak, sigortalatmayı düşünmediği aracını sigortalatmış olabilir. Mağdur, sigorta temsilcisi tarafından sergilenen hileli davranışlara aldanarak pirim ödemiş, karşılığında da aracını

⁵⁷¹ Erem: Dolandırıcılık, s. 18; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 460, 462.

⁵⁷² Bu konudaki açıklamalar ve tartışmalar için yukarıda yukarıda bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2.

belirli risklere karşı güvence altına almak suretiyle menfaat temin etmiştir. Böyle bir durumda mağdura karşı dolandırıcılık suçunun var olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir kısım yazarlara göre mağdurun gerçek anlamda bir zararı olmadığından dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Buna karşın diğer bir görüşe göre bu halde dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Zira sigorta temsilcisi tarafından kullanılan hileli davranışlar olmasaydı, mağdur aldanmayacak ve pirim ödemek suretiyle malvarlığında bir azalma meydana gelmeyecekti. Sigorta tarafından temin edilen yarar, kesin değil muhtemel bir yarardır. Dolayısıyla mağdur açısından somut zarar meydana gelmiş, ancak muhtemel yarar gerçekleşmemiştir⁵⁷³. Bizde son görüş taraftarlarının gerekçelerinin, dolandırıcılık suçunun mahiyetine daha uygun olduğunu ve muhtemel bir yararın mevcut bir zararı karşılamayacağını ve diğer şartların da varlığı halinde dolandırıcılık suçunun oluşabileceğini düşünüyoruz.

ee. Mağdurun Hukuka Aykırı Bir Amacından Dolayı Zarara Uğramasının Önemi

Failin hileli hareketleri ile aldatılan mağdurun zararı, hukukça korunmayan bir ilişkiden kaynaklanabilir. Bir örnek vermek gerekirse, eşini öldürmek isteyen mağdura, fail tarafından zehir denilerek, zehir süsü verilmiş ve bu şekilde paketlenmiş bir kimyasal karışımın satılması ve karşılığında anlaştıkları miktarın fail tarafından alınıp mal edinilmesi durumunda, mağdurun hileli davranışlar ile aldatılıp zarar gördüğünden bahsedilip edilmeyeceği; yani dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır⁵⁷⁴. Zira burada hukuk tarafından korunmayan, gayri ahlaki olan ve hukuka aykırı bulunan bir ilişki bulunmakta, mağdur bu ilişkiden dolayı zarara uğramaktadır⁵⁷⁵.

Mağdurun aldatılarak zarar görmesine sebebiyet veren süreçte, mağdurun amacının hukuka aykırı olması durumunda dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre, mağdurun hukuk tarafından korunan bir zararı olmadığından, bu zarara karşı failin yarar temin etmesi halinde dolandırıcılık suçu oluşmaz. Dolandırıcılık suçunda mağdurun, malvarlığına ilişkin hukukça korunan bir yararı bulunmalı ve korunan bu menfaati zarar görmelidir. Mağdur da fail gibi meşru bir

⁵⁷³ Görüşler için bkz. Erem: Dolandırıcılık, s. 18-19.

⁵⁷⁴ Bu örnek Carrara'dan nakledilmiştir (Erem: Dolandırıcılık, s. 20).

⁵⁷⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesine göre: "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*"

amaca sahip değilse ve bu amacı gerçekleştirme sürecinde zarar görmüşse, kanundan koruma talep etme hakkı bulunmamalıdır. Devlet, hukuka aykırı hareket eden kişiyi korumaz. Mağdur böyle bir halde sadece kendisini suçlamalıdır. Aksi durumun kabulü halinde failin hukuka aykırı eyleminin cezalandırılması anlamsızlaşır ve ceza normu değerini yitirir. Aldatanın yani failin cezalandırılması bizi, onun yasak olanı yapmak zorunda olduğunu kabul etmek gibi, hukuken kabul edilemeyecek bir sonuca götürür⁵⁷⁶.

Bu görüşe katılmayıp farklı düşünen çoğunluktaki yazarlar ise, mağdurun hukukça kabul edilemeyecek, hatta suç oluşturacak bir amacını gerçekleştirdiği sırada, fail tarafından hileli hareketler ile aldatılıp, bu kişinin zararına ve fakat failin kendisi veya başkasının lehine yarar elde ettiği durumda, dolandırıcılık suçunun oluşacağını ve failin cezalandırılması gerektiğini belirtmişlerdir⁵⁷⁷. Bu görüş taraftarlarına göre hukuka aykırı hareket eden kişinin, hukukî himaye görmek istemeyeceğini iddia etmek doğru değildir. Dolandırıcılık suçunun cezalandırılmasında önemli olan mağdurun amacı değil, failin hileli hareketler ile güttüğü gaye ve toplumda sergilediği tehlikeli kişiliğidir. Dolandırıcılık eylemi, kamu çıkarı gözönüne alınarak cezalandırılmaktadır. Devlet tarafından failin cezalandırması yoluna gidilmesi, aldatılanın yasak olanı elde etme hakkı olduğu anlamına gelmez. Devletin yaptığı, genel olarak hileli yollarla başkasının malvarlığına zarar veren kişiler için öngörülen yaptırımdan ibarettir. Hileyi yapan failin cezalandırılması, hukuka aykırı zeminde bulunan mağdurun davranışlarını hukuka uygun hale getirip meşrulaştırmaz. Mağdurun amacı gözönüne alınarak failin cezalandırılmaması, yapılan hileli davranışların korunması anlamına gelecektir. Aldatılan kişinin eylemi, ceza hukuku kapsamında suç niteliğinde bir fiil ise, mağdur bu eyleminden dolayı ayrıca cezalandırılacaktır.

Öğretide Erem, mağdurun hukuka aykırı bir amacını gerçekleştirmek için zarara uğraması durumunda dolandırıcılık suçunun oluşacağını, zira aksine bir yoruma yasal düzenlemenin mani olduğunu, önemli olanın elde edilen yararın fail açısından haksız

⁵⁷⁶ Arslan/Azizağaoğlu: s. 690; Majno (Erem: Dolandırıcılık, s. 20); Yalkut: s. 239; Majno bu konudaki görüşünü orijinal bir ifade ile şu şekilde belirtmiştir: “Cezanın bir hakkı siyanete hadim olduğu isbat edilmedikçe, meşru bir tecziye olamayacağı unutulmamalıdır. Şayet cürmün mağduru, dolandırıcı kadar şayanı nefret ve dolandırıcıdan ziyade delaleti ruhiye veredaeti ahlakiye sahibi ise kanunun kendisini himaye etmemesi lazımdır” (Erem: Dolandırıcılık, s. 20’den naklen); Arslan/Azizağaoğlu: s. 690.

⁵⁷⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3584; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 450; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 536-537; Erem: Dolandırıcılık, s. 21; Toroslu: Özel Kısım, s. 185; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 470; Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 564; Logoz ve Manzini (Erem: Dolandırıcılık, s. 20’den naklen); Tümerkan: s. 71; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 348; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 233; Artuç: s. 372; İtalyan Temyiz Mahkemesi mağdurun hukuka aykırı bir fiil yapmak için hazırlanırken aldatılması halinde de dolandırıcılık suçunun oluşabileceğini kabul etmektedir (Soyaslan: Özel Hükümler, s. 348).

olması gerektiğini söylemiştir⁵⁷⁸. Dönmezer de benzer görüşü savunarak, aksine bir düşüncenin yasal dayanağının olmadığını belirtmiştir⁵⁷⁹.

Kanaatimizce, mağdurun aldanma sürecindeki hareket noktasının hukukça korunmadığı hallerde mağdur ve failin amaçlarını ayrı ayrı değerlendirip nitelendirmek gerekir. Mağdurun zarar görmesine neden olan süreçteki amacı, failin suçluluk kişiliğini, toplum açısından gösterdiği tehlikelilik halini ve ortaya koyduğu eylemin suç olma vasfını etkilememelidir. Örneğimizde belirtildiği üzere, mağdurun eşini öldürmek istemesi ile failin hileli hareketler ile kötü niyetli eşi kandırıp, sonrasında ondan yararlanması farklı şeylerdir. Fail, eşin özel durumu ve hukuka aykırı bir konumda olmasının bilinci ve bu durumun eşin aldatılmasını kolaylaştıracağı düşüncesi ile hareket ederek, eşin bu halinden faydalanıp kolayca yarar sağlayabilir. Mağdurun hukuka aykırı amaç gütmesi halinde elde edilen yararlar çoğu kez, normal duruma nazaran daha fazla miktardadır. Bu halde failin eyleminin cezalandırılması ile amaçlanan, zarar gören eşin korunması değil; suçluluk kişiliğini ve tehlikelilik halini ortaya koyan failin cezalandırılarak, toplumun bu kişiden korunmasını sağlamaktır. İtalyan Yargıtay'ının vermiş olduğu bir kararın gerekçesinde belirtilmiş olduğu üzere “hukuka aykırı işlemlerde de dolandırıcılık cezalandırılabilir. Dolandırıcılık suçunun iyi niyeti korumasındaki kamu yararı, kandırılan kişinin ahlâkından ve fertlerin malvarlığı menfaatlerinden bağımsız niteliktedir”⁵⁸⁰.

Dolandırıcılık suçunu düzenleyen yasa normları incelendiğinde, suçun oluşumunda mağdurun amacına önem verildiğini gösteren, mağdurun amacını sorgulamamıza olanak sağlayacak herhangi bir ibare bulunmamaktadır⁵⁸¹. Yasada, fail tarafından kendisi veya başkası tarafından, mağdurun zararına olacak şekilde sağlanan bir yarardan bahsedilmiştir. Daha önce belirtildiği üzere buradaki yarar haklı değil, haksız bir

⁵⁷⁸ Erem: Dolandırıcılık, s. 21; Erem görüşüne gerekçe olarak, kumar borcunun karşı tarafa alacak hakkı vermeyeceği, buna karşın kumara hile karıştırılmışsa kişinin hak talep edebileceğini, kumarın yasa koyucu tarafından meşru olmayan bir eylem olarak tanımlandığı, özel hukukta dahi meşru olmamasına rağmen, hile karıştırıldığında mağdur olan kişinin korunduğunu, dolandırıcılık suçunda da hile kullanılarak, mağdurun aldatılması durumunda hukukça korunması gerektiğini söylemiştir. Gerçekten 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 605/2. maddesi “Kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemeler geri alınamaz. Ancak, kumar veya bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf kumar veya bahse hile karıştırmışsa, isteyerek yapılan ödeme geri alınabilir” şeklindedir. Yasa koyucu kumar borcu olarak ödenen paranın, kumara hile karıştırılmışsa ödeme yapan kişi tarafından geri istenebileceğini hükme bağlamıştır. Yani hukukça korunmayan ve tasvip edilmeyen kumar borcu, istisnai olarak, hile kullanılan durumlarda koruma altına alınmıştır.

⁵⁷⁹ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 564.

⁵⁸⁰ Tümerkan: s. 70.

⁵⁸¹ Toroslu: Özel Kısım, s. 187; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 537.

yarardır. Elde edilen yararın, aldatılan yani dolandırılan kişi açısından haklı olup olmadığına ilişkin, yasada herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle aksine değerlendirme yapılarak, mağdurun amacına önem verilmesi suretiyle dolandırıcılık suçunun oluşmayacağına dair varılacak her sonuç, yasa normunun sınırları zorlanarak yapılan, yasa ile korunmak istenen hukukî yarara ve kanunilik ilkesine aykırı bir yorumdan ibaret olacaktır.

Yargıtay kararları incelendiğinde, uygulamasını ikinci görüş doğrultusunda oluşturduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay, zarara uğrayan mağdurun amacına değil, failin amacına ve eyleminin özellikleri ile temin ettiği zarara bakarak dolandırıcılık suçunun oluşacağını kabul etmiştir⁵⁸². Yargıtay’a göre “*suçun oluşumu için mağdurun ihlal edilen çıkarının meşru olmaması veya zararın sonradan ortadan kalkmasının bir önemi yoktur*”⁵⁸³.

Hırsızlık sonucu elde edilmiş bir malın dolandırıcılık suçuna konu olup olamayacağı sorununun da, yukarıda yapılan tartışmalar çerçevesinde çözülmek mümkündür. Zira zilyetlik de ceza hukuku açısından malvarlığının bir kısmıdır. Hırsızlık suçunun faili kötü niyetli olsa bile, hırsızlanan mal üzerinde zilyetliğe sahiptir. Hırsızlık malının, hileli davranışlar kullanılarak hırsızlayan kişinin elinden alınıp fail tarafından mal edinilmesi durumunda dolandırıcılık suçu oluşmuş sayılmalıdır⁵⁸⁴. Mağdur hırsızlık suçunun faili olsa dahi, dolandırıcılık suçu nedeniyle zarar gördüğü konusu şüphesizdir. Hırsızlanan malın elinden çıkması nedeniyle hırsız, bu malı sahibine iade edemeyecek ve malın değeri kadar aleyhine tazminat davası açılabilecektir. Bu halde hırsızlık suçunun faili, hırsızladığı malın değeri kadar veya daha fazla miktarda zarara uğrayacaktır.

⁵⁸² 6. CD, 14.10.1063, E. 1963/5307, K. 1963/5280: “Kaçak emval ile giden mağdura orman bakım memuru olduğunu söyleyip para vermediği takdirde kanuni muamele yapacağını söyleyip menfaat temininden ibaret fiil dolandırıcılıktır” (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 471, dñn. 67).

⁵⁸³ CGK., 24.11.1998, 280/359, Bakıcı: Özel Hükümler, s. 234.

⁵⁸⁴ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 471; Taşdemir: s. 25; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 233; Artuç: s. 372; Hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş değerler de, genel olarak kabul edildiği üzere, bunlara zilyet olan kişilerin hukuk düzeni tarafından belli bir sınıra kadar korunması nedeniyle malvarlığına dahil unsurlardır (Hasan Erman: s. 135); Zilyetlik kavramının medeni hukuk ve ceza hukuku çerçevesinde anlam ve kapsamının ne olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Adli Kısagün: “Ceza Hukukunda ve Medeni Hukukta Zilyetlik Mefhumu”, Adalet Dergisi, Eylül-Ekim 1962, Y.53, S. 9-10, s. 990-1026; Antolisei: s. 81-90.

e. Failin (veya Başkasının) Yarar Elde Etmesi

aa. Dolandırıcılık Suçu Bağlamında “Yarar” Kavramı

Dolandırıcılık, neticesi itibariyle tehlike değil bir zarar suçudur⁵⁸⁵. Kişileri dolandırıcılık suçunu işlemeye sevk eden içgüdü, hileli davranışları ile hedef alınan kişi iradesinin aldatılmak suretiyle etkilenecek elde edilip, bu kişinin veya üçüncü bir şahsın zararına olarak yarar elde etme istemidir. Bundan dolayı yapılan hileli davranışlar nedeniyle mağdurun zarar görmüş olması dolandırıcılık suçunun oluşumu için yeterli olmayıp; bu zarar karşılığı olarak failin (veya başka bir kişinin) de yarar (menfaat) sağlamış veya sağlayabilecek olması gerekir⁵⁸⁶. Aksi durumda dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır.

Dolandırıcılık suçunun tanımında, zararın parasal olması gerektiği izlenimini verecek şekilde failin “kazanç elde etmesi” kavramı kullanılmamış; bunun yerine “yarar sağlama” ibaresine yer verilmiştir. “Yarar sağlama”, kazanç ibaresine göre daha geniş bir anlama sahip olup, ekonomik ve manevi değeri olan şeyleri de kapsamaktadır. Bu nedenle mağdurun parasal değeri olmayan ve fakat manevi öneme sahip nesneleri de dolandırıcılık suçunun konusu olabilecektir⁵⁸⁷. Ancak öğretilde salt manevi değeri olan eşyaların, malvarlığı açısından bir zarar oluşmasını arayan dolandırıcılık suçunun konusu olmayacağı savunulmuştur⁵⁸⁸.

Dolandırıcılık suçuna konu olabilecek yarar salt olarak manevi nitelikte olmayıp, mağdurun (veya üçüncü bir kişinin) uğradığı zarara paralel, malvarlığına ilişkin ve maddi nitelikte olmalıdır⁵⁸⁹. Malvarlığını oluşturan unsurlardan herhangi birisi elde edilebilecek yarara konu olabilir. Zira dolandırıcılık, kişilere değil malvarlığına karşı işlenebilen suçlardandır. Sadece kişisel zararın doğmuş olması ve elde edilen yararın da manevi olması durumunda dolandırıcılık suçu meydana gelmez. Örneğin zengin bir kişi ile evlenmek için hileli davranışlarda bulunulması ve bu davranışlar neticesinde evliliğin meydana gelmesi halinde, evlenen kişi dolaylı olarak yarar elde edecek olsa bile, ortada

⁵⁸⁵ Erem: Dolandırıcılık, s.18; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3580; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 344; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 128-129; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 269.

⁵⁸⁶ Erem: Dolandırıcılık, s. 17; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 534; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 28.

⁵⁸⁷ Toroslu: Özel Kısım, s. 183; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Konusu, s. 718-719.

⁵⁸⁸ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 605; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 466-468; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Konusu, s. 719.

⁵⁸⁹ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 606; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 544.

yasal olarak geçerli bir evlilik bulunduğu takdirde dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Buna karşın evlenmek için, evlenilen kişinin iradesini etkileyecek hileli davranışlar kullanılmak suretiyle, evlenmeden önce belirli bazı malların teslim edilmesinin sağlanması halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağı kuşkusuzdur⁵⁹⁰.

Yukarıda da değinildiği üzere, objektif açıdan piyasa koşulları içerisinde maddi bir karşılığı bulunmayan ve manevi bir değer atfedilmesi nedeniyle sahibi açısından parasal bir değer ifade eden şeyler, başkalarının malvarlıklarına katarak yarar sağlayabilecekleri nesneler olmayabilir. Örneğin, manevi bir değere sahip bir mektup için durum böyledir⁵⁹¹. Sahibi söz konusu mektubu elde etmek için belirli bir bedel ödemeyi kabul etmesine karşın, söz konusu mektubun başkaları nazarında herhangi bir ekonomik değer ifade etmemesi mümkündür. Hileli davranışlarla sahibinin aldatılıp, manevi değere sahip eşyanın elde edilmiş olması halinde, dolandırıcılık suçu oluşabilecektir. Zira söz konusu manevi değere sahip nesnenin sahibi nezdinde maddi bir karşılığı vardır. Fail tarafından bu halde, elde edilen bir yarar bulunmakta, ancak sahibi dışında piyasa şartları içerisinde ekonomik bir değer ifade etmemektedir.

Sağlanan yararın doğrudan elde edilmesi ile dolaylı yoldan temin edilmesi arasında bir fark yoktur⁵⁹². Yine elde edilen yarar, fail tarafından bizzat kendisine alınabileceği gibi, üçüncü bir kişinin lehine de sağlanmış olabilir. Yani fail hileli hareketleri ile kendisinin veya başka bir kişinin yarar görmesini sağlamak amacını gütmüş olabilir. Her iki durumda da dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Bu, TCK'nın 157. maddesinin doğal bir sonucu olup, yasada “...kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişi...” denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

Fail tarafından elde edilen yarar ile kullanılan hileli davranışlar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir. Bu nedenle, gerçekte elde edilmiş bir yararın korunması veya meşrulaştırılması için hile kullanılması durumunda, failin eylemi dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermez⁵⁹³.

İngiltere Dolandırıcılık Kanunu, yarar kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıkça düzenleyerek, bu konuda meydana gelmesi muhtemel teorik ve uygulamadan

⁵⁹⁰ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 563.

⁵⁹¹ Toroslu: Özel Kısım, s. 183.

⁵⁹² Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 467.

⁵⁹³ 11. CD., 20.06.2002, 3670/6054 (Bakıcı: Özel Hükümler, s. 270, dpn.77).

kaynaklı fikir aykırılıklarını çözmeye çalışmıştır. Bu bağlamda yarardan kastedilenin başkalarına ait parasal değer taşıyan ya da kişilerin maddi ve manevi malvarlığı kapsamında yer alan ekonomik unsurların geçici veya sürekli olarak fail veya üçüncü bir kişi tarafından elde edilmesi olduğu belirtilmiştir (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m.5/1). Kişiye ait mevcut malvarlığı içerisinde yer alan unsurlar “yarar”a konu olabileceği gibi, ileride elde edilmesi muhtemel bulunan parasal veya ekonomik diğer değerlere karşı da dolandırıcılık suçu işlenmesi muhtemeldir (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu m. 5/3)⁵⁹⁴.

İngiltere Dolandırıcılık Kanunu bağlamında, failin dolandırıcılık eyleminin cezalandırılabilmesi için, failin veya üçüncü bir kişinin gerçekten yarar elde etmiş olması zorunlu değildir. Failin ortaya koyduğu hileli ve aldatıcı hareketler ve buna bağlı olarak sahip olduğu yarar elde etme niyeti veya bir zarara sebebiyet verme amacı suçun oluşması için yeterli olacaktır⁵⁹⁵. Zira dolandırıcılık, failin şahsına bağlı bir tür hareket suçudur⁵⁹⁶.

bb. Sağlanan Yararın Kapsamı

Dolandırıcılık suçunun maddi konusunun, yani dolaylı olarak uğranılan zararın ve sağlanan yararın ne olduğu veya ne olabileceği konusunda yasal mevzuatta açık bir düzenleme yoktur. 765 sayılı TCK’nın 503/1.maddesinde fail tarafından elde edilecek menfaatin *haksız* olması gereğine yer verilmiş; ancak menfaat (yarar) kavramı kapsamının ne olduğu belirtilmemiştir. Benzer şekilde 5237 sayılı TCK’nın 157. maddesinde de, failin *yarar* sağlanmasından bahsedilmiş; yararın kapsamından veya başkaca bir niteliğinden bahsedilmemiştir⁵⁹⁷. Yasa koyucu tarafından, yarar kavramının içeriğinin açıklanmamış olması mevcut yasal düzenleme açısından bir eksiklik olmayıp, kanaatimizce, iyi yorumlanıp uygulanması halinde, yerinde bir tercihtir. Bu şekilde bir düzenleme ile hâkime, suçun düzenleniş şekli ve amacı ile kanun sistematığındeki yeri çerçevesinde kullanılmak üzere geniş bir takdir hakkı verilmiştir. Hâkim bu takdir hakkını kullanarak dolandırıcılık suçunu, değişen şartlar ve zaman ile önündeki olayın özelliklerine göre yorumlama şansına sahip olabilecektir.

⁵⁹⁴ The Fraud Act 2006 (İngiltere Dolandırıcılık Kanunu), (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga_20060035_en.pdf).

⁵⁹⁵ Jonathan/Rahman: s.1; Tadros: s.953.

⁵⁹⁶ Withey: s. 229; İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu: s. 4-5, 10.

⁵⁹⁷ Bu kapsamda uygulamada meydana gelebilecek hakkaniyete aykırı uygulamaların önüne geçmek açısından İngiltere Dolandırıcılık Kanunu’nun 5.maddesine paralel bir düzenleme ile, dolandırıcılık suçu bağlamında yarar ve zarar kavramlarından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz (Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için yukarıda bkz. Birinci Bölüm, III, B, 3).

Karşılaştırmalı hukukta, sağlanan yararın kapsamının ne olduğu hususunda, yasamızdaki sistemi kabul edip, malvarlığı gibi genel bir ibareye yollama yapan düzenlemeler bulunduğu gibi; saymaca yöntemini kullanarak yarar kapsamında değerlendirilebilecek öğelerin nelerden ibaret olduğunun belirtildiği düzenlemeler de bulunmaktadır. Fransız Ceza Kanununda dolandırıcılık suçunda elde edilecek yararın kapsamına *fonların, değişen değerlerin ve herhangi bir şeyin* girebileceği belirtilmiştir. Fransız Ceza Kanunda yapılan değişiklik ile daha önceden geçen “şey” yerine “*herhangi bir mal*” sözcüğü getirilerek, maddi değeri olan ve istismar edilmesi olanaklı her eleman dolandırıcılık suçunun konusu haline getirilmiştir⁵⁹⁸.

Mağdurun uğradığı zarar ile failin kendisine veya başkasına sağladığı yarar (menfaat) arasında sıkı bir bağ vardır. Fail tarafından kendisi veya başkasına sağlanan yarar ile mağdurun uğradığı zarar arasında paralellik bulunması gerekir ise de, bu zorunlu değildir. Mağdurun uğradığı zararın kapsamı ile temin edilen yarar arasında bir ayniyet, kısmen veya tamamen bir örtüşme bulunması gerekmez⁵⁹⁹. Mağdurun uğradığı zarardan, daha az yarar elde edilmiş olması halinde de, dolandırıcılık suçu oluşur.

Yarar kavramı geniş olarak yorumlanmalı ve anlaşılmalıdır. Buradaki yarar malvarlığına ilişkindir. Zira dolandırıcılık, malvarlığına karşı işlenen suçlardır. Dolandırıcılık suçunun maddi konusunu oluşturan malvarlığı kapsamına para, taşınır ve taşınmaz mal, hukukî netice doğurmaya elverişli senet veya para ile değerlendirilebilecek başkaca şeyler girebilir. Örneğin parasal bir değer taşıdığı takdirde kişisel hizmetler veya bir şeyin kullanılması da bu kapsamda değerlendirilebilir⁶⁰⁰. Kişiler tarafından belirli bir bedel karşılığında sunulan bedeni ve fikri hizmetler de yarar kapsamı içerisinde mütalaa edilebilir. Örneğin bir kişi, çalıştığı kurumdan, kendi adına çıkardığı hasta sevk belgesi ile, kendisi yerine başkasını ameliyat ettirmiş ise dolandırıcılık suçu oluşur⁶⁰¹.

Sağlanan yararın parasal bir karşılığının olması gerekir. Mağdurun zararına, fail veya başkasının yararına olarak, bu kişilerin malvarlıklarında parasal olarak

⁵⁹⁸ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 467.

⁵⁹⁹ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 461; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 605-606; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 544.

⁶⁰⁰ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 562-563; Erem: Dolandırıcılık, s. 17; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 606; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 271.

⁶⁰¹ 4. CD, 26.09.1990, E. 1990/3896, K. 1990/4406 (YKD, Mart 1991, s. 443); Yargıtay bu kararda sanığın kendi adına çıkardığı sevk kâğıdı ile başka birisini ameliyat ettirmesi, bu süreçte sergilediği hal ve hareketler ile gerçek durumun saklanması hileli davranış kabul ederek, eylemi dolandırıcılık suçu olarak değerlendirmiştir.

değerlendirilebilecek bir artış olmalıdır. Fail tarafından hileli davranışlar kullanılmak suretiyle mağdur aldatılmış olmasına rağmen, mağdurun herhangi bir zararı meydana gelmemiş olabilir. Böyle bir durumda dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır⁶⁰². Hileli davranışlar neticesinde para ile birlikte senet alınmış ve fakat senet tahsil edilememişse, elde edilen yarar ve uğranılan zarar açısından para miktarı gözönüne alınmalıdır. Buna karşın sadece senet alınmış ve bedeli tahsil edilememişse, henüz bir zarar ve buna paralel yarar elde edilememiş olduğundan, suça teşebbüsten bahsedilebilir⁶⁰³.

Yarar sağlama malvarlığındaki aktiflerde bir artış şeklinde olabileceği gibi, pasiflerden kurtulma olarak da tezahür edebilir. Örneğin, hileli davranışlar ile muhatabın aldatılıp mevcut bir borçtan kurtulma halinde, borçlunun malvarlığında pasiflerindeki azalma nedeniyle bir artış söz konusu olduğundan, yararın temin edildiği kabul edilecektir⁶⁰⁴.

Sağlanan menfaatin manevi duygu ve arzuların tatmini şeklinde olup olamayacağı tartışmalıdır. Doktrinde hileli davranışlar kullanılmak suretiyle cinsel arzuların tatmini durumunda da, diğer şartların varlığı halinde dolandırıcılık suçunun oluşabileceği belirtilmiştir⁶⁰⁵. Buna karşın, bu görüşü kabul etmeyen ve sağlanan yararın parasal bir değer taşıması gerektiğini söyleyen; cinsel arzuların tatmininde failin parasal açıdan değerlendirilebilecek maddi bir yararın olmadığını ve bu nedenlerle manevi duygu ve arzuların tatmin edilmesinin dolandırıcılık suçuna konu olamayacağını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁶⁰⁶. Biz de ikinci görüşün dolandırıcılık suçunun mahiyeti ve koruduğu hukukî değerler açısından daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Örneğin hileli davranışlarla mağdurun iradesinin elde edilip, gerçekte uyuşmayan iradesi doğrultusunda mağdurla cinsel ilişkiye girilerek cinsel arzuların tatmin edilmesi eylemi, diğer şartları olduğu takdirde TCK'nın 102, 103 ve 104. maddelerinde tanımlanan suçlara sebebiyet verecektir. Yasa koyucu TCK'nın 103/1-b maddesinde hileli davranışlar ile çocuklara karşı cinsel davranışlarda bulunulmasını, cinsel istismarın bir türü ve nitelikli hali olarak değerlendirmiştir.

⁶⁰² Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 563.

⁶⁰³ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 270.

⁶⁰⁴ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 28.

⁶⁰⁵ Erem: Dolandırıcılık, s. 17; Manzini (Erem: Dolandırıcılık, s. 17'den naklen).

⁶⁰⁶ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 466-467; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 271.

Fransız Ceza Hukukunda bir gayrimenkulün dolandırıcılık suçuna konu olamayacağı çoğunlukla kabul edilmekte iken; Türk hukukunda, gayrimenkulün dolandırıcılığa konu olacağına herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır⁶⁰⁷.

Hileli davranışlar kullanılarak, bir hizmetten yararlanılması durumunda da dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Türk hukukunda Dönmezer, fiil başka bir suç teşkil etmediği takdirde, sunulan bir hizmetten hile kullanılarak yararlanılması durumunda, dolandırıcılık suçunun işlendiğinin kabulü gerektiğini belirtmiştir⁶⁰⁸.

Mağdurun zarara uğramasına karşın failin yarar elde edemediği hallerde dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüş bu halde de suçun oluşacağını savunurken⁶⁰⁹; karşı görüşü savunanlara göre suçun oluşması açısından failin yarar elde etmesinin zorunlu olduğu, aksi takdirde suçun tamamlanamayacağı, şartları varsa teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir⁶¹⁰. Yukarıda da değinildiği üzere öğretide, maddi değeri olmayan ve fakat manevi öneme sahip olan şeylerin de dolandırıcılık suçunun maddi konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir⁶¹¹. Bu nedenle maddi değeri olmayan fotoğraf, mektup veya bir kâğıt parçasının, fail tarafından hileli davranışlarla elde edilmiş olması durumunda, failin malvarlığında bir artış meydana gelmeyecek olsa da, mağdurun zarara uğradığı kabul edilerek, dolandırıcılık suçunun oluşacağını kabul etmek gerekir.

Mağdurun objektif bir zararı bulunmasına karşın, çeşitli nedenlerle failin veya üçüncü bir kişinin yarar elde edememiş olması mümkündür. Yani hileli davranışta bulunularak aldatılan kişi, kendisi veya başkasının zararına olacak şekilde hukukî tasarrufta bulunmuş, ancak bunun sonucunda elde edilecek yarar fail veya üçüncü kişi tarafından elde edilmemiş olabilir. Örneğin aldatılan kişi fail veya üçüncü bir kişinin hesabına yatırılmak üzere banka görevlisine para teslim etmiş, ancak para yanlışlıkla

⁶⁰⁷ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 468.

⁶⁰⁸ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 468; Kişisel hizmetlerden bedelsiz olarak yararlanılması halinde dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağına dair açıklamalar için yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 2, d, cc, iii.

⁶⁰⁹ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 472; Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 460-461; Yargıtay bir kararında, tutuklu sanığı tahliye ettireceğine dair bir mektup yazan ve tutuklu kişiden para isteyen katibin eylemini, haksız yarar sağlanmamış olması nedeniyle dolandırıcılık suçuna eksik teşebbüs olarak kabul etmiştir. (5 CD, 18.03.1975, E.1975/786, K.1975/796, YKD, Ocak 1976, s. 109).

⁶¹⁰ Toroslu: Özel Kısım, s. 183; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 461-462.

⁶¹¹ Bu konudaki açıklamalar ve tartışmalar için yukarıda bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2.

görevli tarafından başka bir kişinin hesabına yatırılması nedeniyle hedefine ulaşamamış olabilir. Bu halde, failin elinde olmayan nedenlerle, elde etmeyi hedeflediği yarara ulaşamaması söz konusu olduğundan, amaçlanan dolandırıcılık suçunun teşebbüs aşamasında kalmış olmasından bahsedilebilir.

cc. Sağlanan Yararın Niteliği

765 sayılı TCK'nın 503. maddesinde sağlanan yararın *haksız* olması aranmakta iken⁶¹², 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde bu tür bir nitelendirmeye yer verilmemiştir. Yeni düzenlemede sağlanan yararın haksızlık sıfatına yer verilmemiş olması bir eksiklik veya unutkanlık neticesi değildir. 5237 sayılı Yasa'nın sistematigi incelendiğinde, bu durumun yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu görülecektir. Zira yasa koyucu, öncekinden farklı olarak, dolandırıcılık suçunun haklı bir yararın elde edilmesini sağlamak için, yani hukukî ilişkiye dayanan bir alacağın tahsili amacıyla da işlenebileceğini öngörmüştür (TCK m.159). Yasa yapma tekniği açısından uygun olmayan ve kendisi ile çelişkiye düşmek istemeyen yasa koyucu, dolandırıcılık suçunda içkin olarak var olan, elde edilecek yararın haksızlığına özel bir vurgu yapmak istememiştir.

Yasal düzenlemedeki bu farklılık, failin elde ettiği yararın haksız olması gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Zira hedeflenen kişinin aldatılarak kendisinin veya başkasının zararına olarak elde edilen yararın haklılığından bahsetmek mümkün değildir. Yasa normunu, bu suç ile korunması amaçlanan hukukî yarar ile birlikte değerlendirmeye tabi tuttuğumuzda, sağlanan yararın haksız olması gerektiği açıkça anlaşılabilecektir⁶¹³. Elde edilen yarar haksız değilse dolandırıcılık suçunun varlığından söz edilemez⁶¹⁴. Yasa koyucu bir alacağın tahsili amacıyla dolandırıcılık suçu işlenebileceğini belirtmiş ve bu suça daha hafif bir yaptırım öngörmüş ise de, burada elde edilen yararın haklı olduğuna ilişkin herhangi bir ibareye yer verilmemiştir. Bu halde dahi, failin elde edeceği yarar hukuka uygun olarak elde edilmemiştir ve bu nedenle hukuksuzdur. Ancak alacağın tahsili amacıyla elde edilen yararın haksızlık içeriği, dolandırıcılık suçunun temel ve nitelikli hallerine göre daha azdır.

⁶¹² Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 563; Erem: Dolandırıcılık, s. 17.

⁶¹³ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 458; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 606; Hafizoğulları: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 9; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 544; Meran: s. 144; Kalyan: s. 946-947; Artuç: s. 371; 11. CD., 05.06.2006, E. 2006/144, K. 2006/5115: "Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu, kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır" (YKD, Kasım 2006, s. 1865-1867).

⁶¹⁴ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 534.

Kişinin kendisine ait bir malı hileli yollarla geri almasının, dolandırıcılık suçuna neden olmayacağı Fransız hukukunda genel olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle Fransız hukukunda örneğin, rehin verdiği bir malı hileli davranışlar sergileyerek geri alan bir kimsenin eylemi dolandırıcılık suçunu oluşturmayacaktır⁶¹⁵. Buna karşın Türk öğretisinde 765 sayılı Yasa döneminde doktrinde, rehin olarak verilen bir malın hileli yollarla geri alınması halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağı ileri sürülmüştü⁶¹⁶. Bu görüş doğrultusunda yasa koyucu, daha önceden ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere⁶¹⁷, 5237 sayılı TCK'nın 290/2. maddesinde özel bir düzenleme yaparak, “*muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan taşınır malın (...) hileyle alınması hâlinde dolandırıcılık (...)suçuna ilişkin*” hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir. Bu halde yasal yollara başvurulmaksızın rehinli, hacizli veya elkonulmuş taşınır malların, bunların sahibi tarafından hileli davranışlar kullanmak suretiyle alınmış ise, sahibinin bir yarar sağlamış olduğu kuşkusuzdur. Yasal düzenlemede kişilerin kendi mallarına karşı dolandırıcılık suçunun işlenemeyeceğine dair açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Elde edilen yararın haksız sayılması için, dava konusu yapılabilir olması şart değildir. Yararın hukuk tarafından doğrudan veya dolaylı olarak korunmaması halinde, haksızlığından bahsedilebilir. Dolandırıcılık suçu açısından fail tarafından elde edilen ve hukuken koruma altına alınmayan yarar, haksız kabul edilecektir⁶¹⁸. Buna karşın hukuken koruma altına alınmayan ve dava yolu ile elde edilemeyen kumar veya bahisten doğan alacağını elde etmek için hileli davranış kullanarak, mağduru aldatan ve yarar elde eden kişinin eyleminin dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağı; zira elde edilen yararın haksız değil, haklı bir alacağı elde etmek için gerçekleştirildiği savunulmuştur⁶¹⁹. Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, bu halde de, diğer şartların varlığı halinde dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Zira kumar oynanması hukuk düzenince kabul edilmemiş, bundan dolayı bu

⁶¹⁵ Chavanne (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 468'den naklen); Orhan Yılmaz: “Dolandırıcılık”, İstanbul Barosu Dergisi, 1949, s. 594.

⁶¹⁶ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 468; Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 563.

⁶¹⁷ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, IV, 3.

⁶¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 606.

⁶¹⁹ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 534; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 606; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 544; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 346.

ilişkiden doğan alacak ve borca hukukî bir koruma sağlanmamış ve bir değer atfedilmemiştir⁶²⁰.

dd. Kullanma Dolandırıcılığı

Failin, hileli davranışlar kullanarak mağduru aldatıp, kendisi veya başkasının zararına olarak kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlamasındaki kastı, söz konusu yararı mal edinmek değil kullanmak ve iade etmek olabilir. Bu durumda dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır.

Bir kısım yazarlar dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için failin mal edinmek kastıyla hareket etmesinin zorunlu olmadığını, belirli bir şekilde ve sürede kullanılıp iade etmek amacıyla yarar sağlanmış olması durumunda da bu suçun oluşacağını ileri sürmüşlerdir⁶²¹.

Dolandırıcılık suçunu düzenleyen yasa normu incelendiğinde failin, mağdur zararına olarak yarar temin etme kastıyla hareket etmesi gerektiği açıktır. Bununla birlikte temin edilen menfaatin elde tutulma süresine herhangi bir önem atfedilmemiştir. Yani yararın kısa süreli olarak temin edilmesi ile uzun süreli olması arasında herhangi bir fark yoktur. Önemli olan mağdurun zararına olarak, yarar sağlanmış olmasıdır. Geçici bir faydalanma halinde dahi bir yararın bulunduğu açıktır⁶²². Yararın miktarı ve failin hâkimiyet alanında kalma süresi suçun oluşumuyla ilgili bir husus değildir. Elde edilen yararın belirli bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmesi suçun oluşumuna değil, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin bir husustur. Kısa süreli bir kullanma sonrasında temin edilen menfaatin iade edilmiş olması, iade anına göre cezadan indirim gerektiren yapılmasını gerektiren bir haldir (TCK m. 168). Ayrıca TCK'nın 61/1-e maddesi uyarınca, failin belirli bir süre yarar sağladığı malvarlığı unsurunu iade etmesi, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir.

⁶²⁰ Toroslu: Özel Kısım, s. 184; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 462; 04.02.2011 tarih 27386 nolu Resmi Gazetede yayımlanan, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 604. maddesi "*Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz. Kumar veya bahis için bilerek verilen avanslar ve ödünç paralar ile kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esası üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da aynı hüküm uygulanır*" şeklindedir.

⁶²¹ Hafizoğulları/Özen: s.404; Erem: Dolandırıcılık, s. 17; Yalkut: s. 233; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 272.

⁶²² Antolisei: s. 81.

Kullanma hırsızlığından yola çıkılarak, hırsızlık için öngörülen özel düzenlemenin (TCK m. 146), kıyas yapmak suretiyle dolandırıcılık suçu içinde geçerli olabileceği yorumunda bulunmak doğru değildir. Aksi yorum, ceza kanunlarına hâkim olan kıyas yasağına aykırıdır (TCK m.2/3). Yasa koyucu failin kastını göz önüne alarak, hırsızlık suçunun şikâyeteye bağlı olan ve daha az cezayı gerektiren özel bir halini kullanma hırsızlığı adı altında yaptırma bağlamıştır. Dolandırıcılık suçunda bu şekilde bir ayrıma gitmemizi gerektirecek yasal bir dayanak yoktur. Bu durum yasal bir boşluk değil, yasa koyucunun özel bir tercihidir. Bu nedenle failin mal edinme veya kullanıp iade etme hususundaki özel kastına bakılmaksızın, dolandırıcılık suçunun oluşacağını kabul etmek gerekir.

Yasa koyucunun hırsızlık suçu için öngördüğü özel düzenlemenin, benzer değerlere karşı işlenebilen dolandırıcılık suçu açısından da öngörülmesi kanaatimizce suçun mahiyetine uygun olacaktır. Zira Yasa Koyucuyu TCK'nın 146. maddenin düzenlemesine iten suç ve ceza politikası verileri, dolandırıcılık suçu için de evleviyetle geçerlidir.

ee. Sağlanan Yararın Haklı Olup Olmamasının Önemi

765 sayılı TCK'da hukukî bir alacağın tahsili amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenebileceğine dair açık bir düzenleme bulunmamasına karşın, 5237 sayılı TCK'nın 159. maddesinde özel bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenleme ile hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenen dolandırıcılık eylemi suçun basit ve nitelikli şekillerine nazaran daha hafif bir müeyyideye tabi tutulup, soruşturma ve kovuşturması şikâyeteye bağlı kılınmıştır⁶²³. Böylece önceki yasa döneminde yapılan, haklı bir sebebe dayanan alacağın tahsili amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenip işlenemeyeceğine değinen tartışmalar⁶²⁴ yeni yasa döneminde önemini yitirmiştir.

⁶²³ Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenen dolandırıcılık suçu hakkında ayrıntılı açıklama ve inceleme için aşağıda bkz. Üçüncü Bölüm, VII.

⁶²⁴ Erem: Dolandırıcılık, s. 17; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 534; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 462; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 270; Doktrinde haklı bir nedene dayanan alacağın elde edilmesi için dolandırıcılık suçunun işlenip işlenemeyeceği gerek Türk yazarlar ve gerekse karşılaştırmalı hukukta yabancı yazarlar arasında tartışma konusu olmuştur. Erem, bu durumda haksız bir menfaat temini olmadığı için suç teşkil etmeyeceğini savunmuştur. Liszt ise, elde edilme şekli hukuka aykırı olan her menfaatin haksız olduğunu ve dolandırıcılık suçuna sebebiyet vereceğini savunmuştur (Erem: Dolandırıcılık, s. 17'den naklen).

Burada göz önünde bulundurulması gereken husus dolandırıcılık suçuna konu menfaatin “*hukukî bir ilişkiye dayanması*” gereğidir. Hukukî bir ilişkiye dayanmayan, hukuk ve ahlak dışı yollarla oluşan alacakların tahsili amacıyla dolandırıcılık suçu işlenmişse, bu durumda TCK’nın 159. maddesinde belirtilen değil, 157 veya 158. maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Örneğin, kumardan kaynaklanan bir alacağı tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunun işlemesi halinde durum böyledir. Zira kumar oynanması hukuk düzenince kabul edilmemiş, bundan dolayıdır ki bu ilişkiden doğan alacak ve borca hukukî bir koruma sağlanmamış ve hukuki bir değer atfedilmemiştir⁶²⁵. Hileli davranışlar kullanılmak suretiyle kumar veya bahisten doğan bir alacağın elde edilmesi halinde de dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır⁶²⁶.

Buna karşın öğretide, hukukça korunmayan ve dava konusu yapılamayan, kumar veya bahis alacaklarının elde edilebilmesi amacıyla, hileli davranışlar kullanılarak borçlunun aldatılıp yarar elde edilmesinin dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyeceği, zira elde edilen yararın haksızlık niteliğinin bulunmadığı görüşü savunulmuştur⁶²⁷.

Kanaatimizce 765 sayılı TCK’nın yürürlükte bulunduğu dönemde ileri sürülüp, sahiplerince daha sonradan da devam ettirilen son görüşe, 5237 sayılı TCK’nın 159. maddesi nazara alındığında katılmak olanaklı değildir. Zira önceki yasal düzenlemede, haklı bir alacağın tahsili amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenebileceğine dair açık bir hüküm öngörülmemiştir. Buna ek olarak 765 sayılı TCK’nın 503. maddesinde elde edilecek yararın haksızlığına özel bir vurgu yapılmış olması nedeniyle, haklı olduğu düşünülen menfaatlerin bu suça konu olamayacağı öğretide bir kısım yazarlar tarafından haklı olarak savunulmaktaydı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda hukukî ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenebileceği, yani haklı bir yararın elde edilebilmesi için bu suçun işlenebileceği düzenlenmiştir (TCK m. 159). Bu düzenleme karşısında dolandırıcılık suçuna konu yararın haklı veya haksız olması suçun oluşumunu engellemeyecek; sadece suç için öngörülen ceza ile suçun soruşturma ve kovuşturma usullerini farklılaştıracaktır. Yasa tarafından, temin edilmesi amaçlanan yararın haklı

⁶²⁵ 04.02.2011 tarih 27386 nolu Resmi Gazetede yayımlanan, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 604. maddesi “*Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz. Kumar veya bahis için bilerek verilen avanslar ve ödünç paralar ile kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esaslı üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da aynı hüküm uygulanır*” şeklindedir.

⁶²⁶ Toroslu: Özel Kısım, s. 184; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 462.

⁶²⁷ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 534; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 606; Hafizoğulları: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 9; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 346; Antolisei: s. 80.

olduğunun düşünöldüğü hallerde, bu menfaatin hukukî bir ilişkiye dayanması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Kumar oynamanın “hukukî ilişki” kapsamında değerdendirilmesi olanaklı değildir. Zira alacak hakkı doğuran bir ilişkinin hukuki nitelik kazanabilmesi için, hukukun tanıdığı imkân ve olanaklar çerçevesinde tesis edilmesi gerekir. Kumar veya bahis oynama, hukuk tarafından uygun görölmeyen ve bu nedenle önlenmesi amacıyla müeyyideler öngörölen (Kumar oynatma suçu için bkz. TCK m.228; kumar oynama kabahati için bkz. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 34) eylemlerdir. Bu eylemler sonucunda elde edilen bir alacağın hukukî ilişkiye dayandığından ve haklı olduğundan bahsedilemez. Bu nedenle kumar alacağının tahsili amacıyla hileli davranışlarda bulunularak borçlunun aldatılması ve zarar görmesinin temin edilmiş olması halinde de dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Dolandırıcılık suçunun hafif şekli değil, şartları oluştuğu takdirde basit veya nitelikli hallerinden biri gerçekleşecektir. Zira burada elde edilen yarar haksızdır.

Hukukî ilişkiye dayanan bir alacağı tahsil amacı gütmeyen, herhangi bir sebeple başkasına verilmiş bir hakkı geri almak için veya hukuken kabul edilebilir bir hakkı temin için dolandırıcılık suçunun işlenebilip işlenemeyeceği hususları tartışmalıdır. Yukarıda inceleme konusu yapıldığı üzere⁶²⁸, muhafaza edilmek üzere başkalarına teslim olunan rehinli, hacizli veya herhangi bir sebeple el konulmuş taşınır bir malın, teslim edildiği kişiden hileli yollarla elde edilmesi halinde dolandırıcılık suçunun işlenebileceği TCK’nın 290. maddesinde özel olarak belirtilmiş; söz konusu suçun malın sahibi tarafından da işlenebileceği öngörölerek, dolandırıcılık suçu için öngörölen cezada indirim yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Bu durumlar dışında kalan hallerde, örneğin, kiraladığı bir malın hileli yollarla geri alması durumunda veya satın aldığı bir eşyanın hukuka aykırı olarak kendisine teslim edilmemesi nedeniyle, bu eşyanın hileli yollarla satın alan kişi tarafından satıcıdan alınması halinde dolandırıcılık suçunun var olup olmadığı incelenmelidir.

Öğretide ileri sürölen bir görüşe göre “hukuka aykırı olarak elde edilen her menfaat haksızdır” denilerek, hukukî mekanizmalar işletilmeksizin hileli davranışlar ile

⁶²⁸ Ayrıntılı bilgi için yukarıda bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 3.

elde edilen her yararın dolandırıcılık suçuna sebebiyet vereceği savunulmuştur⁶²⁹. Bu yaklaşım, Türk öğretisinde Dönmezer tarafından da kabul edilmiştir⁶³⁰.

Karşılaştırmalı hukukta İtalyan Yargıtayı, satın aldığı ve parasını ödediği bir malı teslim etmeyen satıcıdan hile ile alan kişinin eyleminin dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağına karar vermiştir⁶³¹.

Kanaatimizce ikili bir ayırım yapılarak konunun incelenmesi gerekir. Hukukî bir sebebe dayanarak elde bulundurulanan malların, malın sahibi tarafından hileli davranışlar kullanılarak alınması halinde dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Zira bu halde kişi, kendisine ait olsa dahi, hukukun kendisine tanımadığı bir hakkı kullanmak suretiyle yarar elde etmiş olacaktır. Örneğin kiralanan bir malın, kira sözleşmesi yürürlükte bulunduğu bir sırada sahibi tarafından alınmasında durum böyledir. Buna karşın, hukukun kendisine verdiği bir hakkı, hileli davranışlar sergileyerek alan bir kişinin eylemi dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyecektir. Zira bu halde, kişinin elde ettiği yararın haksızlığından bahsetmek mümkün olmayacağı gibi, karşı tarafın da bir zarara uğradığından bahsedilemeyecektir. Sahibi tarafından satılan ve alıcısının parasını ödemek suretiyle sahibi olduğu taşınır bir malın, sahibince alıcıya teslim edilmesi gerekirken, hukuka aykırı olarak bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, alıcının hileli davranışlar kullanarak satın aldığı malı temin etmiş olması dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyecektir.

3. Nedensellik Bağı Ögesi

Dış dünyada meydana gelen bir değişikliğin, herhangi bir kişiye yüklenebilmesi için, bunun o kişinin hareketinden kaynaklanmış olması gerekir⁶³². Hiç kimse yaptığı bir hareketin meydana getirmediği bir sonuçtan dolayı sorumlu tutulamaz. Nedensellik bağı, suçun gerçekleşmesi için yasa da tanımlanan hareketle, yasanın öngördüğü sonuç arasındaki mantıki bir bağ olarak tanımlanabilir. Yasal düzenlemelerin bir kısmında bu bağı gerekliliğine özel olarak yer verilmekte, bir kısmında ise bu bağdan açıkça bahsedilmemektedir. Ancak yasal düzenlemede açıkça yer verilip verilmemesine

⁶²⁹ Von Liszt (nakleden Tümerkan: s. 71).

⁶³⁰ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 563.

⁶³¹ Tümerkan: s. 72; Yalkut: s. 233.

⁶³² Kunter: s. 142; Dönmezer/Erman: C.I, s. 469; Alacakaptan: Suçun Unsurları, s. 81; Toroslu: Genel Kısım, s. 125; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 224.

bakılmaksızın, bütün suçlarda hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması zorunludur⁶³³.

Dolandırıcılık suçunu düzenleyen yasa metni incelendiğinde, bu suçta bulunması gereken nedensellik bağına açıkça yer verildiği görülecektir. Gerçekten TCK'nın 157. maddesinde “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağla*” maktan bahsedilmektedir. Maddede yer alan “hileli davranışlarla... aldatma” ve “bir yarar sağlama” ibareleri nedensellik bağına açıkça göstermektedir. Mağdurda meydana gelen aldanma hali herhangi bir sebepten değil, hileli davranışlar neticesinde oluşmalıdır. Yine elde edilecek yarar, herhangi bir yarar olmayıp, hileli davranışlar ile aldatılan kişi tarafından temin edilen bir menfaattir.

Nedensellik bağında bulunması gereken silsilenin takip edilmemesi, atlanması veya herhangi birinin eksik olması durumunda, ortaya konulan eylem dolandırıcılık suçuna değil, şartları oluşuyor ise hırsızlık veya güveni kötüye kullanma gibi başkaca suçlara sebebiyet verecektir.

Dolandırıcılık suçunun işlenmesinde izlenen suç yolu incelendiğinde, bu suçta yer alan nedensellik bağı daha iyi anlaşılacaktır. Suç yolunda ilerleyen fail öncelikle, muhatabına yönelterek onu aldatmayı hedeflediği hileli davranışlar sergilemektedir. Sonrasında bu hileli davranış ile mağdur aldatılmakta, aldanan mağdur kendisine veya üçüncü bir kişiye zarar verecek, buna karşın fail veya başka bir kişiye yarar sağlayacak bir tasarrufta bulunmaktadır. Zaman dizinsel açıdan suç yolu incelendiğinde, bir birini takip eden, tahrik eden ve etkileyen bir nedensellikler serisi olduğu görülecektir⁶³⁴. Bu yolda, sahtecilik suçunda amaç olan aldatma, dolandırıcılık suçu açısından haksız bir yarar elde etmede bir araçtır⁶³⁵.

Hileli davranışların dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermesi için her şeyden önce, ortaya konulan davranışların, temin edilmesi amaçlanan haksız yarara yönelmiş olması gerekir. Örneğin, karşıdan karşıya geçmek isteyen yaşlı bir kişinin yanına yaklaşıp yardım teklif edilerek koluna girilmesi ve bu sırada cebinde bulunan paranın alınması

⁶³³ Dönmezer/Erman: C.I, s. 469-470; Toroslu: Genel Kısım, s. 125; Koca/Üzülmez: s. 144-145; Nedensellik bağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Faruk Erem: “Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin”, AÜHFD, 1968, C.25, S. 3, s. 1-21; Dönmezer/Erman: C.I, s. 469-527; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 134.

⁶³⁴ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 134; Tümerkan: s. 62.

⁶³⁵ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 135.

halinde dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Zira failin hileli davranışı ile elde edilen yarar arasında bir nedensellik bağı olmadığı gibi, mağdurun iradesinin aldatılıp elde edilerek menfaat temin edilmesi de söz konusu değildir. Bu nedenlerle eylem dolandırıcılık değil hırsızlık suçuna sebebiyet verecektir⁶³⁶.

Dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından, mağdurun fail veya üçüncü bir kişiye menfaat sağlaması yeterli olmayıp; sağlanan bu yararın hileli davranışlar ile etkilenecek aldatılan bir irade doğrultusunda temin edilmesi gerekir. Failin kendisine veya başkasına temin ettiği haksız yarar ile fail tarafından yapılan hileli davranışlar arasında bir bağın bulunması gerekir⁶³⁷. Yani hileli hareketlerin yararın elde edilmesine sebebiyet vermiş olması lazımdır. Temin edilen yarar, hileli hareketlerin sonucu değil de başka bir nedenden dolayı elde edilmişse, dolandırıcılık suçunun oluşumundan bahsedilemez⁶³⁸. Şartları gerçekleştiği takdirde hırsızlık, güveni kötüye kullanma ya da kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçlarından birisi oluşabilir⁶³⁹.

Mağdur, kendisine karşı yapılan hileli davranışların yönlendirmesi ve iradesini etkilemesi nedeniyle değil de, kendiliğinden veya başkaca bir etki nedeniyle malvarlığında yer alan bir unsuru faile veya üçüncü bir kişiye teslim etmiş ise dolandırıcılık suçundan bahsedilemez⁶⁴⁰. Zira temin edilen yarar, hileli davranışlar ile sakatlanmış bir irade ile değil, başka bir amaç ve saik ile sağlanmıştır. Örneğin, oğlun babasına, eşinin çok hasta olduğunu, acilen büyük miktarda paraya ihtiyacı olduğunu bildirip para istemesine karşın,

⁶³⁶ TCK m. 142/2: “(Hırsızlık suçunun) a) Kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak, b) Elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle... işlenmesi hâlinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”.

⁶³⁷ Tümerkan: s. 62; Kılıçoğlu: s. 145; 11. CD., 26.10.2010, E. 2008/11543, K. 2010/11790: Şikayetçi M.A.G’nin alınan ifadesinde; “ben örnek altınlara bakarken S.Ö.D hemen arkamda duran para poşetine el attı ve bana ben parayı hemen M.O.’ya teslim edip geleceğim,çantayı da getireceğim,elimizi çabuk tutalım,ben korkmaya başladım diyerek para poşetini aldı...” demesi karşısında bu husus üzerinde durularak suça konu poşet içindeki paranın aldatılmış irade sonucu şikayetçi tarafından mı teslim edildiği yoksa sanık tarafından yerden mi alındığı saptanarak sonucuna göre suç vasfının belirlenmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde (dolandırıcılık suçundan mahkumiyetine) karar verilmesi”.

⁶³⁸ 11. CD., 27.10.2010, E. 2009/21994, K. 2010/11799: “Para karşılığı trafik işlemlerini takip eden sanık İ. N. Kuş’un araçlarındaki teknik değişikliklerin tescili için maliyeye yatırılması gereken paraları yatırmak için şikayetçilerden aldıktan sonra yatırmayıp mal edindiği olayda, paranın alınması için hileli davranışlarda bulunulmaması nedeniyle dolandırıcılık suçunun yasal unsurları oluşmadığı gibi maliyenin bir zararı da bulunmadığı ve zarar gören şikayetçilere karşı sanıkların hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak suçlarını işledikleri gözetilmeden...”.

⁶³⁹ 11. CD., 28.03.2007, E. 2005/9398, K. 2007/2170: “Sanığın, oluşa uygun olarak sübutu kabul edilen, S. Adına gelen havalenin, soyadı benzerliğinden dolayı, banka görevlisi tarafından hata sonucu kendisine ödenmesinden sonra durumun fark edilip, bu havale bedelini, istenmesine rağmen iade etmeyerek sahiplenmekten ibaret eyleminin, hata sonucu ele geçmiş eşyadan tasarruf suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç teşkil etmediğinden bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁶⁴⁰ Tümerkan: s. 64.

gelininin hasta olmadığını ancak çocuğunun paraya ihtiyacı olduğunu bilen babanın, yardım etmek amacıyla istediği parayı oğluna vermesi halinde, dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır⁶⁴¹. Zira temin edilen menfaat aldanan bir irade ile sağlanmamıştır.

Kendisine karşı yöneltilen hileli davranışlar bulunmasına karşın mağdur, hileli davranışların etkisi ve yönlendirmesi ile değil de, başka bir nedenden dolayı faile veya üçüncü bir kişiye yarar sağlamış olabilir. Örneğin, fail hileli davranışlar sergilemek suretiyle mağduru aldatmak ve kendisine yarar sağlamak için çaba sarf ettiği anda, araya başka bir kişinin girmesi ve mağdurun bu kişinin söz, hal ve hareketleri nedeniyle faile yarar sağlamış olması mümkündür. Örneğimizde hileli davranışlar ile meydana gelen zarar arasında bulunması zorunlu olan nedensellik bağı ortadan kalktığından, dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır.

Fail tarafından yapılan hileli davranışlar, yeni bir yarar elde etmek için değil de, daha önce elde edilen bir menfaati korumak veya meşrulaştırmak için yapılmış ise, dolandırıcılık suçu oluşmaz. Bu anlamda, yararın doğrudan veya dolaylı olarak elde edilmiş olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁶⁴². Önceden doğmuş bir zarar veya borç ile ilgili olarak, hileli davranışlarda bulunulması ve mağdurun aldatılarak, fail tarafından dolaylı şekilde yarar sağlanmış olması halinde, eylem dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyecektir. Zira bu halde, meydana gelen zarar ile hileli davranışlar arasında nedensellik bağının bulunduğu bahsedilemez⁶⁴³. Mağdurun zararı ile hileli davranışlar arasında nedensellik bağının olduğunun kabulü için uğranılan zararın, hileli davranışlardan sonra veya en azından hileli davranışlar ile aynı anda meydana gelmesi gerekir.

⁶⁴¹ Artuç: s. 373.

⁶⁴² Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 467; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 461; Tezcan/Erdem/Önok: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 500; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3580; Alacakaptan: Suçun Unsurları, s. 197; Tümerkan: s. 62-63; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 249; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1393.

⁶⁴³ CGK, 03.03.1998, E. 1998/6-8, K. 1998/69: “...Dolandırıcılık suçuna ilişkin bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi, mağdur veya bir başkasına verilen zarar, sanığın hileli söz ve davranışlarından sonra ve bu nitelikteki söz ve davranışların sonucu olmalıdır. Önceden oluşmuş bir zarar, veya doğmuş bir borç için, sanığın müştekiye karşı hileli davranışlarda bulunması halinde, dolandırıcılık suçu oluşmaz. Zira karşı taraf, zararın veya alacağının varlığından haberdar olup zarar veya borç, kandırıcı nitelikteki davranışlar sonucu oluşmamıştır” (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3580-3581); 11. CD., 12.12.2006, E. 2006/6881, K. 2006/10155 (yayınlanmamış Yargıtay kararı); 11.CD., 03.03.2009, 8250/1882 (Taşdemir: s. 125).

C. Suçun Manevi Unsuru

1. Suçun Oluşmasında Manevi Unsur ve Önemi ile Dolandırıcılık Suçu Bağlamında Değerlendirilmesi

Suçun oluşabilmesi için failin, yasal düzenlemedeki tanıma uygun suçu işlediğinin bilinmesi ve kanıtlanması yeterli değildir. Söz konusu fiilin, failin kusurlu iradesi sonucunda ortaya çıkmış olması gerekir. Failin kusurlu iradesi tarafından oluşturulmayan bir eylemden dolayı sorumluluğu yoluna gidilemez⁶⁴⁴. Kusurluluk, dış dünyada ortaya konulan fiil ile fail arasındaki psikik bir bağıdır⁶⁴⁵.

Dolandırıcılık, kasıtlı olarak işlenebilen suçlardandır. Burada söz konusu olan kast, dolandırıcılık suçunun maddî unsurunu oluşturan öğelerin tamamının fail tarafından bilinmesini ve istenmesini ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle fail, gerçekleştirdiği davranışların hileli ve başka birini aldatıcı nitelikte oldukları bilincinde olmalı; bu hileli davranışların etkisiyle bunlara maruz kalan kişinin veya başkasının malvarlığında bir eksilme meydana geleceğini ve bu nedenle zarar göreceğini, buna karşılık kendisinin veya başka bir kişinin malvarlığında bir artma meydana geleceğini bilmeli ve istemelidir. Bu itibarla fail, mağdurun malvarlığındaki eksilmenin, mağdurun gördüğü zararın kendi hileli davranışları sonucunda meydana geldiğini bilip istemeli; hileli davranışları ile mağdurun zararı arasındaki illiyet bağının varlığının bilincinde olmalı ve yarar sağlamayı amaçlamalıdır⁶⁴⁶.

Maddenin gerekçesinde dolandırıcılık suçunun hem doğrudan ve hem de dolaylı kastla işlenebileceği belirtilmiştir. Öğretide, madde gerekçesi doğrultusunda dolandırıcılık suçunun olası kastla işlenebileceğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır⁶⁴⁷. Bu görüş taraftarlarına göre failin, ortaya koyduğu hileli davranışlar ile mağduru hataya düşürebileceğini öngörmesine, bu hata sonrasında yarar elde edebileceğini düşünmesine

⁶⁴⁴ Alacakaptan: Suçun Unsurları, s. 117.

⁶⁴⁵ Alacakaptan: Suçun Unsurları, s. 150.

⁶⁴⁶ Türk Ceza Kanunu Gerekçesi: s. 264, 265; Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 561; Erem: Dolandırıcılık, s. 24; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 462; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3583; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 606-607; Meran: s. 144-145; Tümerkan: s. 101; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 30-31.

⁶⁴⁷ Türk Ceza Kanunu Gerekçesi: s. 264, 265; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 463; Önder: Mala Karşı Cürümler, s. 385; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 31; Artuç: s. 372; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 272; Dolandırıcılık suçunun olası kastla işlenebileceğini savunan yazarlar, eserlerinde bu konuda herhangi bir örneklendirmede bulunmamışlar, soyut değerlendirmeler yapmakla yetinmişlerdir.

karşın, bunu göze alıp yarar sağlamayı kabul ettiği takdirde de dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır⁶⁴⁸.

Bu görüşü kabul etmeyen, bizim de taraftarı bulunduğumuz, karşıt görüşlü yazarlara göre olası kast, suçun kanuni tanımındaki öğelerin gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, sonucun kabullenilmesi suretiyle fiilin işlenmesidir. Dolandırıcılık suçunda failin amacı mağdura zarar vermek değil, kendisi veya başkasına menfaat temin etmektir. Fail bu amacını gerçekleştirmek için hileli davranışlar sergilemekte ve muhatabını aldatmaya çalışmaktadır. Bir kişinin olası kastla hareket ederek, olursa olsun düşüncesi ile hileli davranışta bulunması ve yarar sağlamayı istemesi düşünülemez. Hileli davranışların olası kast ile sergilenmesi mümkün değildir. Bu nedenlerle dolandırıcılık suçu olası kastla işlenemez⁶⁴⁹.

Dolandırıcılık suçunun genel kastın yanında özel bir kast ile işlenip işlenemeyeceği hususu tartışmalıdır. Doktrinde dolandırıcılık suçunda haksız çıkar sağlama bilinç ve iradesinin bulunması gerektiğini savunan bir kısım yazarlar, bu durumun özel kastı oluşturduğu tezini ileri sürmüşlerdir⁶⁵⁰. Buna karşın özel kastın yasada açıkça belirtilmesi gerektiğini, aksi durumda özel kasttan bahsedilemeyeceğini, yasa koyucu tarafından dolandırıcılık suçu açısından özel kastın öngörüldüğüne dair bir ibareye yer verilmediğini, bu nedenle genel kastın yeterli olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır⁶⁵¹.

Genel kast, suça sebebiyet veren hareketin ve bunun sonucunun fail tarafından bilinmesini ve istenilmesini ifade eder. Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için failin mağdurun zararına karşılık haksız bir yarar elde etmiş olması gerekir. Bu halde dolandırıcılık suçunun işlenmesi için özel bir kast aranmasına gerek olmadığını, bu suçun genel kastla işlenebileceğini düşünüyoruz. Ayrıca 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde, failin elde ettiği çıkarın haksızlığına özel bir vurgu yapılmamıştır. Daha önceden de belirttiğimiz üzere⁶⁵² bu düzenleme, yasa koyucunun bilinçli bir tercihidir. Yasal düzenleme içeriğinde bizi, dolandırıcılık suçunun özel kastla

⁶⁴⁸ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 463.

⁶⁴⁹ Meran: s. 145.

⁶⁵⁰ Logoz (Erem: Dolandırıcılık, s. 17-18'den naklen); Soyaslan: Özel Hükümler, s. 346; Tümerkan, kişide haksız çıkar sağlama amacının olmasını gerektiğini belirterek, failin özel bir kast ile hareket etmesi gerektiğini düşündürecek ifadeler kullanmıştır (Tümerkan: s. 102).

⁶⁵¹ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 464; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 467; Önder: Mala Karşı Cürümler, s. 384-385; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 155; Tümerkan: s. 102; Artuç: s. 373.

⁶⁵² Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 2, e, cc.

işlenebileceği yorumuna götürecektir herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Bu nedenle aksine yapılacak her yorum yasal dayanaktan yoksundur. Failin, genel kast içerisinde değerlendirilebilecek olan yarar elde etme amacının, özel kast olarak değerlendirilmesinin uygun olmadığı kanaatindeyiz. Zira failin elde etmeyi hedeflediği yarar, suçun neticesidir; fail tarafından yarar elde edilmesinin istenilmediği durumlarda genel kastın yokluğundan bahsetmek gerekecektir⁶⁵³.

Genel (basit, temel) dolandırıcılık diyebileceğimiz TCK'nın 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun işlenmesinde genel kastın yeterli olduğunu söylemek mümkün ise de, TCK'nın 159. maddesinde düzenlenen ve dolandırıcılık suçunun hafif şekli diye adlandırabileceğimiz suçun oluşması için failin genel kastının yanında, özel bir kastının da bulunması gerekmektedir. Fail bu son halde, hukukî ilişkiye dayanan bir alacağını tahsil etme amacını gütmeli ve bu kasıtlı hareket etmelidir. Yasa koyucu genel kastın yanında, failin özel kasıt ile hareket etmesi gerektiğini, yasa normunda açıkça belirtmiştir.

Yine bu anlattıklarımıza paralel olarak, dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinden bir kısmı açısından yasa koyucu failin amacına özel bir önem vermiş ve bu amaç nedeniyle işlenen dolandırıcılık suçunu daha ağır bir ceza ile yaptırım altına almıştır. Bu hallerde failin özel bir amacın yani kastın bulunması gerekir. Örneğin banka veya diğer kredi kurumlarının tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla (TCK m.158/1-j) ve sigorta bedelini almak amacıyla (TCK m.158/1-k) işlenen dolandırıcılık suçlarında failin iradesinin kredi tahsisini sağlamak ve sigorta bedelini almaya yönelik olması gerekir. Aksi takdirde failin eylemi, diğer şartların varlığı halinde basit (temel) dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecektir.

Kasıtlı olarak işlenebilen bütün suçlarda olduğu gibi, dolandırıcılık suçunun oluşması içinde kastın, suçu oluşturan hareketten önce veya en azından onunla aynı anda var olmalıdır. Sonradan ortaya çıkan bir kast, dolandırıcılık suçu nedeniyle sorumluluğa neden olmaz⁶⁵⁴. Bu halde eylem başka bir suçu oluşturuyorsa, bu suçtan dolayı cezalandırılma yoluna gidilebilecektir. Örneğin A tapuya kayıtlı taşınmazını B ye satmış olsun. Bu satış tapuya kayıt edilmeden önce C'nin daha uygun bir teklif vermesi nedeniyle

⁶⁵³ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 156.

⁶⁵⁴ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 536; Toroslu: Özel Kısım, s. 185-186; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 347; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 156.

A'nın, taşınmazını C'ye satarak tapuda devretmesi durumunda, A'nın B'yi dolandırdığından bahsedilemez. Zira A'nın B'ye satış yaptığı ilk aşamada dolandırıcılık kastı bulunmamaktadır. Bu halde A'nın, taşınmazını C'ye satması eylemi ticari özgürlük kapsamında değerlendirilmelidir. Herhangi bir zararın varlığı halinde B, uğradığı zararının giderimini tazminat hukuku çerçevesinde A'dan talep edebilecektir⁶⁵⁵.

Dolandırıcılık suçunun manevi unsurunun gerçekleşmesi için gerekli şartların sayısının fazla oluşu, hata hükümlerinin uygulanma imkânını da arttırmaktadır. Bu kapsamda doğüstü güçleri olduğuna inanan bir büyücünün, bu güçleri sayesinde hastalıklarını iyileştireceğine inandırdığı kişilerden yarar elde etmiş olması durumunda, bu kişinin suç işleme kastının bulunmadığını kabul etmek gerekecektir⁶⁵⁶.

2. Dolandırıcılık Suçunda Kastın Kapsamı

Dolandırıcılık suçunda failin kastının, sadece hileli davranışta bulunmayı değil, bununla birlikte bu davranışların mağduru aldatılabileceğini, bu aldatmanın sonucunda mağdurun zarar görebileceğini, bu zarara paralel olarak kendisinin veya başkasının yarar elde edebileceğini de kapsamı gerekir. Yani failde, mağduru aldatılabilecek nitelikte hileli davranışlarda bulunma, bu davranışlarla muhatabını aldatma, aldanmış muhatabın kendisi veya başkasına ait malvarlığı üzerinde zararlarına olacak şekilde tasarrufta bulunmasını isteme ve bu zarara paralel olarak kendisine veya başkasına yarar sağlama bilinç ve iradesi bulunmalıdır⁶⁵⁷. Buna ek olarak failin, mağduru aldatmak için kullandığı davranışların hileli, elde edilmesi hedeflenen yararın haksız olduğu bilincine de sahip olması gerekir⁶⁵⁸. Failin kastının belirtilen unsurlardan birini içermemesi halinde, kastın varlığından bahsedilemeyeceğinden, dolandırıcılık suçu manevi unsur yönünden eksik kalacak ve suç oluşmayacaktır.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, dolandırıcılık suçunda bulunması gereken kastın kapsamını şu şekilde belirtmiştir: Suçun manevi unsuru bulunan kast hileli

⁶⁵⁵ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 158.

⁶⁵⁶ Toroslu: Özel Kısım, s. 185; Kural üzerinde hata hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Devrim Güngör: “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, TBB Dergisi, 2007, S. 68, s. 135-160.

⁶⁵⁷ Hafizoğulları/Özen: s.406; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 535; Toroslu: Özel Kısım, s. 185; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 606; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 462; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 473; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 145; Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 112.

⁶⁵⁸ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 535; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 606; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 462; Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 112.

hareketi, haksız çıkar sağlamayı ve zarar vermeyi, bu husustaki bilinç ve iradeyi kapsamalıdır⁶⁵⁹.

İngiliz ceza hukukunda dolandırıcılık suçunda failin kastına diğer unsurlarına nazaran daha çok önem verilmiştir. Fail tarafından ortaya konulan yanlış/yanıltıcı/aldatıcı söz ve davranışlardan daha çok, failin muhatabını hatalı bir davranışta bulunmaya yönlendirme ve bunun sonrasında kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlama niyet ve isteği daha önemlidir. Muhatap aldanmamış olsa, kendisi veya başkası aleyhine zarara sebebiyet verecek tasarrufta bulunmamış olsa bile, fail yarar temin etme kastı ve bu amaçla ortaya koyduğu hileli davranışları çerçevesinde dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulabilecektir⁶⁶⁰.

Suç işleme konusunda faili harekete geçiren, iradesini o yolda kullanmağa iten düşünce olarak tanımlanabilecek saik, genel kabul doğrultusunda kastın kapsamına girmemektedir⁶⁶¹. Failin saikini hırs ve tamah, intikam, yoksulluk, kıskançlık ve merhamet gibi duygular oluşturabilir⁶⁶². Saik, işlenen herhangi bir suçun, suç olma vasfını ve derecesini etkilemez. Kanun koyucu kimi zaman failin saikini suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak öngörmüş olabilir. Suçun daha ağır şeklinin oluşumunda önem atfedilen saikin varlığı halinde hâkim, failin saikini cezanın bireyselleştirilmesinde gözönüne alacaktır. Saikin suçun unsuru olarak belirtildiği durumlarda, failin kastının özünü saik oluşturacak ve bu halde “özel kast”tan söz edilecektir⁶⁶³. Bu nedenle failin saiki işlenen dolandırıcılık suçunun oluşumunu engellemeyecek, onu daha ağır veya daha hafif bir suç haline dönüştürmeyecektir⁶⁶⁴.

Dolandırıcılık suçu kastının daha iyi anlaşılabilmesi için, bu kastın kapsamı içerisinde yer alan hususları ayrı ayrı incelemenin faydalı olacağını düşünüyoruz.

⁶⁵⁹ 6. CD, 12.11.1982, E. 1982/9795, K. 1982/8205 (Dönmezer Mala Karşı Cürümler, s. 473); Benzer şekilde Yargıtay başka bir kararında dolandırıcılık suçunun manevi ögesini, “bir kimseyi hataya düşürüp kendi lehine yarar sağlamak isteyen failin, bunu fiilin icrasından önce, hile ve saniaları (başkasını yanıltmak için kullanılan aldatıcı vasıtalar) iyice tasarlamış ve tertiplemiş olması” şeklinde tanımlamıştır (CGK., 22.2.1982, E. 1982/472, K. 1982/60, Selçuk: Dolandırıcılık, s. 146, dpn.527).

⁶⁶⁰ Withey: s. 227-229 ; Laville: http://www.addleshawgoddard.com/view.asp?content_id=2448&parent_id=2439 (E.T. 24.6.2014).

⁶⁶¹ Dönmezer/Erman: C:II, s. 226; Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 561; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 53, 146; Koca/Üzülmez: s. 158; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 337.

⁶⁶² Dönmezer/Erman: C:II, s. 224; Martin Gill: s.40-44.

⁶⁶³ Dönmezer/Erman: C:II, s. 226; Demirbaş: Genel Kısım, s. 337.

⁶⁶⁴ Demirbaş: Genel Kısım, s. 337; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 146.

a. Hileli Davranışta Bulunduğunu Bilme

Failin kastı her şeyden önce, dolandırıcılık suçu fikrinin failin zihin dünyasından çıkarak davranışlara döküldüğü ilk aşama olan hileli davranışları kapsamalıdır. Fail, davranışlarının hileli ve mağduru aldatmaya yönelik olduğu bilinç ve iradesi ile hareket etmelidir⁶⁶⁵. Aksi durumda dolandırıcılık suçunun manevi unsuru oluşmayacaktır⁶⁶⁶. Fail tarafından şaka olarak veya iyi niyetlerle yapılan davranışlar nedeniyle, amaçlamadığı halde mağdurun aldanarak kendi zararına ve fakat fail yararına hukukî işlemde bulunmuş olması durumunda dolandırıcılık suçu, manevi unsur eksikliği nedeniyle oluşmayacaktır.

Failde hileli davranış bilinç ve iradesinin bulunmaması durumunda kastın varlığından bahsedilemez. Failin fiili yanılması, tüm kasıtlı suçlarda olduğu gibi suçun manevi unsurunu etkileyen ve suçun oluşmasını engelleyen bir durumdur⁶⁶⁷. Failin, davranışlarının başkasını aldatıcı ve muhatabına zarar verici olduğunu bilmediği, hatta tam tersine yarar sağladığı inancıyla hareket ettiği durumlarda dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Görünüşte mağdurun aldanması, bu aldanma neticesinde faile bir yarar sağlaması dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermez⁶⁶⁸. Manzini'ye göre⁶⁶⁹, kendisinde doğaüstü güçler olduğunu düşünen bir kişi, gerçekten bu güçlerinin varlığına inanmış, buna inanan ve kendisinden yardım isteyen bir kişiden yarar sağlamış ise, hileli davranışlar sergileme bilinç ve iradesinin bulunmaması nedeniyle, eylemi dolandırıcılık olarak kabul edilmeyecektir. Zira dolandırıcılık suçunda cezalandırılan husus, hileli davranışlarda bulunarak aldatma ve buna bağlı olarak yarar sağlanmasıdır. Hileli davranışta bulunma iradesinin olmaması suçun oluşmasını engeller. Dolandırıcılık suçunda cezalandırılan husus salt olarak malvarlığına zarar verme ve haksız yarar temin etme değil, bunun, muhatabını aldatabilecek hileli davranışlarla gerçekleştirilmesidir. Muhatabını aldatma amacı gütmeyen, failin kendisinin aldanmışlık içerisinde bulunduğu durumlarda dolandırıcılık suçu oluşmaz. Ancak bu konu değerlendirilirken hâkimin, failer tarafından

⁶⁶⁵ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 346; Toroslu: Özel Kısım, s. 185; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 31;

⁶⁶⁶ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 473; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 462-463; 6. CD, 24.12.1999, E: 1999/7222, K: 1999/8051: “Dava konusu emre yazılı senedin sanık tarafından S’ye para, mal veya emek karşılığı olmaksın salt tahsil için ciro ile devredildiği, onun da eklemeye suretiyle sahtecilik yapıldığını ilmeksin icra kovuşturmasına geçtiği icra müdürlüğünce katılana tebligat yapıp her türlü itiraz ve dava hakkının bildirildiği, bugüne kadar ödeme de yapılmadığının anlaşılması karşısında, sanığa yükletilen dolandırıcılık suçunun yasal öğelerinin oluşmadığı...” (YKD, Ağustos 2000, s. 1306).

⁶⁶⁷ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 147.

⁶⁶⁸ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 463; Kanık: s. 333; Kılıçoğlu: s. 144-145.

⁶⁶⁹ Manzini (Erem: Dolandırıcılık, s. 24); Selçuk: Dolandırıcılık, s. 147.

bu tür savunmaların yapılacağını ve bu mazeret altına gizleneceklerini öngörerek, daha hassas davranması gerekmektedir⁶⁷⁰.

İhmal ve ihtiyatsızlığın (tedbirsizliğin) kasıtlı hareketlerden ayrılması gerekir. Örneğin çek karnesini arabada unutması nedeniyle çaldıran bir kişinin, çalınan bu karneleri kullanarak hırsız tarafından işlenen dolandırıcılıktan, sadece suça katılma (iştirak etme) yokluğundan değil, kastı olmadığından dolayı da sorumluluğu yoktur⁶⁷¹. Dönmezer'e göre de⁶⁷², fail tarafından mağdura aslı olmayan şeyler söylenilmesi durumunda dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Örneğin iflas etmiş bir şirketin hisse senetlerini satın alan bir kişi, şirketin bu özelliğini bilmeden iyi niyetle söz konusu hisseleri başka birisine satmış olursa dolandırıcılık suçu oluşmaz. Zira bu son halde ihtiyatsızlıkla kötü niyetin birbirlerinden ayrılması gerekmektedir. Günlük hayatın gereği, almış olduğu hisselerin ait olduğu şirketin mali durumunu kontrol etmesi beklenen bir kişinin, tedbirsiz davranarak böyle bir araştırma yapmamış olmasını kötü niyet ile eş değer kabul etmek olanaklı değildir. Zaten kötü niyetin varlığının tespiti halinde, failin dolandırıcılık kastının var olduğu kabul edilecektir.

Failde başlangıçta bulunmayan hileli davranışta bulunma bilinç ve iradesi, mağdurun aldandığının görülmesi üzerine, sonradan da oluşabilir. Fail başlatmadığı hileli davranışların, devamını sağlamak suretiyle, mağdurun aldanmasının devam etmesini sağlamak suretiyle yarar sağlamışsa suçun manevi unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

Kastı oluşturan bilinç ve iradenin de özgür bir ortamda oluşması gerekir. Failin iradesi üzerinde oluşturulan maddi veya manevi baskılar nedeniyle, dolandırıcılık suçunun işlendiğinin tespit edilmesi halinde, hâkim tarafından kastın gerçekten var olup olmadığı ayrıca incelenmelidir⁶⁷³.

⁶⁷⁰ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 147.

⁶⁷¹ Erem: Dolandırıcılık, s. 24; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 148-149.

⁶⁷² Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 561.

⁶⁷³ "Suç iradesini etkileyen baskı öğelerine karşı içtihat, özellikle Fransa'da duyarlı davranmış, patronuna bağlı bir müdür yardımcısının eyleminde, bu manevi baskı ve etki nedeniyle kast ögesini ve kötü niyeti görmemiştir. Bununla birlikte, ileri derecedeki dikkatsizlikleri ve ağır tedbirsizlikleri, özellikle meslek sahibi kişilerin yapmaları durumunda Fransız mahkemeleri ve Yargıtayı, kasıtlı hilenin varlığını yeterli sayma eğilimi göstermişlerdir" (Selçuk: Dolandırıcılık, s. 149'dan naklen).

b. (Haksız) Yarar Sağlama Bilinç ve İradesi

Hileli davranışlar sergileyerek başkasını aldatan ve bu kişiyi kendisinin veya başkasının malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmaya sevk eden failin, elde edeceği yararın haksızlığına dair bilinç ve iradesinin bulunması gerekir. Failin kastının bu durumu içermesi gerekir. Dolandırıcılık suçunda bir *animus lucri* (haksız yarar sağlama bilinç ve iradesinin varlığı) şarttır⁶⁷⁴.

Önceki yasa döneminde öğreti ve uygulamada, failde yarar sağlama ile birlikte, sağlanan bu yararın haksızlığına dair bilincin de bulunması gerektiği belirtilmiştir⁶⁷⁵. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun dolandırıcılık suçunu düzenleyen maddeleri incelendiğinde, failin hukukî bir alacağını tahsil amacıyla dolandırıcılık suçunu işleyebileceği öngörülmüş ve daha hafif bir suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 159). Yeni yasal düzenleme karşısında, önceki ceza yasasında yer alan düzenlemeler çerçevesinde savunulan, alacaklının hileyle alacağını alması eyleminde, çıkar kastı bulunmadığından dolayı eylemin dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağına dair fikirlerin⁶⁷⁶ dayanaklarını yitirdiklerini düşünüyoruz. Artık failin hukukî alacağını tahsil amacıyla elde edeceği yararın haksızlığından ziyade, hukuka aykırı şekilde elde edildiğinden bahsedilebilecektir. TCK'nın 157 ve 158. maddelerinde düzenlenen dolandırıcılık suçları açısından failde, elde edeceği yararın haksızlığı bilincinin bulunması gerekli ise de, aynı şeyi TCK'nın 159. maddesinde düzenlenen suç için söylemek kanaatimizce uygun olmayacaktır.

Dolandırıcılık suçunda elde edilmeye çalışılan yararı, failin kendisi için istemesi, suçun oluşumu açısından zorunlu değildir. Bu sonuç yasa metninden de açık şekilde anlaşılmaktadır. Fail mağdur tarafından temin edilen yararı kendisi için alabileceği gibi, başkası adına alabilir veya mağdurun doğrudan yararı başkasına sağlamasına aracılık edebilir (TCK m. 157). Failden başka bir kişinin yarar temin etmesi durumunda, yarar temin eden üçüncü kişinin işlenen dolandırıcılık suçundan dolayı sorumluluğu, iştirak (katılma) hükümlerine göre tayin edilecektir.

Yapılan bu anlatımlar çerçevesinde failde yarar sağlama bilinç ve iradesinin olmaması, dolandırıcılık suçunun oluşumunu engelleyecektir. Örneğin hile düzeyindeki bir

⁶⁷⁴ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 473; Erem: Dolandırıcılık, s. 24; Selçuk. s. 150; Tümerkan: s. 101-102.

⁶⁷⁵ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 473; Erem: Dolandırıcılık, s. 24; Selçuk. S. 150; Jescheck: s. 112; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 32.

⁶⁷⁶ Bu konudaki görüşler için bkz. Selçuk: Dolandırıcılık, s. 151-152.

şaka ile, geri vermek amacıyla karşısındakinden yarar elde eden bir kişinin eylemi, manevi unsur eksikliği nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Bununla birlikte bu ihtimalin, suç işlendikten sonraki geri verme ve zararı giderme iradesiyle karıştırılmaması gerekir⁶⁷⁷. Son halde dolandırıcılık suçu oluşmuştur. Failin aldıklarını iade etmesi etkin pişmanlık hükümleri çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutularak (TCK m. 168), iadenin gerçekleştiği safhaya göre cezasından indirim sebebi olarak kabul edilecektir.

Bu anlatımlar çerçevesinde, aralarında alım-satım sözleşmesi yapan taraflardan borçlunun, bedelini ödemesine rağmen malı teslim etme yükümlülüğünü yerine getirmemesi, bunun üzerine alacaklının hileli davranışlar kullanarak borçluyu aldatıp malı elde etmesi halinde dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Zira alacaklı, hukuken kendisine ait bir malın zilyetliğini elde etmek için hileli davranışlarda bulunmaktadır. Buna karşın satıcının, taksitle sattığı bir malın taksitlerinin süresinde ödenmemesi nedeniyle hileli davranışlar kullanarak alıcısını aldatıp malı geri alması eylemi dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecektir⁶⁷⁸.

c. Mağdurun Zarar Görebileceğine Dair Bilinç ve İrade

Failin kastı, hileli davranışlar ile mağdurun aldatılmasını içermeli ve mağdurun hukukî bir tasarrufta bulunarak, kendisine veya başkasına zarar verebileceğini kapsamalıdır⁶⁷⁹. Elde edilecek yararın haksız olması gereği, zorunlu olarak elde edilen yarar karşısında bir zararın ortaya çıkmasını gerektirir. Zarar, haksız menfaat temin etme kastının sonucudur. İkisi arasında bir neden ve sonuç ilişkisi vardır ve çoğu kez aynı anda meydana gelirler. Elde edilen her türlü haksız yarar, zorunlu olarak bir zararın karşılığıdır⁶⁸⁰. Fail hileli davranışlarla mağduru aldatmış olsa bile, mağdurun yapacağı işlemler ile zarar görmesini istememiş ise dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Örneğin, kişi arkadaşına şaka yapmak amacıyla hileli davranışlar sergilemiş, sergilediği davranışlar ile arkadaşını aldatmış ve ondan kendisinin veya başkasının zararına olarak bir işlemde bulunmasını temin etmiş olmasına rağmen, herhangi bir kişinin zarar görmemesini hedeflemiş olabilir. Böyle bir durumda, failin eylemine başlamadan önceki kastı,

⁶⁷⁷ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 151.

⁶⁷⁸ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 32.

⁶⁷⁹ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 473; Erem: Dolandırıcılık, s. 24; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 346; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 152; 6. CD, 12.11.1982, E. 1982/9795, K. 1982/8205 “suçun manevi unsuru bulunan kast hileli hareketi, haksız çıkar sağlamayı ve zarar vermeyi, bu husustaki bilinç ve iradeyi kapsamalıdır” (YKD, Mart 1983, s. 434).

⁶⁸⁰ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 152.

mağdurun veya başka bir kişinin zarar görmesini kapsamadığından dolayı, sonuçta bir zarar meydana gelmiş olsa dahi, eylemde manevi unsur eksik olduğundan dolayı suç oluşmayacak ve failin eylemi cezalandırılmayacaktır.

3. Manevi Unsurun Varlığının İspatı

Dolandırıcılık suçunda failin, yarar sağlama bilinç ve iradesi ile muhatabının zarara uğramasını amaçlayan ve hileli olduğunu bildiği davranışları ortaya koyduğunun somut deliller ile ortaya konulması gerekir. Zira zeki ve kurnaz olan dolandırıcılık suçu faili, ileri süreceği deliller vasıtasıyla, amacının muhatabını zarara uğratmak olmadığını, gerçek bir hukuki ilişki tesis etmeye çalıştığını, sattığı ürünün tüm özelliklerini müşterisine aktardığını, akdedilen sözleşmenin her iki tarafın gerçek rızasını yansıttığını belirterek suç işleme kastının olmadığını çok kolay şekilde ispatlayabilecektir.

Soruşturma aşamasında savcılık makamının ve yargılama aşamasında hakim, failin dolandırma kastının olup olmadığını araştırırken, faaliyetleri sırasında gizlediği herhangi bir verinin olup olmadığına, yanlış/yalan/hatalı söz ve davranışlarda bulunup bulunmadığına dair delilleri titizlikle irdelemelidir. Failin ortaya koyduğu hileli davranışlar ile ilgili bilgisinin olduğu veya olması gerektiği durumlarda, dolandırıcılık kastının varlığı kabul edilebilir. Failin suç işleme sürecinde ortaya hal ve hareketler kadar, eylemini bitirmesini sergilediği davranışlar da, failin kastının ispatında önemli verilerdir. Bunlara ek olarak, failin uzmanlık alanı, hukuka aykırı olarak gerçekleşen eylemlere ilişkin bilgi seviyesi ve derecesi ile bunlar karşısındaki yaklaşımı da, manevi unsurun ispatında mahkemeye yardımcı olabilecek argümanlardır. Bilgi vermesi ve açıklama yapması gereken durumlarda bilinçli olarak açıklama yapılmaması veya mağdurun yaptığı hatayı kendisine açıklamayarak susup bunun devam etmesini sağlama hallerinde de, failin dolandırıcılık kastı olduğu varsayılabilir. Failin işlenen dolandırıcılık suçundan elde ettiği doğrudan ve dolaylı menfaat, failin niyetinin/amacının/kastının ortaya konulmasında kullanılabilecek önemli verilerdendir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

I. GİRİŞ YERİNE

Ekonomik ve sosyal hayatta yaşanan gelişim ve değişmelere paralel olarak dolandırıcılık suçunun işleniş biçimleri değişerek çeşitlenmiş ve bu suçu işleme eğilimi artmıştır. Dolandırıcılık suçunun işlenmesi ile meydana gelen zararın ağırlığı, failin sahip olduğu sıfat ve bu sıfata duyulan güvenin kötüye kullanılması, fail tarafından kullanılan hileli davranışların niteliği, mağdurun psikolojik ve fizyolojik durumu ve bir kısım tüzel kişiliklerin ekonomik ve sosyal hayatta sahip oldukları önemi dikkate alan yasa koyucu, dolandırıcılık suçunun basit şekline göre daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerini düzenlemiştir⁶⁸¹.

Dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri 765 sayılı Yasa döneminde, Yasa'nın 504. maddesinde düzenlenmişti. Söz konusu maddede 1990 yılında yapılan değişiklik ile suçun nitelikli hallerinin sayısı arttırılmıştır. Benzer bir düzenlemeye, nitelikli hallerin sayısı arttırılarak 5237 sayılı Yasa'nın 158. maddesinde yer verilmiştir⁶⁸². Suçun nitelikli hallerinin zaman içerisinde çeşitlenmesinin sebeplerini, sosyal hayatta ve teknolojik alandaki gelişmeler nedeniyle suçun işlenme alanının genişlemesi ile işlenmesinin kolaylaşması, yasa koyucunun suç siyaseti kapsamında belirli yapı, kişi, kurum ve

⁶⁸¹ Dolandırıcılık suçunu düzenleyen 157. ve 158.maddeler karşılaştırıldığında dil birliğine uyulmadığı, suçun temel unsurları arasında çelişkiye sebebiyet veren ve özentisiz olduğu görünümü oluşturan ibarelerin kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda dolandırıcılık suçunun unsurları içerisinde yer alan TCK'nın 157.maddesindeki "yarar" kavramı, 158.maddesinde "menfaat"ibaresi ile karşılanmaya çalışılmıştır. Bu tercihin neden kaynaklandığı, suçun unsurlarının yorumunda farklılık arzedip etmeyeceği Kanunun gerekçesinden anlaşılmamaktadır. Bu hususun gözden kaçmadığını, yasa yapımında özenli davranılmadığının bir göstergesi olduğunu düşünüyoruz (Hafizoğulları/Özen: s.408-409).

⁶⁸² TCK'nın 158 maddesinde belirtilen nitelikli hallerin gerçekleşmesi halinde, mahkeme tarafından "iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolun"acağı belirtilmiştir. Yasa koyucu ceza kanununda, suçlara ilişkin müeyyideleri öngörürken genel olarak "hükmolunur" ifadesi yerine "cezalandırılır" ibaresine yer vermektedir. Ancak TCK'nın 158.maddesinde olduğu gibi, diğer bazı maddelerde (örneğin m.172. 173, 174, 181, 182, 185, 189, 210, 219, 220, 223, 234, 243, 244, 250, 265, 272, 276, 276, 285, 285, 287, 292, 294 vs.), belirtilen eylemin işlenmesi halinde faile belirtilen cezaların "hükmolunacağı" belirtilmiştir. Yasa koyucu tarafından bazen tercih edilen "hükmolunur" ifadesi sonuç ve somut bir cezayı çağrıştıran bir kavramdır. Yasa koyucunun genel olarak, hâkime takdir hakkı verecek şekilde belirli aralıkları içeren cezalar öngördüğü düşünüldüğünde, hükmolunur ibaresi yerine "cezalandırılır" ibaresinin kullanılmasının daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Zira hâkim tarafından yargılama sonucunda hükmolunacak ceza TCK'nın 61.maddesinde belirtilen usul çerçevesinde belirlenecektir.

kuruluşları ekonomik ve sosyal amaçlar çerçevesinde özel bir koruma altına almak istemesi ve bir kısım çıkar guruplarının yasa koyucuyu etkilemesi olarak gösterilebilir⁶⁸³.

Dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinden birinin gerçekleşmiş olması durumunda yasada faile, suçun basit şekline nazaran daha ağır bir yaptırım öngörülmüştür. Failin eylemi, dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinden birisini kapsayabileceği gibi, birden fazlasını da içerebilir. Birden fazla nitelikli halin ihlal edilmiş olması durumunda faile, daha ağır bir müeyyidenin uygulanabileceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ceza adaletinin tesisi açısından hâkim böyle bir durumun var olması halinde, nitelikli hallerden birini gözönüne alarak temel cezayı tayin etmeli, ancak temel ceza tayin edilirken TCK'nın 61/1 maddesine göre, birden fazla nitelikli halin gerçekleşmiş olması değerlendirilerek temel cezanın üstüne çıkmalıdır.

Dolandırıcılık suçunun kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak (TCK m. 158/1-e), bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle (TCK m. 158/1-f), banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla (TCK m.158/1-j) işlenmesi halinde, faile verilecek cezanın alt sınırı üç yıldan, adli para cezasının miktarı ise elde edilen menfaatin iki katından az olamayacaktır (TCK m.158/1-son).

Dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinin işlendiğinden bahsedebilmek için, gerçekleştirilen eylemin suçun basit şeklinde aranan şartları taşıması gerekir. Suçun nitelikli hallerinin, basit (temel) şeklinden ayrılması olanaklı değildir. Dolandırıcılık suçunun tanımı ve unsurları genel olarak TCK'nın 157. maddesinde belirtilmiştir. Bir eylem, tanımı ve unsurları belirtilen temel dolandırıcılık suçuna sebebiyet verdikten sonra, failin amacı, eylem içerisinde kullanılan araçlar, failin veya mağdurun sahip oldukları bir kısım nitelikler gözönüne alınarak suçun nitelikli hallerine neden olabilmektedir. Bu nedenle dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemeden

⁶⁸³ Fransız Ceza Kanunu'nun 313/2. maddesinde dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Buna göre dolandırıcılık suçu, 1. Kamu gücü kullanan veya kamu hizmeti görmekle yükümlü olan bir kimse tarafından görevin veya hizmetin ifası sırasında veya ifası nedeniyle işlenirse, 2. Kamu gücü sahibi veya kamu hizmeti görmekle yükümlü kişi sıfatını usulüne uygun biçiminde üstlenen kişiler tarafından işlenirse, 3. Sosyal ve insancıl yardım amacıyla bir para toplamak için ya da piyasaya kıymetli evrak sürmek için halka çağrıda bulunan bir kişi tarafından işlenirse, 4. Fail tarafından bilinen veya açıkça görülen hallerde yaşı, hastalığı, sakatlığı veya fiziki veya psikolojik durumu veya hamileliği nedeniyle zor durumda olan bir kişiye karşı işlenirse, 5. Örgütlü suç olarak işlenirse ağırlatıcı neden oluşur ve bu halde fail 7 yıl hapis ve 750.000 Euro para cezası ile cezalandırılır (Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 608, dnp.458).

önce, failin bilerek ve isteyerek hileli davranışlar kullanmak suretiyle bir kişiyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir menfaat sağlayıp sağlamadığı belirlenmelidir. Ancak bu tespit yapıldıktan sonra, suçun nitelikli halinin var olup olmadığı araştırılabilir. Örneğin, kredi kurumlarının aracı kılınmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi, suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır (TCK m.158/1,f). Burada önemli olan mağdurun kredi kurumlarında bulunan mevduatının elde edilmesi değil; failin mağduru aldatmak için kullandığı hileli davranışları içerisinde kredi kurumlarına yer vermesi, bu kurumları mağdurun aldatılmasında kullanmasıdır.

Dolandırıcılık suçunun TCK'nın 158 maddesinde gösterilen nitelikli hallerini, nitelikli haller arasında bulunan bazı benzerlikler nedeniyle çeşitli ayrımlara tabi tutarak incelemek mümkündür. Biz nitelikli halleri failin amacından kaynaklanan, mağdurun amacından ve konumundan kaynaklanan, kullanılan araçtan kaynaklanan, belirli meslek faaliyetlerinin araç olarak kullanılmasından kaynaklanan ve son olarak hilenin türünden kaynaklanan nitelikli haller olmak üzere beş grup içerisinde incelemenin daha faydalı olacağını düşünüyoruz.

II. FAİLİN AMACINDAN KAYNAKLANAN NİTELİKLİ HALLER

A. Banka Veya Diğer Kredi Kurumlarınca Tahsis Edilmemesi Gereken Bir Kredinin Açılmasını Sağlamak Maksadıyla Dolandırıcılık Suçunun İşlenmesi (Kredi Dolandırıcılığı)

Banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla (TCK m.158/1-j) dolandırıcılık suçu işlenmesi, suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır. Uygulama ve öğretide bu şekilde işlenen suçlar, “kredi dolandırıcılığı” olarak da adlandırılmaktadır⁶⁸⁴. Bizde anlatımlarımızda, uygulamada yerleşmiş bulunması, öğreti tarafından kabul edilmesi ve konuyu veciz şekilde ifade ediyor olması nedeniyle bu tabiri kullanacağız.

⁶⁸⁴ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 464; Fatih Selami Mahmutoglu: Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara, 2003, s. 265 vd.; Amerika ve İngiltere hukuk sisteminde kişisel verilerin kullanılarak işlenen dolandırıcılık suçları “kimlik hırsızlığı/dolandırıcılığı- identity theft/fraud” olarak adlandırılmaktadır. Başkasına ait olan veya olmayan kimlik bilgileri ile kredi kart hesabı açtırılması ve kart alınması, kredi başvurusu yapılması, kira sözleşmesi imzalanması, ücret karşılığı sunulan çeşitli hizmetlerden yararlanılması, çek hesabı açtırılması ve karnesi düzenlettirilmesi, banka hesaplarından başka hesaplara aktarılma veya çekilmek suretiyle para alınması, iş başvurusu yapılarak işe girme eylemleri bu kavram/suç bağlamında değerlendirilerek yaptırım altına alınmıştır (Chawki/Abdel Wahab: s.2-3).

Benzer bir düzenlemeye 765 sayılı TCK'nın 504/1. maddesinde de yer verilmiştir.

Banka veya kredi kurumlarının kredi tahsis süreçlerinde hileli hareketlere karşı korumayı amaçlayan bu düzenlemenin gayesi, bankacılık ve kredi sistemi ile bunlarla sıkı bir ilişki içerisinde olan ülke ekonomisinin olası tehlikelerden korunmak istenmesidir. Bu nedenle, kredi dolandırıcılığı suçu ile sadece kredi veren kurumların malvarlıklarına ve bunlara duyulan güvene yönelik bireysel, kurumsal ve kamusal yararlar değil, daha geniş planda, bankacılık ve kredi sisteminin ekonomik hayatta sahip olduğu önem değerlendirilerek, ekonomik düzenin işleyişinin korunmasını amaç edinen kamusal yararlar gözönüne alınmıştır⁶⁸⁵.

İncelememize konu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için, düzenleme içerisinde yer verilen iki hususun aynı anda gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan bir tanesi “banka” veya “diğer kredi kurumları”nın suçtan zarar gören olmalarının gerekliliği; ikincisi ise failin bu kurumlarca “tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadı”nın bulunmasıdır. Bu tespitten çıkartılacak en önemli husus failin suçtan zarar gören kurumların banka veya kredi kurumu niteliğinde olduklarını bilme ve tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlama bilinç ve iradesinin olması gerektiğidir⁶⁸⁶. Bu iki husustan birinin eksik olması durumunda eylem, suçun nitelikli haline değil, diğer şartların da varlığı halinde basit şeklinin oluşumuna sebebiyet verecektir.

Nitelikli hale ilişkin ayrıntılara geçmeden önce, yasa metninde yer alan banka, kredi kurumu ve kredi kavramlarından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira bu kavramlar tam olarak anlaşılmadan, nitelikli hale ilişkin değerlendirmelerde bulunmak, bizleri yanlış sonuçlara götürebilir. Bu kavramları izah ettikten sonra, incelemeye konu nitelikli hal açısından mağdurun arz ettiği özelliklere değinilecek, takiben nitelikli hale ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Bu açıklamaları müteakip banka görevlilerinin failliklerinin kredi dolandırıcılığı suçu açısından gösterdiği özelliğe yer verilecektir. Son olarak TCK'nın 245/3 ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nda yer alan özel düzenlemeler, kredi dolandırıcılığı ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

⁶⁸⁵ Mahmutoğlu: s. 268.

⁶⁸⁶ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 36.

1. Banka, Kredi Kurumu ve Krediden Anlaşılması Gereken

Banka, kredi kurumu ve kredi ibareleri birer kanuni kavram olup, ilgili yasal düzenlemelerde bunlardan ne anlaşılması gerektiğine açıkça yer verilmiştir. Bu nedenle, bu kavramlara toplum veya kişiler tarafından yüklenen özel anlamların herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Bankadan ne anlaşılması gerektiğine ve bankanın tanımına 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ⁶⁸⁷ yer verilmiştir. Yasa'nın 3. maddesine göre bankadan anlaşılması gereken *mevduat bankaları*, *katılım bankaları* ve *kalkınma ve yatırım bankalarıdır*.

Yasa koyucu 5411 sayılı Yasa'da üç çeşit banka öngörmüş ve bunların tanımlarını yapmıştır. *Mevduat bankasından* kastedilen, kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleridir. *Katılım bankasından* ise; özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri ifade edilmiştir. Kalkınma ve yatırım bankasının tanımı ise; mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri şeklinde yapılmıştır.

Kredi kurumu deyiminden anlaşılması gereken ise, yukarıda tanımlanan bankalardan olmamasına karşın, kanunen borç para vermeye yetkili kılınan kurumlardır⁶⁸⁸. Örneğin Tarım Kredi Kooperatifleri bankalar dışında kalan, ancak yasal statüleri gereğince üyelerine gerektiğinde kredi temin etme yetkileri bulunan kuruluşlardır⁶⁸⁹. Hukuki alt

⁶⁸⁷ 01.11.2005 tarih, 25983 mükerrer sayılı Resmi Gazete.

⁶⁸⁸ Türk Ceza Kanunu Gerekçesi: s. 265-266; Öğretide katılım bankalarının diğer kredi kurumları kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş ise de (Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 615, dñn.475), Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan banka tanımı içerisinde katılım bankalarına yer verilmiş olması nedeniyle, bu kurumların banka kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, diğer kredi kurumları kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

⁶⁸⁹ 1581 sayılı Yasa'nın (28.04.1972 tarih 14172 sayılı Resmi Gazete) 3/1-A-a maddesine göre Tarım Kredi Kooperatiflerinin amaçlarından birisi ortaklarının "Kısa ve orta vadeli kredi ihtiyaçlarını karşılamak" tır.

yapıları gereği mal ve hizmet bedellerini kredilendirmeye yetkili olup, tüketicilere doğrudan kredi tahsis edemeyen kuruluşlar kredi kurumu olarak kabul edilemezler⁶⁹⁰.

Bankalar ve kredi kurumları, ekonomik sistem açısından hayati öneme sahip kurumlardır. Bankaların, bankacılık kanununa veya özel bir kanuna dayalı olarak kurulmuş olmaları ve kendilerine bankacılık alanında faaliyette⁶⁹¹ bulunma izninin verilmiş olması gerekir. Bankacılık Kanunu veya özel düzenlemelerde belirtilen nitelikleri taşımayan işletmeler, bankalar tarafından yapılan işlemleri yapsalar dahi, banka sayılamaz. Bu tür ticari oluşumlar ticari işletme sayılır⁶⁹². Banka ve kredi kurumu niteliğinde olmayan, borç para vermek konusunda yetkileri bulunmayan kurumların, hileli davranışlar kullanılıp aldatılarak kredi vermelerinin sağlanmış olması durumunda dolandırıcılık suçunun nitelikli değil, diğer şartlarının varlığı halinde basit şekli oluşacaktır⁶⁹³.

Kredi kavramından ne anlaşılması gerektiği de yine Bankacılık Yasası'nın 48. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre: *“Bankalarca verilen nakdî krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdî krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdî krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdî kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca (Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu) kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın kredi sayılır. Buna ek olarak kalkınma ve yatırım bankalarının finansal kiralama yöntemiyle sağladığı finansmanlar ile katılım bankalarının taşınır ve taşınmaz mal ve hizmet bedellerinin ödenmesi suretiyle veya kâr ve zarar ortaklığı yatırımları, taşınmaz,*

⁶⁹⁰ 11. CD., 09.02.2011, E. 2009/9304, K. 2011/658: “...kredi kurumu” deyiminden bu bendin gerekçesinde de açıklandığı üzere banka olmamasına rağmen faiz karşılığında olsun veya olmasın kanunen borç “para” vermeye yetkili kılınan kurumlar anlaşıldığından ve Başbakanlık Hazine Müsteşarlığının 30.03.2004 gün 17327 sayılı yazısı ile de katılan Anadolu Çetelem Tüketici Finansmanı A. Ş. nin, yönetmelik gereği tüketicilerin satın almış oldukları mal ve hizmet bedellerini kredilendirmeye yetkili olup, bankalarda uygulandığı gibi tüketicilere doğrudan nakit kredi tahsis edemediğinin bildirilmesi karşısında, “kredi kurumu” niteliğinde olmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde sanığın nitelikli dolandırıcılık suçundan mahkumiyetine hükmolunması...”(www.adalet.org).

⁶⁹¹ Bankaların faaliyet alanlarının ne olduğu genel olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 4. maddesinde sayılmıştır. Bu maddeye göre bankaların, nakdî, gayrinakdî her cins ve surette kredi verme işlemleri yapma yetkileri bulunmaktadır.

⁶⁹² Ünal Tekinalp: Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 2; Mahmutoğlu: s. 72-73.

⁶⁹³ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 489.

ekipman veya emtia temini veya finansal kiralama, mal karşılığı vesaikin finansmanı, ortak yatırımlar veya benzer yöntemlerle sağladıkları finansmanlar da kredi sayılır”⁶⁹⁴.

Yukarıda belirtilen yasal tanıma paralel olarak hukuk literatüründe krediden ne anlaşılması gerektiği hususunda çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Bu tanımlamalardan birine göre kredi; belirli bir süre sonra ödenme sözü ile para, hizmet ve mal nezdinde satın alma gücünün temini veya mevcut satın alma gücünün ileride tekrar geri alınmak şartıyla başka bir kimseye aktarılmasıdır⁶⁹⁵. Başka bir tanımlamaya göre ise kredi, herhangi bir kimseye para vermek ya da satın alınacak bir mal, yerine getirilecek bir hizmeti temin amacıyla kefalette bulunmak, garanti etmek, ya da bedelini daha sonra almak koşuluyla bir malı vermeye rıza göstermek şeklindeki uygulamadır⁶⁹⁶. Bankacılık uygulaması çerçevesinde diğer bir kredi tanımı ise, bankanın yapacağı araştırmalar sonucunda, yasaların öngördüğü sınırlar içerisinde, mevcut kaynaklarını ve limitlerini göz önünde bulundurarak, gerçek ve tüzel kişilere, uygun görülen teminatlar karşılığında verilen para, kefalet ve garanti şeklindeki ekonomik değer şeklindedir⁶⁹⁷.

Bankacılık Yasasında yapılan bu tanım nedeniyle, hileli davranışlar uygulanmak suretiyle açılacak kredilerin kapsamını, yasal tanıma uygun olarak geniş yorumlamak gerekir. Kredi tanımı içerisinde belirtilen unsurların herhangi birinin elde edilmesi amacıyla hileli davranış kullanılmış ise, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda, hileli davranışlar ile elde edilmeye çalışılan kredi nakdi veya gayrinakdi olabilir⁶⁹⁸.

2. Kredi Dolandırıcılığında Mağdur ve Suçtan Zarar Gören

Kredi ilişkisinde, kredi veren ve alan olmak üzere iki taraf bulunur. Kredi veren, belirli bir süre sonra karşı edimin yerine getirileceği inancından hareketle, sahip olduğu ekonomik gücü başkasına devreden taraftır. Kredi alan ise, kendisine belirli bir süre için bırakılan ekonomik değeri, belirli şartlar altında kullanarak tekrar iade etmek

⁶⁹⁴ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından çıkarılan ve 01.11.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "Bankalarca Kredilerin Ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" ve "Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik" in 3. maddelerinde de kredi kavramından 5411 sayılı Yasanın 48. maddesindeki tanımın anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır..

⁶⁹⁵ Tekinalp: s. 350-351; Uğur Yiğit: Bankacılık Suçları, İstanbul 2006, s. 191-192.

⁶⁹⁶ Mahmutoglu: s. 95.

⁶⁹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3661.

⁶⁹⁸ Kredi, unsurları ve kredi türleri ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Mahmutoglu: s. 93-99; Yiğit: s. 192-196.

yükümlülüğü altında bulunan taraftır⁶⁹⁹. Yasa koyucu kredi veren taraf olarak banka veya kredi kurumlarının hileli davranışlar ile aldatılarak, kredi alan kişiye verilmemesi gereken bir kredinin tahsis edilmesinin sağlanmış olması eylemini basit değil nitelikli dolandırıcılık suçu olarak kabul etmiştir.

Banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesi durumunda dar anlamda suçun mağduru, hileli davranışa muhatap olan gerçek kişi veya kişilerdir. Suçtan zarar gören ise, usulsüz kredi tahsis edilmesi nedeniyle malvarlığı zarar gören banka veya kredi kurumudur.

Hileli davranışlara muhatap olan gerçek kişi veya kişilerin, banka veya kredi kurumu çalışanı olması ve kredi tahsisi konusunda yetkili olmaları gerekir. Aldatılan kişilerin banka veya kredi kurumu çalışanı olmaması veya kredi tahsisi konusunda herhangi bir yetkisinin bulunmaması halinde eylem, diğer şartların varlığı halinde dolandırıcılık suçunun basit şekline sebebiyet verebilir. Zira kredi başvurusu yapma, bunun değerlendirilmesi ve kabulü ile sonrasında kredi tahsisine karar verilerek bu hususta anlaşmaya varılması ve bunun imza altına alınması sözleşme hukukuna ait bir olgudur. Geçerli bir kredi sözleşmesinden bahsedebilmek için, banka veya kredi kurumunu temsil eden kişilerin kredi tahsis edilmesi konusunda yetkilerinin varlığı gerekir. Bu tür bir yetkiye sahip olmayan bir banka çalışanının imzalayacağı kredi sözleşmesi geçersizdir ve herhangi bir hüküm ifade etmez. Geçersiz kredi sözleşmesi imzalanması halinde kredi talebinde bulunan ve iyi niyetli olan kişilerin haklarının korunması mümkün iken, kötü niyetli başvuru sahiplerinin menfaatleri hukukça korunmayacaktır. Kötü niyetli başvuru sahiplerinin imzalanan kredi sözleşmesi baştan itibaren yok hükmündedir. Dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin gerçekleşebilmesi için şeklen geçerli bir kredi sözleşmesinin varlığı zorunludur.

Aldatılan banka veya kredi kurumu çalışanları dolandırıcılık suçunun mağdurdurlar. İşlenen suç nedeniyle çalışanların mağduriyetlerinin kaynağı hileli davranışlar ile aldatılmış olmaları değil, meydana gelen zarardan dolayı banka veya kredi kurumuna karşı, aralarındaki hizmet sözleşmesi hükümleri nedeniyle kusurları oranında sorumlu olmalarıdır. Zira banka veya kredi kurumu, usulsüz olarak tahsis edilen kredi

⁶⁹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3661.

nedeniyle, kredinin tahsil edilememesinden veya eksik tahsil edilmesinden dolayı bir zarara uğramaları halinde, kusurları oranında, özel hukuk hükümleri uyarınca aldatılan çalışanlarına rücu etme hakkına sahiptir.

Geniş anlamda suçun mağduru olarak kabul edilebilecek banka veya kredi kurumu, dar anlamda mağdur değil, suçtan zarar görendir⁷⁰⁰.

3. Kredi Dolandırıcılığına İlişkin Açıklamalar

Banka veya kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla işlenen dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin gerçekleştiğinden bahsedebilmek için, her şeyden önce hileli bir davranışların varlığı şarttır. Hileli davranışlar kullanılmadan, usulsüz kredi tahsisi sağlanmış olsa bile dolandırıcılık suçundan bahsedilemez. Dolandırıcılık suçunun nitelikli halinde cezalandırılan salt olarak verilmemesi gereken bir kredinin alınmış olması değil; bunun hileli davranışlar ile temin edilmiş olmasıdır.

Hileli davranışlara ek olarak bunların yöneltildiği banka veya kredi kurumunun, kanunen faizli veya faizsiz olarak kredi vermeye yetkili tüzel kişilikler olması gerekir. Hileli davranışlara muhatap olan ve aldatılarak kendisinden kredi elde edilen kurumun, kredi verme konusunda yasal yetkisinin olmaması halinde eylem, dolandırıcılık suçunun nitelikli halini değil, basit şeklini oluşturur⁷⁰¹.

Kredi dolandırıcılığı suçunun oluşabilmesi için, banka veya kredi kurumunda çalışan ve organizasyon şemasına göre kredi açmakla görevli kişilere karşı hileli davranışlar sergilenerek, bu kişilerin aldatılıp, kredi açılmasının temin edilmiş olması

⁷⁰⁰ 11. CD 17.09.2008, E. 2008/11714, K. 2008/8918: “Dış yüzünde Kamil ismi yazılı suça konu kredi kartına yabancı bankadaki hesaba ait kredi kartının manyetik şerit bilgilerinin kodlanması suretiyle tamamen sahte olarak üretilmesi ve suça konu kartın şikayetçi Pamukbank TAŞ.’ye üye işyerinde kullanılmak istenmesinden bahisle sanık hakkında sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarından açılıp mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre 765 sayılı TCK’nın 79. maddesi delaletiyle dolandırıcılık suçundan hüküm kurulan davada, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 29.05.2001 tarih ve 6/106-111 sayılı içtihadında mal ve hizmet alımı bedellerinin sözleşmeler gereği üye işyerine ödeyen Türk bankalarının bu işlemlerde aracılık yaptıkları, dava konusu olayın arz ettiği özellik itibarıyla kart hamili, üye işyeri, aracı banka ve kartı çıkaran yabancı banka veya kurumun dolandırıcılık suçundan zarar görme ihtimallerinin bulunduğu belirtilmesi karşısında; mahkemenin katılma talebini sadece bu suç yönünden kabulü gerektiği; sahtecilik suçundan ise, doğrudan doğruya zarar görenin yabancı banka olup dolayısıyla üye işyerinin bağlı bulunduğu bankanın sahtecilik suçundan doğrudan doğruya zarar görmediğinden davaya katılma hakkının bulunmadığı ve müdahilliğine karar verilmiş olması hukuki değerden yoksun olup, hükmü temyiz etme hak ve yetkisi bahsetmeyecektir” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁷⁰¹ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 538; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 615; Arslan/Azizağaoğlu: s. 692.

gerekir⁷⁰². Kredi tahsisi konusunda yetkili olmayan kişi veya kişilere karşı hileli davranışta bulunulması ve bu kişilerin yetkileri olmadığı halde kredi tahsis edebilmiş olmaları dolandırıcılık suçunun nitelikli haline sebebiyet vermeyecek; diğer şartların varlığı durumunda basit şekli gerçekleşebilecektir.

Nitelikli halin oluşabilmesi için failin özel bir saikle (amaçla) hareket etmiş olması gerekir. Failin kastının özünü oluşturan bu saik nedeniyle, özel bir kasttan varlığından bahsedilebilir. Bu özel kast, belirtilen kurumlarca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlama bilinç ve iradesidir. Hileli davranışta bulunan failin amacı da, kendisine veya başkasına kredi açılmasını temin etmek olmalıdır. Failin hileli davranışları ile hiç açılmaması gereken bir kredinin açılmasını sağlamış olması ile, açılması gerekenden fazla miktarda kredinin verilmesini temin etmiş olması arasında fark yoktur. Her iki halde de, açılmaması gereken bir kredi söz konusudur. Açılması olanaklı kredi tutarından fazla miktarda alınan kredi miktarı, aslında bankaca tahsis edilmemesi gereken ancak hileli davranışlar ile elde edilen bir kredidir⁷⁰³. Kredi tahsisi için gereken şartların ne olduğu, hangi hallerde kredi verilebileceği veya verilmeyeceğine ilişkin hükümler Bankacılık Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri ile banka ve kredi kurumunun çalışma usul ve esasları çerçevesinde değerlendirilmelidir⁷⁰⁴.

Herhangi bir hileli davranış olmaksızın, banka veya kredi kurumu temsilcilerinin yanlış görevlerinin gereklerini yerine getirmemeleri nedeniyle kredi açılmışsa, dolandırıcılık suçunun nitelikli hali oluşmayacağı gibi basit hali de gerçekleşmeyecektir⁷⁰⁵. Kredi tahsisinde görevlendirilen kişilerin, kendilerine ibraz edilen belgeleri dikkatlice incelemeyen veya verilen belgeleri yanlış okuyup yorumlayarak, açılmaması gereken bir kredinin verilmesi veya verilecek olandan fazla miktarda kredi tahsis edilmiş olması bu duruma örnek gösterilebilir. Bu halde, dolandırıcılık suçunun ne

⁷⁰² Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 465; 6.CD, 22.04.1998, E. 1998/3443, K. 1998/4038: “Hayali kişilere ait sahte özel senet düzenleyip bankadan kredi alan sanığın eyleminin (765 sayılı TCK’nın 79.maddesi aracılığı ile aynı Yasa’nın (765 sayılı TCK’nın) 504/1. maddelerinde yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir”.

⁷⁰³ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 615; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 547; Daha önce mahkemelerce karara bağlanan İnterbank, Bankekspres ve benzeri davalarda hakim ortaklar ve diğer bazı kişilerin, Bankalar Kanunundaki kredi limitiyle ilgili yasakları aşmak için kurdurulan paravan şirketlere kredi açtırarak kaynak aktarmaları Yargıtay tarafından dolandırıcılık suçunun nitelikli hali olarak değerlendirilmiştir (Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 533-534).

⁷⁰⁴ Bankalarca bir gerçek ya da tüzel kişiye veya bir risk grubuna kullanılabilecek kredilerin toplamının, bankaların öz kaynaklarının ne kadarını geçemeyeceğine ilişkin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 54. maddesinde düzenleme yapılmıştır.

⁷⁰⁵ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 489; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 538; Toroslu: Özel Kısım, s. 191.

basit ve nede nitelikli şeklinin gerçekleşmiş olduğundan bahsedilemez⁷⁰⁶. Zira ortada dolandırıcılık suçunun kurucu unsuru olan ve temelini oluşturan hileli bir davranış yoktur.

Bankada veya kredi kurumunda görevli bulunan ancak parasal işlemler konusunda yetkisi bulunmayan bir kişinin aldatılarak, banka veya kredi kurumunun zararına olacak şekilde yarar elde edilmiş olması durumunda eylem, banka çalışanının yetkisinin bilinip bilinmemesine göre farklı şekilde nitelendirilebilecektir. Aldatılan kişinin parasal işlem yapma yetkisinin olmadığı bilinmesi halinde eylem hırsızlık suçuna; aksi halde ise dolandırıcılık suçunun basit veya nitelikli haline sebebiyet verecektir. Zira dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için iradesi etkilenip elde edilen kişinin, başkasının malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunarak faile veya başkasına yarar temin ettiği hallerde, malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekir. Failin bu konudaki hatası, bilmezlikten kaynaklanıyorsa fail bundan yararlanacaktır. Fail, kredi tahsis etme konusunda yetkili olduğunu düşündüğü, ancak gerçekte yetkisiz olan bir çalışanı hileli davranışlar kullanıp aldatması ve buna bağlı olarak açılmaması gereken bir krediyi kendisi veya başkası yararına açtırması halinde de, dolandırıcılık suçunun basit şekli oluşacaktır. Bu durumda fail, dolandırıcılık suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin gerçekleşmesi hususunda hataya düşmüştür ve bu hatasından yararlanmalıdır (TCK m. 30/2).

Banka ve kredi kurumu tarafından açılan kredinin faiz karşılığı olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur. Önemli olan husus kişinin, hileli davranışları ile açılmaması gereken bir kredinin açılmasını temin etmiş olmasıdır⁷⁰⁷. Açılan kredi nedeniyle, bankanın veya kredi kurumunun herhangi bir menfaatinin bulunup bulunmaması önemsizdir.

Tahsis edilmemesi gereken bir kredinin alınmasına yönelik hileli davranışlar çok çeşitli ve sınırsız sayıda olabilir. Uygulamada çok sıkça rastlanan hileli davranışlar; kredi talep eden failin, gerçeğe aykırı kıymet takdir raporları ibraz etmesi, teminat gösterilen malların değerinin olduğundan fazla bildirilmesi veya olmayan güvencelerin sunulmasıdır⁷⁰⁸. Bundan başka, tüzel kişiliğe sahip şirketler bilançolarında oynama

⁷⁰⁶ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 466.

⁷⁰⁷ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 489; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 538; Arslan/Azizağaoğlu: s. 694.

⁷⁰⁸ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 465; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 615; 11. CD., 14.05.2007, E. 2005/8978, K. 2007/3291: “G. ilçesi, B. ve H. köyleri ile A. ilçesinin S.

yapmak suretiyle, şirketlerinin alacak ve borçlarını farklılaştırıp, almamaları gereken miktarda kredi almaya çalışmakta veya daha az faiz ile kredi açılmasını sağlamaktadırlar. Her iki durumda da, banka veya kredi kurumu tarafından tahsis edilmeyecek veya edilmemesi gereken miktardan daha fazla kredi sağlanmış olacağından, nitelikli dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Bu kapsamda yine sahte teminat mektubu, çek ve bono kullanılması, güvenilirliği yüksek olan kişilerin yerine geçerek imzalarının taklit edilmesi, kimliklerinin kullanılması, kredi sözleşmelerine sahte imzalarının atılması, sözleşmelerde sahte kefillerin gösterilmesi de örnek olarak gösterilebilir⁷⁰⁹. Yargıtay bir kararında, hayali kişilere ait sahte senet düzenleyip bankadan kredi alma olayında failin eylemini dolandırıcılık suçunun nitelikli hali olarak kabul etmiştir⁷¹⁰.

Bankalar veya kredi kurumları aldatılmak suretiyle elde edilen çıkar bir defalığına alınan nakit bir kredi olabileceği gibi, kredi kartı talep edilerek alınmasında olduğu gibi sürekli bir kredi niteliğinde de olabilir⁷¹¹. Kredi kartı başvurusunun, başvuru yapıldıktan sonra başvuru sahibi tarafından geri alınması veya kart başvurusunun reddi hallerinde, teşebbüs aşamasında kalmış dolandırıcılık suçundan bahsedilecektir⁷¹². Başvuru sahibi olan kişinin, kredi kartı başvurusunun kabul edilmesinden önce, başvurusunu geri alması durumunda, başvuru sahibi hakkında TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilecektir. Bu durumda başvuru sahibi, diğer şartların varlığı halinde dolandırıcılık suçuna teşebbüsten dahi sorumlu olmayacaktır. Ancak kart

köylerinde oturan sanıkların, Ziraat Bankası G. Şubesi'ne, ticari tarım ve hayvancılık amacıyla kredi almak için başvurup, bu başvurusunun uygun olup olmadığını belirlemek amacıyla köylerde inceleme yapan banka görevlilerine kendilerine ait olmayan başkalarına ait yerleri göstererek adı geçen bankadan alınmaması gereken krediyi aldıklarının anlaşılması karşısında; yüklenen suçun sübuta erdiği gözetilmeden mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde beyanlarının çok basit bir araştırma ile tespit edilebileceği gerekçesi ile beraatlerine hükmolunması" (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁷⁰⁹ Mahmutoglu: s. 275-276; 11. CD., 14.03.2006, 8548/1898: "Sanığın, bilgi ve onayı dışında şirket ortağı şikayetçi Ü ile şirketle ilgileri olmayan A ve M yi müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak gösterip, yerlerine de sahte imza atarak doldurduğu bireysel kredi borçlanma ve rehin sözleşmesini katılan bankanın ... şubesine ibraz ederek adına kredi tahsisini sağladığının anlaşılması karşısında... TCK'nın 504/1 (158/1-j) madde ve fıkrası uyarınca mahkûmiyeti yerine..." (Malkoç: Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Ankara 2007, s. 247).

⁷¹⁰ 6. CD., 22. 04. 1998, E. 1998/3443, K. 1998/4038 (YKD Eylül 1998, s. 1392, Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 615).

⁷¹¹ 11. CD., 02.07.2007, E. 2007/4211, K. 2007/4564: "T. Çalışkan'a ait nüfus cüzdanına kendi fotoğrafını yapıştırarak oluşturduğu sahte kimlik ile bankaya başvuruda bulunarak kredi kartı alan sanığın eyleminin, 5237 Sayılı TCK. nun 158. maddesinde (765 Sayılı TCK. nun 504/1 md) düzenlenen "açılmaması gereken kredinin açılmasını sağlamak" suçunu oluşturduğu" (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁷¹² Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1418; 11. CD., 15.10.2007, 5158/6701: "Sanığın ... şubesine kredi kartı almak için sahte Mustafa Barış Oruç kimliği ile başvurmaya rağmen katılanın şikayeti üzerine Bankalar Birliğince yazılan yazı nedeniyle kredi kartının verilmemesi şeklinde oluşan eylemi ... TCK'nın 158/1-j ve 35. maddelerindeki" suçu oluşturur; 11. CD., 04.04.2007, 1269/2386: "Sanığın sahte nüfus cüzdanı kullanarak katılan banka tarafından tahsis edilmemesi gereken kredinin açılmasını sağlamak şeklindeki eyleminin TCK'nın 158/1-j de yazılı suçu oluşturduğu" (Taşdemir: s. 216, 217-218).

başvurusu yapan kişi tarafından kullanılan belgeler sahte ise, kişi, belgede sahtecilik suçundan sorumlu olacaktır. Kredi kartı talep edilirken sahte belgeler kullanması durumunda eylem, TCK'nın belgede sahtecilik suçlarının düzenlediği 204 ilâ 212. maddeleri kapsamında değil, bu konuda özel kanun niteliğinde bulunan 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 37/2.⁷¹³ maddesi kapsamında değerlendirilip cezalandırılacaktır.

Dolandırıcılık suçunda fail tarafından ortaya konulan hileli davranışlar ile, elde edilen yarar ve uğranılan zarar arasında, zaman bakımından bir öncelik-sonralık ilişkisinin olması gerekir. Bu nedenle, banka veya kredi kurumları tarafından açılmaması gereken bir kredinin tahsis edilmesinin sağlanması amacıyla, fail tarafından ortaya konulan hileli davranışların, kredi tahsis edilmeden önce veya en azından tahsis sırasında yapılması şarttır. Sonradan yapılan hileli davranışlar, dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermez. Uygulamada sıkça görüldüğü üzere örneğin, bankalar tarafından daha önceden verilmiş krediler için sonradan alınan teminat mektuplarının sahteliği halinde, dolandırıcılık suçunun nitelikli hali gerçekleşmeyecektir⁷¹⁴. Bu halde sadece diğer şartların da varlığı halinde belgede sahtecilik suçu oluşabilecektir.

Son olarak kredi dolandırıcılığı suçunun oluşması açısından banka veya kredi kurumunun, suç işlendikten sonra yapılacak bir değerlendirme sonucunda, işlenen suç nedeniyle zarar görmemiş olmalarının önemsiz olmasıdır. Yasa koyucu kredi dolandırıcılığı suçu ile, ticari hayatta önemli bir yere sahip olan banka ve kredi kurumlarının, gerçek anlamda zarar görmelerini değil, zarar görme ihtimallerini dahi cezalandırmayı amaçlamaktadır. Açılmaması gereken bir kredinin, hileli davranışlar ile açılmasının sağlandığı anda banka veya kredi kurumu zarar görmüştür. Fail tarafından, tahsis edilen kredinin süresinde veya daha öncesinde ödenmiş olup olmadığı ya da ekonomik olanakları itibarıyla, alınan kredinin çok üstünde malvarlığına sahip bulunup bulunmadığı, suçun oluşumu açısından önemsizdir. Bu ihtimaller, kredi dolandırıcılığı suçunun oluşmasını engellemeyecek ve failin suç işleme kastını ortadan kaldırmayacaktır. Kredi tahsisi sonrasında yapılan ödemeler, diğer şartların varlığı halinde fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına sebebiyet verebilecektir.

⁷¹³ 01.03.2006 tarih 26095 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5464 sayılı Yasa'nın 37/2. maddesi şu şekildedir: "Kredi kartı veya üye işyeri sözleşmesinde veya eki belgelerde sahtecilik yapanlar veya sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz edenler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilirler."

⁷¹⁴ Arslan/Azizağaoğlu: s. 694.

4. Kredi Açma Konusunda Yetkili Banka Görevlileri Tarafından İşlenen Kredi Dolandırıcılığı

Bankalar tarafından tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla yapılan hileli davranışların, dışarıdan bir kişi tarafından değil de, bankayı temsile yetkili, kredi tahsisi konusunda görevli kişi veya kişiler tarafından gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu halde banka görevlileri tarafından gerçekleştirilen eylem, dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceği gibi, Bankacılık Kanunu'nda tanımlanan zimmet suçuna da (5411 sayılı Yasa m.160)⁷¹⁵ sebebiyet verebilir. Eylemin dolandırıcılık suçuna sebebiyet vereceğinin kabul edildiği durumlarda, basit şeklinin mi, yoksa nitelikli şeklinin mi oluşacağının da tespiti gerekir.

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için fail tarafından ortaya konulan hileli bir davranışın bulunması, bu davranışın muhataba yöneltilerek aldatılmasına sebebiyet vermesi, aldanan kişinin fail veya başkası menfaatine ve fakat kendisi veya başkası zararına tasarrufta bulunması gerekir. Dolandırıcılık suçunun bu niteliği gereği, suçun failinin ve mağdurun aynı kişi olması olanaklı değildir. Yani hileli davranışta bulunan ile bu davranışlara muhatap olan ve aldanan kişi aynı olamaz.

Bankalar tüzel kişiliğe sahip kurumlardır. Tüm tüzel kişiliklerde olduğu gibi bankalarında, kendilerini temsil eden, kendi adlarına iş ve işlemler yapan gerçek kişilerden oluşan temsilci veya temsilcileri bulunmaktadır. Tüzel kişiler tarafından ortaya konulan irade beyanları, bu kişiler adına, kendilerini temsil eden gerçek kişi veya kişiler tarafından yerine getirilir. Dolandırıcılık suçunda fail, kendisine hedef olarak bir tüzel kişiliği seçerek, tüzel kişilik zararına ve kendi yararına menfaat temin etmeye karar vermesi ve bu amaçla hileli davranışlar sergilemesi durumunda, hileli davranışların muhatabı tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişi veya kişiler olmak durumundadır.

Tüzel kişiliğe haiz olan ve anonim şirket niteliğine sahip bulunan bankaları temsil eden yönetim kurulu üyeleri ile diğer görevlileri tarafından sergilenen hileli davranışlar nedeniyle, bankalar zararına yarar elde edilmesi mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bankanın yönetim kurulu üyeleri veya diğer çalışanları tarafından kullanılan hileli davranışların, tüzel kişilik içerisinde kim veya kimlere yöneltildiğidir.

⁷¹⁵ Bankacılık Kanununda düzenlenen kredi dolandırıcılığı (zimmet) suçu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Güneş Okuyucu Ergün: Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara 2008, s. 147-205.

Bankalarda kredi tahsisi konusunda, banka adına hareket etme ve karar verme hususunda yetkili olan birimin tek bir kişiden oluşması ve nihai kararın bu kişi tarafından verilmesi halinde sorunun çözümü basittir. Zira kredi tahsisi konusunda karar vermeye yetkili olan kişi tarafından hileli davranışlar sergilenmek suretiyle, kendisi veya başkası yararına ve fakat tüzel kişilik zararına olmak üzere, tahsis edilmemesi gereken bir kredinin verilmesi suretiyle bankanın zarara uğratılması halinde, söz konusu kişinin eylemi dolandırıcılık suçuna değil, 5411 sayılı Yasa'nın 160/1,2 maddesinde belirtilen zimmet suçuna sebebiyet verecektir⁷¹⁶. Zira söz konusu ihtimalde hileli davranışın muhatabı yoktur. Failin kendisi doğrudan banka tüzel kişiliğine yönelik zarar verici bir faaliyette bulunmuştur. Bu maddeye göre, görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer mallarının kendisine veya başkasına verilerek, mal edinilmesinin sağlanmış olması durumunda zimmet suçunun oluşacağı açıkça belirtilmiştir. Maddede açıkça krediden bahsedilmemekle birlikte, bankalara ait para veya mevduatın, kullanım amacı dışında, banka veya kredi kurumların zararına olarak başka kişilere kredi olarak kullanılması halinde, krediye konu paramın zimmet kapsamında kaldığını kabul etmek gerekir⁷¹⁷. Suçun nitelendirilmesinde ve failin belirlenmesinde bankanın kredi verme konusundaki çalışma şeması önemlidir. Bu kapsamda örneğin, tek başına belirli bir miktarda kredi açma ve kullandırma yetkisine sahip olan bir şube müdürünün, kredi görüntüsü altında, banka kaynaklarını kendisinin veya başkasının mal edinilmesini sağlaması dolandırıcılık suçunu değil, Bankacılık Kanunu'nda tanımlanan zimmet suçunu oluşturacaktır⁷¹⁸.

Banka adına kredi verme konusunda bir kişinin değil de, birden fazla kişiden oluşan bir kurulun yetkili olması halinde sorunun çözümü nispeten daha karmaşıktır. Sorunun çeşitli ihtimaller göz önüne alınarak çözülmesi mümkündür. Kurulu oluşturan ve karar verme çoğunluğuna sahip olmayan üye veya üyelerin, karar çoğunluğuna sahip diğer üyelere karşı hileli davranışlar sergileyip bu üyelerin iradelerini etkilemek suretiyle

⁷¹⁶ 11. CD., 106.12.2007, E. 2007/6877, K. 2007/8944: “ (...) bankacılık uygulamalarına aykırı olarak, gerekli araştırmalar yapılmadan ve yeterli teminata bağlanmaksızın, geri dönmeyeceği açıkça anlaşılır şekilde yüksek miktarda kredi tahsis eden sanığın bu eyleminin bankacılık teamüllerine göre bankaya müşteri kazandırması ve kredi vererek kazanç sağlamak amacına yönelik olup olmadığı, bankacılık kurallarına aykırı davranıp davranmadığı ve başkalarına çıkar sağlayıp sağlamadığının araştırılıp sonucuna göre zimmet, görevi ihmal veya bankacılık kanuna muhalefet suçlarının olup oluşmayacağı da tartışılıp hukukî durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturmaya dayanarak yazılı şekilde hüküm kurulması (...)” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁷¹⁷ Mahmutoglu: s. 229.

⁷¹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3663; Mahmutoglu: s. 242.

aldanmalarına vesile olup, usulsüz bir kredinin verilmesi konusunda karar çıkmasının sağlanması halinde, hileli davranışta bulunan üye veya üyelerin eylemleri dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır⁷¹⁹. Bu halde kredi konusunda karar verecek kurulun azınlıkta kalan bazı üye veya üyeleri usulsüz kredi verilmesi konusunda aralarında anlaşmışlar, kendileri ile aynı fikirde olmayan diğer üyeleri ise hileli davranışlar kullanmak suretiyle aldatıp, kendileri gibi hareket etmeye ikna etmişlerdir. Böylece, banka tarafından tahsis edilmemesi gereken bir kredinin verilmesi sağlanarak, bankanın zarar görmesi sağlanmış, sağlanan usulsüz kredi miktarı tutarınca kendilerine veya başkalarına yarar temin edilmiştir.

Aralarında yaptıkları anlaşma çerçevesinde hileli davranışta bulunan üye veya üyeler, karar çoğunluğuna sahip olmadıklarından dolayı, yalnız başlarına bankayı temsil etme kabiliyetleri bulunmamaktadır. Bu üye veya üyeler tarafından yapılan hileli davranışlar bulunmasa idi, söz konusu kurulun kredi tahsisi konusunda karar vermesi mümkün olmayacaktı denilebiliyorsa, tüzel kişilik zarara uğramış ve bu zarar karşısında yarar sağlanmış ise dolandırıcılık suçu gerçekleşmiş olacaktır⁷²⁰.

Kredi tahsisi konusunda karar vermekle yetkili olan kurulun, karar verme çoğunluğuna sahip üyelerinin, usulsüz kredi verme konusunda aralarında yaptıkları anlaşma çerçevesinde, hileli davranışlar kullanmak suretiyle kredi kararı almaları, tahsis ettikleri usulsüz krediyi dolaylı olarak kendilerinin almaları veya doğrudan üçüncü bir kişiye vermiş olmaları halinde, dolandırıcılık suçu değil, Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu oluşacaktır. Çünkü kredi kararı verme konusunda yetkili olan kurulu oluşturan üyelerin çoğunluğunun, bankayı temsil etme ve onun adına hareket edip karar verme yetkileri bulunmaktadır. Çoğunluğa sahip üyeler tarafından azınlıkta kalan üyelere karşı kullanılan ve bunların aldatılmasını sağlayarak kendileri ile aynı yönde hareket etmelerini amaçlayan hileli davranışların asıl amacı, çoğunluk tarafından yapılan usulsüz iş veya işlemlerin ortaya çıkmasının önüne geçmektir. Zira azınlıkta kalan üyelerin karşı çıkmasına rağmen, usulsüz kredi tahsis edilmesine yönelik karar alınması mümkündür. Tahsis edilen usulsüz kredinin bankaya ait olduğu, belirli amaç uğrunda kullanılmak veya korunmak ya da gözetim altında bulundurulmak şartıyla, kredi tahsisi konusunda karar vermekle yetkili kurulun zilyetliğine bırakıldığının kabul edilmesi gerekir. Kredi tahsisi konusunda yetkili kurul üyelerinin çoğunluğunun, zilyetlikleri altında

⁷¹⁹ Mahmutoglu: s. 241-242 vd.

⁷²⁰ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 466; Mahmutoglu: s. 242, dpn. 243.

bulunan ve bankaya ait bulunan krediye konu bir değeri, kendilerinin mal edinmeleri veya başkalarının mal edinmesini sağlamaları halinde zimmet suçu oluşacaktır.

Çoğunluğa sahip kurul üyelerinin, kendileri veya başkalarının yararına usulsüz kredi tahsis edilmesini sağlarken, diğer üyelere karşı kullandıkları hileli davranışların amacı, yapılan işlemin ortaya çıkmasını önlemektir. Hileli davranışların kredi tahsisi aşamasında veya tahsis edilmesinden sonra kullanılması mümkündür. Her iki halde de kullanılan hileli hareketlerin, zimmet suçunun açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik olduğu göz önüne alınarak, zimmet suçunun nitelikli halinin oluştuğu kabul edilmelidir (5411 sayılı Yasa'nın 160/2. maddesi)⁷²¹.

Bankayı temsile yetkili kişiler veya kurul üyeleri tarafından, hileli davranışlar sergilenmek suretiyle usulsüz kredi tahsis kararı alındığı durumlarda, genellikle bu kişi veya kişilerin eylemine katılan üçüncü kişiler bulunmaktadır. Örneğin, üçüncü kişiler tarafından paravan olarak bir şirket kurulmakta, söz konusu şirket adına usulsüz kredi tahsis edilmektedir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin, banka görevlileri tarafından işlenen dolandırıcılık veya zimmet suçundan iştirak kuralları çerçevesinde sorumlu olacaklardır⁷²².

Banka görevlileri tarafından işlenen dolandırıcılık suçuna katılan üçüncü kişilerin asli fail olarak sorumlu tutulabilmeleri olanaklıdır. Buna karşın zimmet suçunda asli fail olmaları mümkün değildir. Zira Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu özgü suçlardandır. Söz konusu suçun faili, banka yönetim kurulu başkan veya üyeleri ile diğer mensupları olabilir. Özgü suçun işlenmesine iştirak eden ve özgü suçta faile ilişkin aranan hukukî niteliklere sahip olmayan kişiler, işlenen suç kapsamında azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler (TCK m.40/2).

5. Usulsüz Yollarla Kredi Kartı Alınması

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun, Tanımlar başlıklı 3. maddesinin 1/e fıkra ve bendine göre “*Kredi kartı: Nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve*

⁷²¹ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160/2. maddesi şu şekildedir: “Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re'sen ödettilmesine hükmolunur.”

⁷²² Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 466-467.

hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı katı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını” ifade eder. Kredi kartı düzenlenmesi ile birlikte aynı Kanunun 9. maddesi ile birlikte, kredi kartı düzenlemekle yetkili banka veya diğer kuruluşlar tarafından söz konusu kart hesabına belirli bir limitte kredi tahsisi yapılmaktadır. Kredi kartının ödeme aracı olarak kullanılabilmesi, taşıyanın hesabında karşılık olmasına bağlı olmadığı gibi, bu hesabın varlığını da gerektirmez⁷²³.

Banka veya diğer kredi kuruluşları tarafından, tahsis edilmemesi gereken bir kredinin, hileli davranışlar ile tahsisinin sağlanması ile TCK’nın 158/1-j maddesinde tanımlanan nitelikli dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Buna karşın, banka veya diğer kredi kurumlarından doğrudan kredi tahsisi talebinde bulunmayıp, hileli davranışlar kullanarak kredi kartı alınmasının dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin mi; yoksa TCK’nın 245/3. maddesinde düzenlenen “sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağla”ma suçunun mu oluşacağının belirlenmesi gerekir. Bu konu öğreti ve uygulamada tartışmalıdır.

Konunun incelenmesi sırasında 5464 sayılı Yasa’nın 37/2. maddesi göz önünde bulundurulmalıdır. Söz konusu madde “*Kredi kartı veya üye işyeri sözleşmesinde veya eki belgelerde sahtecilik yapanlar veya sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz edenler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilirler.*” şeklindedir.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre; TCK’nın 245/3. maddesinde yer alan “sahte oluşturulan” ibaresi gerçek dışı belgelerle banka görevlilerinin aldatılıp kredi kartı oluşturulmasını da kapsar. Bu nedenle, gerçek olmayan belgeler ile hayali bir isim adına sahte olarak banka tarafından düzenlenmesi sağlanan kredi kartı da sahte bir karttır ve bu kartın kullanılması suretiyle yarar elde edilmesi halinde, dolandırıcılık suçunun nitelikli şekli değil, TCK’nın 245/3. maddesinde belirtilen suç oluşacaktır⁷²⁴. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁷²⁵.

⁷²³ Mehmet Baydemir: “Kredi Kartı ve Hukuksal Niteliği”, *Vergici ve Muhasebeci ile Diyalog Dergisi*, 1998/1, s. 79.

⁷²⁴ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 466.

⁷²⁵ 11. CD., 19.08.2009, E. 2010/6628, K. 2010/9222: Sanığın, elde ettiği sahte nüfus cüzdanı ile katılan ve mağdur bankalara başvurarak sahte kredi kartları alıp bu kartlardaki tüm limitleri kullandığının iddia olunması karşısında; eylemlerin sübutu halinde, suç tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK’nın 245/2-3 ve 204/1. maddelerinde öngörülen “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” ve “resmi belgede sahtecilik” suçlarını oluşturacağı bu suçlara ilişkin delillerin takdirinin alt dereceli asliye ceza

İleri sürülen başka bir görüşe göre ise, bu durumda elde edilen kredi kartı gerçektir fakat banka yanıltılmak suretiyle sağlanmıştır. Kredi kartı temin edilmesi ile birlikte bankadan, tahsis edilmemesi gereken bir kredi elde edilmiş olacağından eylem TCK'nın 245. maddesi kapsamında değil, TCK'nın 158/1-j maddesi bağlamında değerlendirilmelidir⁷²⁶.

Yargıtay kararları incelendiğinde sahte belge ve bilgilerle elde edilmeye çalışılan kredi kartının faile verilip verilmemesine göre konuyu ikili bir ayrıma tabi tuttuğu anlaşılmaktadır. Buna göre, sahte kimlikle hesap açtıran faile kredi kartı teslim edilmişse eylem TCK'nın 245/2. maddesinde tanımlanan suç, teslim edilmemişse 5464 sayılı Yasa'nın 37/2. maddesinde belirtilen suç oluşturacaktır⁷²⁷.

Kanaatimizce konu, çeşitli ihtimaller gözönüne alınarak çözülmelidir. Kredi kartının, oluşturulan sahte belgeler doğrultusunda var olan gerçek bir kişi adına veya olmayan hayali birisi adına banka tarafından düzenlenmesi sağlanmış olabilir. Bu durumda şeklen gerçek, ancak içerik itibarıyla sahte olan bir kredi kartından (hesabından) söz edilecektir. Düzenlenen (açılan) bu sahte kredi kartının (hesabının) kullanılması suretiyle yarar sağlanmış olması durumunda TCK'nın 245/3. maddesinde tanımlanan kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu ile birlikte dolandırıcılık suçunun nitelikli şekilde oluşacaktır. Fikri içtima kuralı çerçevesinde gerçekleştirilen eylem hakkında, daha ağır cezaî yaptırımı içeren TCK'nın 245/3. maddesi uygulanmalıdır. Zira, kredi kartı talebinin kabul edilerek, talep eden kişiye kredi kartı verilmesi (hesabı açılması) ile birlikte, banka tarafından kart sahibi adına belirli bir miktar kredi tahsisi yapılmaktadır. Kredi kartı

mahkemesine ait olduğu gözetilip görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı şekilde hükümler kurulması”.

Kanaatimizce Yargıtayın eylemin hangi suçu oluşturacağına dair yapılan tespiti yerinde olmakla birlikte, yargılamayı yapmakla görevli mahkemenin asliye ceza mahkemesi olduğuna dair kararı doğru değildir. Zira failin eylemi TCK'nın 158/1-j ve 245/2-3 maddelerinde tanımlanan suçları oluşturabilecektir. Failin sonuç olarak hangi suçtan dolayı cezalandırılacağı TCK'nın 44. maddesinde belirtilen fikri içtima kuralları çerçevesinde tespit edilecektir. Fikri içtimaya konu suçlar farklı mahkemelerin görev alanına giriyorsa değerlendirme üst dereceli mahkeme tarafından yapılmalıdır. Yargıtayın kararına konu olayda dolandırıcılık suçunun nitelikli halini yargılamakla görevli ağır ceza mahkemesi fikri içtima hükümlerini inceleyip sonucuna göre eylemi nitelendirmelidir.

⁷²⁶ Şaban Cankat Taşkın: Bilişim Suçları, Bursa, 2008, s. 74.

⁷²⁷ 11. CD 24.06.2009, E. 2009/6640, K. 2009/7968: “Somut olayda, H. Korkmaz adına oluşturulmuş sahte nüfus cüzdanı ile katılan banka şubesine müracaat edip kredi kartı talebinde bulunan sanığın, kredi kartını teslimi anında yakalandığı şeklinde iddia edilen olayda dosya içerisinde bulunan kredi kartı sözleşmesini imzaladığı anlaşılan sanığın 5464 sayılı Kanun'un 3/e maddesi de gözetilerek, sanığın talebi sonucu açılmış bir hesap veya düzenlenmiş kredi kartı bulunup bulunmadığı ilgili bankadan sorulup buna ilişkin kayıtların celbi ile kredi kartı veya kart numarası bulunması halinde eylemin TCK 245/2 maddesindeki “kredi kartının sahte olarak üretilmesi” suçunu, bankaca hesabın açılmaması ve kredi kartının düzenlenmemesi halinde ise, 5464 sayılı kanunun 37/2 maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması...” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

(hesabı) kullanıcısı tahsis edilen kredi miktarını nakit olarak elde edebileceği gibi, bu kartı (hesabı) mal veya hizmet almak suretiyle ödeme aracı olarak da kullanabilir. Her iki halde de, tahsis edilmemesi gereken bir kredinin varlığı kabul edilmelidir.

Diğer bir ihtimal ise kredi kartının düzenlenmesine esas teşkil eden belgelerden, talep eden kişinin kimlik bilgilerine ilişkin olanları gerçek olmasına karşın, limit tahsisi konusunda gözönüne alınanların sahte olmaları ve bu nedenle gerçekte tahsis edilmesi gerekenden fazla miktarda limitin kredi kartına tanımlanmasıdır. Bu halde sahte bir kredi kartının varlığından bahsedilemeyecektir. Ancak, banka veya kredi kurumu tarafından tahsis edilmemesi gereken bir kredi miktarının tahsisinin sağlandığından bahsedilebilecektir. Bu nedenle, kredi kartı limitinin belirlenmesine esas teşkil eden belgelerin sahte olması hileli davranış olarak kabul edilerek, gerçekte tahsis edilmesi gereken kredi tutarı ile fiilen tahsis edilen kredi arasındaki fark, “tahsis edilmemesi gereken kredi”yi oluşturacaktır. Bu halde failin eylemi hem düzenlediği sahte belgeler açısından 5464 sayılı Yasa’nın 37/2. maddesinde tanımlanan suçu ve hem de bu belgeler doğrultusunda tahsis edilmemesi gereken bir kredinin sağlanmış olması nedeniyle TCK’nın 158/1-j maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşturacaktır.

Yukarı paragrafta belirtilen ihtimalde, talep doğrultusunda kredi kartının düzenlenip fazla miktarda limit tahsisi yapıldıktan sonra, kartın teslim edilmesi ile suç tamamlanacaktır. Kartın tesliminden sonra tahsis edilen fazla miktardaki kredinin kullanılıp kullanılmaması önemli değildir. Önemli olan husus kredi kartı talep eden kişinin, düzenlenen kredi kartına tahsisli krediyi kullanma olanağının bulunup bulunmadığıdır. Her an kullanılmaya hazır vaziyetteki kredinin, imkânı dahilinde bulunmasına rağmen, kart sahibi tarafından kullanılmaması, suçun tamamlanmasını engellemeyecektir.

Bununla birlikte, kredi kartı talep başvurusu ile birlikte sunulan sahte içerikli belgelerin verilmesinden sonra ve fakat kartın düzenlenmesinden önce veya kartın düzenlenip limit tahsis edildikten sonra ve fakat kartın teslim edilmesinden önce durumun fark edilmesi halinde, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.

Kredi kartı teslim edilmeden önce, talepte bulunan kişinin talebini geri çekmesi veya sahte olarak sunduğu belgenin gerçeğini ibraz ederek durumun ortaya çıkmasını sağlaması durumunda, eylem hakkında gönüllü vazgeçme (TCK m. 36) hükümleri

uygulanacak ve eylem dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılmayacaktır. Bu halde eylem tamamlanmış başka bir suçu oluşturuyorsa kişi, tamamlanan bu fiilinden dolayı sorumlu tutulacaktır. Örneğimizde kişi belgede sahtecilik suçundan dolayı sorumlu tutulabilecektir.

6. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nda Yer Alan Özel Düzenleme

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun⁷²⁸ 36. maddesi şu şekildedir: “*Gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi, nakit ödeme belgesi ya da alacak belgesi düzenlemek*⁷²⁹ *veya bu belgelerde ne surette olursa olsun tahrifat yapmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayanlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar*”.

Yasal düzenleme incelendiğinde özel belgede sahtecilik suçu yanında, dolandırıcılık suçunu da içine alan bileşik bir suçun tanımlandığı görülecektir⁷³⁰. Kanaatimizce yasa koyucu burada, dolandırıcılık suçunun özel bir şeklini düzenlemiştir. Genel dolandırıcılık suçundan farklı olarak hangi davranışların hileli davranış olarak değerlendirilebileceği saymaca bir yöntemle ortaya konulmuştur. Bu davranışlar, sahte olarak oluşturulan veya sahte hale getirilen ödeme belgesi, nakit belgesi ya da alacak belgesinin haksız bir yarar sağlanmak amacıyla kullanılmasıdır. Bu özelliği nedeniyle bu suç seçimlik hareketli suçlar kategorisinde değerlendirilmelidir.

Söz konusu maddede tanımlanan eylem, banka kartı ve kredi kartı verme hususunda yetkili olan banka⁷³¹ ve diğer kurumlar zararına işlenen, sahte olarak üretilen

⁷²⁸ 01.03.2006 tarih 26095 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁷²⁹ 5464 sayılı Yasa’nın Tanımlar başlıklı 3. maddesinde maddede geçen kavramların tanımı yapılmıştır. Buna göre;

Harcama belgesi: Banka kartı veya kredi kartı ile yapılan işlemler ile ilgili olarak üye işyeri tarafından düzenlenen, kart hamilinin işlemde doğan borcu ile diğer bilgileri gösteren ve kart hamilinin kimliğinin bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemle belirlendiği haller dışında kart hamili tarafından imzalanan belgeyi,

Nakit ödeme belgesi: Bankalarca veya yetkili üye işyerlerince banka kartı veya kredi kartı hamiline yapılan nakit ödemelerde düzenlenerek, kart hamilinin kimliğinin bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemle belirlendiği haller dışında kart hamili tarafından imzalanan belgeyi,

Alacak belgesi: Banka kartı veya kredi kartı kullanılarak alınmış olan malın iadesi veya hizmetin alımından vazgeçilmesi veya yapılan işlemin iptali halinde kart hamilinin hesabına alacak kaydedilmek üzere üye işyeri tarafından düzenlenen belgeyi, ifade etmektedir.

⁷³⁰ Malkoç; Banka Kartları Kanunu, s. 268.

⁷³¹ Burada bankalardan anlaşılması gereken mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarıdır (5464 sayılı Yasa m.3/1-c).

veya üzerinde oynama yapılan harcama belgesi, nakit ödeme belgesi ve alacak belgesinin hileli davranış olarak kullanıldığı, bu kullanım sonucunda kullanan kişinin kendisine veya başkasına yarar sağladığı özel bir dolandırıcılık suçudur. Suçun unsurları incelendiğinde bu durum daha da açığa kavuşacaktır. Şöyle ki, 5464 sayılı Yasa'nın 36. maddesinde tanımlanan suçun faili, sahte olarak oluşturduğu veya üzerinde tahrifat yapmak suretiyle sahte hale getirdiği harcama belgesi, nakit ödeme belgesi veya alacak belgesini, doğrudan veya dolaylı olarak ödeme yapacak banka veya kredi kurumu temsilcisine ibraz eden kişidir. Bu kişi söz konusu belgeleri ibraz ederek, bu belgeleri inceleyecek olan banka veya kredi kurumu temsilcisini aldatmayı, bu aldanma neticesinde banka kartı veya kredi kartı sahibi kişi veya bunları düzenleyen banka veya kredi kurumu zararına yarar temin etmeyi amaçlamaktadır. Failin eyleminde hileli bir davranış, bu davranışın yöneltildiği ve aldanması mümkün bir gerçek kişi, bu aldanma neticesinde haksız olarak elde edilebilecek bir yarar vardır. Sahte olarak düzenlenen veya sahte hale getirilen belgelerin oluşturulması ile doğrudan menfaat temin edilmemekte, bunların kullanımı neticesinde aldatılan bir gerçek kişinin hareketi ile yarar elde edilebilmektedir.

Bu suç sadece banka kartı veya kredi kartı çıkarmakla yetkili bankalara veya diğer kurumlara karşı değil, bu kurumlar dışında kalan gerçek ve tüzel kişilere karşı da işlenebilir. Zira maddede belirtilen harcama belgesi, nakit ödeme belgesi ve alacak belgesinin sahte olarak düzenlenmesi veya üzerinde tahrifat yapılarak sahte hale getirilerek yarar sağlanması halinde zarar görenler, bu belgelerin ibraz edildiği banka veya diğer kurumları olabileceği gibi, tahrifat sonucunda gerçek durumdan fazla harcama yapılmış, nakit çekilmiş veya gerçek durumdan daha az alacak alınmış gibi gösterilerek zarara uğratılan kartı sahibi gerçek veya tüzel kişiler de olabilir⁷³².

Genel dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için failin hileli davranışlar kullanmak suretiyle muhatabını aldatıp, muhatabının veya üçüncü bir kişinin zararına olarak, kendisine veya başka birisi lehine yarar elde etmiş olması gerekir. Fail açısından genel dolandırıcılık suçunda herhangi bir özellik aranmamışken, 5464 sayılı Yasada düzenlenen dolandırıcılık suçunun özel şeklinin gerçekleşmesi açısından failde bir kısım özelliklerin bulunması gerekir. Söz konusu suçun asli faili, banka veya ilgili kuruluş ile üye işyeri anlaşması yapan, yaptığı sözleşme çerçevesinde kart hamiline mal ve hizmet satmayı veya nakit temin etmeyi kabul eden, harcama belgesi, nakit ödeme belgesi veya

⁷³² Emrullah Aycı/İnci Biçkin/Mustafa Artuç: Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Ankara 2006, s. 88; Malkoç: Banka Kartları Kanunu, s. 268.

alacak belgesini düzenlemekle ve bunları ibraz etmekle yetkili olan gerçek kişiler veya tüzel kişi temsilcileri olabilir. Asli failin eylemlerine, üçüncü kişilerin iştirak hükümleri çerçevesinde katılmaları mümkündür.

Bununla birlikte söz konusu suçun failleri banka kartı veya kredi kartını çıkartan banka veya diğer kurum çalışanları da olabilir. Belirtilen kurum çalışanlarının, kurumlarına üye işyerleri tarafından ibraz edilen harcama, nakit ödeme ve alacak belgeleri üzerinde tahrifat yapmak suretiyle kendilerine veya başkalarına yarar sağlamaları mümkündür. Bu durumda söz konusu çalışanların eylemleri 5464 sayılı Yasa'nın 36. maddesinde belirtilen suçu oluşturabileceği gibi, diğer şartların varlığı halinde 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160. maddesinde tanımlanan zimmet suçunu da oluşturabilir. .

Genel dolandırıcılık suçunda olduğu gibi burada da, kullanılan hileli davranışlar neticesinde bir yarar ve zarar doğmalıdır. Ancak suçun tabiatı gereği, uğranılacak zararın ve elde edilecek yararın kapsamı geniş olmayıp, sadece para veya parasal olarak ölçülebilecek değerlerden ibarettir. Bununla birlikte, ticari itibar kazanmak veya başkalarının ticari itibarını zedelemek amacıyla dolandırıcılık suçunun bu özel şeklinin işlenmesi mümkündür. Bu halde, ticari itibar kazanmanın menfaat kapsamında; itibar kaybetmenin ise zarar bağlamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin üzerinde durulması gerekir.

Sahte olarak düzenlenmiş veya sahte hale getirilmiş harcama, nakit ödeme ve alacak belgelerinin kullanılarak, haksız bir yarar sağlanmış olması halinde, işlenen suçun mağduru kart hamili gerçek veya tüzel kişiler ile üyelik sözleşmesi yapan banka veya diğer kurumlardır. İşlenen bu suç nedeniyle kart sahibinin veya üyelik sözleşmesi tarafının itibarının zedelenmesi mümkündür. Hatta failin işlediği fiil ile asıl amaçladığı şey, gerçek veya tüzel kişilerin piyasadaki güvenilirliklerinin zedelenmesi olabilir. Her iki ihtimalde de bir zarar ve yararın varlığı kabul edilmelidir⁷³³. Durumun gerektirdiği özellik nedeniyle oluşan zarar ve yarar derhal değil, zaman içerisinde ortaya çıkabilecek muhtemel bir zarardır.

Yarar konusunda bu görüşü kabul etmeyip, suçun düzenlendiği 5464 sayılı Kanun'un tamamen ekonomik alanı düzenleyen bir kanun olması gerekçe gösterilerek,

⁷³³ Malkoç: Banka Kartları Kanunu, s. 269.

elde edilen yararında ekonomik olması gerektiğini söyleyen yazarlar da bulunmaktadır⁷³⁴. İleri sürülen bu görüşün kendi içerisinde çelişkili olduğunu düşünüyoruz. Zira tüzel kişiliklerinin itibar kayıplarının ve kazanımlarının “ekonomik yarar” kapsamında değerlendirilmemesi, günümüz serbest piyasa koşulları içerisinde düşünülemez.

Elde edilecek yarar fail tarafından bizzat elde edilebileceği gibi, bilgisi dahilinde başkasına da sağlanmış olabilir.

Harcama, nakit ödeme ve alacak belgeleri üzerinde tahrifat yaparak banka veya diğer kurumlara ibraz edilmesi halinde, bankalar veya diğer kurumlar zarar görmüş olabilirler. Söz konusu zararın doğmasının sebebinin, verilmemesi gereken bir kredinin tahsis edilmesi olduğu düşünülebilir. Zira kredi kartı sahibi olan kişilerin, kredi kartlarına ait harcama ve nakit ödeme belgelerinde tahrifat yapmak suretiyle, bu kişilere tahsis edilen kredi azaltılmaktadır. Ancak kredi kartı vermekle yetkili bankalar veya diğer kredi kurumları, söz konusu kartları verdikleri müşterilerine, daha öncesinden belirli bir limit dahilinde kredi tahsisi gerçekleştirdiklerinden, yeni bir kredinin açıldığından bahsedilemeyecektir. Bu nedenle bu tür bir eylem, TCK’nın 158/1-j maddesinde belirtilen dolandırıcılık suçunun nitelikli şeklini oluşturmaz.

TCK’nın 5. maddesindeki genel hüküm ve 212. maddesinde yer alan açık düzenleme karşısında, sahte olarak oluşturulmuş veya üzerinde tahrifat yapılmak suretiyle sahte hale getirilmiş harcama belgesi, nakit ödeme belgesi veya alacak belgesinin kullanılarak yarar sağlanması eylemi, 5464 sayılı Yasa’nın 36. maddesinde tanımlanan suç ile birlikte ayrıca belgede sahtecilik suçunu oluşturacaktır.

B. Sigorta Bedelini Almak Maksadıyla Dolandırıcılık Suçunun İşlenmesi (Sigorta Dolandırıcılığı)

Sigorta bedelinin alınması amacıyla (TCK m.158/1-k) dolandırıcılık suçu işlenmesi, bu suçun nitelikli hallerinden biridir. Benzer bir düzenlemeye 765 sayılı TCK’nın 504/2. maddesinde de yer verilmiştir. Sigorta dolandırıcılığı olarak adlandırabileceğimiz nitelikli halin işlenmesi gerek ülkemiz ve gerekse ekonomisi gelişmiş diğer ülkelerde oldukça yaygındır⁷³⁵. Bunun önemli nedenleri arasında söz konusu suçun

⁷³⁴ Ayıcı/Biçkin/Artuç: s. 36.

⁷³⁵ Amerika Birleşik Devletleri genelinde sigorta dolandırıcılığı (insurance fraud), beyaz yakalı suç olarak adlandırılan suçlar arasında, gelir vergisi kaçakçılığından sonra en çok işlenen ikinci suçtur (Dwane Hal

bireysel bir mağduriyetinin olmaması, faillerinin tespit edilme riskinin düşük olması ve tespitleri halinde de cezaî bir müeyyide ile karşılaşma ihtimalinin az olması, toplum tarafından söz konusu suç işleyen kişilere hırsızlık, cinsel saldırı veya öldürme gibi suçların aksine sosyal bir baskı ve yaptırımın uygulanmaması sigorta dolandırıcılığı suçlarının sayısının ve çeşitlerinin artmasına sebebiyet vermektedir⁷³⁶. Söz konusu suçun tespiti ve cezalandırılabilmesi, her ülkenin sahip olduğu idari ve adli teşkilatlanma ile oluşturdukları denetim ve önleme sistemlerinin varlığı ve bunların işlevselliği ile doğru orantılıdır. Türkiye açısından sigorta dolandırıcılığı üzerinde yeteri kadar durulduğunu, bu suçun sigorta şirketleri ve ülke ekonomisine maliyetinin ne olduğuna ilişkin yeterli ekonomik, akademik ve sosyal inceleme ve araştırmaların yapıldığını ve tespit edilen sigorta dolandırıcılığı eylemlerinin hukuki ve cezai açıdan önemi ile doğru orantılı olarak yaptırım altına alındığını söylemek çok zordur.

Yasa metninde sigorta bedelinin alınmasından bahsedilmiş, ancak sigorta eden ve sigortanın konusunun ne olup olmadığı ile ilgili herhangi bir tanımlama veya sınırlama yapılmamıştır. Buna göre sigorta yapma konusunda kendisine yasal yetki verilen tüm özel ve kamu tüzel kişiliklerine karşı bu suç işlenebilecektir. Burada sigorta eden ve yapılan sözleşme doğrultusunda sigorta bedelini ödemekle yükümlü olan tüzel kişilik zararına işlenen bir dolandırıcılık suçu vardır.

Sigorta dolandırıcılığı suçunun oluşması açısından sigorta yapılan riskin türü de önemli değildir⁷³⁷. Bu nedenle sigorta edilen değer mal, hayat, kaza, sağlık, hastalık veya deprem olabilir. Bu nitelikli halin uygulanması açısından önemli olan husus sigorta yapmaya yetkili olan bir kurum tarafından herhangi bir değer sigorta konusu yapılması ve sigorta yaptıran kişinin gerçekte hak etmediği ve sözleşme şartları oluşmayan sigorta bedelini hileli davranışlar kullanarak almaya çalışmasıdır.

Sigorta dolandırıcılığı suçundan bahsedebilmek için failin özel bir kastının bulunması gerekir. Bu özel kast, *sigorta bedelini almak amacıyla* eylemin

Dean: "Perceptions of the Ethicality of Consumer Insurance Claim Fraud", Journal of Business Ethics, Cilt: 54, Sayı: 1, 2004, s.67; Podgor: s. 732, dñn. 20); ABD Illinois Eyaletinde sigorta dolandırıcılığının suç sayılmasının tarihi seyri, söz konusu eylemlere bireylerin, toplumun ve devletin bakış açısı ile bu suç ile mücadele konusunda yapılması gerekenler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Julilly Kohler-Hausmann: "The Crime of Survival: Fraud Prosecutions, Community Surveillance, an the Original Welfare Queen", Journal of Social History, Cilt: 41, Sayı: 2, 2007, Oxford Üniversitesi Yayınları, s. 329-354.

⁷³⁶ Dean: s.68.

⁷³⁷ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 489; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 538; Toroslu: Özel Kısım, s. 191; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 468; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 467.

gerçekleştirilmesidir. Sigorta bedelini almayı amaçlamayan, ancak sigorta şirketinin zarar görmesine sebebiyet veren diğer eylemler dolandırıcılık suçunun basit şeklini oluşturabilecektir. Suçun nitelikli halinin gerçekleşmiş olduğu durumlarda aldatılan yani mağdur, sigorta tazminatının ödenmesine karar verme yetkisine sahip olan sigorta şirketi çalışanıdır. Suçtan zarar gören ise bir tüzel kişilik olarak sigorta şirkettir⁷³⁸.

Sigorta dolandırıcılığında failin sigorta sözleşmesine konu taraflardan biri olması veya sigorta bedelini alacak kimse olmasının bir önemi yoktur⁷³⁹. Öğretide failin, sadece sigortalı kişi olabileceği görüşü ileri sürülmüşse de⁷⁴⁰, kanaatimizce genel olarak kabul edildiği üzere hileli davranışlarda bulunan kişi ile sigorta bedelini alacak kişi aynı kişi olabileceği gibi farklı kişiler de olabilir⁷⁴¹. Sigorta bedelinden faydalanan olan kişi, yapılan hileli davranışlardan haberdar olması, aktif olarak hileli davranışları irtikâp etmesi veya asıl faile yardım etmesi hallerinde doğrudan ve dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilecektir⁷⁴². Ancak sigortalının doğrudan, dolaylı veya müşterek fail olarak ya da yardım eden sıfatıyla işlenen dolandırıcılık suçuna iştiraki zorunlu değildir.

Yasal mevzuatımız açısından trafikte seyreden araçların trafik sigortası yaptırmaları zorunludur⁷⁴³. Bu nedenle trafik kazasına karışan araçların büyük kısmının zorunlu trafik sigortası bulunmaktadır. Sigorta işlemlerindeki bürokratik sürecin uzunluğu ve karmaşıklığı nedeniyle kimi zaman asıl hak sahipleri, sigorta bedelini talep etme süreçlerinin takibi konusunda, bu işlerde uzmanlaşmış olduklarını düşündükleri kişi veya kurumları vekil tayin etmekte ya da belirli bir bedel karşılığında haklarını bunlara devretmektedirler. Vekil tayin edilen veya sigorta alacağını devir alan kişi veya kurumların

⁷³⁸ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 468; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 616.

⁷³⁹ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 38; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 468.

⁷⁴⁰ Bu görüş için bkz. Önder: Mala Karşı Cürümler, s. 395; Önder'e göre failin sigortalı olan kişi olması gerekir. Sigortalı olmayan bir kişi tarafından, başkasının sigorta bedelini alması kastı ile hareket etmiş olması durumunda nitelikli dolandırıcılık değil, eylemin niteliğine göre başkaca bir suç oluşabilecektir. Örneğin, babasının ekonomik durumunun iyi olmadığını bilen oğlu, sigortalı otomobili yakmış ise, oğul tarafından gerçekleştirilen eylem mala zarar verme olarak değerlendirilmelidir.

⁷⁴¹ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 489; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 468; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 616.

⁷⁴² 4. CD., 07.04.1997, E. 1997/2249, K. 1997/2694: "Sanığın, suça konu bonoyu kullanarak, sürücü belgesi olmayan sanık M.nin sanık C.P'a ait araba ile kaza yapması üzerine Anadolu Sigorta'dan kasko parasını alabilmek amacıyla olay sırasında arabayı kullanıp kaza yapanın sürücü belgesi olan sanık R.P. olduğunu açıklamak ve trafik kaza saptama tutanağının buna göre düzenlenmesini sağlayarak sigortadan parayı almakta ibaret eylemlerinin (765 sayılı) TCY'nin 504/2. madde ve fıkrasına uyabileceği ve kanıtlarla eylemleri değerlendiren nitelemenin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilmeden..." (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3664).

⁷⁴³ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (14.6.2007 tarih 26552 sayılı Resmi Gazete), m. 13 ve bu madde kapsamında çıkartılan ikincil mevzuat hükümleri.

hileli davranışlar sergilemeleri ve hak edilenden fazla bedel almaya çalışmaları mümkündür. Böyle bir durumda asıl hak sahibi ile hileli davranışta bulunarak haksız yarar temin etmeye çalışan kişiler farklı olacaktır.

Sigorta bedelini almak amacıyla hareket eden failin eyleminin sigorta dolandırıcılığına sebebiyet verebilmesi için, eylemin icra hareketlerine başlanmış olması gerekir. Sigorta bedelini almak amacına yönelik olduğu düşünülen ancak hazırlık aşamasında kalmış hareketler dolandırıcılık suçuna ve suçun teşebbüs aşamasında kalmasına neden olmayacaktır. Örneğin, kasko sigortası olmayan aracı ile kaza yapan A, kaza tarihinden sonra sigorta işlemlerini yaptırmış, sonrasında kazayı yeni yaptığı ihbarında bulunarak trafik görevlilerini çağırıp kaza raporu düzenlettirmek istemiştir. Görevlilerin dikkatli davranması nedeniyle A'nın aracının daha önce kaza yaptığı tespit edilmiş ve kaza raporu düzenlenmemiştir. Bu halde A'nın gayesi sigorta bedelini almak amacıyla usulsüz rapor düzenlettirmek olsa da, rapor düzenlenmemiştir. Rapor düzenlenmiş olsa dahi A'nın bu raporu kullanarak sigorta bedelini almaya kalkışıp kalkışmayacağı belli değildir. Bundan dolayı A'nın rapor düzenletmek için ihbarda bulunmasını veya rapor düzenlenmesini istemesine “sigorta bedelini almak maksadıyla” işlenecek dolandırıcılık suçunun “hazırlık hareketi” olarak kabul etmek gerekir. Hazırlık hareketleri, başka bir suç oluşturmadıkları takdirde cezalandırılamazlar⁷⁴⁴. Örneğimizde A'nın eylemi diğer şartları içerdiği takdirde resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçunu oluşturabilecektir (TCK m. 206).

Sigorta bedelini almak amacıyla yapılan hileli davranışlar doğrudan sigorta şirketinin temsilcileri tarafından da işlenebilir. Bu temsilcilerin, üçüncü kişiler tarafından işlenen dolandırıcılık suçlarına asli olarak katılmaları veya yardım eden konumunda bulunmaları mümkündür. Bu hallerde gerçekleştirilen hileli davranışlar ve bu davranışlara paralel elde edilen yararın dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceğinin belirlenmesi gerekir.

Sigorta şirketlerinin yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplarının, görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetimleri ve sorumlulukları altında bulunan, kuruluşa ait para veya sair varlıkları mal edinmeleri

⁷⁴⁴ Benzer içerikli bir Yargıtay kararı için bkz. 11. CD., 12.05.2009, 21408/6199; 11. CD., 20.06.2002, 4297/6052 (Taşdemir: s. 220-221).

durumunda cezalandırılacaklarına dair 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun⁷⁴⁵ 35/3 maddesinde özel bir düzenleme bulunmaktadır. Belirtilen suçun, kuruluşu aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmesi halinde, belirlenen cezanın arttırılacağı hükme bağlanmıştır (5684 sayılı Yasa m. 35/4)⁷⁴⁶.

Sigorta bedeline karşılık gelen ekonomik değerin, sigorta şirketine ait bir mal olduğu kuşkusuzdur. Sigorta şirketinin yönetim kurulu üyeleri ile diğer mensuplarının hileli davranışlarda bulunarak, görevleri nedeniyle kendilerine tevdi edilen veya korumak, denetim altında tutmak üzere kendilerine verilen, sigorta şirketine ait herhangi bir para veya malı, almaları durumunda 5684 sayılı Yasa'nın 35 maddesinin 3 ve 4.fıkralarında belirtilen suç oluşacaktır.

Sigorta şirketinin yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplarından birisinin doğrudan değil de dolaylı olarak, yani başkaları tarafından yapılan ve sigorta bedelini almaya yönelik hileli davranışlara yardım etmeleri mümkündür. Bu halde sigorta şirketi görevlilerinin asıl fail tarafından işlenen suça iştirakleri söz konusudur. İştirakin hangi hallerde mümkün olabileceği TCK'nın 39/2. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek; suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlama; suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırma hallerinde suça iştiraktan bahsedilebilecektir.

Sigorta şirketi çalışanlarının, işlenen sigorta dolandırıcılığı suçuna iştirakini ikiye ayırarak incelemek ve değerlendirmek mümkündür. İlk olarak sigorta şirketi çalışanlarının, asıl fail tarafından işlenen suça yardımları, sadece iştirak aşamasında kalmış ve haksız olarak elde edilen sigorta bedelinden yararlanmamış olabilirler. İkinci olarak ise, iştirak kapsamında değerlendirilebilecek eylemleri sonrasında asıl fail tarafından elde edilen, sigorta bedelinden pay almış olabilirler. Kanaatimizce ilk halde sigorta şirket çalışanı, asıl

⁷⁴⁵ 14.06.2007 tarih 26552 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 5684 sayılı Yasa'nın 35/3.maddesi şu şekildedir: “ Sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetimleri ve sorumlulukları altında bulunan kuruluşa ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirmeleri halinde, altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, kuruluşun uğradığı zararı da tazmine mahkûm edilir”.

⁷⁴⁶ 5684 sayılı Yasa'nın 36.maddesine göre, bu yasada belirtilen suçlara ilişkin kovuşturma yapılabilmesi Hazine Müsteşarlığı'nın yazılı başvurusuna bağlı kılınmıştır.

fail tarafından işlenen nitelikli dolandırıcılık suçuna iştirakten sorumlu tutulmalıdır. Zira kendisinin, elde edilen haksız sigorta bedelinden herhangi bir menfaati bulunmamaktadır. Buna karşın ikinci olasılıkta sigorta çalışanı, asıl fail tarafından işlenen nitelikli dolandırıcılık suçuna iştirakten değil, 5684 sayılı Yasa'nın 35. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında tanımlanan ve daha ağır yaptırımlar getiren suçtan sorumlu tutulmalıdır. Zira bu düzenleme ile sigorta şirketi çalışanlarının, şirket mallarına karşı işledikleri suçlar cezalandırılmaktadır. Şirket çalışanı olan şerik son halde, doğrudan olmasa bile dolaylı olarak şirketin malı olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmayan, sigorta bedelinden faydalanmakta ve bunu mal edinmektedir. Adeta asıl faili, kendi elde edeceği fayda konusunda aracı olarak kullanmaktadır. Doğrudan elde edeceği menfaati, dolaylı olarak sağlayan kişinin eyleminin farklı nitelendirilmesi hakkaniyete aykırıdır. Aksi durumun kabulü halinde 5684 sayılı Yasa'nın 35.maddesinde yer alan düzenlemenin amacına aykırı hareket edilmiş ve korumak istediği hukukî menfaat tehlikeye atılmış olacaktır. Asıl failin aracı olarak kullanıldığı durumda, sigorta şirketi çalışanının asıl fail olarak sorumlu olması yasanın açık emridir (TCK m.37/2).

III. MAĞDURUN AMACINDAN VE KONUMUNDAN KAYNAKLANAN NİTELİKLİ HALLER

A. Dinî İnanç Ve Duyguların İstismar Edilmesi Suretiyle Dolandırıcılık Suçu İşlenmesi (Din Dolandırıcılığı)

Din, insanın hayatı algılamasına yardımcı olsa bile, genel olarak bilimsel gerçekliği kavranmadan, içinde bulunulan sosyal çevrenin de etkisiyle insanların bağlandıkları bir olgudur⁷⁴⁷. Dolandırıcılık suçunun kişilerin dini inanç ve duygularının istismar edilmek suretiyle işlenmesi, bu suçun temel şekline göre daha ağır şekilde cezalandırılmayı gerektiren, nitelikli bir halidir (TCK m.158/1-a). 765 sayılı TCK'da, kişilerin dini inanç ve duygularının istismar edilmesi suretiyle işlenen dolandırıcılık suçları, nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Önceki yasa döneminde öğreti ve uygulamada, bu şekilde işlenen dolandırıcılık suçları, diğer şartların da varlığı halinde, suçun basit (temel) şekli kapsamında değerlendiriliyordu⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 20.

⁷⁴⁸ CGK, 09.02.1953, E. 1953/3-5, K. 1953/6; CGK., 09.05.1955, E. 1955/4-74, K. 1955/74; 6. CD., 28.12.1990, E. 1990/8678, K. 1990/10541 (Kararlar için bkz. Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 461-462, dpn.36 ve 37 civarı).

Dini inanç ve duyguların istismar edilmesinin dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinden biri olarak sayılmasının çeşitli sebepleri vardır. Bunlardan en önemlisi, kişilerin dini inanç ve duygularının istismar edilerek aldatılmalarındaki kolaylıktır⁷⁴⁹. Bu kolaylık ve toplumumuzun dini konulardaki hassasiyetleri nedeniyle bu tür eylemlerin sayısı oldukça fazladır. Bunda, bireylere yeterli dini eğitimin verilememiş olması nedeniyle halkın önemli bir kısmının, din ile ilgisi bulunmayan hurafe tabir edilen bilgilere itibar etmesinin etkisi büyüktür⁷⁵⁰.

İstismar kelimesi sözlükte işletme, yararlanma; birinin iyi niyetini kötüye kullanma; sömürme anlamlarına gelmektedir⁷⁵¹. Madde metninde geçen “istismar” kelimesi Arapça bir isim olup, “semere” kelimesinden türetilmiş, maddede sömürme anlamında kullanılmıştır⁷⁵².

İncelemeye konu nitelikli halin gerçekleşmesi açısından dikkat edilmesi gereken husus, dinin kendisinin veya uzantısı olan unsurlarının, kişilerin bu husustaki inanç, fikir, düşünce ve algılarının sömürülmek suretiyle, aldatılmalarında bir araç olarak kullanılmalarıdır⁷⁵³. Yani fail, kişilerin dini inanç ve duygularını hedef alan hileli davranışlar sergilemeli, hileleri arasına bu tür ibarelere yer vermeli, bunların sağladığı kolaylık vasıtasıyla kişileri aldatmalıdır.

Hileli davranışlar içerisinde, dinin bünyesinde bulunan maddi veya manevi unsurların kullanılıp kullanılmaması önemsizdir. Önemli olan, bunlardan biri veya bir kaçının muhatabı aldatmak amacıyla kullanılmasıdır. Örneğin, dini bir sembol ve Müslümanların toplanıp ibadet ettikleri bir mekân olan camilere veya dini bilgilerin öğretildiği kuran kurslarına yardım toplama bahanesiyle hileli davranışların oluşturulması; oluşturulan davranışların kişilerin dini inanç ve duygularına hitap edecek şekilde kurgulanarak kullanılıp aldatılmaları ve elde edilen yardımların mal edinilmesi halinde suçun nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır.

Kanaatimizce, aldanarak camiye veya kuran kursuna yardım eden kişilerin İslam dinine mensup olup olmamaları önemsizdir. Yardım eden kişilerin Müslüman

⁷⁴⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3649.

⁷⁵⁰ Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 526-527.

⁷⁵¹ Türkçe Sözlük: s. 1110.

⁷⁵² Ferit Develioğlu: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara 1993; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3649.

⁷⁵³ Toroslu: Özel Kısım, s. 187.

olmamalarına karşın tüm inançlara saygı göstermeleri, bunun uzantısı olarak dini temsil eden kurum ve kuruluşlara değer vermeleri, buraların Tanrı'ya ulaşma konusunda farklı yol ve yöntem olduklarını düşünmeleri ve bu amaçla yardımda bulunmaları mümkündür. Önemli olan husus, kişilerin iç dünyalarında bulunan dinî inanç ve duyguların, aldanmalarında fail tarafından bir araç olarak kullanılıp kullanılmadığıdır.

Bununla beraber dinin orijinal bünyesinde yer almayan, ancak kişiler tarafından belirli bir dini değer atfedilen duyguların istismar edilmesi de, suçun nitelikli halinin oluşumuna sebebiyet verecektir⁷⁵⁴. Örneğin, dini içerikli olmak şartıyla muskacılık yapıp karşılığında dileğin önemine göre paralar istenmesi; üfürükçülük ve muskacılık vasıtasıyla para temin edilmesi; şeytan bağlamak, cinleri uzaklaştırmak veya kayıp kişileri bulmak bahanesiyle dualar okunması ya da bu amaçları gerçekleştirmek bahanesiyle madde ve yazılar verilerek menfaat temin edilmesi gibi söz ve davranışlar bu kapsamda değerlendirilebilir⁷⁵⁵. Yine dini toplantılarda veya ibadet yerlerinde belirli şirketlere ilişkin

⁷⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3649; 11. CD., 24.01.2007, E. 2006/7999, K. 2007/134: “Sanıkların daha önce aileleri hakkında bilgi topladıkları şikayetçilerle karşılaştıklarında bu şekilde yakınlık kurdukları ve daha sonra sanık Yasin’in, “babaannesinin hacca gittiğini, giderken ölürse paralarını hayrına dağıtmasını istediğini, vefat ettiğini, vasiyeti yerine getirmek istediğini” söyleyerek paraları çıkartıp gösterdiği şikayetçi Esme’ye 2.800, diğerine 1.800 YTL. verip ancak üzerlerindeki kıymetli eşyaları kendilerine vermeleri halinde paralarla birlikte okutup vereceklerini beyan etmeleri üzerine şikayetçilerin bileziklerle paraları sanıklara verdikleri, bu para ve bileziklerle kaçarken yakalanan sanıkların eylemlerinin 5237 Sayılı TCK. nun 158/1-a maddesinde öngörülen “dini duygu ve inançların istismar edilmesi” suretiyle dolandırıcılık suçu kapsamında kabul olunması karşısında (...); 11. CD., 11.06.2008, E. 2008/5729, K. 2008/5927: “Sanığın Denizli Devlet Hastanesi’nde yoğun bakım ünitesinde yatan eşini beklemekte olan şikayetçi A. Akgün’ün yanına gelerek kendisinin doktor olduğunu, hastası ile ilgilendiğini, iyiye gittiğini söyleyip, tedavisi için gerekli olduğundan bahisle 70 YTL para ile kimliğini aldığı ve birlikte hastane yoğun bakım ünitesine gidip, adı geçen şikayetçiye “sen burada otur” diyerek tekrar gelmek üzere yanından ayrılmasına rağmen geriye dönmediğinin iddia olunması karşısında; eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 158/1-b maddesinde öngörülen “kişinin içinde bulunduğu tehlikeli ve zor şartlardan yararlanmak suretiyle” nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delillerin takdir ve değerlendirmesinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilip görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamlı yazılı şekilde karar verilmesi...”: 11. CD., 07.05.2008, E. 2008/4992, K. 2008/4671: “Sanığın, Adana Devlet Hastanesinde oğlunun tedavisi nedeniyle bulunan şikayetçiye Numune Hastanesinde tanıdığı doktor olduğunu söyleyip yardımcı olacağı izlenimini verdiği, birlikte gittikleri Numune Hastanesinde sanığın çocuğunu şikayetçinin yanına bırakıp müstekinin oğlunu göstermeye götürdüğü, doktorun film çekilmesi gerektiğini belirttiikten sonra, şikayetçinin oğlunu film çekirmek için gideceği sırada mücevherlerle film çekilemeyeceğinden çıkarmasını söyleyip ikna etmesi üzerine şikayetçinin çantasına koyduğu iki alyans yüzüğü sanığa verip doktorun yanına gittiği, doktoru bulamayıp geri döndüğünde sanığın çantayla ortadan kaybolduğu iddia ve kabul olunmasına göre “kişinin içinde bulunduğu tehlikeli ve zor şartlardan yararlanmak suretiyle” işlenen nitelikli dolandırıcılık suçunun temas ettiği TCK. nun 158/1-b maddesinde öngörülen suça bakmak ve delilleri değerlendirmek görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamlı yazılı şekilde karar verilmesi...” (yayınlanmamış Yargıtay kararları).

⁷⁵⁵ Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1406; Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 527; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 545.

pay sahibi kılmak ve bu amacı gerçekleştirmek için dini duyguların kullanılması, aldatıcı çağrışımlar kullanılmak suretiyle para talep edilmesi de nitelikli hale neden olabilir⁷⁵⁶.

Yasal düzenleme incelendiğinde dini inanç ve duyguların istismarı konusunda genel ibareler kullanılmış olup, herhangi bir dini inanç veya duyguya özel bir vurgu yapılmamış ve öncelik verilmemiştir. Bu kapsamda İslam, Hristiyanlık veya Musevilik gibi semavi dinlere ait inanç ve duyguların istismar edilmesi ile Budizm gibi semavi olmayan ancak kişiler tarafından dinsel nitelik atfedilen sistemlere ait inanç ve duyguların istismar edilmesi arasında, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin oluşumu açısından fark olmadığı düşüncesindeyiz.

Failin, hileli davranışlarını yönelttiği kişilerin dini inanç ve duygularını istismar etmek suretiyle aldatılmalarını amaçlayıp yarar elde etmek istemesine karşın; muhatabın başka bir nedenle aldanmış ve buna bağlı olarak faile veya başkasına yarar sağlamış olması mümkündür. Bu halde dolandırıcılık suçunun nitelikli şekli değil, basit (temel) şekli oluşacaktır. Zira nitelikli halin oluşması açısından failin kastının muhatap aldığı kişinin dini inanç ve duygularını istismar etmeyi kapsamaması yetmemekte; muhatabın aldanmasının da bu istismar neticesinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Tersine bir durumun gerçekleşmesi halinde de aynı sonuca varılacaktır. Yani fail, mağduru aldatmak için hileli davranışları içerisinde dini inanç ve duyguların istismarına vesile olabilecek unsurlara yer vermemesine karşın mağdurun, hileli davranışları farklı bir şekilde anlayıp yorumlayarak bu davranışlara dini bir değer atfetmesi ve buna bağlı olarak aldanması mümkündür. Bu halde de gerçekleştirilen eylem, failin kastının kapsamı doğrultusunda suçun basit (temel) şeklini oluşturacaktır.

Dini inanç ve duyguların istismar edilerek işlenen dilencilik eylemlerinin, dolandırıcılık suçunun nitelikli haline sebebiyet verip vermediğinin belirlenmesinde dikkat

⁷⁵⁶ Donay: Şerh, s. 244; 11. CD., 20.02.2008, E. 2007/9212, K. 2008/936: Gökçen/Balcı: s. 26; “Sanıkların yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarından para toplamak amacı ile bazı şirketleri bünyelerinde göstererek Kübra holding A.Ş.yi kurdukları, şirketlerini ve fabrikalarını tanıtıcı, gerçeğe aykırı olarak hazırlanmış broşür ve video kasetleri hazırlayıp yurt dışına giderek toplantılar düzenledikleri, gazete ilanı vererek tanıtım yaptıkları, kurucu ortaklık ve yüksek miktarda kar payı vaat ederek ve dindar insanlarla birlikte iş yaptıklarını beyan ederek ve katılanların evlerinde yaptıkları toplantılarda dindarlıklarını öne çıkartıp güven sağlayarak dini duyguları istismar etmek suretiyle menfaat temin ettiklerinin iddia olunması karşısında eylemlerinin sübutu halinde 5237 Sayılı TCK. nun 158/1-a maddesinde öngörülen “dini duygu ve inançların istismar edilmesi” suretiyle dolandırıcılık kapsamındaki suçu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delilleri takdir ve tartışmanın üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

edilmesi gereken husus, dinin veya dine ait unsurların bir aldatma aracı olarak kullanılması gereğidir. Bu nitelikli unsurun gerçekleşebilmesi için, dinî inanç ve duygular aldatma aracı olarak kötüye kullanılmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla elde edilen yarar arasında bir nedensellik bağının da bulunması gerekir. Mağdurun faile sağladığı yarar dini inanç ve duygularının istismar edilmesinden değil de, başka hileli davranışlardan kaynaklanmış olması durumunda, dolandırıcılık suçunun basit şekli oluşacaktır⁷⁵⁷.

B. Kişinin İçinde Bulunduğu Tehlikeli Durum Veya Zor Şartlardan Yararlanmak Suretiyle Dolandırıcılık Suçu İşlenmesi (Tehlikeli Durum Dolandırıcılığı)

Kişilerin içerisinde bulundukları *tehlikeli durum ve zor şartlardan* yararlanmak suretiyle (TCK m.158/1-b) dolandırıcılık suçu işlenmesi, suçun nitelikli hallerinden biri olarak kabul edilmiştir. Benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK'nın 504/5 maddesinde yer almaktaydı.

Tehlikeli durum denildiğinde zarar verebilecek bir durumdan söz edilmektedir. Risk ile tehlike arasında çok ince bir fark vardır. Risk bir olay veya olgunun doğası gereği her zaman vardır ve bu kişiler tarafından ancak hissedilebilir, somut olarak yaşanmaz. Oysa tehlike daha somut olarak duyu organlarımızla algılayacağımız bir durumdur. Riskin gerçekleşebilmesi için riski açığa çıkaracak bir tehlikenin veya bir olayın olması gerekir. Risk ve tehlike iç içe iki kavramdır. Kişinin yüzme bilmemesi boğulma riskini içerisinde barındırır. Ancak bu riskin somut olarak tezahürü için yani tehlikenin ortaya çıkması için kişinin kanala düşmesi veya denize girmesi gerekir.

Zor şart ise tehlikeli duruma göre daha da somut olan bir haldir. Söz konusu ortamın oluşabilmesi için bir veya birkaç belirli etken gerekir. Bu etkenlerin tek başına veya bir araya gelerek oluşturdukları, muhatabını bedenen ve zihnen doğrudan etkileyen ve onun hareket alanını sınırlayan bir durumdur. Örneğin trafik kazası geçirerek yaralanan ve

⁷⁵⁷ Yargıtay bir kararında, “kendisini dindar biri olarak gösterip halkta itimat telkin etmek için sürekli camiye giden, köy imamından caminin ihtiyaçlarını soran” bir kişinin, bu şekilde çevrede oluşturduğu güven ortamından faydalanıp, oluşturduğu sahte kart vizitlerini kullanan ve kendisini zengin ve güvenilir bir iş adamı olarak tanıtan sanığın, iş adamı sıfatını ve sahte kartvizit ve diğer belgelerini kullanarak mağdurları aldatarak kişilerden ödemek amaçlı olarak borç para alıp ortadan kaybolması olayında, sanığın eyleminin haklı olarak basit dolandırıcılık suçunu oluşturacağına karar vermiştir (11. CD., 22.01.2007, 7669/80, Taşdemir: s. 143).

en kısa sürede hastaneye ulaşması gereken bir kişinin içinde bulunduğu durum zor şart olarak nitelenebilir.

Tehlikeli durum veya zor şartlar, kişilerin başkalarına güven duymaya en fazla ihtiyaç duydukları anlardır. Örneğin doğal bir afete veya trafik kazasına maruz kalan bir kişinin ya da hastalığı yüzünden çaresizlik içinde bulunan birisinin, düştükleri zor durum nedeniyle aldatılmaları, normal zamanlardaki durumlarına göre daha kolaydır⁷⁵⁸. Bu düzenleme ile yasa koyucu, insanların acıma ve yardımlaşma duygularının kötüye kullanılmasını önlemek ve zor şartlar veya tehlikeli durumlarda kişilerin kapıldıkları korku ve telaş nedeniyle aldatılmalarındaki kolaylığı göz önüne alarak, bu tür durumlardan faydalanılarak hileli davranışlarla kişilerin aldatılmasını ve yarar temin edilmesini dolandırıcılık suçunun temel şekline göre daha ağır cezaî yaptırımı gerektiren bir hal olarak kabul etmiştir⁷⁵⁹. Bunun dışında nitelikli halin düzenlenmesine sebep olan diğer bir husus, insanlarda bulunan acıma, yardıma koşma, korku ve telaşa kapılma duygularının istismarı ile, failde ortaya çıkan kötü niyetin yoğunluğudur.

Kişinin içerisinde bulunduğu tehlikeli durum veya şartların kendi iradesi veya hatası ile meydana gelip gelmemesinin, nitelikli halin oluşumu açısından herhangi bir önemi yoktur⁷⁶⁰.

Nitelikli halin gerçekleşebilmesi için failin, mağdurun içerisinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartları bilmesi ve bundan faydalanmayı istemesi gerekir. Mağdurun içerisinde bulunduğu şartlar bilinmeden ortaya konulan hileli davranışlar nedeniyle kişinin aldatılarak yarar sağlanmış olması hali, dolandırıcılık suçunun nitelikli değil basit şeklinin oluşumuna sebebiyet verecektir. Ancak çoğu kez mağdurun içerisinde bulunduğu tehlikeli durum veya şartlar gözönüne alındığında, failin amacını belirlemek güçtür. Bu nedenle bu değerlendirme ve nitelendirmeyi yapan hâkimin çok dikkatli

⁷⁵⁸ 11. CD., 26.03.2007, E. 2007/1259, K. 2007/2078: “Sanığın, Yüksek İhtisas Hastanesinde bacağındaki damar tıkanıklığı nedeniyle ameliyathaneye alınan babasını ameliyathane kapısında beklemekte olan şikayetçi İ.Ç.’a elinde bir kağıt ile yaklaşarak, M. S.’nin yakını olup olmadığını sorduktan sonra kendisinin hasta kabulde görevli olduğunu, ameliyat için sigortaya para yatırılması gerektiğini bu sebepten dolayı babasının içeride bir kenarda bekletildiğini, eğer para yatmaz ise ameliyatın yapılmayacağını söyleyerek ikna etmesi şeklinde oluştuğunun iddia ve kabul olunmasına göre “kişinin içinde bulunduğu tehlikeli ve zor şartlardan yararlanmak suretiyle” işlenen nitelikli dolandırıcılık eyleminin temas ettiği TCK. nun 158/1-b maddesinde öngörülen suça bakmak ve delilleri değerlendirmek görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi...” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁷⁵⁹ Türk Ceza Kanunu Gerekçesi: s. 265-266; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 545-546.

⁷⁶⁰ Meran: s. 153.

davranması gerekir. Böyle bir değerlendirme yapılırken mağdurun içerisinde bulunduğu durumun tüm yönleriyle değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Örneğin mağdurun, trafik kazası sonucu yaralanan ve hastanede yatmakta olan birisinin yakını olması mümkündür. Mağdurun meydana gelen trafik kazasından dolayı üzüntülü olması, yaralı yakınının ihtiyaçlarını karşılamak için uğraş göstermesi nedeniyle dalgın olması doğaldır. Bu durum mağdurun sözlerinden anlaşılabileceği gibi, dışarıya yansıyan hal ve hareketleri ile de fark edilebilir. Bu şartlarda bulunan bir kişiye karşı hileli davranışlar kullanarak aldanmasına sebebiyet veren, aldanma nedeniyle yarar temin eden failin, bu kişinin zor şartlar altında olduğunu bilmediğine veya bilemeyeceğine değinen savunmasına itibar edilmemesi gerekir. Gerek mağdurun ruhsal durumunu gösteren ve dışarıya yansıyan söz ve davranışları, gerekse bulunduğu ortam ve şartlar gözönüne alındığında failin mağdurun zor şartlar altında bulunduğunu bilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Bu nitelikli halin gerçekleşmesi için, mağdurun gerçekten tehlikeli durum veya zor şartlar altında bulunması ve failin bu durumdan yararlanmak suretiyle eylemini gerçekleştirmiş olması gerekir⁷⁶¹. Gerçekte var olmayan tehlikeli durum veya zor şartların fail tarafından kullanılan hileli davranışlar ile kurgulanması, muhatap alınan kişinin buna inandırılarak kandırılması ve zararına olacak şekilde menfaat temin edilmesi halinde dolandırıcılık suçunun nitelikli hali gerçekleşmiş olmaz. Diğer şartların da varlığı halinde suçun basit şekli oluşabilir⁷⁶². Zira kurgu ile oluşturulan ve kandırmak amacıyla muhatabına yöneltilen sanal bir gerçeklik hileli davranış olarak kabul edilebilir. Ancak bu sanal gerçekliğin “kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şart” olarak yorumlanmaması, yasal düzenlemenin metnine ve amacına uygundur. Yargıtay da uygulamasını bu kabul doğrultusunda oluşturmuştur⁷⁶³.

Bu görüşü kabul etmeyen yazarlara göre; gerçekte var olmayan, failin hileli davranışları ile kurgulayıp muhatabın iç dünyasında sanal olarak oluşturduğu ve muhatabın inandırıldığı tehlikeli durum veya zor şartlar algısı da, diğer şartların varlığı halinde

⁷⁶¹ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 450; Taşdemir: s. 145; Meran: s. 153.

⁷⁶² Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3650; Meran: s. 153.

⁷⁶³ 11. CD., 30.09.2003, 10678/6328: “(765 sayılı) TCK’nın 504. maddesinin 5.bendinin uygulanma koşulları gerçekleşmemiştir. Zira anılan madde ve bendin uygulanabilmesi için, mağdurun gerçekten tehlikeli veya zor durumda bulunması ve bu durumdan kurtarmak bahanesiyle mağdurun bu durumda olduğuna inandırılması hali bu hüküm kapsamına girmez.” (Bu ve aynı doğrultudaki 11. CD.’nin, 15.04.2004, 9995/3249; 27.11.2002, 7256/9512 ve 30.09.2003, 10676/6328 nolu kararlar için bkz. Taşdemir: s. 144, 147).

dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin oluşumuna sebebiyet verebilir⁷⁶⁴. Bu görüş taraftarlarına göre, yasa koyucunun amacı belirtilen durum ve şartların kullanılması suretiyle mağdurların etkilenecek, algılama ve denetleme yeteneklerinin kaybolması veya azalması nedeniyle kolay şekilde aldatılmalarının önüne geçmektir. Bu nedenle mağdurun fiilen tehlikeli durum veya zor şartlar altında bulunması ile, böyle bir halin varlığına inandırılması arasında fark yoktur. Önemli olan husus tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanılarak muhatabın aldatılıp aldatılmadığıdır.

Kanaatimizce TCK'nın 158. maddesinin 1. fıkrasının b. bendinin düzenleniş şekli geniş şekilde yorumlanmaya müsait değildir. Yasa koyucu özellikle, *“kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlar”*ın var olmasına ve bu durumdan failin *“yararlan”*ması gerektiğine yer vermiş; bu hallerin *“bahane edilmesinden”* bahsetmemiştir. Yani kişinin içinde bulunduğu, somut olarak yaşadığı ve havasından/ortamından etkilendiği tehlikeli durum veya zor şartların gerçekten varlığı gerekli olup, failin bu ortamdan yararlanarak muhatabını aldatması ve zararına olacak şekilde yarar elde etmesi zorunludur. Hayali/farazi olarak hileli davranışlar ile oluşturulan, gerçekte var olmayan tehlikeli durum veya zor şartlar algısı ve bu algının kötüye kullanılarak menfaat temin edilmesi, bir bütün halinde hileli davranış olarak kabul edilebilir. Gerçekte hileli davranışların çoğunda fail, aslında olmayan bir durum veya şartın varlığı konusunda muhatabını inandırarak iradesini etkileyip kandırmakta ve haksız yarar elde etmektedir. Yasa koyucunun amacı fiilen zor şartlar altında ve tehlikeli durumda bulunan kişileri korumak ve böyle bir hali bilerek kişileri aldatıp yarar temin etmek suretiyle toplumsal açıdan tehlikeliliğini ortaya koyan faili daha ağır bir yaptırım ile cezalandırmaktır.

Fail tarafından ortaya konulacak hileli davranışların doğrudan tehlike veya zor şartlar altında bulunan kişilere yöneltilmesinin, nitelikli halinin oluşumu açısından zorunlu olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Yasal düzenleme incelendiğinde bu sorunun olumsuz şekilde cevaplandırılması gerekir. Yasa koyucu hileli davranışların sadece belirtilen durumlarda bulunan kişilere yöneltilmesini sonuçlayacak şekilde maddenin dar yorumlanmasını gerektirir tarzda bir düzenleme yapmamıştır. Hileli davranışların muhatabı doğrudan tehlikeli durum ve zor şartlar altında bulunan kişi olabileceği gibi; bu halde bulunan kişilerin durumlarından etkilenecek üzülen yakınları, akrabaları, arkadaşları veya

⁷⁶⁴ Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1407.

üçüncü kişiler de olabilir. Zaten çoğu kez, tehlikeli durum veya zor şartlara doğrudan maruz kalan kişiler, bulundukları hal itibarıyla failin ulaşamayacağı kişilerdir. Bu nedenle genellikle failin muhatabı üçüncü kişiler olmaktadır.

Hileli davranışların doğrudan tehlikeli durum veya zor şartlara maruz kalan kişilere karşı yöneltilerek, kişilerin bu durumlarından faydalanmak suretiyle aldatılmaları ve yarar elde etmeleri halinde dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin oluşacağı tartışmasıdır. Buna karşın üçüncü kişilere karşı işlenen dolandırıcılık suçlarının, nitelikli hal olarak kabul edilebilmesi için belirli şartların var olması gerekir. Nitelikli halin gerçekleşmesi açısından üçüncü kişilerin tehlikeli durum veya zor şartlara maruz kalan kişinin akrabası veya arkadaşı olup olmaması önemsizdir⁷⁶⁵. Önemli olan husus meydana gelen durum veya şartlar nedeniyle bu kişilerin endişe duymaları, üzülmeleri, tedirginlik içinde olmaları ya da duygusal tepkiler göstermeleri; içerisinde bulundukları psikolojik durum nedeniyle algılama ve denetleme yeteneklerinin ortadan kalkması veya önemli derecede azalmış olmasıdır⁷⁶⁶. Hileli davranışlara muhatap olan üçüncü kişilerin, meydana gelen tehlikeli durum veya zor şartlardan haberdar olmamaları durumunda, failin amacı bu durum veya şartlardan yararlanmak olsa dahi, kişilerin aldatılarak yarar temin edilmesi eylemi suçun nitelikli haline değil, basit şekline sebebiyet verecektir.

Yine üçüncü kişilerin, akraba veya arkadaşlarının zor şartlar veya tehlikeli durum altında olmalarını bilmelerine karşın, bundan etkilenmemeleri ve üzülmemeleri de mümkündür. Böyle bir durumda da failin amacı, kişinin içinde bulunduğu zor şart veya tehlikeli durumdan yararlanarak dolandırıcılık suçunu işlemek olsa da, muhatap başka bir sebepten aldanmış ve zararına olarak faile veya başkasına menfaat sağlamış olacağından, suçun basit şekli gerçekleşmiş olacaktır.

⁷⁶⁵ Kaylan: s. 948.

⁷⁶⁶ 11. CD., 02.03.2009, 5686/1841: "... Nitelikli dolandırıcılık suçunun gerçekleşebilmesi için sanığın, mağdurun içinde bulunduğu tehlikeli ve zor şartlardan yararlanmak suretiyle haksız bir yarar elde etmesinin gerekeceği, somut olayda gerçekte böyle bir şey olmadığı halde bir yakınının kana ihtiyacı bulunduğu bahisle yardım talebinde bulunduğu şikâyetçiyi getirdiği hastanede bir arkadaşını aramak bahanesiyle cep telefonunu alarak habersizce oradan ayrılması şeklinde oluşan sanığın eyleminde mağdurun tehlikeli ve zor şartlarından yararlanılması durumu söz konusu olmayıp TCK'nın 157. maddesindeki basit dolandırıcılık suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeyerek suçun nitelendirilmesinde hata sonucu yazılı şekilde fazla ceza tayini," (Taşdemir: s. 145). Zarar veya tehlikeye maruz kalması durumu ile aldatılan arasında doğrudan bir bağlantı doğrudan veya dolaylı bir bağlantı olması gerektiğine dair Yargıtay karar gerekçesi yerindedir. Bununla birlikte, cep telefonunun sahibi tarafından sanığa sadece kullanması için geçici bir süreliğine verildiği, telefon üzerinde mağdurun zilyetliğinin fiilen devam ettiği ve zilyetliği sanığa geçirme iradesi bulunmadığı hususları gözönüne alındığında, sanığın cep telefonunu zilyetliği devam eden mağdurun hâkimiyet sahasından rızasına aykırı olarak alıp götürme eyleminin dolandırıcılık değil, hırsızlık suçunu oluşturduğunu düşünüyoruz.

Bu kapsamda üçüncü kişilerin, tehlikeli durum veya zor şartlar altında olan kişi ile ilişki ve tanışıklıklarının olmaması mümkündür. Örneğin, tanımadığı bir yaralıyı hastaneye getiren bir ambulans çalışanının veya yaralının götürüldüğü hastanede bulunan hastane personelinin, yaralının içerisinde bulunduğu vaziyetten etkilenmeleri, bu duruma üzülmeleri ve bu psikolojik hallerinin fail tarafından kullanılarak aldatılmaları ve başkaları lehine, kendileri aleyhine tasarrufta bulunmaları mümkündür. Böyle bir durumda da nitelikli hal gerçekleşecektir.

Kişilerin içerisinde bulunduğu herhangi bir *tehlikeli durumdan* yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçu işlenmesinin nitelikli hal olarak kabulü gerekir. Aynı sonuca kişinin içerisinde bulunduğu bütün *zor şartlardan* yararlanmak amacıyla işlenen dolandırıcılık suçları için söylenip söylenemeyeceği tartışmalıdır. “Zor şart” kavramı, kişiden kişiye farklılık gösterebilen izafi bir terimdir/haldir/durumdur⁷⁶⁷. Örneğin fail tarafından, cezaevinde bulunan ve zor şartlar altında cezasını infaz eden bir hükümlünün cezaevinden kaçırılması vaadiyle aldatılarak menfaat temin edilmesi halinde mağdurun korunmaması gerektiği savunulmuştur⁷⁶⁸. Bizde bu görüşe katılıyoruz. Zira maddede yer verilen “zor şart” tabiri, yasalar tarafından öngörülen ve kişiler tarafından katlanılması gereken durum ve şartları kapsamaz. “Zor şart” kavramına ilişkin nesnel ölçütler getirilmesi doğru değildir. Bu ibarenin ihtiva ettiği şartların gerçekleşip gerçekleşmediği gerek olayın ve gerekse kişilerin özellikleri gözönüne alınarak, hâkim tarafından her olay için ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ 11. CD., 28.01.2009, 15269/100: “kendileri veya yakınlarının bel fitiği rahatsızlığı olan katılanların bu durumlarını fark eden sanığın, kendisini fizyoterapist olarak tanıtip, Çin’den getirdiği ilaçla bu rahatsızlığı tedavi ettiğini söylemesi üzerine ilaç getirtmesi karşılığında para veren, ancak ilacı veya parasını alamayan katılanların TCK’nın 158/1-b maddesinde belirtilen tehlikeli durum veya zor koşullar içinde bulunmadıkları gözetilmeden anılan Yasa’nın 157. maddesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması” (Taşdemir: s. 145).

⁷⁶⁸ Arslan/Azizağaoğlu: s. 690.

⁷⁶⁹ Yargıtayın vermiş olduğu bir kararının gerekçesinde şu ibarelere yer vermiştir: “TCK’nın 158/1-b maddesindeki nitelikli dolandırıcılık suçunun gerçekleşebilmesi için sanığın, mağdurun içinde bulunduğu tehlikeli ve zor şartlardan yararlanmak suretiyle haksız bir yarar elde etmesinin gerekeceği yapılan hileli hareketlerle mağdurun bu durumda olduğuna inandırılması hali ile sanığın kendisini cezaevi doktoru olarak tanıttırmasının kamu kurumu olan cezaevinin aracı olarak kullanılmasını gerektirmediğinden eylemin TCK’nın 158. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (d) bentleri kapsamına girmeyeceği cihetle, somut olayda gerçekte böyle bir şey olmadığı halde katılan Gülçin’i ev telefonundan arayan ve kendisini B... Kapalı Cezaevinde görev yapan “Doktor Gökhan” olarak tanıtan bir şahsın o tarihte aynı cezaevinde tutuklu bulunan katılanın babası N.Ş’nin cezaevinde rahatsızlandığını, hastaneye sevkedileceğini ve daha sonra da mahkemece kefalet ile serbest bırakılacağını, ancak kefalet parası olarak 30.000 TL’nin acilen verilmesi gerektiğini söylediği, tansiyon hastası olan babasının cezaevi şartlarında sağlık sorunları yaşaması ihtimali karşısında hiç tereddüt etmeden istenen parayı vermeyi kabul ederek kararlaştırdıkları şekilde yaklaşık 2 saat sonra M... Kaymakamlığı hizmet binası önünde 18-19 yaşlarında bir gencin orada beklemekte olan katılanın yanına gelerek kendisini Gökhan’ın gönderdiğini söyleyip 30.000 TL’yi teslim

Yukarıda, mağdurun amacının hukuka aykırı olduğu durumlarda, fail tarafından aldatılarak zararına olacak şekilde haksız yararın elde edildiği hallerde de dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığını inceledik⁷⁷⁰. Tekrara girmemek için bu konuda ileri sürülen görüşlere yeniden yer vermeyi uygun bulmuyoruz. Ancak daha önceden de belirttiğimiz üzere, mağdurun amacının hukuka uygun olup olmamasına bakılmaksızın, fail tarafından ortaya konulan hileli davranışlarla aldatılıp, zararına olacak şekilde yarar elde edilmesi halinde dolandırıcılık suçu oluşabilecektir. Burada önemli olan mağdurun değil failin amacıdır. Mağdurun amacının suç teşkil etmesi, failin eylemini hukuka uygun hale getirmez.

Tehlikeli durum veya zor şartlar altında bulunan kişilerin dolandırılarak haksız yarar elde edildiğinden bahsedebilmek için, hileli davranışlara muhatap olan kişilerin, hileli davranışların yöneltildiği anda malvarlıkları üzerinde tasarrufta bulunabilme özgür iradelerinin ve mallarını koruma imkânlarının bulunması gerekir. Aksi durumda dolandırıcılık suçundan değil diğer şartların bulunması halinde hırsızlık suçundan bahsedilebilecektir. Örneğin bir kişinin trafik kazası geçirmiş olması veya bir yakınının ölüm haberini almaktan dolayı büyük üzüntü ve panik içerisinde bulunması halinden yararlanarak rızası olmadan malının alınması durumunda hırsızlık suçu oluşacaktır. Bu halde gerçekleştirilen eylem TCK'nın 142/2-a maddesinde "kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından yararlanarak" işlenen hırsızlık suçunun nitelikli halini oluşturabilecektir. Dolandırıcılık suçu ile hırsızlık suçu arasındaki en önemli fark, malın kişinin elinden rızasıyla çıkıp çıkmadığının belirlenmesidir. Rızanın olmadığı veya olmasının beklenmediği durumlarda dolandırıcılık değil, hırsızlık suçundan bahsedilebilir. Bu kapsamda, bayılan, evi yanan veya devrilen kamyonun altında kalan bir kimsenin üzerinden bir eşyanın alınması hırsızlık; malı yangından kurtarıyor veya yardım ediyor

alarak kayıplara karışması şeklinde oluşan eylemde kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanılması söz konusu olmayıp TCK'nın 157. maddesinde düzenlenen basit dolandırıcılık suçundan mahkumiyetine karar verilmesi ve suçun işleniş biçimi, kastın yoğunluğu, elde edilen haksız menfaatin miktarı gözetilerek cezanın alt sınırın üzerinde tayini gerekirken, suçun nitelendirilmesinde hata sonucu yazılı şekilde ceza tayini yerinde görülmüştür" (11. CD., 24.11.2010, E. 2010/13044, K. 2010/13264).

Yargıtay kararının yerinde olmadığını ve kendi içerisinde çelişkili olduğunu düşünüyoruz. Zira Yargıtay gerekçesinde mağdurun babasının tansiyon hastası olduğunu, cezaevinde kalan babasının bu rahatsızlığı nedeniyle hastaneye kaldırıldığını bildiğini, tekrar cezaevine döndüğü taktirde sağlık sorunlarının artacağını düşündüğünü kabul etmiştir. Bu kabul mağdurun zor şartlarda olduğunu göstermektedir. Fail mağdurun içinde bulunduğu zor şartlardan faydalanmak suretiyle mağduru aldatmakta ve yarar sağlamaktadır. Bu nedenle eylemi dolandırıcılık suçunun nitelikli hali kapsamında değerlendirilmelidir.

⁷⁷⁰ Yukarıda bkz. V, B, 2, d, ee.

görüntüsü verip, böyle davrandığını söyleyerek sahibinin kendisine teslim ettiği malları mal edinmek veya başkalarına satmak ise dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır⁷⁷¹.

C. Kişinin Algılama Yeteneğinin Zayıflığından Yararlanmak Suretiyle Dolandırıcılık Suçu İşlenmesi

1. Algılama Yeteneği Kavramı

Algılama yeteneği psikolojik bir kavramdır⁷⁷². Normal şartlarda, algılama yeteneğine etkide bulunabilecek fizyolojik bir rahatsızlığa veya hastalığa maruz kalınmamış olunması halinde algılama yeteneğinde herhangi bir değişiklik olmaz. Algılama yeteneğinin oluşumu açısından mutlaka belirli bir yaşta olunması şart değildir. Bundan dolayı Medeni Kanun algılama yeteneğinin başlangıcı açısından alt bir sınır öngörmemiştir. Bununla birlikte yaş faktörü ile algılama yeteneğinin başlangıcı, zayıflaması ve sona ermesi arasında bir bağ olmadığı söylenemez.

Algılama yeteneği (bilinci); anlaması, anlayışı, hissetmesi ve duyması sonucunda bir kimsenin kendisinin ve çevresinin durumunu doğru ve normal olarak değerlendirebilme gücüdür. İrade ise, hareket serbestisi, yani kişinin düşünce ve davranışları arasında seçim yapabilme yeteneğidir. İrade, bilincin bilgileri sentez ve değerlendirmesi sonucunda bir hedefe yöneltmesi ile ortaya çıkar. İradenin dışarıya yansıyan ve vücuda bürünen hali davranışlardır. Bazı özel hallerde kişi, kendi iradesi ile davranışlarının seçimini yapamaz. Zira bu halde bulunan kişi hezeyanlı düşüncelerin, patolojik benliğin veya algı yanılmalarının baskısı olduğundan serbest iradesi ile davranışlarına yön veremez, düşünceleri ile davranışları arasında seçim yapmakta zorlanır. Bunun sonucunda da kişi varsaydığı olguların veya içinde bulunduğu hezeyanlarının baskısı altında ya da başka kişilerin telkin ve yönlendirmeleri ile hareket eder⁷⁷³.

Algılama yeteneği göreceli (nisbî) bir kavramdır. Kişilerin, fiillerinin sebebini, güdüsünü anlama, bunları isteme ve bu isteğe uygun hareket etme yetenekleri birbirlerinden farklıdır. Bu nedenle kişilerin algılama yeteneklerine sahip olup olmadıkları, yetenek düzeyleri her olayda ayrı ayrı incelenmelidir. Önemli olan fiilin (hareketin)

⁷⁷¹ Meran: s. 152-153.

⁷⁷² Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişi Hukuku, C.I, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 288.

⁷⁷³ İ. Hamit Hancı: Adli Tıp ve Adli Bilimler, Ankara 2002, s. 510.

yapıldığı andaki durumdur ⁷⁷⁴. Bu nedenle dolandırıcılık suçu açısından mağdurda aranacak algılama yeteneği seviyesi, hileli davranışlara muhatap olduğu ve bu davranışları akıl süzgecinden geçirmeye çalıştığı andaki düzeydir.

Algılama yeteneğinin nisbî nitelikte olmasının bir sonucu, bu yetinin süreklilik göstermemesidir⁷⁷⁵. Kişilerin algılama yetenekleri belli fizyolojik etmenler veya iradeyi etkileyen güdüler nedeniyle belirli bir zaman diliminde azalabilir veya tamamen ortadan kalkabilir. Dolandırıcılık suçu açısından önemli olan husus, hileli davranışların yöneltildiği anda, kişilerin sahip oldukları algılama yeteneklerindeki seviyenin, belirli nedenlerle zayıflayıp zayıflamadığıdır. Algılama yeteneğinin çeşitli etkenlerle zayıflamayıp tamamen ortadan kalktığı durumlarda, hali hazırda hileli davranışlar ile etkilenip elde edilebilecek bir iradenin olmadığından, dolandırıcılık suçundan değil, şartları oluştuğu takdirde hırsızlık veya başkaca suçların varlığından bahsedilebilecektir.

Algılama yeteneğini azaltan veya ortadan kaldıran bir kısım nedenler yasalarımızda gösterilmiş olmakla birlikte, bunlar sayılı (tahdidi) değildir ⁷⁷⁶. Gerek Medeni Kanun ⁷⁷⁷ ve gerekse Ceza Kanununda belirtilen hallerin dışında başkaca nedenlerle de kişilerin algılama yetenekleri zayıflamış veya zayıflatılmış olabilir. Biz algılama yeteneğinin zayıflamasına sebebiyet verecek belli başlı nedenleri aşağıda incelemeye çalışacağız.

2. Algılama Yeteneğinin Zayıflamasına Neden Olan Haller

a. Yaş Küçüklüğü

Algılama yeteneğinin zayıflamasında veya ortadan kalkmasında yaş küçüklüğünün önemli bir etkisi vardır. Çok küçük yaşta bulunan çocukların algılama yeteneklerinin olmadığı; belirli yaşta olanlarınkinin ise zayıf olduğundan bahsetmek mümkündür. Medeni Kanunumuzda algılama yeteneğinin hangi yaştan itibaren başlayacağına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir yaştan belirlenmesine

⁷⁷⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman: s. 289.

⁷⁷⁵ Akipek/Akıntürk/Karaman: s. 289.

⁷⁷⁶ M. Kemal Oğuzman/Özer Selici/Saibe Oktay-Özdemir: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 9. Bası, İstanbul 2009, s. 52; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman: s. 289-290.

⁷⁷⁷ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 13. maddesine göre “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir”. Ayırt etme yani algılama yeteneğine etki eden bazı haller Medeni Kanunda gösterilmiş, ancak “ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle” denilmek suretiyle sayılan nedenlerin sınırlı olmadığı belirtilmiştir.

psikoloji biliminin mevcut verileri de uygun değildir⁷⁷⁸. Bununla birlikte, incelememize konu dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin değerlendirilmesi açısından, “algılama yeteneğinin zayıflaması veya ortadan kalkması” ile “yaş küçüklüğü” arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekir.

Algılama yeteneği zayıflamış bir kişiye karşı hileli davranışlar yöneltilerek, bu kişinin zararına olarak yarar elde edilmesi eyleminin dolandırıcılık suçunun nitelikli hali olarak kabul edilmesinin sebebi, bu halde bulunan kişilerin, hileli davranışlara karşı koymada yaşadıkları güçlük ve çoğu kez bunlara karşı koyamamalarıdır. Bu durum, yaşlarının küçüklüğü nedeniyle çocuklarda sıklıkla görülebilecek bir haldir. Zira çocuk, hileli davranışlar hakkında sahip olduğu bilgi birikimine ve görgüsüne, biyolojik gelişmişlik seviyesine ve yetişme ile çevre şartlarından etkilenmesine bağlı olarak, kolayca aldanabilmektedir. Karşı koyamama durumu Adli Tıp tarafından 7 yaş ve altında yer alan çocuklar açısından mutlak olarak kabul edilirken⁷⁷⁹, bu yaştan büyük olanlar için olaysal olarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Öğretide bazı yazarlarca, Türk Ceza Kanunu’nun ceza sorumluluğunu düzenleyen hükümleri paralelinde bir değerlendirme yapılarak, 12 yaşını bitirmemiş küçüklerin yaptıkları hareketlerin anlam ve sonuçlarını bilecek durumda olmadıklarından dolandırılmalarının mümkün olmadığı, 12 yaşını tamamlamış ancak 15 yaşını tamamlamamış çocukların dolandırılacakları, bunun için bu kişilerin kendilerine karşı işlenen fiilin kötülüğünü algılama yeteneklerinin gelişip gelişmediğinin araştırılması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁷⁸⁰.

Bazı yazarlar tarafından, savunulan bu görüş eleştirilmiş ve ceza sorumluluğuna paralel şekilde yapılacak yorumun bir varsayımdan ibaret olduğu, 12 yaşından küçük olup akli melekeleri, hileli davranışları değerlendirecek derecede gelişmiş olan küçükler karşı dolandırıcılık suçunun işlenebilmesinin mümkün olduğu, bu konuda önceden yapılacak bir kabul ve belirlemenin isabetli olmadığı belirtilmiş ve yukarıdaki görüşe paralel şekilde 15 yaşından küçük olan kişilerin algılama yeteneklerinin gelişip gelişmediğinin araştırılması gerektiği kabul edilmiştir⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir: s. 51; Akipek/Akıntürk/Karaman: s. 290.

⁷⁷⁹ Mehmet Aykaç: Adli Tıp, İstanbul 1993, s. 298.

⁷⁸⁰ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 451.

⁷⁸¹ Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1408-1409.

Ceza mevzuatımız açısından çocuk; henüz ons ekiz yaşını doldurmamış olan kişilerdir (TCK m.6/1,b). Hangi yaşta yer alan çocukların algılama yeteneklerinin zayıf olduğuna ilişkin belirleme yapmak açısından Türk Medeni Kanunu’nda yer alan ayrımın bize yol gösterici olduğunu düşünüyoruz. Türk Medeni Kanunu’nun 13. maddesinde “yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin” ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip olduğu belirtilmiştir. Aynı Yasa’nın 14. maddesinde “ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur” denilmek suretiyle, özel hukuk açısından ayırt etme gücü bulunanlar ile küçüklerin farklı niteliklere sahip kişiler olduğu belirtilmiştir. Temyiz kudretine sahip küçüklerin borç altına giremeyeceği, bunun için yasal temsilcilerinin rızasının gerektiğini belirten Türk Medeni Kanunu’nun 16.maddesi gözönüne alındığında, ons ekiz yaşından küçük olan küçüklerin ayırt etme gücüne sahip olabileceği kabul edilmelidir.

Türk Medeni Kanunu’nun 10. maddesinde “*ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti*”nin bulunduğu, erginliğin onsekiz yaşının doldurulmasıyla başladığı, ancak istisnaen evlenmenin kişiyi ergin kıldığı (TMK m.11), onbeş yaşını dolduran küçüğün, kendi rızası ve velisinin rızasıyla mahkeme tarafından ergin kılınabileceği (TMK m.12) hükümleri yer almaktadır. Bu nedenle özel hukukta, onsekiz yaşından küçük kişilerin fiil ehliyetlerinin olmadığı, bu nedenle borç altına giremeyecekleri, buna karşın onbeş yaşını dolduran kişilerin mahkeme kararı ile ergin kılınmak suretiyle fiil ehliyetine sahip olabilecekleri, bunun dışında evlenmenin de kişilere fiil ehliyetini kazandıracaklarının belirtildiği anlaşılmaktadır. Onyediyi yaşını doldurmamayan kişiler evlenemez. Ancak hâkim kararıyla onaltı yaşını dolduran kişilerin evlenmelerine izin verilebilir (TMK m.124). Bu hükümden de anlaşılabacağı üzere en az onaltı yaşını dolduran kişiler evlenmek suretiyle fiil ehliyetlerini kazanabilirler.

Özel hukukta yapılan bu düzenlemeler gözönüne alındığında, her ne kadar ceza kanunu açısından onsekiz yaşından küçükler çocuk olarak kabul edilmekte ise de, yasa koyucunun özel hukuk kapsamında çocuklar açısından bir ayrım yaptığı, on beş yaşından büyük ve fakat onsekiz yaşından küçük çocukların temyiz kudretlerinin gelişmiş olmasını gözönüne alarak, bu kişilere belirli şartlar altında hukukî işlem yapma yetkisinin tanındığı anlaşılmaktadır. Buna karşın onbeş yaşından küçük çocukların herhangi bir şekilde kendi başlarına, kendilerini borç altına sokacak bir işlemde bulunma yetkileri yoktur.

On beş yaşından küçük çocukların da, belirli bir seviyede algılama yetenekleri mevcuttur. Ancak bu düzey, hukukî işlem yapmaya yeterli bir eşik değildir. On beş yaşından küçük çocukların hukukî işlem yapma yetenekleri gelişmemiş olmakla birlikte, bu yaşın altındaki çocuklarında doğruyu ve yanlış anlama ve kavrama yeteneklerinin varlığını; ancak bu yeteneğin ergin bir kişiye oranla daha az gelişmiş olduğunu kabul etmek gerekir. Yaşı küçük çocuklar açısından bir değerlendirme yapacak olursak, TCK'nın 158/1-c madde ve fıkrasında öngörülen “kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından” kastedilen, 15 yaşından küçük bulunan ancak algılama yeteneği tam gelişmemiş bulunan kişilerin sahip oldukları zekâ ve bilinç seviyesidir. Bu yaş altındaki çocukların sahip olduğu algılama yeteneği tam olmayıp, zayıftır. Buna karşın yaşları çok küçük olan, altı-yedi yaşındaki bir çocuğun, zayıfta olsa algılama yeteneğinin varlığından bahsedilemez.

Sonuç olarak, onbeş yaşından küçük ve fakat 7 yaşından büyük çocukların algılama yeteneklerinin varlığını ve fakat zayıf olduğunu genel olarak kabul ederek; bu yaşta bulunan kişilerin kendilerine yöneltilecek hileli davranışları algılayabileceklerini, ancak algılama yeteneklerinin zayıflığı nedeniyle aldanmalarının kolay olduğunu düşünüyoruz. Bununla birlikte olaysal olarak yapılacak bir değerlendirme sonucunda 15 yaşından büyük ve 18 yaşından küçük çocukların algılama yeteneklerinin zayıf olduğunun tespiti halinde, bu kişilere karşı işlenen dolandırıcılık suçu, nitelikli hale sebebiyet verebilecektir. Yine 7-15 yaşları arasında yer almasına karşın algılama yeteneği bulunmadığı tespit edilen çocuklara karşı dolandırıcılık suçu işlenemez. Yine 7 yaşından küçük kişilerin algılama yeteneklerinin seviyelerinin ölçülmesindeki zorluk ve çoğu kez imkânsızlık nedeniyle, bu yaştan küçük kişilere karşı dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin işlenemeyeceğinin kabulü gerekir.

b. Yaşlılık

Yaşın ilerlemesine bağlı olarak, algılama yeteneğinin azalma gösterdiği bilimsel bir gerçektir. Bununla birlikte yaşlılık tek başına algılama yeteneğini azaltan veya ortadan kaldıran bir hal olarak değerlendirilemez. Ancak, yaşlılık ile meydana gelen çeşitli fizyolojik veya psikolojik rahatsızlar algılama yeteneğini etkileyebilir. Bedenin yaşlanması ile ortaya çıkan bunama⁷⁸² veya hafıza kaybı bu tür durumlara örnek gösterilebilir. Bununla birlikte algılama yeteneğinin zayıflamaya başladığını belirtmek açısından,

⁷⁸² Bunama hastalığı ve türleri hakkında bkz. Cemil Kuyu: Adli Psikiyatri, Ankara, 1998, s. 65-67.

herhangi bir yaş sınırının önceden tespit edilmesi mümkün değildir. Algılama yeteneğinin zayıflaması ile yaşlılık arasındaki ilişki her olay açısından ayrı ayrı incelenmesi gereken bir durumdur.

Olaysal olarak yapılan bir değerlendirme neticesinde, yaşın ilerlemesine bağlı olarak algılama yeteneğinde bir zayıflık tespit edilen kişilere karşı dolandırıcılık suçunun işlenmesi, suçun nitelikli haline sebebiyet verebilecektir.

c. Psikiyatrik Bozukluklar (Akıl Hastalığı veya Zayıflığı)

Psikiyatrik bozukluklardan bir kısmı kişilerin algılama yeteneğini tamamen ortadan kaldırırken, bir kısmı ise azaltarak zayıflatmaktadır. Bu bozuklukları psikolojik, fizyolojik ve biyolojik bölümler halinde gruplandırmak mümkündür⁷⁸³. Akıl hastalıkları psikiyatrik bozukluklardandır. Akıl hastalıklarının bu tür bir etkiye sahip olmasının sebebi, akli melekelerde bulunması gereken niteliklerin gelişmesini durdurması veya bunların bozulmasına ya da eksilmelerine neden olmalarıdır. Bu nedenle akli melekelerdeki her nevi bozukluğa sebebiyet veren hastalıklar, akıl hastalığı olarak değerlendirilmelidir⁷⁸⁴. Akıl hastalığı olarak kabul edilen tüm arazların algılama yeteneğini azalttığını veya ortadan kaldırdığını söylemek olanaklı değildir⁷⁸⁵. Örneğin şizofren, bir akıl hastalığıdır. Fakat bu hastalığın ilk dönemlerinde hastanın algılama yeteneği tam olabilir. Bundan dolayıdır ki, akıl hastalıklarının türü ve bunların algılama yeteneğine etkisi hususunda önceden, objektif belirlemeler yapılamaz. Önemli olan husus suç oluşturan hareketin (dolandırıcılık suçu açısından hileli davranışın) yapıldığı anda kişinin algılama yeteneğindeki durumdur. Akıl hastalıklarının kişilerin algılama yeteneklerini nasıl ve ne şekilde azaltıp, ortadan kaldırıldığının tespiti hâkim tarafından, tıp ve psikiyatri bilimlerinin verilerinden faydalanmak suretiyle düzenlenecek bilirkişi raporlarından yararlanarak, olayın tüm özelliklerini gözönüne alıp yapılmalıdır.

Fizyolojik (organik) nedenlerden kaynaklanan ve algılama yeteneğini etkileyen rahatsızlıklara aşırı yaşlılık, bunamalar veya hafıza kaybı örnek verilebilir. Bu tür rahatsızlıkların algılama yeteneğine etkisinin olup olmadığının; olmuşsa hangi seviyede olduğunun belirlenmesi önemlidir. Bu belirleme; maruz kalınan eylemin niteliği, kişinin

⁷⁸³ Psikiyatrik bozuklukların, kişilerin algılama yeteneklerine etkileri açıdan sınıflandırmaları ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cemil Kuyu: Adli Psikiyatri, Ankara, 1998, s. 64-123.

⁷⁸⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman: s. 289; Kuyu: s. 64-65.

⁷⁸⁵ Oğuzman/Selici/ Oktay-Özdemir: s. 51.

hastalık ile olan bağı ve hastalığın gelişim seyri, hastalığın geldiği seviye itibariyle kişilerin algılama yeteneklerine hangi ölçüde etkide bulunduğu ve hangi akli melekeleri etkilediği gibi hususlar gözönüne alınarak yapılmalıdır⁷⁸⁶. Algılama yeteneklerine etkide bulunabilecek fizyolojik rahatsızlıkları bulunan kişilerin, sosyal ve ekonomik faydalarını gözeterek, tek taraflı veya karşılıklı olarak hukukî işlemlerde bulunmaları zordur⁷⁸⁷.

Psikiyatrik bozukluklar içerisinde yer alan zekâ geriliklerinin (akıl zayıflığının) de dolandırıcılık suçu açısından incelenmesi gerekir. Zekâ, birçok zihinsel yeteneğin uyumlu şekilde çalışması ile ortaya çıkan bir bileşim; uyarıları algılama, algılananları değerlendirme ve kavramlaştırma; düşünme, öğrenme ve öğrenilenler ile deneyimler arasında bağlantı kurma; sahip olduğu tecrübe ve birikimleri sorun çözme ve çevreye uyum amacıyla kullanabilme yeteneğidir⁷⁸⁸. Zekâ geriliği, aklî melekelerde, aklî ve ruhî faaliyetlerde ya doğumdan gelen ya da sonradan oluşan bir yeteneksizlik, bir duraklama; yani aklî ve ruhî melekelerin normal olarak gelişmemesi veya gerilemesidir⁷⁸⁹. Zekâ seviyesindeki gerilikleri hafif, orta, ağır ve çok ağır zekâ geriliği şeklinde dört bölüme ayırmak mümkündür. Bunlardan orta, ağır ve çok ağır zekâ geriliği rahatsızlığına sahip bulunan kişilerin hukukî ehliyetlerinin olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Bu gruplardan orta seviyeli rahatsızlığı bulunanlar 6-8 yaş grubundaki çocukların zekâsına sahip olmalarına karşın, ağır ve çok ağır seviyede olanları için böyle bir belirleme yapmak dahi olanaklı değildir⁷⁹⁰.

Kanaatimizce orta, ağır ve çok ağır zekâ geriliği bulunan kişilerin hileli davranışlar vasıtasıyla aldatılmaları mümkün değildir. Zira bu kişilerin, kendilerine karşı yöneltilen hileli davranışları değerlendirebilecek, az da olsa algılama yetenekleri yoktur. Bu nedenle hileli davranışlar vasıtasıyla bu kişilerden malvarlığı unsurlarının alınarak fayda sağlanması, hileli davranışların kullanım şekline göre hırsızlık veya yağma suçuna sebebiyet verecektir. Bununla birlikte hafif zekâ geriliği bulunan kişilerin, hileli davranışlar ile aldatılmaları ve iradelerinin temin edilerek zararlarına olacak şekilde tasarrufta bulunmaları ve sonucuna göre yarar sağlanması mümkündür. Yani bu tür kişilere karşı dolandırıcılık suçu işlenebilir. Ancak eylem, suçun basit değil nitelikli şeklini oluşturacaktır.

⁷⁸⁶ Kuyu: s. 69-70.

⁷⁸⁷ Kuyu: s. 72.

⁷⁸⁸ Kuyu: s. 113.

⁷⁸⁹ Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir: s. 52; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman: s. 291.

⁷⁹⁰ Kuyu: s. 114-118.

Hâkimin, hukukî bilgisiyle psikiyatrik bozuklukları belirlemesi ve bunlara tanı koyması olanaklı değildir. Bu belirleme, uzmanlar tarafından yapılacak inceleme sonrasında yapılacaktır. Hâkim, uzmanlar tarafından tespit edilen psikolojik bozuklukları ve bunların kişilerin akli yeteneklerine etkisinin hangi ölçüde olabileceğine dair tespitleri, dosya içerisinde bulunan diğer bilgi ve belgeler çerçevesinde değerlendirerek eylemi nitelendirecektir.

d. Sarhoşluk Hali, İlaç veya Uyuşturucu Madde Kullanma

Sarhoşluk veren yiyecek ve içecekler ile uyuşturucu madde veya bu etkiye sahip ilaçların insan bünyesine girmesi, kişilerin algılama yeteneklerini geçici bir süre etkiler. Bu etkilenme, belirli bir zaman sürecinde algılama yeteneğinin tamamen ortadan kalkması şeklinde olabileceği gibi, belirli oranda azalarak zayıflaması şeklinde de olabilir. Yasa koyucu “geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye” (TCK m.34/1) ceza verilemeyeceğini hükme bağlamak suretiyle; belirtilen maddelerin kişilerin algılama yeteneklerini etkilemesine bir değer atfetmiştir.

Sarhoşluk veren maddeler ile ilaç veya uyuşturucu maddelerinin insan vücuduna girerek algılama yeteneklerinin kaybolmasına veya zayıflamasına, kişilerin kendilerinin sebebiyet verip vermemesinin önemli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar; algılama yeteneğinin zayıflığına sebebiyet veren duruma kişinin kendisinin sebebiyet vermesinin önemsiz olduğunu belirtmişlerdir. Bu yazarlara göre kişinin iradesi ile sarhoş olması, ilaç veya uyuşturucu madde alması ile oluşan algılama yeteneğindeki zayıflıktan yararlanarak işlenen dolandırıcılık suçu, TCK’nın 158/1-c maddesinde düzenlenen nitelikli hal kapsamında değerlendirilmelidir⁷⁹¹. Algılama yeteneğindeki zayıflığa sebebiyet verecek derecede alkol kullanılmasının, ilaç veya uyuşturucu madde alınmasının kişinin kendi rızası ile olup olmaması önemli değildir. Önemli olan husus algılama yeteneği zayıflayan bir kişiye hileli davranışlar yöneltilerek kolayca aldatılıp zararına olacak şekilde yarar elde edilmiş olmasıdır.

⁷⁹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3651; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 469; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 610; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 546; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1409.

Bu halde, kişilerin algılama yetenekleri zayıflamakta, ancak tamamen ortadan kalkmamaktadır. Algılama yeteneğinin zayıflamayıp, tamamen ortadan kalktığı durumlarda dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı, şartları varsa hırsızlık suçunun oluşabileceği açıktır. Zira dolandırıcılık suçunda hileli davranışlara muhatap olan kişinin, kendisine yöneltile hile nedeniyle aldatılabilecek asgari seviyede bir algılama yeteneğine, yani iradeye sahip bulunması gerekir.

Öğretide bu görüşü kabul etmeyen yazarlar ise; failin bir kişiyi bilerek sarhoş ederek veya uyuşturucu vererek algılama yeteneğini zayıflatıp, sonrasında hileli davranışlar ile aldatarak yarar temin etmesinin dolandırıcılık olarak kabul edilmemesi gerektiği; bu eylemlerin bir bütün halinde TCK'nın 148/3 maddesi bağlamında mefruz cebir olarak değerlendirilerek yağma suçunu oluşturacağını savunmuşlardır⁷⁹².

Kanaatimizce konu, ikili bir ayırım yapılarak incelenmelidir. Bu ayırım, failin kastının başlangıcı ve kapsamına göre yapılmalıdır. Mağduru sarhoş eden veya ona ilaç ya da uyuşturucu madde vermek suretiyle algılama yeteneğini zayıflatmaya çalışan failin amacı, baştan itibaren kişinin algılama yeteneğini azaltarak, onun bu halinden yararlanıp hileli davranışları ile kandırarak menfaat sağlamak ise, failin eylemi bir bütün halinde TCK'nın 148/3. maddesi gereğince yağma suçuna sebep olacaktır. Zira yasa koyucu söz konusu düzenlemede açıkça “*mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hâle getirilmesi*”ni cebir kabul etmiştir. Fail kullandığı alkol, ilaç veya uyuşturucu madde vasıtası ile mağdurun algılama yeteneğini etkilemiş ve hileli davranışlarına karşı kendisini etkin şekilde savunamayacak hale getirmiştir. Fail, alkol, ilaç veya uyuşturucuyu bir tür silah olarak kullanarak, mağduru savunmasız halde bırakmıştır. Bu tür bir cebir kullanılarak kişinin, malını teslim veya malının alınmasına karşı koymamaya; kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye; böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya; ilerde böyle bir senet hâline getirilebilecek bir kâğıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya zorlanması durumunda yağma suçu oluşacaktır.

Böyle bir durumda mağdurun algılama yeteneğinin tamamen ortadan kalkıp kalkmaması önemsizdir. Algılama yeteneğinin kısmen zayıfladığı hallerde dahi mağdur,

⁷⁹² Artuç: s. 375.

failin kullandığı hileli davranışları şeklen algılamakla birlikte, gerçek anlamda bir değerlendirmeden bahsedilemez. Zaten failin alkol, ilaç veya uyuşturucu madde vermede baştan itibaren amacı, mağdurun malvarlığına ait unsurları elde etmektir.

Kanun maddesinin lafzı da yaptığımız bu yorumu destekler mahiyettedir. Şöyle ki, TCK'nın 158/1-c madde ve bendinde “*kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanma*”ya yer verilmiştir. Yani fail, hileli davranışlar öncesinde mağdurda var olan, kendisinin sebebiyet vermediği ancak mevcudiyetinden haberdar olduğu bir algılama yeteneği zayıflığından yararlanarak menfaat temin etmiş olmalıdır.

Bununla birlikte failin, mağdura alkol, ilaç veya uyuşturucu madde vererek onun algılama yeteneğini kısmen veya tamamen ortadan kaldırmadaki ilk amacı farklı iken; bu amacın sonradan değişerek, algılama yeteneği zayıflayan mağdura karşı hileli davranışlar yöneltilerek onu aldatıp, zararına olacak şekilde menfaat sağlamaya dönüşebilir. Örneğin şaka yapmak amacıyla alkol, ilaç veya uyuşturucu maddeleri arkadaşlarının içmesini sağlayan bir kişinin, arkadaşlarının algılama yetenekleri zayıflayacak hale geldikten bir müddet sonra, arkadaşlarının bu durumundan faydalanmaya karar vermiş olabilir. Yani failin ilk amacı şaka yapmak iken, arkadaşlarının davranışlarındaki değişimi gördükten sonra amacını değiştirerek, arkadaşlarının bu hallerinden yararlanmaya karar vermesi mümkündür. Oluşan yeni kast doğrultusunda fail, algılama yetenekleri zayıflayan arkadaşlarına karşı hileli davranışlar kullanarak aldanmalarını sağlamış ve arkadaşlarının zararına olacak şekilde yarar sağlamış ise eylemi, dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşturacaktır.

Son halde failin verdiği ilaç veya uyuşturucunun etkisi ile mağdurun algılama yeteneğinin zayıflamayıp, tamamen ortadan kalkmış olması mümkündür. Sonradan oluşan bir kast ile failin, arkadaşlarının bu hallerinden yararlanarak, üzerlerinde bulunan eşyaları almak suretiyle yarar sağlaması eylemi, TCK'nın 142/2-a maddesinde tanımlanan “*kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak*” işlenen hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilerek cezalandırılacaktır.

Alkol, ilaç veya uyuşturucu maddelerin alışkanlık yaptığı kişide belirli zamanda ve miktarda alınmaması durumunda ortaya ruhsal ve fiziksel yönden çeşitli

sorunlar çıkabilir⁷⁹³. Zira bazı bağımlılıklar akıl hastalığı olarak nitelendirilmektedir⁷⁹⁴. Bu tür bağımlılıkların kişilerin algılama yeteneklerine etkide bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Bağımlılık kişilerin akli ve ruhi melekelerinde çöküntü, moral değerlerinde kayıp ve entelektüel yeteneklerinde azalmaya sebebiyet verebilir⁷⁹⁵. Zira bağımlı olan kişiler, bağımlısı oldukları ve bu nedenle vücutlarının gereksinim duyduğu maddelerin alınmamış olması nedeniyle psikiyatrik yönden olumsuz yönde etkilenebilirler. Bu etkilenme nedeniyle kişilerin algılama yetenekleri zayıflamış olabilir. Bunu bilen ve bunun sağladığı kolaylıktan faydalanarak hileli davranışlarda bulunacak kişilerin aldatılıp yarar sağlanması da, kanaatimizce, dolandırıcılık suçunun nitelikli hali kapsamında değerlendirilmelidir.

Alkol, ilaç veya uyuşturucu madde alınması ile bunun sonucunda kişide hangi anda algılama yeteneğinin azaldığını veya ortadan kaybolduğunu saptamak oldukça zordur. Bu hususta önceden belirli kıstaslar tespit etmek değildir. Zira kişinin bünyesi, kişilik yapısı, maddelerin alınma miktarı ve verilme şekli bu hususta önem arz eder. Hâkim, bütün bu etkenleri gözönüne alarak, hileli davranışın yapıldığı anda mağdurun algılama yeteneğinin zayıflama zamanını takdir yetkisini kullanarak saptayacaktır.

3. Failin Kastının Kapsamı ve Algılama Yeteneğindeki Zayıflığın Aranacağı An

Algılama yeteneğindeki zayıflamanın başladığı ve devam ettiği zaman aralığının tespiti, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi açısından önemlidir. Zira algılama yeteneğinde meydana gelen herhangi bir zamandaki zayıflama değil, dolandırıcılık suçunun işlendiği andaki zayıflık nitelikli halinin oluşumuna sebebiyet verecektir.

Dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin oluşumu açısından, mağdurun algılama yeteneğindeki zayıflık halinin, suç yolunun başından sonuna kadar devam edip etmemesi hususu belirlenmelidir. Bu konuda yasal düzenleme, sorunun çözümü açısından bize yol

⁷⁹³ Dünya Sağlık Örgütü ve modern psikiyatri bilimine göre: Bir kişi toksit bir maddeyi bir süre kullandıktan sonra tekrar kullanmak için çok kuvvetli bir arzu duyuyor ve temini için fiziksel ve sosyal hayat standartlarını tehlikeye atmak ve suç işlemekten çekinmiyorsa, maddenin sabit veya artan ölçüde alınması o kişinin normal ruhi faaliyetini ve sosyal intibakını iyi kötü sürdürebilmesi için şart teşkil ediyorsa, o maddenin yokluğunda kişi ağır bir sıkıntı ve fiziksel araz tablosu gösteriyorsa, o kişinin o maddeye karşı bağımlı olduğu ve artık hasta olarak kabulü gerekir (Kuyu: s. 74).

⁷⁹⁴ Kuyu: s. 81.

⁷⁹⁵ Kuyu: s. 86.

gösterici ve açıklayıcı ifadeler içermektedir. Konumuza ilişkin TCK'nın 158/1. maddesinde “*Dolandırıcılık suçunun... kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle... işlenmesi hâlinde*”n bahsedilmektedir. Yani, nitelikli halin oluşması için öncelikle, unsurları tam olan bir “dolandırıcılık suçu” bulunmalı; bu suç “kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle” işlenmiş olmalıdır. Bu nedenle failin “kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanma” amacı, suçun başlangıcından bitimine kadar devam etmeli ve mağdurun algılama yeteneğindeki zayıflık bu süreç içerisinde var olmalıdır. Algılama yeteneğindeki zayıflığın, suç yolunun başlangıcından bitimine kadar devam etmeyerek kesintiye uğraması halinde dolandırıcılık suçunun nitelikli değil basit şekli oluşabilecektir.

Mağdurda bulunması gereken algılama yeteneğindeki zayıflık en erken, kendisine hileli davranışların yöneltildiği anda mevcut olmalı ve aldatılma ile zararına olacak şekilde yarar sağlama sürecinde devam etmelidir. Mağdurun hileli davranışlara muhatap olduğu anda algılama yeteneği çeşitli nedenlerle zayıflamış olmasına karşın, aldatıldıktan ve fakat yarar sağlamadan önce bu zayıflık ortadan kalkmış olabilir. Bu halde mağdurun, algılama yeteneğindeki zayıflık ortadan kalktıktan sonra faile veya başka bir kişiye yarar sağlamış ise eylem dolandırıcılık suçunun nitelikli haline sebebiyet vermeyecektir. Diğer şartları gerçekleştiği takdirde fiil suçun basit şekline neden olacaktır. Bu ihtimal, özellikle hileli davranışlara muhatap olma, aldanma, zarar görme ve yarar sağlama aşamaları arasında, belirli bir zaman aralığının var olduğu hallerde söz konusu olabilir. Örneğin aldığı alkolün etkisiyle algılama yeteneği zayıflayan bir kişinin, kendisine yöneltilen hileli davranışlarla aldatılarak ve evini veya arabasını çok ucuz bir bedel karşılığında satması hususunda kandırılması veya bu konuda satım vaadini içerir bir sözleşme düzenlemesi halinde mümkündür. Mağdurun alkolün etkisi geçtikten sonra, yasal olarak zorunlu olmadığı halde bu vaadini yerine getirerek mallarının teslimini gerçekleştirmesi halinde, zararına sebebiyet verecek tasarrufta bulunduğu anda algılama yetenekleri zayıf olmayıp tam olduğundan nitelikli dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Çünkü dolandırıcılık suçu hileli davranışın yapıldığı anda değil, yararın temin edildiği anda tamamlanır. Bu nedenle algılama yeteneğindeki zayıflık halinin yarar sağlama süreci sonuna kadar devam etmesi gerekir. Örneğimizde kişi evini veya arabasını devir ederken vazgeçse idi, bu halde eylemin dolandırıcılık suçunun nitelikli haline teşebbüs olarak kabul edilmesi gerekirdi.

Bu kapsamda failin, hileli davranışlarını yönelttiği kişinin algılama yeteneğinin zayıf olduğunu bilmesi gerekir. Mağdurda bulunan algılama yeteneğindeki zayıflığın farkında olmayan fail, sahip olduğu hatadan yararlanacak ve dolandırıcılık suçunun daha az cezayı gerektiren, basit şeklinden sorumlu olacaktır⁷⁹⁶. Örneğin fail, akıl hastalığı nedeniyle algılama yeteneği zayıf olan bir kişiye, kişinin bu halini bilmeden hileli davranışlarını yönelterek aldatmış, bu kişinin veya başkasının zararına olacak şekilde kendisine veya başkasına yarar temin etmiş ise, failin eylemi basit dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecektir.

Yukarıda anlatılanlara paralel şekilde, hileli davranışların yöneltilerek, iradenin sakatlanıp aldanmanın meydana geldiği anda, kişinin algılama yeteneğinde herhangi bir zayıflık olmamasına rağmen, bu hal daha sonradan meydana gelmiş olabilir. Örneğin, failin hileli davranışlarını yönelttiği anda herhangi bir rahatsızlığı bulunmayan bir kişide, aldanma meydana geldikten sonra geçirdiği bir rahatsızlık sonucu zekâ geriliği oluşmuş olabilir. Zeki geriliğinden kaynaklanan algılama yeteneğindeki zayıflık sonucu faile veya üçüncü bir kişiye yarar sağlanmış olması, suçun nitelikli değil basit şekline sebebiyet verecektir. Zira, hileli davranışlara muhatap olarak aldanmanın gerçekleştiği anda, kişinin algılama yeteneğinde herhangi bir zayıflama yoktur ve failin baştaki kastı mağdurun daha sonra gelişen zeka durumunu kapsamamaktadır.

4. Nitelikli Hale İlişkin Diğer Açıklamalar

Mağdurun algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi, basit şekline nazaran suçun nitelikli hallerinden birisi olarak kabul edilmiştir (TCK m.158/1-c). Benzer bir düzenlemeye 765 sayılı TCK’da yer verilmemiştir⁷⁹⁷. Yasa koyucu tarafından düzenlemede böyle bir nitelikli halin düzenlenmesinin sebebi, kişilerde bulunan akıl zayıflığının suçun işlenmesini kolaylaştırması⁷⁹⁸ nedeniyle bu halde bulunan kişilerin özel olarak korunmak istenmesidir. Algılama yetenekleri zayıf bulunan kişilerin, bu durumlarından faydalanarak yarar temin

⁷⁹⁶ TCK’nın 30/2. maddesi “*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*” şeklindedir.

⁷⁹⁷ Öğretide 765 sayılı Yasa’nın 505. maddesinde yer alan düzenlemenin, 5237 sayılı TCK’nın 158/1-c maddesinin karşılığı oluşturduğu savunulmaktadır (Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3650-3651). Kanaatimizce, 765 sayılı TCK’nın 505. maddesinin düzenleniş şekli, unsurları ve kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, TCK’nın 158/1-c maddesi ile benzer olmadığı görülecektir. TCK’nın 158/1-c maddesinde yer alan düzenlenmenin kapsamı, 765 sayılı TCK’nın 505. maddesinkinden daha geniştir. Yeni yasal düzenleme, 765 sayılı TCK’nın 505. maddesini de içerir bir anlama sahiptir.

⁷⁹⁸ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 469.

etmek isteyen ve toplumsal açıdan tehlikelilik hallerini ortaya koyan kişilerin daha ağır şekilde cezalandırılması amaçlanmıştır⁷⁹⁹.

Maddede geçen “*algılama yeteneğinin zayıflığı*” tabirinden ne anlaşılması gerektiği sorusu, gerek madde içeriğinde ve gerekse gerekçesinde cevapsız bırakılmıştır. Algılama yeteneğinin zayıflığı göreceli bir kavramdır. Yani, belirli bir kişi için genel olarak değil, fakat belirli bir davranışına ilişkin olarak belirlenebilecek özel bir durumdur⁸⁰⁰. Bu nedenle gerek öğretilerde ve gerekse uygulamada, belirtilen kavramın anlamı ve kapsamı konusunda farklı görüşlerin çıkacağı muhakkaktır⁸⁰¹. Kanaatimizce suçta kanunilik ilkesi açısından, sınırları belli olmayan, zamana, kişiye veya mekâna göre çeşitlilik ve değişiklik gösteren bu tür kavramlara, suçun kanuni tanımında veya ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebepleri içerisinde yer verilmesi doğru değildir. Belirtilen sakıncaları nedeniyle bu kavram, uygulamada tereddütler meydana gelecek ve hakkaniyete uygun olmayan uygulamaların doğumuna sebebiyet verecektir. Belirtilen sakıncaların önüne geçilmesi açısından Yasa koyucunun, “algılama yeteneğinin zayıflığı” gibi psikoloji ve tıp bilimi tarafından üretilen ve bu bilimlerden izaha muhtaç olan; sınırları ve kapsamı psikoloji ve tıp bilimi tarafından net olarak ortaya konulmamış ve bu bilimlerin gelişmesine paralel olarak değişiklik gösterebilecek bu ve benzeri ibarelere yer verilmemelidir. Bu düzenleme ile sağlanmak istenen amaç veya amaçlar yasa koyucu tarafından net olarak ortaya konularak, bunları gerçekleştirebilecek, sınır ve kapsamı belirli kavramlara yer veren yeni bir düzenlemenin yapılmasının uygun olacağını düşünüyoruz.

Yasal düzenlemede yer alan belirsizlik nedeniyle konu öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, sarhoşluk, aşırı yaşlılık, ilaç ve uyuşturucu verilmesi gibi nedenlerle algılama yeteneği zayıflamış olan kişilerin hileli davranışlara muhatap kılınıp, bu kişiler zararına menfaat elde edilmesi halinde nitelikli

⁷⁹⁹ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 349.

⁸⁰⁰ Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir: s. 53.

⁸⁰¹ 2001 tarihinde hazırlanarak 12.5.2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından hükümet tasarısı olarak TBMM’ye sunulan ve kamuoyunda “Dönmezer Tasarısı” olarak bilinen Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın 221. maddesinin, 5237 sayılı TCK’nın 158/1-c maddesi ile paralellik taşımakta; ancak dolandırıcılık suçunun nitelikli halini daha anlaşılır şekilde ve sınırlarını olabildiğinde belirginleştirerek ortaya koymaktadır. Gerçekten, Tasarı’nın 221. maddesinde “*Bir küçüğün veya kısıtlanmamış olan veya kısıtlanacak durumda bulunan kişinin veya kocama halinde bulunan, ruhsal düşkünlüğünden, tecrübesizliğinden, sağlıksız oluşundan, ihtiyaç veya hevesinden yararlanarak bu kişilerin veya başkasının zararına haksız yarar sağlayan*” kişinin cezalandırılması öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemenin suçun unsurlarını daha net bir şekilde belirttiği ve suçta kanunilik ilkesine daha uyumlu olduğu kanaatindeyiz.

halin gerçekleşmiş olacağı kabul edilmektedir⁸⁰². Bu görüş incelendiğinde “algılama yeteneği zayıf” olan kişiler kategorisinin çok geniş şekilde algılandığı; algılama yeteneğinin zayıflığına ilişkin durumun nasıl ve ne şekilde oluştuğuna ilişkin herhangi bir ayrıma gidilmediği anlaşılmaktadır.

Nitelikli halin uygulanması bakımından karşı tarafın algılama yeteneğinin fail tarafından zayıflatılmış olup olmaması önemli değildir. Önemli olan husus, algılama yeteneği zayıf olan bir kişinin, bu durumunu bilen fail tarafından aldatılarak, bu kişi veya üçüncü bir kişi zararına kendisine veya başkasına yarar temin etmiş olmasıdır⁸⁰³. Bununla birlikte, yukarıda da belirttiğimiz üzere⁸⁰⁴ fail tarafından, malvarlığına ait unsurları elde etmek amacıyla kişilere, algılama yeteneklerini zayıflatacak veya ortadan kaldıracak şekilde alkol, ilaç veya uyuşturucu madde verilmesi TCK’nın 148/3. madde kapsamında mefruz cebir olarak kabul edilmelidir. Bu şekilde oluşturulan cebir kullanılarak kişinin, malını teslim veya malının alınmasına karşı koymamaya; kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye; böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya; ilerde böyle bir senet hâline getirilebilecek bir kâğıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya zorlanması durumunda, dolandırıcılık değil yağma suçu oluşacaktır.

Algılama yeteneğinin zayıflığı kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin görüşümüze, yukarıda, suçun mağdurunu incelediğimiz bölümde, temyiz kudreti (ayırt etme gücü) olmayan kişilerin suçun mağduru olup olamayacağına ilişkin yaptığımız açıklamalarda yer verdik. Kanaatimizce ceza kanunu anlamında “algılama yeteneği zayıf” olan kişiler, tam akıl hastaları ile yaşlarının çok küçük olması nedeniyle irade beyanında bulunamayacak küçükler dışında kalan kısmi akıl hastaları, aklen zayıf kişiler ile aşırı yaşlılık nedeniyle akli melekelerinde zayıflama meydana gelen kişiler ve yaşları küçük olan ve bu nedenle ayırt etme gücü (temyiz kudreti) bulunmayan çocuklardır. Bu nedenle akıl hastalığı veya fazla yaş küçüklüğü nedeniyle karşı tarafın, fail tarafından sergilenen hileli davranışları algılama ve anlayabilme yeteneğine sahip olamayacağından, bu kişinin

⁸⁰² Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3651; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 469; Gökçen/Balcı: s. 28.

⁸⁰³ Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 472.

⁸⁰⁴ Yukarıda bkz. Üçüncü Bölüm, III, C, 2, d.

aldatılmasından da söz edilemez. Böyle durumlarda, diğer şartların varlığı halinde hırsızlık suçu oluşabilir⁸⁰⁵.

Failin, hileli davranışlarını yönelttiği kişinin algılama yeteneğinin zayıf olduğunu bilmesi gerekir. Farkında olmadığı durumda fail, sahip olduğu hatadan yararlanacak ve dolandırıcılık suçunun daha az cezayı gerektiren, basit şeklinden sorumlu olacaktır⁸⁰⁶.

D. Kamu Kurum Ve Kuruluşlarının Zararına Olarak Dolandırıcılık Suçu İşlenmesi (Kamu Dolandırıcılığı)

1. Genel Açıklamalar

Kamu kurum ve kuruluşların zararına olarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi, bu suçun nitelikli halleri arasında düzenlenmiştir (TCK m.158/1-e). Benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK'nın 504/4 maddesinde de yer almaktaydı. Önceki yasal düzenlemede sadece kamu kurum ve kuruluşlarının değil, kamu yararına çalışan hayır kurumlarının zararına olarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi de nitelikli hal olarak kabul edilmişti. Buna karşın yeni düzenlemede kamu yararına çalışan hayır kurumlarının zararına olarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi suçun nitelikli şekli olarak düzenlenmemiş; kamu meslek kuruluşlarının, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır (TCK m. 158/1-d).

Kamu kurumu ve kuruluşları; belirli bir coğrafi bölge ile bağlı olmaksızın, kamu çıkarlarını gerçekleştirmeyi amaçlayan ve bu amacı gerçekleştirmek için kamu kudretinden yararlanan tüzel kişiliklerdir⁸⁰⁷. Kamu kurumu denilince; devlet tüzel kişiliği, il özel idareleri, belediyeler, köyler, üniversiteler, Yüksek Öğretim Kurumu, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Kurumu ve katma bütçeli kuruluşlar akla gelmektedir⁸⁰⁸. Hangi kurum ve kuruluşların “kamusal” nitelik taşıdığı, o kurumun statüsünü düzenleyen yasal mevzuata göre belirlenir. Kamu iktisadi teşebbüsleri

⁸⁰⁵ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 610; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1408; Kaylan: s. 949; Taşdemir: 147.

⁸⁰⁶ TCK'nın 30/2. maddesi “*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*” şeklindedir.

⁸⁰⁷ Bilge: s. 242.

⁸⁰⁸ Bilge: s. 242; Artuç: s. 376.

(KİT'ler) de bu nitelikli halin kapsamı içinde değerlendirilmelidir⁸⁰⁹. Bu belirleme sonrasında ve paralelinde söz konusu kurumun mallarının kamu kurumu statüsünde kabul edilip edilmeyeceği buna göre tespit edilecektir. Zira incelememize konu nitelikli halin oluşması oluşumu, suçun kamu kurum ve kuruluşuna karşı işlenmiş olması yetmemekte, buna paralel olarak kamusal nitelik taşıyan kurum ve kuruluşların malvarlıklarının zarar görmüş olması da gerekmektedir. Kamu malları ibaresinden, kamu kurum ve kuruluşlarına amaçlarına uygun görev ve hizmetlerini yerine getirebilmek için tahsis edilen taşınır ve taşınmaz mallar ile araç ve gereçler anlaşılmalıdır⁸¹⁰.

Kamu kurum ve kuruluşları hukukî yapıları itibariyle birer tüzel kişilik olduklarından, bunların doğrudan aldatılmaları olanaklı değildir. Hileli davranışların muhatabı, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan gerçek kişi veya kişilerdir. Bu nedenle suçun mağduru kamu çalışanı, suçtan zarar gören ise kamu kurumudur. Aldatılan kişilerin kamu kurum veya kuruluşu çalışanı olması ve kurumun malları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin bulunması zorunludur⁸¹¹. Aldatılan kişi kamu kurumu çalışanı değilse veya çalışan olmasına karşın kamu malları üzerinde tasarrufta bulunma salahiyyetine sahip bulunmuyorsa bu halde failin eylemi dolandırıcılık suçuna değil, failin bu durumu biliyor olup olmamasına göre kamu malına karşı işlenen hırsızlık suçuna sebebiyet verebilecektir. Çünkü mağdurun hileli davranışlarla aldatılarak elde edilen iradesi ile üzerinde tasarrufta bulunduğu malvarlığı unsurlarını faile veya üçüncü bir kişinin zilyetliğine/mülkiyetine geçirme konusunda yetkisinin bulunması dolandırıcılık suçu açısından gerekli bir unsurdur. Aksi takdirde yapılan teslimde gerçek bir rızadan ve zilyetliği devir iradesinden bahsedilemez⁸¹².

⁸⁰⁹ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 611; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1410-1411; Tümerkan: s. 106.

⁸¹⁰ A. Şeref Gözübüyük: Yönetim Hukuku, 26. Bası, Ankara 2008, s. 264.

⁸¹¹ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 470.

⁸¹² 4. CD., 24.10.2007, E. 2006/2926, K. 2007/8322: “ (...) Doktor olan sanığın, kardeşleri ve akrabası olan A.M.Ş, F.D ve İ.D şahısları muayene ve tedavi yapmadığı halde, bu kişileri muayene ve tedavi görmüş gibi göstererek usulsüz reçeteler düzenleyip, anılan reçetelerinde kardeşi F.D'ye ait eczaneye sunulmasını sağlayarak ilaç bedellerine ilişkin fatura bedellerinin katılan kurumdan tahsili yoluyla kişilere haksız kazanç sağlaması ve kamuyu zarara uğratması iddia ve eylemlerinin 765 sayılı TCY'nın 504/7 ve 5237 sayılı TCY'nın 158/1-e madde ve fıkrasında düzenlenen kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği (...)” (yayınlanmamış Yargıtay kararı); YCGK, 04.11.2003, E. 2003/6-241, K. 2003/260: “Emniyet Genel Müdürlüğünü dolandırmak kastını taşıyan sanıkların, görüldüğünde gerçeğinden ayırt edilemeyecek ve bu özelliği nedeniyle kandırabilecek nitelikteki sahte fişleri akaryakıt şirketi aracılığıyla kamu kurumuna ibraz ederek dolandırıcılık suçunda desise olarak kullanılıp paraya çevirme eylemleri, kamu kurumunu dolandırmak suçunu oluşturur”. (Centel/Zafer/Çakmut: Mallara Karşı Suçlar, s. 469, dpn. 101).

Failin hileli davranışlarda bulunarak muhatabını aldatması neticesinde elde ettiği yararın, kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olduğunu bilmesi, kastının bu hali kapsamı, nitelikli hali oluşumu açısından gerekli ancak yeterli değildir. Failin kastının mağdurun yasal statüsünü ve yetkilerini de kapsamı gerekir. Yani fail, hileli davranışlarını yönelttiği ve aldatmayı amaçladığı kişinin kamu kurumu adına çalıştığını ve malvarlığı unsurları üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğunu bilmelidir. Fail bu konudaki hatasından yararlanacaktır. Bu hallerde failin eylemi TCK'nın 30/2. maddesi uyarınca dolandırıcılık suçunun nitelikli hali değil, basit şekli bağlamında değerlendirilecektir. Mesela fail, hileli davranışlarını kamu kurumunda çalışıyor zannıyla yönelttiği bir kişiyi aldatarak herhangi bir kamu malı unsurunu zilyetliğine geçirmişse, bu halde kamu kurumu zarar görmüş olsa da, eylem nitelikli değil basit dolandırıcılık suçu bağlamında değerlendirilecektir.

Fail, kendisine veya başkasına temin ettiği yararın kamu kurum ve kuruluşlarına ait olup olmadığına dair hatasından yararlanacaktır. Yani hileli davranışlar neticesinde elde edilen yararın kamu kurum ve kuruluşlarına ait olduğu düşüncesiyle hareket edilmesine rağmen, gerçekte bu niteliğinin bulunmaması mümkündür. Bu halde fail hatasından yararlanacak ve eylemi basit dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecektir (TCK m. 30/2). Ters bir durumda, yani elde edilen yararın kamu kurum ve kuruluşlarına ait olmadığı düşünülmesine rağmen, bu kurum ve kuruluşlara ait olması halinde de eylem, dolandırıcılık suçunun nitelikli değil basit şekli bağlamında değerlendirilecektir.

Kamu dolandırıcılığı suçunun işlendiğinin kabul edilebilmesi için, fail tarafından hileli davranışlar sergilenenerek bunların gerçek bir kişiye yöneltilmesi, bu kişinin aldatılarak zararın meydana gelmiş olması gerekir⁸¹³. Kamu kurum veya kuruluşu zarara uğramasına karşın, elde edilen yarar fail tarafından, herhangi bir gerçek kişiye karşı hileli davranış ortaya konulmaksızın temin edilmiş ise dolandırıcılık suçunun oluştuğundan

⁸¹³ 4. CD., 08.02.2010, E. 2008/7888, K. 2010/1602: "Sanıklar M.. C.. I., S.. S.. I. ve B.. Z.. I.'ın ortakları olduğu Y.. Petrol Ltd. Şti.nin, Kocaeli Valiliğince 21.10.2004 tarihinde yapılan okullara akaryakıt verilmesine ilişkin ihaleyi yüklenici olarak aldığı, bir kısım akaryakıtın nakliye ve teslimi işini taşeron olarak, sahibi ve sorumlusu sanık S. Y. olan E. Petrol firmasına verdikleri, ihale sonucu imzalanan sözleşmedeki edimin ifası kapsamında, E. Petrol firmasının çalışanları olan sanıklar V.. A.. ile A.. Y.. tarafından Yarımca İlköğretim Okulu'na tankerden boşaltım sonrasında okul tankına 4000. Kg. (4360 lt.) akaryakıt boşaltıldığına dair irsaliye düzenlendiği, boşaltılan akaryakıtın şüphe üzerine yapılan ölçümünde ve tankerin boşaltım öncesi ve sonrası ağırlığının tespiti sonucunda, boşaltılan akaryakıtın 4000. Kg. Olmayıp 2400. Kg. Olduğunun belirlendiği anlaşıldığından, sanıkların fikir ve eylem birliği yaparak sözleşme gereği teslim etmeleri gereken akaryakıtı eksik teslim etme biçiminde oluştuğu iddia ve Mahkemece kabul olunan eylemlerinin 765 sayılı TCY.nın 504/7(5237 sayılı TCY.nın 158/1.c) maddesindeki "Kamu Kurumu Aleyhine Dolandırıcılığa Teşebbüs" suçunu oluşturabileceği...".

bahsedilemez. Örneğin, vefat eden bir kişinin yakınları tarafından, vefat eden kişiye ait emekli maaşının, bu kişiye ait bankamatik kartı kullanılarak çekilmesi halinde dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Olayımızda kamu kurum olan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun zarar gördüğü sabittir. Ancak bu zarar, fail tarafından herhangi bir gerçek kişiye karşı hileli davranış sergilenmeksizin meydana gelmiştir⁸¹⁴. Bu halde dolandırıcılık suçu değil, şartları varsa banka kartlarının kötüye kullanılması veya kaybolmuş veya bulunmuş malı sahiplenme suçları oluşabilecektir. Buna karşın bir yakınına ait emekli aylığını bu kişinin verdiği vekâletnameye dayanarak alan kişinin, yakınının vefat etmesi nedeniyle hukuken geçersiz kalan vekâletnameyi kullanarak emekli maaşını almaya devam etmesi durumunda dolandırıcılık suçunun nitelikli hali gerçekleşecektir⁸¹⁵. Zira geçersiz vekâletname fail tarafından banka görevlisini aldatmak amacıyla ibraz edilmekte ve ölümden haberdar olmayan görevlinin aldatılması için kullanılmaktadır.

Failin, bir kamu kurumu veya kuruluşunu araç olarak kullanarak, başka bir kamu kurum ya da kuruluşunun zararına dolandırıcılık suçunun işlenmesi olanaklıdır. Bu halde eylem TCK'nın 158/1. maddesinin (d) ve (e) bentlerinde öngörülen nitelikli halleri birlikte oluşturacaktır. 765 sayılı TCK'nın 504/son maddesinde yer alan, dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinden iki veya daha fazlasının birleşmesi halinde verilecek cezanın aşağı sınırının artmasını gerekli kılan bir hükme yeni düzenlemede yer verilmemiştir. Bu nedenle hâkim, bentlerden sadece birini seçerek temel cezayı tayin etmek zorundadır. Bununla birlikte hâkim, TCK'nın 61/1. maddesinde belirtilen halleri gerekçe göstererek, eylemi bir bütün halinde değerlendirip, temel cezayı tayin ederken alt sınırdan ayrılarak, hakkaniyete uygun bir ceza belirleyebilir.

Kamu dolandırıcılığı ile ilgili olarak Yargıtay kararları incelendiğinde, Yargıtay'ın; gerçekte arazisi olmadığı ve tarımsal faaliyette bulunmadığı halde arazi beyan

⁸¹⁴ 11. CD., 02.04.2007, E. 2006/8242, K. 2007/2283: “Sanığın, Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan maaş alan annesi adına onun vefatından sonra T.C. Ziraat Bankası'na yatan iki aylık maaşını, daha önce almış olduğu vekaletnameye dayanarak iki kez bankadan çektiğinin kabul edilmesi karşısında; paranın bankadan nasıl çekildiği ilgili bankadan sorulup, şayet banka kartı ile bankamatikten çekilmiş ise, eylemin ... bilişim, bizzat banka görevlisine vekaletname gösterilerek çekilmiş ise eylemin... nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi...” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁸¹⁵ 11. CD., 18.01.2011, E. 2009/13219, K. 2011/103: “Sanığın, malüllük aylığı almakta iken vefat eden annesinin maaşını ölümle geçersiz hale gelen vekaletnameye dayanarak Ziraat Bankası ilgili şubesinden 22.05.1997 tarihinden 22.08.2003 tarihine kadar almaya devam etmesinden ibaret eyleminin, bankanın ödeme yeri olduğu dolandırıcılık suçunda vasıta kılınmadığı cihetle, zincirleme biçimde 765 sayılı TCK.nun 504/7 (5237 sayılı TCK.nun 158/1-e) maddesinde öngörülen kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu...”.

edip doğrudan gelir desteği alınmasını hazine zararına işlenen (11. CD., 09.07.2010, 10094/8290); sağlığında kayıvalide veya anneden alınan vekâletnameye dayanarak ölümlerinden sonra maaşlarının (11. CD., 05.03.2009, 6414/2011; 11. CD., 10.11.2008, 4773/11610) ve yeniden evlendiğine dair bildirim yapmayarak, ölen önceki eşinden dolayı bağlanan dul maaşının çekilmeye devam edilmesini (11. CD., 02.03.2009, 6564/1834) SSK Genel Müdürlüğü zararına işlenen; sahte kimlik ile açtırılıp bağlanan ancak görüşme ücretlerinin ödenmeme eylemini Türk Telekom'u zarara uğratan (11. CD., 06.10.2008, 3965/9918); tarımsal faaliyette bulunmamasına rağmen doğrudan gelir desteği ödemesi alınmasını hazine zararına işlenen (11. CD. 25.06.2008, 3934/6816); sahte ödeme formları ve icmal bordroları düzenlenerek nema ödemesi alınmasını kamu bankası niteliğinde olan Ziraat Bankası zararına işlenen (11. CD., 19.10.2007, 5471/6479); sağlık güvencesi bulunmayan sanığın, akrabasına ait sağlık karnesini alıp kendi fotoğrafını yapııştırarak tedavi olmasının hastane zararına işlenen (11. CD., 14.05.2007, 7333/3286) eylemler olarak niteleyip, kamu dolandırıcılığı suçu olarak kabul etmiştir⁸¹⁶.

Ancak Yargıtay son dönemde verdiği bir kısım kararlarında, kamu kurum veya kuruluşların gerek kendi veya gerekse erişim imkânına sahip oldukları diğer kurumların kayıtlarından kontrol etme ve engelleme olanağına sahip oldukları bir imkânı kullanmamış olmaları durumunda, zarar görmüş alsalar dahi, yöneltilen davranışların hileli olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu bağlamda bir kararında Yargıtay “..*Sosyal Güvenlik kurumundan yetim aylığı alan annesinin maaşını daha evvel aldığı vekaletnameye binaen bankadan çekmekte olan sanığın, annesinin ölümünün ardından hesaba yatan maaşı almaya devam etmesi şeklinde gelişen olayda, hak sahibinin ölümünün Karşıyaka Devlet Hastanesince nüfus idaresine ölümün ertesi günü bildirilmiş olması ve ölümün, katılan kurumca bilinebileceği, basit bir denetim ile anlaşılabilirdiği olayda, sanığın bu durumu gizlemeye ve maaşı almaya devam etmeye yönelik kuruma karşı aldatıcı herhangi bir eyleminin bulunmaması karşısında, sanığın unsurları itibarı ile oluşmayan suçtan beraati*”ne karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁸¹⁷.

Yargıtayın bu kararına katılmıyoruz. Yargıtay kararında sanığın annesinin vefat durumunu gizlemeye ve maaşı almaya devam etmeye yönelik SGK'ya karşı aldatıcı herhangi bir eyleminin bulunmadığını belirtmiştir. Ancak sanığın, vefatı sonrasında annesine ait olan emekli maaşını, annesinin sağlığında kendisine verdiği vekâletnameyi,

⁸¹⁶ Belirtilen ve diğer Yargıtay kararları için bkz. Taşdemir: s. 150-171.

⁸¹⁷ 15 CD, 9.4.2013, E: 2011/21645 K: 2013/6438 (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

annesinin vefatı nedeniyle geçersiz olmasına karşın bu olguyu gizleyip banka görevlisine ibraz etmek suretiyle kullanıp, SGK'nın ihmali suretiyle vefat durumunu kayıtlarına işleyerek sigortalının maaşını kesmeme hatasından yararlanarak annesinin hesabına yatan maaşı almaya devam etme eyleminde hareketsiz davrandığından bahsedilemez. Zira sanık aktif olarak geçersiz vekâletnameyi maaş ödeme konusunda yetkili banka görevlisine ibraz etmekte ve geçersizliğinden habersiz olan banka görevlisini aldatmak suretiyle annesi hesabına yatan maaşı çekmek suretiyle SGK'nın zarar görmesine neden olmaktadır. Bu davranışlar bir bütün olarak hilelidir.

Bununla birlikte bir kişinin hatasından yararlanmak suretiyle de dolandırıcılık suçunun işlenebileceğini kabul ettiğimizden dolayı, SGK'nın üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmemek suretiyle oluşturduğu hatalı bir durumdan yararlanmak suretiyle yarar sağlanmış olması halinde de dolandırıcılık suçunun oluşacağını düşünüyoruz.

2. Kamu Kurum ve Kuruluşu Çalışanlarının, Kamu Dolandırıcılığı Suçunun Faili Olup Olamayacakları Sorunu

Kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan kişilerin, çalışmış oldukları kurum ve kuruluşlara karşı, bu kuruluşların zararına olarak işlenen dolandırıcılık suçunun faili olup olamayacaklarının belirlenmesi gerekir.

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için fail tarafından ortaya konulan bir hileli davranışın bulunmalı, bu davranış bir kişiye yöneltilerek bu kişinin irade ve karar özgürlüğünü etkileyerek aldatılmasına sebebiyet vermeli ve bu aldanma neticesinde kişinin kendisi veya başkası zararına ve fakat fail veya başkasının yararına olacak şekilde bir tasarrufta bulunması gerekir⁸¹⁸. Bu nedenle dolandırıcılık suçu açısından fail ve mağdurun aynı kişi olması olanaklı değildir. Yani hileli davranışta bulunan ile bu davranışların yöneltildiği kişi aynı olamaz.

Kamu kurum ve kuruluşları, tüzel kişiliğe haiz oluşumlardır. Tüzel kişiliklerin kendi adlarına hareket edip, iş ve işlemler yapan gerçek kişilerden oluşan görevli veya görevlileri bulunmaktadır. Bu nedenle kamu kurum ve kuruluşları adına ortaya konulan

⁸¹⁸ 6. CD, 11.04.2006, E. 2006/9376, K. 2006/3629: “Sanığın satışını yapıp devrettiği taşınmaza ilişkin hukukî değeri bulunmayan çaplı tasarruf vesikası fotokopisinin Tapu Sicil Müdürlüğünden onaylı suretini yakınan Kuruma verip doğrudan gelir desteği alma eylemi kamu kurumlarını dolandırmaktır” (YKD, Ocak 2007, s. 181-182).

irade beyanları, bu kişiler adına gerçek kişilerce yerine getirilir. Dolandırıcılık suçunun kamu kurum ve kuruluşu zararına işlenmesi durumunda hileli davranışların muhatabı, genel olarak bu kurum ve kuruluşlarda görev yapan kişi veya kişilerdir. Bu kurum ve kuruluşlarda görevli kişilerin, hileli davranışlar kullanarak, çalıştıkları tüzel kişilikler zararına yarar elde etmeleri mümkündür⁸¹⁹.

Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan, görevleri nedeniyle zilyetliği kendilerine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü oldukları malları kendilerinin veya başkalarının mal edinmelerine sebebiyet veren görevlilerin eylemleri zimmet suçunu oluşturur (TCK m.247/1). Zimmetin açığa çıkmaması için hileli davranışlar kullanılması durumunda ise, zimmet suçu nedeniyle verilecek ceza yarı oranında arttırılır (TCK m.247/2). Bu nedenle zilyetliği kendisine devredilen görevlinin, zilyetliğinde bulunan bir mala karşı kendisinin dolandırıcılık suçu işlemesi olanaklı değildir.

Kamu kurum ve kuruluşuna ait bir malın zilyetliği bir kişiye bırakılabileceği gibi, birden fazla kişiye veya bir kurula da bırakılmış olabilir. Malın zilyetliğinin bir görevliye bırakıldığı durumlarda sorunun çözümü basittir. Zira mala zilyet olan görevlinin kendisine karşı hileli davranışlar kullanarak, zilyetliği altında bulundurduğu maldan faydalanması olanaklı değildir. Bununla birlikte zilyet olan görevlinin, başkalarını dolandırıcılık suçu işlemeye azmettirmesi veya dolaylı fail olarak başka kişileri suçun işlenmesinde araç olarak kullanması mümkündür. Bu hallerde de zilyet olan görevlinin eyleminin zimmet olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksine yapılacak bir değerlendirme, zimmet suçu ile korunmak istenen hukukî yararı zedeleyecektir.

Çözülmesi gereken asıl sorun, malın zilyetliğinin bir değil, birden fazla kişiye veya kişilerden müteşekkil bir kurula bırakıldığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Malın zilyetliğinin birden fazla görevliye bırakılmasına karşın, her görevlinin, diğerinden bağımsız olarak mal üzerinde tasarruf etme yetkisi bulunabilir. Bu halde sorun, yukarı paragrafta anlatıldığı şekilde çözümlenmelidir. Bununla birlikte malın zilyedi olan birden fazla görevlinin, mal üzerinde tasarrufta bulunabilmek için ortaklaşa hareket etme zorunlulukları bulunabilir. Genellikle malın zilyetliğinin bir kurula bırakıldığı hallerde

⁸¹⁹ 11. CD., 28.11.2006, E. 2006/7132, K. 2006/9584: “Sanığın eşinin sağlık karnesi ile baldızı doğum yaptıktan sonra eşi adına düzenlenen doğum raporunu bilerek çalıştığı katılan kuruma ibrazı ile haksız doğum yardımı ödeneğinden faydalandığının anlaşılması karşısında sübut bulan dolandırıcılık fiilinden mahkûmiyeti yerine uygulama koşulları bulunmayan memura yalan beyanda bulunmak suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...” (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3637).

durum böyledir. Kurulun kamu kurum veya kuruluşlarına ait malvarlığı unsurları üzerinde tasarrufta bulunabilmesi, kurul üyelerinin salt veya nitelikli çoğunluğunun vereceği karar ile mümkündür. Böyle bir durumda, bazı hallerde kurul üyelerinin dolandırıcılık suçunun faili olabilmeleri olanaklıdır. Şöyle ki, kurul üyelerinin, kamu kurum ve kuruluşlarının malvarlıkları üzerinde kendi başlarına tasarruf etme hak ve yetkileri bulunmamaktadır. Kurulun salt veya nitelikli çoğunluğu oluşturmeyen üye veya üyelerinin, salt veya nitelikli çoğunluğu oluşturabilecek üyelere karşı hileli davranışlar kullanarak bu üyeleri aldatmaları, aldanmış üyelerin hileli davranışlar sergileyen üyelere veya bu kişiler vasıtasıyla başkalarına yarar sağlama mümkündür. Bu halde hileli davranışlar kullanan azınlıktaki üye veya üyelerin eylemleri nitelikli dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilecektir.

Bununla birlikte, salt veya nitelikli çoğunluğa sahip üyelerin, azınlıkta kalan üye veya üyelere karşı hileli davranışlar kullanarak, bu üyeleri aldatıp kendilerine veya başkalarına, kamu kurum ve kuruluşu zararına olacak şekilde yarar sağlama eylemleri zimmet suçuna sebebiyet verecektir. Zira salt veya nitelikli çoğunluğa sahip üyelerin, kamu kurum veya kuruluşların malvarlığı üzerinde tek başına tasarrufta bulunma yetkileri vardır. Dolayısıyla zilyetlikleri altında bulunan malları zimmetlerine geçirmeleri veya başkalarının mal edinmelerine sebebiyet vermeleri bir tür zimmettir. Bu üyeler tarafından zimmete geçirme sırasında hileli davranışlar kullanılmış olması eylemin niteliğini değiştirerek, dolandırıcılık suçuna dönüştürmez. Kullanılan hileli davranışlar çoğu kez işlenen suçun ortaya çıkmasını engellemeye yönelik olduğundan, eylem nitelikli zimmet suçuna sebebiyet verecek ve eyleme uygulanan cezanın arttırılması sonucunu doğuracaktır.

Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan, ancak zilyetliklerinde herhangi bir mal bulunmayan görevlilerin, kamu kurum ve kuruluşlarına ait malların tümüne karşı; zilyetliklerinde mal bulunan görevlilerin ise, zilyetlikleri altında bulunmayan diğer mallara karşı dolandırıcılık suçu işlemesi olanaklıdır. Bu halde görevlilerin eylemi, suçun nitelikli hali kapsamında değerlendirilecektir. Zira böyle bir durumda, kamu kurum veya kuruluşlarında çalışan görevlilerin, diğer kişilerden herhangi bir farklılıkları bulunmamaktadır⁸²⁰. Kamu kurum veya kuruluş çalışanlarının hileli davranışlar ile, zilyetliklerinde bulunmayan malları, bu malları ellerinde tutan kişileri aldatarak fayda

⁸²⁰ CGK, 01.04.2003, E. 2003/6-62, K. 2003/84: “Eşinin farklı tarihlerde geçirdiği, ancak bedelini çalıştığı kurum olan Dışişleri Bakanlığından tahsil edemeyeceği operasyonları gerçeğinden farklı biçimde gösteren raporlar ve faturalar düzenletip bunları onaylayarak bakanlığa gönderip bedelini tahsil etmek eylemi, kamu kurumlarını dolandırma suçunu oluşturur” (Centel/Zafer/Çakmut: Mallara Karşı Suçlar, s. 469, dph. 101).

temin etmiş olmalarının dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermesi için, aksine hükümler içeren özel bir düzenlemenin bulunmaması gerekir. Özel bir ceza mevzuatında görevlinin bu tür eylemlerinin farklı bir suç oluşturduğu belirtilmiş ise, sorun fikri içtima kuralları çerçevesinde çözümlenmelidir.

E. Rehinli, Hacizli veya Elkonulmuş Mallara Karşı Dolandırıcılık

Yukarıda genel olarak üç köşeli dolandırıcılık suçunu inceledik⁸²¹. Üç köşeli dolandırıcılık suçunun en önemli özelliği, hileli davranışlarla aldatılan kişi ile, malvarlığının aktifinde azalma veya pasifinde artma meydana gelen kişinin, yani suçtan zarar görenin farklı kişiler olmasıdır. Yasa koyucu tarafından TCK'nın 290/2. maddesinde üç köşeli dolandırıcılık suçunun özel bir şekli düzenlenmiştir. Maddeye göre “*muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan taşınır malın (...) hileyle alınması hâlinde dolandırıcılık (...) suçuna ilişkin hükümler uygulanır*”. Benzer bir düzenlemeye 765 sayılı TCK'nın 309. maddesinde “*Muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan merhun veya mahcuz veya her hangi bir sebeple vaz'iyed edilmiş olan menkul malını alan veya tahrib veya telef eden kimse bir aydan bir seneye kadar hapsolunur*” şeklinde ayrı bir suç olarak yer verilmişti. Ancak her iki düzenleme birlikte incelendiğinde aralarında benzerlikler olmakla birlikte, her ikisi arasında önemli farklılıkların olduğu görülecektir.

Rehinli, hacizli veya elkonulmuş mallara karşı işlenen dolandırıcılık suçunun mağduru kendisine karşı hileli davranışlar yöneltilerek aldatılan ve resmen kendisine teslim edilen rehinli, hacizli veya elkonulmuş olan taşınır malın elinden alındığı muhafaza görevlisidir. Suçtan zarar gören ise, muhafaza altına alınan mal üzerinde hak sahibi olan veya ileride hak sahibi olması muhtemel kişi veya kişilerdir.

Hileli davranışlara muhatap olan muhafaza görevlisi yani suçun dar anlamda mağduru, rehinli, hacizli veya elkonulmuş taşınır malın sahibi olamaz. Suçun mağduru, taşınır malın sahibinden farklı olmalıdır. Bu durum yasa koyucu tarafından TCK'nın 290/2. maddesinde “*muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan*” ibaresi ile açıkça öngörülmüştür. Yasa koyucu aynı maddede, bu durumu daha da belirginleştirmek bağlamında, suçun failinin taşınır malın sahibi olabileceğini öngörerek, cezasından indirim yapılacağını düzenlemiştir (TCK m.290/2, son cümle). Yine suçun dar anlamda

⁸²¹ Yukarıda bkz. Birinci Bölüm, IV, B, 3.

mağdurunun, suça konu malların haczine, rehnine veya elkonulmasına neden olan kişi veya kişiler olamayacağı açıktır. Bu, hukukî birer kurum olan rehin, haciz ve elkoyma kavramlarının mahiyetlerinin bir gereğidir. Gerek dolandırıcılık suçuna konu malın sahibi ve gerekse bunlar üzerinde hak sahibi olan kişi veya kişiler, bu şekilde işlenen dolandırıcılık suçunda, suçtan zarar gören sıfatıyla geniş anlamda suçun mağduru olabilirler.

Haczedilen veya rehnedilen malların muhafaza edilmek üzere üçüncü kişilere verilmesi zorunlu değildir. Alacaklının kabul ve onayı ile haczedilen mallar istenildiği zaman verilmek şartıyla geçici olarak borçluya yani malın zilyedine bırakılabilir (İİK, m.88/2). Aynı şekilde rehnedilen taşınır mallarda rehin işleminden sonra sahibine teslim edilebilir (TMK m. 940). Elkonulan taşınır malların, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhâl iade edilmek koşuluyla, malın zilyedine teslim edilmesi mümkündür (CMK m. 132/5). Bu hallerde, yani haczedilen, rehnedilen veya elkonulan malların, muhafaza edilmek üzere zilyedine/malikine bırakılmış olduğu durumlarda, hileli davranışlar kullanılmak suretiyle taşınır malların zilyedin elinden alınmış olması halinde, dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak genel ilkeler uygulanacaktır. Böyle bir hal gerçekleştiğinde, malın zilyedi olan ve aynı zamanda malı muhafaza etmekle görevlendirilen kişi suçun mağduru; haciz, rehin ve elkoyma işlemlerinden menfaatleri olan kişiler ise suçtan zarar görenlerdir.

Failin, malın sahibi olabileceğini öngören yasa koyucu, bu halde hükmedilecek cezanın yarısından dörtte üçüne kadarının indirileceğini belirtmiştir (TCK m. 290/2, cümle son). Genel dolandırıcılık suçundan farklı olarak, hacizli veya rehinli malın sahibinin, malını elde etmek için dolandırıcılık suçu işlemesi durumunda cezasından indirim yapılmasını öngören düzenlemenin gerekçesini, insanın doğasında aramak gerekir. Zira malı haczedilerek, rehnedilerek veya elkonularak elinden alınan kişi, bu durumun oluşturduğu maddi ve manevi baskı ile malını tekrar elde etmek istemesi doğaldır. Bu halde failin toplum açısından gösterdiği tehlikelilik hali, genel olarak işlenen dolandırıcılık suçunun failine göre çok azdır. Bu gerekçeleri gözönüne alan yasa koyucu, failin cezasında indirim öngörmüştür.

TCK'nın 290/2. maddesi içeriğinde haczedilen, rehnedilen veya elkonulan taşınır bir malın, muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim edilen kişinin elinden hileli davranışlar kullanılmak suretiyle alınması halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağı

düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu suçun basit, nitelikli veya hafif şekillerine özel bir atıf yapılmamıştır. Bu nedenle TCK'nın 290/2. maddesi yollamasının TCK'nın 157, 158 ve 159. maddelerine yapıldığını; şartları oluştuğu takdirde suçun basit, nitelikli veya hafif şekillerinden biri oluşacağını kabul etmek gerekir.

Failin eyleminin hangi hallerde TCK'nın 159. maddesinde tanımlanan, dolandırıcılık suçunun hafifletici nedeni kapsamında kalacağını belirlenmesi gerekir. Bu belirleme yapılırken çeşitli ihtimalleri gözönüne alarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu ihtimalleri şu şekillerde tespit etmek mümkündür: Birincisi failin, suçun mağduru olan muhafaza görevlisinde olan alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesi; ikincisi taşınır malların sahibinden olan alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesi; üçüncüsü taşınır malların rehnine, haczine veya elkonulmasına sebebiyet veren kişilerden olan alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesi ve son olarak taşınır malların sahibinin, malları muhafaza eden kişiden veya malları rehnettiren veya haczettiren kişilerden olan alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesidir.

Birinci hale ilişkin olarak; failin eyleminin TCK'nın 159. maddesi kapsamında kalabilmesi için, failin taşınır malları muhafaza eden kişiden alacağını alması, bu alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesi ve son olarak malların rehinli, hacizli veya elkonulmuş mallar olduğunu bilmemesi gerekir. Bu şartlardan biri eksik olduğu takdirde failin eylemi TCK'nın 159. maddesinde değil 157 veya 158. maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçlarından birine sebebiyet verecektir.

İkinci ihtimalde failin eyleminin TCK'nın 159. madde kapsamında kalabilmesi için, failin haczedilen, rehnedilen veya elkonulan malın sahibinden alacağını alması, bu alacağını tahsil etmek amacıyla hareket etmesi ve buna ek olarak, söz konusu taşınır malların rehin, haciz ve elkoyma işlemlerinden haberdar olmaması gerekir. Failin, malların başka kişiler tarafından, rehin veya haczedildiğini bilerek dolandırıcılık suçunu işlemesi durumunda eylemi TCK'nın 157 ve 158. maddelerinde tanımlanan suçu oluşturacaktır.

Üçüncü ihtimale ilişkin olarak, failin eyleminin herhangi bir koşulda TCK'nın 159. madde kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Zira dolandırıcılık suçunun hafif şeklinin oluşabilmesi için, failin hileli davranışlarla elde ettiği menfaatin doğrudan borçluya ait olması gerekir. Ancak rehin, haciz veya elkoyma işlemleri sırasında, bu

işlemlere konu taşınır malların, bu işlemleri gerçekleştiren kişilere ait olduğu konusunda herhangi bir belirlilik yoktur.

Son ihtimali incelersek, TCK'nın 290/2. maddesi kapsamında, malı haczedilen, rehnedilen veya elkonulan kişinin, malını tekrar elde etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesi durumunda, TCK'nın 159. maddesinde belirtilen dolandırıcılık suçu değil, TCK'nın 157. maddesinde belirtilen genel (basit) veya şartları var ise TCK'nın 158. maddesinde belirtilen dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinden birisi oluşabilecektir. Zira hacizli, rehinli veya elkonulmuş malını, hileli davranışlar sergileyerek elde eden kişinin, malın haczine, rehnine veya elkonulmasına sebebiyet veren kişi/kişiler nezdinde herhangi bir alacağı bulunmamaktadır. Bu halde fail kendi malını, hukukî yollara başvurmaksızın, hukuka aykırı bir yöntemle elde etme yolunu seçmiştir. Failin amacı (kastı) hukukî alacağına karşılık olarak bir malı hileli davranışlar kullanarak almak değil, yasal yollarla elinden alınan mallarına tekrar sahip olmaktır. TCK 290/2. maddede düzenlenen suçun failinin, gerek mağdur olan kişi veya kişilerden hukukî alacağının olmaması ve gerekse işlediği suçun manevi unsuru nedeniyle, fail hakkında TCK'nın 159. maddesinde tanımlanan suç oluşmayacaktır. Yine, malın sahibinin, mallarını muhafaza eden kişiden olan alacağını tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunu işlemesi olanaklı değildir. Zira malın sahibi, malları resmen muhafaza eden kişinin malların sahibi olmadığını, bu malların sahibinin kendisi olduğunu bilmektedir.

Yasa koyucu tarafından haczedilen, rehnedilen veya el konulan malların hile ile alınması halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağına dair ayrı bir düzenleme yapılmamış olsa idi dahi, dolandırıcılık suçunu düzenleyen TCK'nın 157. maddesinde yapılan tanımdan yola çıkılarak benzer sonuca varmak mümkündür. Bu nedenle yasa koyucu tarafından getirilen bu düzenlemenin yasa yapma tekniği açısından uygun olmadığını düşünüyoruz.

IV. KULLANILAN ARAÇTAN KAYNAKLANAN NİTELİKLİ HALLER

A. Nitelikli Hallere İlişkin Ortak Açıklamalar

Ceza Yasamızın 158/1. maddesinde bazı araçların kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu işlenmesi, suçun basit şekline nazaran nitelikli hal olarak kabul

edilmiştir. Madde metni incelendiğinde bir kısım kurum ve kuruluş veya sistemlerin araç olarak kullanılması halinde nitelikli halin oluşacağı belirtilmiştir. Araç olarak kullanılan kurum, kuruluş veya sistemlerin nasıl ve ne şekilde kullanıldığı takdirde suçun nitelikli haline sebebiyet vereceğine dair, yasal düzenlemede bir açıklık yoktur.

Yasa koyucu tarafından dolandırıcılık suçunun işlenmesinde bir kısım kurum, kuruluş veya sistemlerin araç olarak kullanılmalarını nitelikli hal olarak kabul edilmesinin çeşitli sebepleri vardır. Bunlardan en önemlisi söz konusu araçlara duyulan toplumsal güvenin korunarak devamının sağlanmasıdır. Zira söz konusu araçların sosyal, siyasi ve ekonomik hayatta önemli fonksiyonları vardır. Diğer bir sebep ise kişilerin bu kurum veya kuruluş tarafından üretilen bilgi ve belgelerin doğruluğunu etkin şekilde kontrol etme imkânlarının bulunmamasıdır. Söz konusu araçların kullanılması suretiyle kişilerin aldatılmaları ne kadar kolay ise, kişilerin bu araçlara karşı koymaları ve farklı bir irade göstermeleri de bir o kadar zordur.

Yasada belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi partilerin, bankaların, kredi kurumlarının veya bilişim sistemlerinin, dolandırıcılık suçunun işlenmesinde doğrudan araç olarak kullanılmaları zorunlu değildir. Öğretide ve uygulamada, bu kurumların dolaylı şekilde araç olarak kullanılmaları durumunda da, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin oluşacağı belirtilmiştir. Bu kurum ve kuruluşlar tarafından üretilen, bunları temsil yetenekleri bulunan belgeler kullanılmak suretiyle de dolandırıcılık suçunun işlenmesi mümkündür. Bu birimler tarafından üretilen, belirli bir güveni içerisinde barındıran ve bu nedenle kişiler üzerinde etkisi olan belgeler kullanılması ile, söz konusu kurum ve kuruluşların doğrudan aracı olarak kullanılmaları arasında bir farklılık yoktur. Belirtilen kurum ve kuruluşlara ait kimlik, sağlık kartı, banka cüzdanı veya çek gibi ilgili kurum ve kuruluşlarda etkin işlevi bulunan maddi varlıkların kullanılması da dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşturur⁸²². Örneğin fail, bir bankanın doğrudan yürüttüğü bankacılık faaliyetlerini kullanmak suretiyle bir kişiyi aldatıp, yarar elde etmiş olabilir. Böyle bir durumda bankanın aracı olarak kullanıldığı açıktır ve dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşturur. Buna karşın banka tarafından üretilen, başka bir kurum ve kişi tarafından düzenlenmesi mümkün olmayan çeklerin kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi durumunda da bankanın aracı olarak kullanılması söz konusudur. Zira doğrudan olmasa dahi, bankanın maddi bir varlığı olan

⁸²² 11. CD, 22.10.2003, E. 2003/10711, K. 2003/7189 (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3593).

çek araç olarak kullanılmak suretiyle mağdur aldatılmış ve zarar görmesi temin edilmiştir. Bu halde çek, bir bankanın duvarları dışına taşarak ekonomik hayata etki eden bir uzantısı olarak kabul edilmelidir. Çek, dolaylı olarak bankayı, bankanın sağladığı güvenceyi ve ödeme kolaylığını temsil etmektedir. Çekin hileli davranışlarda kullanılması ile bankacılık işlemlerinin doğrudan kullanılması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Her iki halde de bankanın araç olarak kullanılmış olduğunu kabul etmek gerekir.

Araç olarak kullanılan belge ve bilgilerin gerçek olmaları zorunlu değildir. Önemli olan, belge ve bilgilerin aldatıcılık özelliklerinin bulunmasıdır. Aldatıcılık özelliğinin varlığından bahsedebilmek için, dolandırıcılık suçunun işlenmesi sırasında kullanılan belge ve bilgilerin, gerçeklerinin sahip olduğu tüm içeriğe haiz olmaları yeterlidir. Aksi takdirde şekli olarak ilgili kurum, kuruluş veya sistemi temsil ettiğinden bahsetmek zor olacaktır.

Dolandırıcılık suçunda kullanılan araçların, bu suçun nitelikli halinin oluşmasına sebebiyet verebilmesi için, failin bunları mağdurun aldatılması aşamasında hileli davranışları içerisinde kullanmış olması gerekir⁸²³. Fail tarafından, belirtilen kurum, kuruluş veya sistemlerin mağdurun aldatılmasında araç olarak kullanılmayıp, dolandırıcılık suçunun diğer safhalarında kullanılması halinde suçun nitelikli hali değil, diğer şartların varlığı halinde basit şekli oluşabilecektir.

B. Kamu Kurum Ve Kuruluşlarının, Kamu Meslek Kuruluşlarının, Siyasî Parti, Vakıf Veya Dernek Tüzel Kişiliklerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu İşlenmesi

1. Belirtilen Kurum Ve Kuruluşların Tanım Ve Kapsamları

Türk Ceza Kanunu'nun 158/1-d maddesinde belirtilen kurum ve kuruluşların araç olarak kullanılarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi, suçun basit şekline göre daha

⁸²³ Benzer yönde belirtilen görüş için bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi üyeleri Ersan Ülker ve Kubilay Taşdemir tarafından CGK'nın 07.02.2006 tarih E. 2005/11-129, K. 2006/13 sayılı kararında yer alan muhalefet şerhi.; 11. CD, 10.07.2006, 4516/6488: "Sanığın 45 LC ... plakalı aracını, haricen katılan K.K'a takas yolu ile sattıktan sonra N.Y isimli şahısla anlaşp, muvazaalı şekilde borç senedi düzenleyerek kendisi aleyhine icra takibi yapılmasını temin ile aracın haczedilmesini sağlamak suretiyle dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia olunması karşısında; sanığın eyleminin kamu kurumu olan icra müdürlüğünü aracı kılmak suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği ..." (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3702); Benzer bir karar için bkz. 11. CD., 24.04.2007, E. 2005/9396, K. 2007/2759 (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

ağır bir yaptırıma tabi kılınmıştır. Bu yasa koyucunun, götüğü suç siyaseti kapsamında özel bir tercihidir.

Belirtilen kurum ve kuruluşlar demokratik, sosyal ve hukuk devleti olma özelliğini taşıyan bir devletin vazgeçilmez unsurlarındandır. Devlet, kendisine doğrudan bağlı olan kamu kurumları ile idari yapıyı kontrol etmektedir. Tamamen veya kısmen devlete ait kamu kuruluşları vasıtasıyla devlet, ekonomik ve sosyal hayatta etkin bir rol üstlenmektedir. Kamu meslek kuruluşları, siyasi partiler, vakıf ve dernekler de, sosyal düzenin sağlanması, korunması ve devamı ile demokratik hakların kullanılmasında önemli görevleri olan birimlerdir. Bu kurumların araç olarak kullanılmasının kişilerin aldanmalarını kolaylaştırdığı kuşkusuzdur. Bu nedenle söz konusu kurum ve kuruluşlara duyulan güvenin zedelenmesini önlemek, belirtilen kurum ve kuruluşlara duyulan güven paralelinde kişilerin aldatılmasının kolaylığı nedeniyle kişileri korumak amacıyla, bu kurum ve kuruluşların aracı olarak kullanılarak işlenen dolandırıcılık suçları, suçun basit şekline nazaran daha ağır cezaî müeyyideye tabi kılınmışlardır⁸²⁴.

Yasada belirtilen kurum ve kuruluşların tanımlarını, amaçlarını ve toplumda ifa ettikleri görevleri ve bu görevlerin önemine kısaca değinmenin, nitelikli halin daha iyi anlaşılması açısından faydalı olacağını düşünüyoruz.

a. Kamu Kurum ve Kuruluşu

Kamu kurumu ve kuruluşları; belirli bir coğrafi bölge ile bağlı olmaksızın, kamu çıkarlarını gerçekleştirmeyi amaçlayan ve bu amacı gerçekleştirmek için kamu kudretinden yararlanan tüzel kişiliklerdir⁸²⁵. Kamu kurumu denilince; devlet tüzel kişiliği, il özel idareleri, belediyeler, köyler, üniversiteler, Yüksek Öğretim Kurumu, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Kurumu ve katma bütçeli kuruluşlar akla gelmektedir⁸²⁶. Ancak herhangi bir kurumun, kamu kurum ve kuruluşu olup olmadığı, ilgili yasal mevzuatı çerçevesinde belirlenecektir⁸²⁷.

⁸²⁴ Toroslu: Özel Kısım, s. 188.

⁸²⁵ Bilge: s. 242.

⁸²⁶ Bilge: s. 242; Artuç: s. 376; 6. CD, 10.06.1999, E. 1999/3708, K. 1999/3771: “Olayda sanık sahte vekâletname ile arkadaşının üzerine tapuya kaydettirdiği apartman dairesini, müdahale Tapu Sicil kayıtlarının sağladığı güvenden yararlanarak satmıştır. Bu durumda eylemi (765 sayılı) TCK 504/3 maddesini ihlal eder” (YKD, Ağustos 1999, s. 1151).

⁸²⁷ 15.CD., 08.10.2013, E: 2012/17175 , K: 2013/15039: “TCK'nın 158/1-e bendinde belirtilen, kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi, nitelikli hal kabul edilmiştir. Hangi

Kamu kurum ve kuruluşlarına hileli davranışlar içerisinde doğrudan yer verilerek, mağdurun aldatılmasında bir araç olarak kullanılmaları halinde suçun nitelikli hali oluşacaktır⁸²⁸. Bununla birlikte bu kurumlar tarafından üretilen belgelerin hileli davranışlar içerisinde kullanılması suretiyle, kamu kurum ve kuruluşlarının dolaylı araç olarak kullanılmaları mümkündür. Nüfus müdürlükleri tarafından düzenlenebilen nüfus cüzdanlarının, tamamen sahte olarak düzenlenerek veya asıl belge üzerinde tahrifat yapmak suretiyle sahte hale getirilerek hileli davranışlar içerisinde yer verilmiş olabilir⁸²⁹. Bu halde nüfus müdürlüğünün dolaylı olarak, dolandırıcılık suçunun işlenmesinde araç olarak kullanıldığından bahsedilebilir.

Kamu kurum ve kuruluşlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenen dolandırıcılık suçlarında, bu kurumların zarar görmeleri mümkündür. Ancak bu, suçun oluşumu açısından zorunlu değildir. Bir kamu kurum veya kuruluşunun dolandırıcılık suçunun işlenmesi sırasında araç olarak kullanılıp, başka bir kamu kurum veya kuruluşunun zarar görmesi sağlanmış olabilir. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde hem TCK'nın 158/1-d maddesinde ve hem de TCK'nın 158/1-e maddesinde belirtilen dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri gerçekleşecektir. 765 sayılı TCK'nın 504/son maddesinde yer alan, dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinden iki veya daha fazlasının birleşmesi halinde verilecek cezanın aşağı sınırının üç yıl olduğuna dair bir hükme yeni düzenlemede yer verilmemiştir. Bu nedenle hâkim, bentlerden sadece birini seçerek temel cezayı tayin etmek zorundadır. Bununla birlikte hâkim, TCK'nın 61/1. maddesinde

kurum ve kuruluşların, kamusal nitelik taşıdığı, o kurumun kadro bakımından bağlı olduğu durumu düzenleyen mevzuata göre belirlenir. Bu nitelikli halin oluşması için, eylemin kamu kurum ve kuruluşlarının mal varlığına zarar vermek amacıyla işlenmesi gerekir. Zarar vermek, kamu kurum ve kuruluşlarından hakkı olmayan bir parayı almak yada bir borcu geri vermemek şeklinde olabilir. Bu suçun zarar göreni kamu kurum ve kuruluşunun tüzel kişiliğidir. Kamu kurum ve kuruluşlarının zarar görmesi söz konusu değilse bu suç oluşmayacaktır. Dolandırıcılık suçunun kamu yararına çalışan hayır kurumlarının zararına işlenmesi madde kapsamında değildir".; 11. CD., 13.02.2006, 7328/735: "Kamu kurumu niteliğindeki TEDAŞ'ın maddi varlıklarından olan sayaç mühürleme tutanağını kullanmak suretiyle nitelikli dolandırıcılık (TCK m. 158/1-d) suçunu oluşturduğu" (Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1410).

⁸²⁸ 11. CD., 19.11.2003, 12959/8383: "İstanbul Defterdarlığında şoför olan sanıklar H.T. ve A.G. nin kendilerini ve anık H.A.Yılmazı başka isimlerle (maliyete ihbarlar gelir müdürlüğü) personeli olarak tanıtıp defterdarlığa ait resmi araçla müdahilin iş yerine giderek ve onu biz burada çalışıyoruz diyerek Aksaray'daki maliye hizmet binasına görüşmek üzere çağırarak yüklenen suçu işleyebilmek amacıyla kamu kumu olan maliyeye ait maddi varlıkları vasıta olarak kullandıklarının anlaşılıp kabul edilmesine rağmen eylemlerine uyan TCK'nun 504/3 maddesi yerine 503/1. maddesiyle hüküm kurulması" (Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1410).

⁸²⁹ 11. CD., 22.01.2007, E. 2006/7200, K. 2007/79: "Sanığın, nüfus müdürlüğünün maddi varlıklarından olan E. Kürekçi ve T. Kavalcı'ya ait, üzerlerine kendi fotoğrafını yapıştırarak elde ettiği sahte nüfus cüzdanlarını göstermek suretiyle alış-veriş yapıp ücretlerinin büyük bir kısmını ödemeyerek katılanları dolandırdığının iddia olunması karşısında; eylemin kamu kurumu olan nüfus müdürlüğünü aracı kılmak suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağı..." (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

belirtilen halleri gerekçe göstererek, eylemi bir bütün halinde değerlendirip, temel cezayı tayin ederken alt sınırdan ayrılarak, hakkaniyet uygun bir ceza belirleme olanağına sahiptir.

Noterler bir kamu kurum veya kuruluşu olmayıp, kamu hizmeti yapan kurumlardır (1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 1. maddesi). Bu nedenle, bu kurumların doğrudan veya dolaylı olarak aracı kılınmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi, suçun nitelikli değil basit şeklinin oluşumuna sebep olacaktır⁸³⁰.

Yargıtay uygulaması gözönüne alındığında tapu sicil müdürlüğünün⁸³¹, trafik dairesinin⁸³², icra dairesinin⁸³³, nüfus müdürlüğünün (ve muhtarlığın)⁸³⁴, defterdarlığın⁸³⁵ doğrudan veya bu kurumlar tarafından üretilen belgelerin kullanılması suretiyle dolaylı şekilde araç olarak kullanılarak işlenen dolandırıcılık suçları, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmektedir⁸³⁶.

b. Kamu (Kurumu Niteliğindeki) Meslek Kuruluşu

Anayasamızın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının tanımı *“belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından seçilen kamu tüzelkişilikleridir”* şeklinde yapılmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nda her ne kadar “kamu meslek kuruluşu” kavramı kullanılmış ise de, yasa koyucunun burada anlatmak istediğinin Anayasamızın 135. maddesinde tanımı yapılan “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları” olduğu

⁸³⁰ 11. CD., 01.10.2007, E. 2007/4699, K. 2007/6125; 11. CD., 06.02.2008, E. 2007/9994, K. 2008/632 (yayınlanmamış Yargıtay kararları).

⁸³¹ 11. CD., 25.09.2008, 2109/9358 (Taşdemir: s. 150).

⁸³² 11. CD., 08.07.2008, 3940/7517 (Taşdemir: s. 151).

⁸³³ 11. CD., 07.02.2011, E. 2009/23541, K. 2011/495: “Yüklenen dolandırıcılık suçunun kamu kurumları olan İcra Dairesi ile Trafik Tescil Şube Müdürlüğü'nün aracı kılınarak gerçekleştirildiğinin iddia ve kabul olunması karşısında; dolandırıcılık eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK. nun 504/3 ve sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK. nun 158/1-d maddelerinde öngörülen “nitelikli dolandırıcılık” suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delillerin takdir ve değerlendirmesinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait bulunduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı şekilde hükümler kurulması”.

⁸³⁴ 11. CD., 28.05.2007, 1598/3685 (Taşdemir: s. 152).

⁸³⁵ 11. CD., 19.11.2003, 12959/8383 (Taşdemir: s. 158).

⁸³⁶ Konuya ilişkin diğer Yargıtay kararları için bkz. Taşdemir: s. 150-159.

açıkır⁸³⁷. Zira hukuk sistemimizde “kamu meslek kuruluğu” olarak adlandırılan herhangi bir kuruluğu bulunmamaktadır. Yasa koyucun amacının “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluğları”nı belirtmek olduğu, ancak yasa normundaki formüle ediliş tarzının “kamu meslek kuruluğu” olduğu, TCK’nın 158. maddesinin gerekçesinden de açıkça anlaşılmaktadır⁸³⁸. Madde metninde yer alan “kamu meslek kuruluğu” ibaresinin Anayasaya ve madde gerekçesine uygun olarak “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluğu” olarak değıştirilmesinin, maddenin düzenleniş amacına ve hukuki kavramların kullanımlarındaki uyum ve ahenk açısından daha uygun olduğunu; böyle bir değışiklik ile uygulama ve öğretilde yapılacak farklı yorumların önüne geçilebileceğini düşünüyöruz.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluğlarının amaç ve nitelikleri Anayasamızda belirtilmiştir. Bu kuruluğların amacı “belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak”tır. Bu amaç doğrultusunda oluşturulan bu kuruluğların, kanun ile kurulmaları Anayasal bir zorunluluktur. Kanun ile kurulmayıp, idarenin diğeri düzenleyici işlemleri ile kurulan meslek örgütlerinin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluğu olarak nitelendirilmesi olanaklı değildir. Kanun ile oluşturulan ve belirli bir amaç doğrultusunda kurulan meslek kuruluğları, kapsadıkları meslek alanında faaliyet gösteren kişilerin katılımları ile hayatiyet kazanan ve tüzel kişilikleri bulunan organizasyonlardır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluğlarının organları, meslek kuruluğuna üye kişiler tarafından seçimle oluşturulurlar.

Meslek kuruluğları, özel ve kamu makamları ile Devlet nezdinde mesleği temsil etmekte, mesleğin genel sorunlarının saptanması ve giderilmesi için tespit ve çözümler üretmekte, bu kapsamda yasama ve yürütme organları nezdinde girişimlerde bulunmaktadırlar. Meslek kuruluğlarının mesleğin iç disiplinini sağlamak için meslek

⁸³⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3652; Kaylan: s. 950; Kamusal nitelikteki meslek kuruluğlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner: İdare Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2008, s. 362-377.

⁸³⁸ Türk Ceza Kanunu’nun 158. maddesinin gerekçesinde d fıkrasına ilişkin olarak “Birinci fıkranın (d) bendinde, dolandırıcılık suçunun kamu kurum ve kuruluğlarının, kamu meslek kuruluğlarının, siyasî parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi, bu suçun bir nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir. Çünkü, kamu kurum veya kuruluğları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluğları, siyasî parti, vakıf veya dernek tüzel kişilikleri toplumda güven beslenen müesseseler olarak kabul edilmişlerdir.” ibarelerine yer verilmiştir. (Türk Ceza Kanunu Gerekçesi: s. 266).

kurallarını belirleyip düzenleme, mesleğin yürütülmesini düzenleme ve denetleme, bu bağlamda üyelerine disiplin cezası verebilme yetki ve görevleri vardır⁸³⁹.

Barolar ve Türkiye Barolar Birliği⁸⁴⁰, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları ve Birliği⁸⁴¹, Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği⁸⁴², Türk Dış Hekimleri Odaları ve Birliği⁸⁴³, Türkiye Noterler Birliği⁸⁴⁴, Ticaret, Sanayi ve Deniz Ticaret Odaları ve Birliği⁸⁴⁵, Türkiye Ziraat Odaları ve Birliği⁸⁴⁶, Eczacı Odaları ve Birliği⁸⁴⁷, Türk Veteriner Hekim Odaları ve Birliği⁸⁴⁸, Türk Mühendis ve Mimarlar Odaları ve Birliği⁸⁴⁹, Tabip Odaları ve Türk Tabipleri Birliği⁸⁵⁰ kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır. Bu kuruluşlar aracı kılınmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin oluşumuna sebebiyet verecektir.

c. Siyasi Parti, Dernek ve Vakıflar

Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır (Anayasa m.68/2). Siyasi parti tanımı 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun⁸⁵¹ 3. maddesinde *“Anayasa ve kanunlara uygun olarak; milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanan tüzelkişiliğe sahip kuruluşlar”* şeklinde yapılmıştır.

⁸³⁹ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 454.

⁸⁴⁰ 19.03.1969 tarih 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 07.04.1969 tarih 13168 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁴¹ 01.06.1989 tarih 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci, Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu, 13.06.1989 tarih 20194 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁴² 19.10.2005 tarih 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 01.11.2005 tarih 25983 mükerrer sayılı Resmi Gazete.

⁸⁴³ 07.06.1985 tarih 3224 sayılı Türk Dış Hekimleri Kanunu, 25.06.1985 tarih 18972 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁴⁴ 18.01.1972 tarih 1512 sayılı Noterlik Kanunu, 05.02.1972 tarih 14090 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁴⁵ 18.05.2004 tarih 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu, 01.06.2004, 25479 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁴⁶ 06.05.1957 tarih 6964 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu, 23.05.1957 tarih 9614 sayılı Resmi Gazete,

⁸⁴⁷ 25.01.1956 tarih, 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu, 02.02.1956 tarih 9223 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁴⁸ 09.03.1954 tarih 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odalarının Teşekkül Tarzına Ve Göreceği İşlere Dair Kanun, 18.03.1954 tarih 8661 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁴⁹ 27.01.1954 tarih 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu, 04.02.1954 tarih 8625 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁵⁰ 23.01.1953 tarih, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, 31.01.1953 tarih 8323 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁵¹ 24.04.1983 tarih 18027 sayılı Resmi Gazete.

Doktrinde de siyasi parti tanımı; belirli bir ilkeyle programını belirleyip seçmenin desteğini almak suretiyle, yönetime gelmeyi amaçlayan, sürekli ve düzenli etkinliği olan, siyasi bir topluluğun örgütü şeklinde yapılmıştır⁸⁵².

Dernekler varlık sebeplerini Anayasa'dan alırlar. Anayasamıza göre herkes önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma hakkına sahiptir (Anayasa m.33/1). Dernekten ne anlaşılması gerektiği Türk Medeni Kanunu ve Dernekler Kanunu'nda "kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi toplulukları" şeklinde belirtilmiştir (Türk Medeni Kanunu m.56 ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu⁸⁵³ m. 2/1-a). Dernekler belirli bir amacı gerçekleştirmek için kurulan kişi topluluklarıdır. Toplumumuzda yaygın şekilde bilinen Türk Hava Kurumu⁸⁵⁴ ve Kızılay⁸⁵⁵ da kamu yararına çalışan ve dernek statüsünde faaliyet gösteren kuruluşlardır⁸⁵⁶.

Dernekler belirli bir amaç doğrultusunda bir araya gelen kişilerden oluşmakta iken, vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve haklarını belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır (TMK m.101/1, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu⁸⁵⁷ m.4). Vakıflar da dernekler gibi dayanaklarını Anayasa'dan alan kuruluşlardır (Anayasa m. 33/son).

Siyasi parti, dernek ve vakıfların araç olarak kullanılmasının dolandırıcılık suçunun nitelikli haline sebebiyet verebilmeleri için usulünce kurulmuş ve tüzel kişilik kazanmış olmaları gerekir.

⁸⁵² Turan Ateş: Demokrasi, Siyasi Partiler ve Seçim, İstanbul 2007, s. 107; Merih Öden: Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları, Ankara 203,

⁸⁵³ 23.11.2004 tarih 25649 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁵⁴ Türk Hava Kurumu Tüzüğü, 22.09.2004 tarih 25591 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁵⁵ 19.02.2009 tarih 27146 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Kızılay Derneği Tüzüğü'nün 2.maddesine göre Kızılay, 11/6/1868 tarihinde "Mecruhin ve Mardayı Askeriyeye İmdat ve Muavenet Cemiyeti" adıyla kurulmuş, 14/4/1877'de "Osmanlı Hilaliahmer Cemiyeti", 1923'te Cumhuriyet'in ilanından sonra "Türkiye Hilaliahmer Cemiyeti", 1935'te "Türkiye Kızılay Cemiyeti" ve 1947'de de "Türkiye Kızılay Derneği" adını almıştır. Tam adı "Türkiye Kızılay Derneği" olan kuruluş, "Türk Kızılayı" ve "Kızılay" adlarını da kullanır. Tüzüğün 3. maddesine göre Kızılay, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu hükümlerine göre dernek statüsündedir.

⁸⁵⁶ 4.CD, 02.06.1953, E. 1953/6940, K. 1953/6238: "Bir tenekenin üzerine Kızılay Cemiyeti işareti koyarak bir çok kimselerden para toplayarak, şahıslar dolandırılmış olmasına göre fiilin Kızılay Cemiyeti aleyhine olarak işlenmediği gözetilmeden 503 üncü maddenin ilk fıkrası yerine ikinci fıkrasının 2 sayılı bendiyle ceza tayini yolsuzdur" (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 489-490).

⁸⁵⁷ 27.02.2008 tarih 26800 sayılı Resmi Gazete.

2. Belirtilen Kurum ve Kuruluşların Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu İşlenmesi

Kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi, bu suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir (TCK m.158/1,d). 765 sayılı TCK'da sadece kamu kurum ve kuruluşlarının araç olarak kullanılması nitelikli haller arasında sayılmışken, bu hallerin kapsamı 5237 sayılı TCK'da genişletilmiştir. Belirtilen kurum ve kuruluşların aracı kılınması suretiyle işlenen dolandırıcılık suçunun, yasa koyucu tarafından nitelikli bir hal olarak kabul edilerek daha ağır bir ceza ile yaptırım altına alınmasının sebebi, toplumun bu kurum ve kuruluşlara duydukları güven ile bunların ekonomik ve sosyal hayatta yerine getirdikleri görevlerin önemidir.

Yasa koyucunun söz konusu düzenleme ile güttüğü diğer bir amaç ise; kamu kurum ve kuruluşları, meslek kuruluşları, siyasi parti, vakıf ve derneklere karşı toplumda duyulan güveni korumaktır. Zira bu kurum ve kuruluşların ekonomik, siyasi ve sosyal hayat içerisinde önemli rolleri vardır. Bu kurumların kendisine verilen görevleri etkin şekilde yerine getirebilmeleri için, toplumdaki güvenilirlik seviyelerinin yüksek olması gerekir. Dolandırıcılık suçunun bu kurumlar aracı kılınmak suretiyle işlenmesi halinde, mağdurun malvarlığında bir azalma meydana gelmiş olması nedeniyle zarar görmesi yanında, aracı olarak kullanılan kurum ve kuruluşlara duyulan güven de zedelenmektedir.

Belirtilen kurum ve kuruluşların kişilerin aldatılmasında bir araç olarak kullanılmaları doğrudan olabileceği gibi, bunların maddi varlıklarının, araçlarının, yazı ve belgelerinin kullanılması suretiyle dolaylı da olabilir. Örneğin nüfus müdürlüklerinin maddi varlıklarından olan nüfus cüzdanları⁸⁵⁸, trafik tescil şube müdürlüklerine ait motorlu araç trafik tescil belgesi⁸⁵⁹, bu belgeleri düzenlemekle yetkili ve görevli birimleri temsil etme noktasında etkin bir işleve sahip olup, adeta bu kurum ve kuruluşların uzantısı konumundadırlar. Bu belgelere hileli davranışlar içerisinde yer verilerek muhatabın

⁸⁵⁸ 11. CD., 28.05.2007, 1598/3685 (Taşdemir: s. 156), Yargıtay bu kararında ayrıca muhtarlıklar tarafından düzenlenen ikametgah belgesinin kullanılarak yapılan dolandırıcılık suçlarında, ikametgah belgesi muhtarlığın bir uzantısı olarak kabul edip, bunu da kamu kurumunun aracı kılınması olarak kabul etmiştir.

⁸⁵⁹ 11. CD., 27.04.2009, 2587/4776 (Taşdemir: s. 151).

aldatılmasında kullanılmaları, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin oluşumuna sebebiyet verecektir⁸⁶⁰.

Siyasi parti, dernek ve vakıfların, hileli davranışlar içerisinde kişilerin aldatılmasında araç olarak kullanıldıklarından bahsedebilmek için, usulüne uygun olarak kurulup tüzel kişilik kazanmaları gerekir. Bu nedenle gerçekte olmayan bir parti, vakıf veya derneğin, fail tarafından yanıltıcı belge ve bilgiler ile oluşturulup, hileli davranışları içerisinde yer verilerek kişilerin aldatılıp yarar sağlanmış ise, eylem dolandırıcılık suçunun nitelikli değil basit şekline neden olacaktır. Bununla birlikte, gerçekte var olmayan ancak mevcut ve toplum ve mağdurca bilinen bir derneğin (veya siyasi parti ya da vakfın) ismini çağrıştıran bir dernekten bahsedilmesi, buna ilişkin yanıltıcı belge ve bilgiler üretilerek kullanılıp mağdurun aldatılmış olması halinde, eylemin bir bütün halinde dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşturacağını düşünüyoruz. Zira failin amacı, kurguladığı ve gerçekte var olmadığını bildiği bir derneği mağdurun aldatılmasında araç olarak kullanmak değil; var olan derneğin mağdur nezdindeki güvenilirliğini sömürerek aldanmasını kolaylaştırmak ve yarar temin etmektir. Böyle bir durumda gerçekte var olmayan kurgulanmış derneğin dolandırıcılık suçunda araç olarak kullanıldığını değil; var olan ve kurgulanmış derneğin benzetilmeye çalışıldığı derneğin suçun işlenmesinde vasıta olarak kullanıldığını kabul etmek gerekir.

Nitelikli halin oluşumu açısından önemli olan husus, belirtilen kurum ve kuruluşların kişilerin aldatılmasında araç olarak kullanılmaları suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesidir. İşlenen dolandırıcılık suçu nedeniyle belirtilen kurum ve kuruluşların zarar görmüş olup olmamaları, suçun oluşumu açısından önemsizdir⁸⁶¹. Kamu kurum ve kuruluşları dışında kalan, siyasi parti, vakıf ve dernekler aracı kılınmaksızın, doğrudan bu kurumlara karşı dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde, dolandırıcılık suçunun nitelikli hali değil, basit şekli oluşacaktır⁸⁶². Yasada kamu kurum ve

⁸⁶⁰ 11. CD., 12.08.2010, E. 2010/7577, K. 2010/9218: “Sanıkların, kamu kurumu olan Ulaştırma Bakanlığı ile kamu meslek kuruluşu olan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği’nin maddi varlıklarından olan sahte TIR geçiş belgelerini kullanmak suretiyle dolandırıcılık suçunu işlediklerinin iddia olunması karşısında; eylemlerinin 5237 sayılı TCK.nun 158/1-d maddesinde öngörülen nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağı...” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁸⁶¹ Toroslu: Özel Kısım, s. 188-189.

⁸⁶² Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 610; 11. CD., 17.10.2006, E. 2006/4014, K. 2006/8212: “1- S. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı çalışanı olan sanıkların adı geçen vakfın mütevelli heyeti başkanı ve ita amiri olan dönemin kaymakamlarının yerine imza atarak ödeme emirleri düzenleyip Vakfın Ziraat Bankasında bulunan hesabındaki paraları çekerek uhdelerinde tutup haksız menfaat sağladıklarının iddia ve kabul edildiği olayda: 5263 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun ile 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve

kuruluşlarının zararına olarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi ayrı bir nitelikli hal olarak belirtilmiş olmasına karşın (TCK m.158/1,e), siyasi parti, vakıf ve derneklerin zararına olarak dolandırıcılık suçunun işlenmesine ilişkin olarak özel bir nitelikli hale yer verilmemiştir.

Yasa koyucu, nitelikli hali gerçekleştiren fail açısından herhangi bir özellik aramamıştır. Failin, araç olarak kullanılan kurum ve kuruluşlar ile organik bir bağı bulunabileceği gibi, bu kurum ve kuruluşlar ile herhangi bir ilişkisi olmayan, başkaca kişiler de olabilir. Önemli olan husus, failin, mağdurun aldatılmasında belirtilen kurum ve kuruluşları doğrudan veya dolaylı olarak aracı olarak kullanıp kullanmadığıdır. Failin, mağdura yönelttiği hileli davranışları içerisinde söz konusu kurum ve kuruluşlara yer vermesi gerekir. Bu yer verme çeşitli şekillerde olabilir. Belirtilen kurum ve kuruluşlara ait üye kimlik kartlarının, makbuzların, kartlar ve kartvizitlerin, broşürler ve amblemlerin kullanılması örnek olarak gösterilebilir. Yargıtay bir kararında sadece belirli kamu görevlilerinin kullandığı elbiselerin giyilerek ve bu elbisenin sağladığı kolaylıktan faydalanarak işlenen dolandırıcılık suçunun, kamu kurumunun aracı kılınmak suretiyle işlendiğini kabul etmiştir⁸⁶³.

C. Bilişim Sistemlerinin, Banka Veya Kredi Kurumlarının Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu İşlenmesi

Bilişim sistemleri, banka ve kredi kurumları günümüz ekonomik ve sosyal hayatının vazgeçilmez unsurları haline gelmişlerdir. Kullanımlarındaki artış ve

Dayanışmayı Teşvik Kanunu uyarınca il ve ilçelerde kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının mütevelli heyetlerinin teşkilinin 3294 Sayılı Yasanın 7. maddesinde, gelirleri 8. maddesinde, muafiyetler ise 9. maddesinde düzenlenmiş olup vakfın niteliği, malları ve paraları hakkında özel bir hüküm bulunmadığı gibi anılan yasanın son maddesinde de vakfın Medeni Kanun'daki hükümlere göre tescil edileceğinin belirtilmesi karşısında kabul gücü ayrıcalıklarının bulunmaması ve vakıflara ilişkin mevzuatın uygulanması gerektiği cihetle; anılan vakfın kamu kurumu ve kuruluşu olarak kabul edilemeyeceğinden evrakının da resmi belge sayılamayacağı, dolandırıcılık suçunun da kamu kurum ve kuruluşları aleyhine işlenmiş kabul edilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması; 2- Kabule göre de; Hüküm gerekçesinde banka aracı kılınmak suretiyle hayır kurumu olarak kabul edilen S. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'nın dolandırıldığı belirtilerek eylemine uyan 765 sayılı TCK. nun 504/3-7son maddesi ile hüküm kurulduğu ve 5237 sayılı TCK. nun 158. maddesinde dolandırıcılık suçunun hayır kurumları aleyhine işlenmesinin ve bu kurumların araç olarak kullanılmasının nitelikli haller arasında sayılmadığı gibi suçun anılan vakıf araç olarak kullanılarak işlenmeyip doğrudan vakfın zararına işlenmesi nedeniyle (d) bendinin uygulanamayacağı düşünülmeyen (f) bendinin yanında ayrıca (d) bendinin de hükme esasa alınması (...) bozulmasına" (yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

⁸⁶³ 11. CD, 05.05.2009, 8768/5217: "Sanığın kamu kurumunun varlıklarından olan albay üniforması giyip kendisini İl Jandarma Alay Komutanı olarak tanıtmak suretiyle dolandırıcılık suçuna teşebbüs ettiğinin iddia olunması karşısında; eylemin kamu kurumu aracı kılınmak suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağı..." (Taşdemir: s. 35-36).

yaygınlaşmaya paralel olarak bu kurumların kötüye kullanımları da artmıştır. Özellikle gelişen teknoloji ile birlikte bilişim sistemlerinin kullanımındaki artış, yeni suç işleme şekillerinin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu durum yasal düzenlemeleri de etkilemiş ve meydana gelen ihtiyaç doğrultusunda yeni düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur.

Bilişim sistemlerinin, banka ve kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesinin, nitelikli hal olarak kabul edilmesinin nedeni, suçun işlenmesinde sağladığı kolaylıktır⁸⁶⁴. Nitelikli halin oluşması için bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının kişilerin aldatılması için bir vasıta olarak kullanılmaları gerekir. Aldatmayı amaçlayan hileli davranışlar içerisinde yer almayıp, suçun diğer aşamalarında kullanılmaları suçun nitelikli haline sebebiyet vermez. Örneğin banka veya kredi kurumlarının mağdurun aldatılması aşamasında kullanılmayıp, yarar elde etme aşamasında paranın nakledilmesi veya ödenmesi için kullanılmış olmalarında durum böyledir. Bu halde banka veya kredi kurumları ödeme yapma veya paranın dolaşımında araç olarak kullanılmışlardır.

1. Banka veya Kredi Kurumlarının Araç Olarak Kullanılması

Banka ve kredi kurumlarından ne anlaşılması gerektiğini yukarıda açıkladık⁸⁶⁵. Bu nedenle burada banka ve kredi kurumuna ilişkin olarak yeniden ayrıntılı bir izahta bulunmayacağız. Ancak yukarıda anlatılanlar çerçevesinde bankayı kısaca, faizle para alıp veren, kredi, iskonto, kambiyo işlemleri yapan, kasalarında değerli belge, eşya saklayan ve daha başka ekonomik etkinliklerde bulunan kuruluş olarak; kredi kurumunu ise, faiz karşılığı olsun veya olmasın, yasal olarak borç para vermeye izinli olan özel veya resmi kuruluş olarak tanımlamak mümkündür.

⁸⁶⁴ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 611; Öğretide bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesinin, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmesinin anlamsız olduğu, bu şekilde işlenen suçların basit dolandırıcılık suçu olması gerektiği ileri sürülmüştür (Toroslu: Özel Kısım, s. 189); İletişim ve bilgi teknolojileri kullanılarak işlenen dolandırıcılık suçlarının sayısını azaltmak ve buna bağlı mağduriyetlerin önüne geçmek için uzmanlar tarafından bazı tavsiyelerde bulunmaktadır. Buna göre kişiler arası hukuki ilişkilerin tesisi aşamasında muhatabın kimliğini tespit açısından belgelerden ziyade, yüz tanıma, parmak izi, avuç içi izleri, göz içerisindeki retina ve iris özellikleri ve ses gibi sahibini teşhiste kesinlik derecesi yüksek biyolojik verilerin aranması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Yine kişisel verilerin güvenli şekilde saklanması ve iletimi için, kriptolanmış şifreleri kullanmasının önemli olduğu, dijital ortamlardaki belge ve bilgilerin kriptolanarak saklanması ve gönderilmesinin yararlı olduğu belirtilmektedir. Bu önlemler sayesinde hileli davranışlar ve bunlar çerçevesinde aldanma tehlikesi ortadan kalkacak veya azalacaktır (Chawki/Abdel Wahab: s. 33-38).

⁸⁶⁵ Yukarıda bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 1.

Banka ve kredi kurumlarının aracı kılınması suretiyle işlenen dolandırıcılık suçunun, basit şekline nazaran, daha ağır bir ceza ile yaptırım altına alınmasının sebebi, bunlara duyulan kamu güveni nedeniyle, kişilerin oluşturulan hileli davranışlar nedeniyle aldanmaları; aldanan kişilerin malvarlıkları açısından fail yararına ve fakat kendi zararlarına olan işlemler yapmalarındaki kolaylıktır⁸⁶⁶.

Banka ya da kredi kurumlarının dolandırıcılık suçunun işlenmesinde araç olarak kullanıldığından söz edilebilmesi için, failin hileli davranışları içerisinde bankaları veya kredi kurumlarını doğrudan ya da dolaylı şekilde araç olarak kullanmaları gerekir. Banka ve kredi kurumlarının olağan faaliyetleri nedeniyle üretmiş oldukları ve bu nedenle etkin şekilde kendilerini temsil eden maddi varlıklarının mağdurun aldatılmasında araç olarak kullanılarak, haksız çıkar elde edilmesi halinde dolaylı bir kullanımın olduğu kabul edilecektir. Eylemin nitelikli hale sebebiyet verebilmesi için, banka veya kredi kurumlarına ait mal veya hizmetler ile bunların fonksiyonlarının hileli davranışlar içerisinde fail tarafından kullanılması yeterlidir. Suçun mağdurunun kim olduğu nitelikli halin oluşumu bakımından ayırıcı bir öneme sahip değildir⁸⁶⁷. Çek, dekont, teminat mektubu ya da hesap cüzdanı banka ve kredi kurumlarının maddi varlıklarındandır. Bu varlıkların araç olarak kullanılması ile işlenen dolandırıcılık suçları, suçun nitelikli haline sebebiyet verecektir⁸⁶⁸.

Dolandırıcılık suçunun incelememize konu nitelikli şeklinin oluşması için failin banka veya kredi kurumlarını doğrudan veya dolaylı olarak, mağduru aldatmak amacıyla araç olarak kullanması; hileli davranışlar içerisinde bu kurumlara doğrudan veya dolaylı olarak yer vermiş olması gerekir⁸⁶⁹. Bu kurumların mağduru aldatmak amacıyla araç olarak kullanılmayıp, mağdurun bu araçlar vasıtasıyla (örneğin ödeme aracı olarak)

⁸⁶⁶ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 539; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 471; 11. CD., 11.05.2009, 21726/6116: “Bankanın araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun oluşması için bankanın maddi varlığı kullanılarak suçun işlenmesi, mağdurun bankaya ait belgeye güvenerek aldanmış olması gerektiği...” (Taşdemir: s. 194).

⁸⁶⁷ CGK’nın 07.02.2006 tarih ve E. 2005/11-129, K. 2006/13 sayılı karar gerekçesinden alıntı yapılmıştır.

⁸⁶⁸ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 460; Taşdemir: s. 173.

⁸⁶⁹ CGK, 15.10.2002, E. 2002/6-213, K. 2002/356: “Yeni mal alabilmek için, mevcut borçlarını aynı gün EFT havalesi ile gönderdiğine ilişkin özel belge niteliğindeki sahte banka dekontunu düzenleyip müşterisi olduğu bankanın cihazından şikâyetçinin şirketine faksleyerek desise kullanan, ardından bu hususu teyit için telefon açıp parayı gönderdiğini, dekontu da bankadan faksladığını bildirerek hileye başvuran, bayram arifesinde yaşanan yoğunluk nedeniyle banka işlerindeki olası gecikmeleri ve paranın hemen hesaplarına ulaşmamasını normal karşılayan şirket yetkililerini bu yolla hataya düşürüp malı teslim etmelerini sağlayan, aldığı malın bedelini ödemeyerek kendisine haksız yarar sağlayan sanığın eylemi, banka aracı kılınarak dolandırıcılık sunu oluşturmaktadır. Sahte banka dekontu kullanılmak suretiyle özel belgede sahtecilik suçu da oluşmuş ise de, belge, dolandırıcılık suçunda desise unsurunu oluşturacak biçimde kullanıldığından, sanık fikri içtima hükmü uyarınca, sadece, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli dolandırıcılık suçundan cezalandırılmalıdır” (Mater Kaban/Halim Aşaner/Özcan Güven/Gürsel Yalvaç: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, 2001, No:331; Taşdemir: s. 186-188).

zarara uğratılmış olması, dolandırıcılık suçunun nitelikli haline sebebiyet vermez⁸⁷⁰. Örneğin mağdurun banka hesabında bulunan paranın, hesap sahibine karşı herhangi bir hileli davranış yöneltilmeksizin, hatta bu kişi ile ilişki dahi kurmaksızın, banka görevlilerinin hileli davranışlarla aldatılarak elde edilmiş olmasında, bankanın aldatmada aracı kılınmasından bahsedilemez⁸⁷¹. Bu durumda, hileli davranışlara muhatap olan kişi bankada hesabı bulunan kişi değil, bankada görev yapan ve hesap ile ilgili işlem yapma yetkisi bulunan çalışandır⁸⁷². Failin eyleminde, kredi tahsis talebi bulunmadığından, açılmaması gereken bir kredinin açılmasının sağlanmasından da bahsedilemez. Örneğimizde failin hileli davranışları nedeniyle, bankada hesabı bulunan kişi zarar görmüş ise de, hileli davranışlara muhatap olan ve aldatılan kişi yani suçun mağduru banka görevlisidir. Bankanın ve dolayısıyla banka görevlisinin meydana gelen zarar nedeniyle hesap sahibine karşı hukukî yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülük nedeniyle dolandırılan ve malvarlıklarında azalma meydana gelen kişi gerçekte bankada hesabından para eksiltelen kişi olmayıp, bankanın tüzel kişiliği ve banka çalışandır. Hesap sahibinin burada dolaylı bir mağduriyeti vardır. Bu halde diğer şartların varlığı halinde dolandırıcılık suçunun nitelikli değil, basit şekli oluşacaktır⁸⁷³. Yine bankanın sadece yararın temininde

⁸⁷⁰ 11. CD., 07.05.2003, 12999/2552: "... bankanın ödeme vasıtası olup dolandırıcılık suçunun işlenmesinde vasıta olarak kullanılmadığı gözetilmeden..." (Taşdemir: s. 158). 11. CD., 08.07.2010, E. 2010/3585, K. 2010/8155: "...bankanın ödeme aracı olup suçun işlenmesinde vasıta olarak kullanılmaması nedeniyle 765 sayılı Yasanın 504/3.maddesinin 3. bendinin uygulanamayacağı..." 11. CD., 08.02.2011, E. 2010/16137, K. 2011/579: "...sanığın hile ile şikayetçilerin iradelerini sakatlamasından sonra ödemenin gerçekleştirilmesi bakımından kullanılan bankanın suçun işlenmesinde vasıta olamayacağı..." (yayınlanmamış Yargıtay kararları).

⁸⁷¹ "Bankanın araç olarak kullanıldığından söz edilebilmesi için dolandırıcılık fiilinin gerçekleştirilmesi sırasında bankaların olağan faaliyetleri nedeniyle ürettikleri çek karnesi, banka dekontu, teminat mektubu gibi maddi varlıkların, kişilerin iradelerinin sakatlanmasında kolaylaştırıcı unsur olarak kullanılarak haksız çıkarın elde edilmesi gerekir" (CGK'nın 07.02.2006 tarih ve E. 2005/11-129, K. 2006/13 sayılı kararına yazılan muhalefet şerhinden).

⁸⁷² 11. CD., 29.09.2003, 10302/6246.

⁸⁷³ 11. CD., 22.01.2008, E. 2007/8423, K. 2008/117: "Somut olayda; sanığın, katılan M. Seçim'in kimlik bilgilerine göre düzenlenip kendi fotoğrafı yapıştırılmış ele geçirilemeyen sahte nüfus cüzdanını kullanarak katılan A... A.Ş.'nin Yenigün Şubesi'nde hesap açtırarak diğer katılan M. Çağlar'ın bankada bulunan para hesabındaki var olan verileri (bilgileri) sahte kimlikle açtırdığı hesaba internet yoluyla havale edip hesap cüzdanı ibraz ederek banka şubesinden çektiğinin iddia ve kabul olunması karşısında; eyleminin, paranın sanığın açtırdığı hesaba intikaline kadar katılan M. Çağlar'a yöneltilmiş hile bulunmaması ve tamamen bilişim sistemi içinde gerçekleştirilmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK. nun 244/4 maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, vasıflandırılmada yanılgıya düşülerek unsurları oluşmayan banka aracı kılınmak suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması" (Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 602).

Öğretide *Tezcan/Erdem/Önok*, Yargıtay tarafından verilen bu kararı eleştirmişler ve banka aracı kılınmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlendiğini savunmuşlardır (Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 602, d.pn.434). Kanaatimizce Yargıtay kararı yerindedir. Zira olayda bankanın fail tarafından, mağdura karşı yöneltilen hileli davranışlar içerisinde bir araç olarak kullanılması söz konusu olmadığı gibi, açılan hesap vadesiz bir hesap olması nedeniyle kredi dolandırıcılığından da bahsedilemez. Mağdurun zarara uğramasında bankanın ödeme aracı kullanılmasıyla, bankanın doğrudan veya dolaylı olarak mağdurun aldatılmasında bir araç olarak kullanılması birbirinden farklıdır.

bir araç olarak kullanılması halinde de dolandırıcılık suçunun nitelikli değil basit şekli oluşacaktır⁸⁷⁴.

Günlük yaşamda banka ve kredi kurumlarının araç olarak kullanılmak suretiyle işlenen dolandırıcılık suçları sahte çek, sahte hesap cüzdanı veya gerçek dışı teminat mektupları kullanılarak işlenmektedir. Banka veya kredi kurumunun doğrudan yürüttüğü faaliyetler, hizmetler veya ürettiği ürünler kullanılmak suretiyle bir kişinin aldatılıp zararına olarak yarar elde edilmiş olabilir. Böyle bir durumda söz konusu kurumların, mağduru aldatmak için doğrudan araç olarak kullanıldıkları açıktır. Buna karşın banka veya kredi kurumları tarafından üretilen, başka bir kurum ve kişi tarafından oluşturulması mümkün olmayan varlıklar kullanılmak suretiyle dolandırıcılık suçu işlenmiş ise, incelememize konu nitelikli hal gerçekleşecektir. Sadece bankalar tarafından bastırılıp verilebilen çekler kullanılmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesinde bankanın aracı olarak kullanıldığından bahsedilecektir. Zira doğrudan olmasa dahi, bankanın maddi bir varlığı olan çek araç olarak kullanılmak suretiyle mağdur aldatılmış ve zarar görmesi temin edilerek yarar sağlanmıştır. Bu halde çek, bankanın duvarları dışına taşarak ekonomik hayata etki eden bir uzantısı olarak kabul edilmelidir. Zira çek dolaylı olarak bankayı, bankanın sağladığı güvenceyi ve kolaylığı temsil etmektedir. Çekin hileli davranışlar içerisinde kullanılması ile bankacılık işlemlerinin doğrudan kullanılması arasında herhangi bir fark yoktur. Her iki halde de bankanın kişilerin aldatılmasında bir araç olarak kullanıldığı kabul edilmelidir.

Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin, hileli davranış içerisinde kullanılarak kişilerin aldatılıp zararlarına olacak şekilde yarar elde edilmesi ile; bu şekilde oluşturulan bir çekin bankaya ibraz edilerek, çek hesabı sahibinin zarara uğratılması veya uğratılmaya çalışılması farklıdır. İlk halde, yasal unsurlara sahip, ödeme aracı olarak kullanılan bir çek ile muhatap aldatılmakta, karşılığında mal veya hizmet temin edilmek suretiyle bir menfaat sağlanmaktadır. İkinci halde ise, bu şekilde oluşturulan bir çek, başka kişilerin aldatılmasında bir araç olarak değil; doğrudan tahsil için banka görevlisine ibraz edilmektedir. Çekin sahteliği fark edilmeden banka görevlisinin ödeme yapması halinde,

⁸⁷⁴ “...bankanın ödeme vasıtası olması ve suçun işlenmesi sırasında bankanın maddi bir varlığının kullanılmaması nedeniyle işlenen dolandırıcılık suçlarında vasıta olarak kullanılmadığı, bu nedenle sübutu kabul edilen eylemin TCK’nın 157. maddesinde öngörülen dolandırıcılık suçunu oluşturduğu...” (11 CD., 31.3.2009, 21148/3610, Taşdemir: s. 36).

eylemin dolandırıcılık suçuna sebebiyet verip vermeyeceği; dolandırıcılık suçu oluşmuş ise nitelikli halinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin incelenmesi gerekir.

Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmiş olmasından doğan zarar muhatap bankaya aittir. Bunun için keşideci olarak gösterilen kişinin, kendisine verilen çek defterini iyi saklamış olması ve aksine bir durumun varlığı halinde kendisine bir kusurun yüklenmesinin mümkün olmaması gerekir (6762 sayılı TTK m. 724, 6102 sayılı TTK m. 812). Aksi halde meydana gelen zarardan dolayı keşideci kusuru oranında sorumlu olacaktır. Bu yasal mevzuat doğrultusunda, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin muhatap bankaca kendilerine yüklenen dikkat ve özeni göstermeden ödenmiş olması ve keşideci olarak gösterilen kişinin herhangi bir kusurunun bulunmaması halinde zarar gören kişi banka tüzel kişiliği; aldatılan ve mağdur ise banka görevlisi olacaktır. Kanaatimizce bu halde TCK'nın 158/1-f maddesinde belirtilen nitelikli dolandırıcılık suçu değil, TCK'nın 157. maddesinde düzenlenen basit (temel) dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Zira, incelememize konu nitelikli halin gerçekleşmesi için, “banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle” işlenen dolandırıcılık suçundan zarar gören kişinin, banka veya kredi kurumlarından başkası olması gerekir. Banka veya kredi kurumlarının, doğrudan veya dolaylı olarak, kendilerine karşı işlenecek dolandırıcılık suçlarında araç olarak kullanılmaları olanaklı değildir. Yasa koyucu tarafından korunması amaçlanan gerçek veya tüzel kişilerin, aracı olarak kullanılan banka veya kredi kurumları dışında kalan gerçek veya tüzel kişiler olduğunu düşünüyoruz.

Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinde, keşideci olarak gösterilen kişinin kusuru bulunması halinde ise, TCK'nın 158/1-f maddesinde belirtilen, dolandırıcılık suçunun nitelikli şekli oluşabilecektir. Zira bu halde, banka görevlisi, keşideci olarak gözüken kişinin kusuru nedeniyle, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin hileli davranış olarak kullanılması nedeniyle aldatılmış; bu aldanma neticesinde keşideci olarak gözüken kişinin hesabında işlem yaparak, keşidecinin zarar görmesine sebebiyet vermiştir. Banka görevlisinin aldanmasında banka tarafından üretilen bir hizmet olan çekin kullanılması, kolaylaştırıcı bir etki sağlamış; fail bu kolaylıktan faydalanarak eylemini gerçekleştirmiştir.

2. Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması (Bilgisayar Dolandırıcılığı)

Bilgisayarların üretimi ve sonrasında insanlığın hizmetine sunumu, veri ağlarının gelişimi ve internet kurulması ve kullanımının yaygınlaşması ile ekonomik ve sosyal hayatta büyük bir değişim yaşanmaya başlanmıştır. Bu gelişmeler ile sanayi devrimi bitmiş, teknoloji devrimi ve bilgi çağı dönemi başlamıştır.⁸⁷⁵ Bilişim teknolojisi ekonomik ve sosyal hayata çeşitli boyutlarda önemli tesirlerde bulunmuş, buna paralel olarak Ceza Hukukunu etkilemiştir. Bu sistemler araç olarak kullanılarak kişilik hakları ihlal edilmeye başlanmış ve gerçek ve tüzel kişilere zarar verilmiştir. Bunlara ek olarak bizzat bilişim sistemleri suçun maddi konusu olmaya başlamıştır⁸⁷⁶.

Bilişim sisteminden ne anlaşılması gerektiği yasa koyucu tarafından açıklanmamıştır. Bu nedenle bilişim sisteminin kısaca açıklanması, konunun daha iyi anlaşılması açısından önemlidir. Verileri toplayıp yerleştirdikten sonra, bunları otomatik işlemlere tabi tutan manyetik sisteme bilişim sistemi denilir⁸⁷⁷. Bilişim sisteminin aracı kılınması suretiyle dolandırıcılık suçun işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmesinin sebebi, bu yöntemin suçun işlenmesini kolaylaştırması ve bu şekilde işlenen suçlar ile meydana getirilen zararların büyüklüğüdür⁸⁷⁸.

Aşağıda inceleyeceğimiz üzere bilişim suçları ile dolandırıcılık suçları birbirinden farklıdır⁸⁷⁹. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen dolandırıcılık suçlarında, nitelikli halin gerçekleşmesi açısından bilişim suçlarından biri veya birkaçı işlenmiş olabilir; ancak bu zorunlu değildir. Yani, herhangi bir bilişim suçuna sebebiyet vermeksizin, failin hileli davranışlarını oluştururken bilişim sisteminden yararlanması, bu sistemi araç olarak kullanıp muhatabını aldatması, sonrasında onun veya

⁸⁷⁵ Berrin Bozdoğan Akbulut: “Bilişim Suçları”, SÜHFD, 2000, C.8, S. 1-2, s. 547.

⁸⁷⁶ Bozdoğan Akbulut: s. 547-548; Brenner: s. 3-12.

⁸⁷⁷ Ahmet Caner Yenidünya/Olgun Değirmenci: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, İstanbul, 2003, s. 27; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 612; R. Yılmaz Yazıcıoğlu: Sosyolojik, Kriminolojik ve Hukuki Boyutlarıyla Bilgisayar Suçları, İstanbul 1997, s. 4-5; Bozdoğan Akbulut: s. 546; Yüksel Ersoy: “Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları”, AÜSBFD, 1994, C.49, S. 3-4, s. 151; Ö.Umut Eker: “Türk Ceza Hukuku’nda Bilişim Suçları, Eski TCK Bağlamında Hukukumuzda Yer Alan İlk Düzenlemeler ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nun İlgili Hükümlerinin Yorumu”, TBB Dergisi, 2006, S. 62, s. 102; Özgür Eralp: Hukukçular İçin Bilişim Terimleri Sözlüğü, Ankara 2007, s. 32-33; TCK’nın 243. maddesinin gerekçesinde bilişim sistemi, “verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağını veren manyetik sistemler” olarak tanımlanmıştır. Tanımda geçen veri ise “sistem içindeki bütün soyut unsurlar” olarak belirtilmiştir.

⁸⁷⁸ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 471.

⁸⁷⁹ Aşağıda bkz. Dördüncü Bölüm, VII.

başkasının zararına, kendisi veya başkasının yararına menfaat temin etmiş olması mümkündür. Dolandırıcılık suçunun işlenmesi sırasında, zorunlu olarak bilişim suçu işlenmiş ise, bu halde ortada iki ayrı suçun varlığı söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda aşağıda ayrıntılarına yer verdiğimiz gerekçeler doğrultusunda, işlenen her iki suç arasında gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiğini düşünüyoruz⁸⁸⁰.

Yargıtay uygulaması incelendiğinde, Yargıtay'ın, bilişim suçları ile dolandırıcılık suçunun farklılığına değinen birçok kararı bulunmaktadır⁸⁸¹.

Bilişim sisteminde yer alan verilerin ve programların değiştirilmesi, gerçek olmayan veriler girilmesi veya mevcut verilerde tahribat yapılması suretiyle oluşturulan hileli hareketlerin kişilerin aldatılmasında vesile olarak kullanılarak haksız yarar elde edilmesi halinde, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesinden bahsedilecektir⁸⁸². Görüldüğü üzere fail tarafından bilişim sistemi, mağdurun aldatılması ve iradesinin yönlendirilmesi için kullanılan hileli davranışın bir parçası ve çoğu zaman kendisidir. Dolandırıcılık suçunun nitelikli halinde bilişim sistemine müdahalede bulunulmak suretiyle doğrudan yarar sağlanmamakta; bu şekilde oluşturulan yanlış veriler kişilerin aldatılmasında hile unsuru olarak kullanılarak menfaat temin edilmektedir. Aksi durumda, yani, bilişim sistemlerinin kişilerin aldatılmasında bir araç olarak kullanılmayıp, doğrudan bu sistemlere müdahale etmek suretiyle menfaat sağlanmış ise dolandırıcılık suçundan bahsedilemez. Bu halde eylem, şartları gerçekleştiği takdirde TCK'nın 244. maddesinde tanımlanan bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunu oluşturacaktır. Zira, doğrudan bilişim sistemine

⁸⁸⁰ Aşağıda bkz. Beşinci Bölüm, IV, A, 2, b.

⁸⁸¹ 11. CD., 24.11.2009, E. 2007/849, K. 2009/14539: “Dolandırıcılık suçu; hileli davranışlarla bir kişinin aldatılıp onun veya bir başkasının zararına, failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması suretiyle oluşur. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin, gerçek bir kişiye yöneltilmiş olması, onun kandırılarak çıkar sağlanması gerekir. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunda ise, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemler araç olarak kullanılıp gerçek kişiler aldatılarak çıkar sağlanmaktadır... Gerçek bir kişiyle karşı karşıya gelmeden, yüz yüze veya telefon, bilgisayar, bilgi geçer gibi bir başka vasıta kullanılarak görüşmeden, konuşmadan, kişilere yönelik hileli davranışlarla aldatılmadan sadece bilişim sistemi kullanılarak doğrudan doğruya çıkar sağlanması halinde "bilişim sistemine girerek haksız çıkar sağlama suçu"gerçekleşecektir... Kişilere karşı hileli hareketlerde bulunulmadan, kredi kartları kullanılmadan bilişim sisteminden yararlanılarak kart bilgileri yazılıp mail order yöntemiyle alışveriş yapılarak satıp bedelinin, suçtan zarar gören şikayetçinin kredi kartı hesabından ödenmesinin sağlanması suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK.nun 525/b-2 maddesine (5237 sayılı TCK.nun 245/1. maddesine) uygun bilişim sistemini kullanarak çıkar sağlama suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde (dolandırıcılık suçundan) hüküm kurulması...”; Benzer kararlar için bkz. 11. CD., 14.10.2010, E. 2007/8381, K. 2010/11186; 11. CD., 14.10.2010, E. 2009/22925, K. 2010/11207; 11. CD., 14.10.2010, E. 2008/20436, K. 2010/11188; 11. CD., 13.10.2010, E. 2010/7788, K. 2010/11083.

⁸⁸² Olgun Değirmenci: “Bilişim Suçları Alanında Yapılan Çalışmalar ve Bu Suçların Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi”, Legal Hukuk Dergisi, 2003, C.1, S. 11, s. 2757.

müdahale edilmek suretiyle yarar elde edilmiş, ancak kişilerin kendilerine yöneltilen hileli davranışlar ile aldatılmaları söz konusu olmamıştır. Dolandırıcılık suçuna rengini veren ve onu diğer suçlardan farklı kılan en temel unsur, failin hileli davranışlar ile mağduru aldatması, aldatılarak elde edilen rızası ile kendi veya başkasının zararına ve fakat fail veya başkasının yararına işlemde bulunmasının sağlanmasıdır. Bu özellikleri taşımayan bir eylem, dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermez.

Bilişim sistemlerinin, fail tarafından hileli davranışları içerisinde kullanılmayıp, mağdur ile iletişime geçmek için bir vasıta olarak kullanılması ve mağduru aldatılması mümkündür. Böyle bir durumda, bilişim sistemlerinin kişilerin aldatılmasında kolaylaştırıcı bir araç olarak kullanılmasından bahsedilemez. Örneğin fail bilişim sistemleri (elektronik ileti, kısa mesaj) sayesinde yazılı, resimli, sesli veya hem sesli ve hem de görüntülü olarak mağdur ile bağlantı kurmuş; bu şekilde mağdura karşı sözlü olarak hileli davranışlar sergilemiş ve mağduru aldatmış ve haksız yarar sağlamış ise, eylem basit dolandırıcılık olarak nitelendirilecektir. Zira fail, yüz yüze konuşarak ortaya koyacağı hileli davranışları, dolaylı olarak kurduğu iletişim ile sergilemiştir. Burada bilişim sistemlerinin hileli davranışların bir parçası olduğundan yani fail tarafından mağduru aldatmak için araç olarak kullanımından ve aldanmayı kolaylaştırdığından bahsedilemez.

Öğretide bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılarak dolandırıcılık suçunun işlenmesine internet üzerinden yapılan satışlar da örnek olarak verilebilir. İnternet üzerinden yapılan satımlarda, satıcının hileli davranışlar sergileyerek malın gerçek nitelik ve niceliklerinden farklı şekilde gösterilmesi ve bu şekilde alıcının aldatılarak, almaması gereken bir malı almasının sağlanması ve zarara uğraması halinde dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin gerçekleştiğinden bahsedilebileceği savunulmuştur⁸⁸³.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında öğretide savunulan bu yaklaşıma paralel olarak vermiş olduğu bir kararında; internet sitesinde emsallerine göre ucuz fiyatlı olarak satışa sunulan bir aracı almak isteyen ve telefonla irtibata geçen kişiden kaparo alınması, buna karşın aracın kişiye teslim edilmemiş olunması eyleminde TCK'nın 158. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçunun oluşacağını kabul ederek, aynı kanaatte olan Yargıtay 15. Ceza Dairesi kararının onanmasına hükmetmiş ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının eylemin "basit

⁸⁸³ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3656.

dolandırıcılık” olacağına dair itirazını reddetmiştir⁸⁸⁴. Yargıtay kararının gerekçesinde “*bilişim sistemlerinin aynı anda birçok kişiye ulaşmasındaki çabukluk ve sağladığı kolaylığa dayanarak... sanığın bilişim sistemini araç olarak kullanmak suretiyle suçu işlediği*”ne yer vermiştir.

Öğretide ileri sürülen ve Yargıtay tarafından kabul edilen yaklaşıma katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Şöyle ki; internet siteleri, bilişim sistemleri vasıtasıyla ulaşılan ve bu sistemler tarafından üretilen ortamlardır. İnternet siteleri basın ve yayın amacı için kullanılabileceği gibi, reklam veya ilan gibi başkaca birçok amaç için de kullanılabilir. Dolayısıyla kişilerin, örneğin el broşürleri ile oluşturabilecekleri hileli ilanları internet siteleri üzerinden kurgulamak suretiyle muhataplarına ulaştırmaları mümkündür. Bu halde ilanın niteliğinin değiştiğinden bahsedilemeyecek, ancak etkisinin ve ulaşacağı kişi sayısının rakamsal fazlalığından söz edilebilecektir. Her ne kadar daha çok kişiye ulaşmasında internet sitelerinin uygun ortamlar olduğu tartışmasız ise de, kişilerin yapılan ilanlardan etkilenme ve iradelerinin baskı altına alınma dereceleri açısından el ile dağıtılan ilanlardan daha etkin oldukları genel olarak söylenemez.

Bununla birlikte Yasa Koyucu TCK’nın 158/1-f madde ve fıkrasında dolandırıcılık suçunun “*bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle*” işlenmesini nitelikli hal olarak kabul etmiştir. İnternet sitelerinin “*bilişim sistemi*” olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bilişim sisteminden kasıt, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin “*tanımlar*” başlıklı birinci maddesine göre; bir veya birçok unsuru, bir programın işleyişi aracılığıyla verilerin otomatik olarak işleme tabi tutulmasını sağlayan, birbirine bağlanmış veya benzeşen tek veya toplu tertibattır⁸⁸⁵. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere internet sitesi tek başına “*bilişim sistemi olarak*” kabul edilemeyeceğinden, internet sitesinde yapılan ilanlarda tek başına nitelikli dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermez. Zira internet siteleri bilişim sistemleri vasıtasıyla oluşturulan ve görünür hale getirilen ortamlardır. Yani bilişim sistemleri tarafından meydana getirilen ürünler olup, tek başlarına bilişim sistemi değildirler.

Açıkladığımız bu gerekçelerle Yargıtayın kararına konu olayın bir bütün olarak basit dolandırıcılık suçunu oluşturacağı düşüncesindeyiz. Eğer diğer şartların gerçekleşir

⁸⁸⁴ CGK., 16.04.2013, E: 2012/15-1407, K: 2013/140 (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁸⁸⁵ Yeşim Atamer: İnternet ve Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 703; Sacit Yılmaz: “5237 Sayılı TCK’nın 244. Maddesinde Düzenlenen Bilişim Alanındaki Suçlar”, TBB Dergisi, S. 92, 2011, s.63; Chawki/Abdel Wahab: s.2, dpn.5 ve s. 29-31.

ise⁸⁸⁶, internet sitesi üzerinden yapılan yanıltıcı reklam ve ilanlar TCK'nın 158/1-g maddesinde belirtilen “basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” işlenen dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşturabilir.

Bilişim sistemlerinin kişilerin aldatılmasında vasıta olarak kullanılarak işlenen dolandırıcılık suçuna bir örnek vermek gerekir ise; internet üzerinden rezervasyon imkânı sunan ve aynı sistemle ödemeleri kabul eden bir otelin bilişim sistemine birisi girse, hafta sonu için rezervasyon yaptırsa, sonra da otelin bilişim sistemine yapılan rezervasyonun ödemelerinin yapılmış olduğuna dair gerçeğe aykırı veri yerleştirse, sonrasında otele gitse, otel yetkilisi kendi bilişim sistemlerine girdiğinde rezervasyonun ve ayrıca ödemenin yapıldığına dair fail tarafından daha önce yerleştirilen verileri görerek aldansa ve failin kalmasına izin verse ve herhangi bir ücret almasa, bu durumda, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlendiğinden bahsedilecektir⁸⁸⁷.

Buna ek olarak başkasına ait elektronik posta adresinin şifresini ele geçiren bir kişinin, hesap sahibinin arkadaşları ile elektronik posta aracılığı ile irtibata geçmesi; kendisini hesap sahibi olarak tanıtip bu kişilerden yardım talep ederek menfaat sağlaması da bilişim sisteminin dolandırıcılık suçunda araç olarak kullanılmasına örnek olarak gösterilebilir⁸⁸⁸.

Günümüzde tüzel kişiler gerek kendi içinde ve gerekse ilişkide bulundukları diğer tüzel kişiler ile kablolu olarak veya internet üzerinden iletişim sağlayan sistemlere sahiptirler. Söz konusu bağlantı sayesinde, talep edilen bilgi ve belgeler ilgili ağ üzerinden gönderilip alınabilmektedir. Böyle bir ağ üzerinden faaliyetlerini yürüten kişi veya kurumların, sisteme yanıltıcı bilgiler girmek suretiyle haksız yarar sağlaması halinde bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen dolandırıcılık suçundan

⁸⁸⁶ Bu şartlar için aşağıda bkz Üçüncü Bölüm, IV, D.

⁸⁸⁷ Levent Kurt: Açıklamalı İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Ankara 2005, s. 171.

⁸⁸⁸ 11. CD., 24.10.2007, E. 2007/7300, K: 2007/7063: “Sanığın, İnternet aracılığıyla F. Burusa'nın arkadaşlarının e-mail posta adreslerini hukuka aykırı şekilde ele geçirdikten sonra kendini F. Burusa olarak tanıtip mağdurlar A. Toğaç, T. Toğaç, N. Yıldırımlar, İ. Özgüller, T. Demir'den kontör istediği ve bu kişilerin de sanığı F. Burusa sanarak toplam 1100 kontörü gönderdikleri iddiasıyla açılan davanın iddianamesinde “bilişim sistemine girilerek verileri haksız olarak ele geçirerek ve değiştirerek dolandırıcılık suçunun işlendiğinin” anlatılması ve suç olarak bilişim sistemine girerek dolandırıcılık suçunun gösterilmesi mahkemelerin sevk maddesi ile bağlı olmayıp olayla bağlı olmaları nedeniyle tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiş, yüklenen dolandırıcılık suçunda 5377 Sayılı Yasa ile değişik 158/1 fıkrasının son cümlesi uyarınca temel hapis cezasının alt sınırının 3 yıldan ve adli para cezasının ise elde edilen menfaatin iki katından az olamayacağı ve mağdur sayısının ayrı ayrı ceza tayini gerektiği gözetilmeden eksik ceza tayini” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

bahsetmek mümkündür. Mesela, Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ile eczaneler arasında internet üzerinden kurulan bir ağ vardır. Bu sayede SGK tarafından, satılan ilaçların sisteme kayıtlı olup olmadığı, hastalara ne tür ilaçların reçetelendirildiği, fazla dozda ilaç yazılıp yazılmadığı, hastaların hangi eczaneden ne kadar ilaç aldığı, bu ilaçlar nedeniyle ilgili eczaneye ne kadar ödeme yapıldığı kontrol edilmektedir. Buna paralel olarak eczanelere yapılacak ödemelerin tutarı da yine sistem üzerinden girilen veriler çerçevesinde hesaplanmaktadır. SGK ile ağ bağlantısı olan bir eczacının, kurumu yanıltmak amacıyla bir kısım hastaların reçetelerine yazılan ilaç ve tıbbi malzeme miktarlarını, yazılandan fazla miktarda sisteme girmek suretiyle, kurumdan fazla miktarda ödeme alarak yarar sağlaması, dolandırıcılık suçunun nitelikli şeklini oluşturabilecektir⁸⁸⁹. Zira sisteme eczacı tarafından girilen yanlış ve yanıltıcı veriler, bu verileri baz alarak ödeme miktarını belirleyip ödemeyi gerçekleştiren SGK çalışanlarını yanıltma özelliğine sahiptir. Söz konusu veriler, kurum ve eczacı arasında yapılan anlaşma çerçevesinde, aksi sabit oluncaya kadar gerçek kabul edilen bilgilerdir. Bu nedenle kurum çalışanının ödeme aşamasında çoğu kez söz konusu verilerin doğruluğunu kontrol etme imkânı bulunmamaktadır.

Bilgisayarla elektronik posta (e-mail) gönderilerek, muhatabın aldatılması ve zararına olacak şekilde yarar elde edilmesi durumunda, bilişim sisteminin vasıta olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu işlenmiş olabilir⁸⁹⁰. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında elektronik posta gönderilerek kişilerin aldatılıp, yarar sağlanmasını nitelikli dolandırıcılık olarak kabul etmiştir⁸⁹¹. Yine başka bir kararında Yargıtay, failin internet aracılığı ile elde ettiği bir başkasına ait elektronik posta adresini kullanarak o kişinin arkadaşlarına mesaj göndererek kontör istemesinin mağdur sayısınca bilişim sistemi kullanılarak dolandırıcılık suçunun işlendiğine karar vermiştir⁸⁹². Ancak elektronik posta

⁸⁸⁹ Meran: s. 157-158.

⁸⁹⁰ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 459; Meran: s. 158; Bilgisayar ve bilişim sistemi kullanılmak suretiyle işlenen dolandırıcılık ve benzeri suçlara örnek olarak sahte e-posta göndererek kişilerin zararlarına kullanmak amacıyla kişisel verilerinin elde edilmesi, kredi kartlarına ait bilgilerin temin edilmesi, kişisel verilerin çalınması ve Phising metotları gösterilebilir (Brenner: s. 4).

⁸⁹¹ 11. CD., 26.12.2008, 14265/13857: “Katılanın bir internet sitesinde sayısal loto oynamasından sonra e-mail yoluyla 600.000 sterlin kazandığının ve çeşitli ödemeler yaptığında bu parayı alacağını bildirilmesi üzerine ... toplam 65.707 USD’nı western union yoluyla farklı kişiler adına göndermesinin sağlanıp, en son İngiliz diplomat olarak kendini tanıtip, 13.000 sterlin verilmesi karşılığında 600.000 sterlin vereceğini söyleyen sanığın buluşma yerinde yakalanmasından ibaret olayda; aynı katılanın anılan zaman aralığında birden fazla dolandırılmasının zincirleme suçu oluşturacağının cezasının artırılması ve zararın miktarı, kastın yoğunluğu ve suçun işlenmesindeki özellikler dikkate alınarak temel cezanın da alt sınırdan uzaklaşarak tayin edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” (Taşdemir: s. 60-61).

⁸⁹² 11. CD., 24.10.2007, E. 2007/7300, K. 2007/7063 (Karar için yukarıda bkz. dpn.: 888); 11. CD., 22.03.2011, E. 2010/1477, K. 2011/1625: “Sanığın, internet üzerinden şikayetçi Ö. K’nın e-posta

aracılığıyla işlenen dolandırıcılık eylemlerinin nitelendirilmesinde dikkatle olunmalı, her postanın bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, iletinin kişilerin iradesi üzerinde yoğun bir etkisinin var olup olmadığı, suçun işlenmesini nasıl ve ne şekilde kolaylaştırdığı gibi hususların irdelenmesi gerekir.

Bilişim sistemlerinin vasıta kılınarak işlenen suçlar bağlamında sıkça kullanılan diğer bir yöntem PHISHING metodudur⁸⁹³. Bu yöntemde fail (veya failer) kişilerin hesaplarının bulunduğu bankanın veya elektronik posta hesap bilgilerinin girilmesini gerektiren bir kuruluşun web sayfasının bir kopyasını oluşturmakta, kişilerin bu sayfaları kullanmalarını sağlayacak elektronik postalar göndererek dikkatsiz kişilerin sahte web sayfaları kullanmalarını temin ederek gizli kalması gereken bilgileri elde etmekte; elde edilen bu bilgileri kullanmak suretiyle kendi veya başkaları yararlarına ve fakat ilgili kişi zararına eylemlerde bulunmaktadır.⁸⁹⁴

Phising yöntemi ile fail, kişilerin özel bilgilerini izinsiz olarak elde etmektedir. Ancak kişiler, özel bilgilerinin elde edilmesi ile değil, bu bilgilerin kullanılarak banka hesaplarında bulunan paralarının çekildiği anda zarara uğramaktadırlar. Yine zarar hesap sahibi mağdur tarafından doğrudan değil, faile özel bilgilerini vermek suretiyle dolaylı yoldan sağlanmaktadır⁸⁹⁵. Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için yararın, hileli davranışlarla iradesi aldatılarak elde edilen mağdur tarafından faile doğrudan temin edilmiş

adresine girerek kendisini şikayetçinin arkadaşı Hasan olarak tanıtp 750 kontör alarak dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia olunması karşısında; eylemin TCK.nun 158/1-f maddesinde yazılı "nitelikli dolandırıcılık" suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delilleri değerlendirmek görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi..."

⁸⁹³ PHISING kelimesi, İngilizce "balık tutma" anlamına gelen "fishing" sözcüğünün 'f' harfinin yerine 'ph' kullanılmasıyla, oltayı attığınız zaman en azından bir balık yakalayabileceğiniz düşüncesinden esinlenerek oluşturulmuştur. Öğretide, görüşümüz doğrultusunda bu tür eylemlerin tek başına dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyecekleri kabul edilmektedir (Yılmaz Yazıcıoğlu: "Dialler, Key Logger Programları-İnternet Bankacılığı Dolandırıcılığı", Bilişim Hukuku (Türkiye II. Bilişim Hukuk Sempozyumu, Bilişim Hukuku Toplantıları, Makaleler, Bilişim Yazıları, Mahkeme Kararları, Ulusal ve Uluslar arası Mevzuat) (Derleyen Mete Tevetoğlu), Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 81); Bu kavram ilk kez 1996 yılında AOL internet sitesini çökerten bilgisayar korsanları tarafından kullanılmıştır (Chawki/Abdel Wahab: s. 15, dpn. 89).

⁸⁹⁴ Aydın/Yılmaz: s. 230-231; Anne Savirimuthu/ Joseph Savirimuthu: "Identity Theft and Systems Theory: The Fraud Act 2006 in Perspective", Scripted, Cilt: 4, Sayı: 4, Eylül 2007, (http://research-archive.liv.ac.uk/726/1/Identity_theft_and_systems.pdf, E.T. 26.6.2014), s. 440-446; Tyler Moore/Richard Clayton: "An Empirical Analysis of the Current State of Phishing Attack and Defence", Workshop on the Economics of Information Security, 2007, (<http://www.cl.cam.ac.uk/~rnc1/weis07-phishing.pdf>, E.T. 26.6.2014), s. 2-10.

⁸⁹⁵ Yazıcıoğlu: s. 81-82; Savirimuthu/Savirimuthu: s. 440; Phising, sahte e-posta, hileli yazılım programları ve benzeri yöntemlerle işlenen dolandırıcılık veya hırsızlık gibi suçların önlenmesine yönelik olarak yasal düzenlemelerin yetersiz kaldığı, bu tür eylemlerle mücadelenin yasal mevzuatlarla değil, kullanılan yöntemlerin mahiyetine uygun yollarla yapılması gerektiğine ilişkin açıklamalar ve yorumlar için bkz. Savirimuthu/Savirimuthu: s. 442 vd. ve Moore/ Clayton: s.16-19;

olması gerekir. Bu nedenle “Phising” yöntemi ile gerçekleştirilen eylemler, dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyecektir. Phising yönteminde iki aşamalı bir eylem vardır. Fail ilk aşamada kişilerin kişisel verilerini hukuka aykırı olarak ele geçirmekte (TCK m. 136); ikinci aşamada ise hukuka aykırı olarak elde ettiği bu verileri kullanmak suretiyle kişilerin banka hesaplarında bulunan paralarını hırsızlamaktadır (TCK m. 142/2-e). Kişisel verileri ele geçiren failin, bankada bulunan parayı çekmek için bilişim sistemini doğrudan araç olarak kullanmayıp, elde ettiği veriler kapsamında sahte içerikli banka veya kredi kartı düzenleyerek, bu kartı kullanmak suretiyle çekmesi olanaklıdır. Böyle bir durumda ise failin eylemi TCK’nın 245/3. maddesinde belirtilen suç kapsamında değerlendirilmelidir⁸⁹⁶.

D. Basın Ve Yayın Araçlarının Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle Dolandırıcılık Suçu İşlenmesi (Basın ve Yayın Dolandırıcılığı)

765 sayılı TCK’da “Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesinin haberleşme araçlarının” dolandırıcılık suçunun işlenmesinde vasıta olarak kullanılması, suçun nitelikli hali olarak düzenlenmişken (765 sayılı TCK m.504/3); 5237 sayılı TCK’da “basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” dolandırıcılık suçunun işlenmesi nitelikli hal olarak belirtilmiştir. Yeni düzenleme karşısında artık, sadece PTT’ye ait haberleşme araçlarının kullanılması değil, özel veya kamusal nitelik taşıyan basın ve yayın araçlarının kullanımlarından kaynaklı kolaylıktan faydalanmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi de suçun nitelikli halini oluşturacaktır. PTT’ye ait haberleşme vasıtalarının araç olarak kullanılması suretiyle gerçekleştirilen dolandırıcılık eylemleri, suçun nitelikli değil basit şeklini oluşturacaktır⁸⁹⁷.

Türkiye’de son zamanlarda cep telefonu hatları ile sabit telefon hatları üzerinden aranmak suretiyle işlenen dolandırıcılık suçları (telefon dolandırıcılığı) ile bu eylem neticesiyle nitelik ve nicelik açısından oluşan mağduriyet sayısında hatırı sayılır derecede artış meydana gelmiştir. Gerek yazılı ve gerekse görsel basında bu konuda bir çok yayın yapılmasına, sorumlu idari ve adli birimler tarafından kişileri bilgilendirmeye ve

⁸⁹⁶ Yazıcıoğlu: s. 81-83.

⁸⁹⁷ 11. CD., 25.01.2007, E. 2006/6854, K. 2007/246: “765 Sayılı TCK. nun 504. maddesinin 3. fıkrasındaki Posta, Telgraf ve Telefon işletmesinin haberleşme araçlarının dolandırıcılık suçunda aracı olarak kullanılmasının 5237 sayılı TCK. nun 158. maddesinde nitelikli hal olarak düzenlenmeyip bu suçun basit hali olarak kabul edilmesi karşısında; şikâyetçiler H.İ. A ve İ. Ç’a karşı işlenen dolandırıcılık suçlarından dolayı 5237 sayılı TCK. nun 157. maddesi uyarınca hüküm kurulması gerekirken aynı kanunun 158/1-d maddesi uygulanarak fazla ceza tayini...” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

bilinçlendirmeye yönelik çalışmalar yapılmasına karşın telefon dolandırıcılığı olarak adlandırabileceğimiz suçların sayısında hatırı sayılır bir azalma meydana gelmemiştir.

Telefon dolandırıcıları tarafından bir çok farklı yöntem kullanılmaktadır⁸⁹⁸. Telefon dolandırıcılığının Türkiye’de, eskiden var olmasının ve günümüzde de devam etmesinin sebepleri arasında değerlerin yozlaşması, kişiler arasındaki güven ve güvenlik duygusunun erozyona uğraması, modern ve bilişim çağının gerekli kıldığı kültürel, ekonomik, siyasal ve sosyal yaşam model ve sisteminin tam anlamıyla hayata geçirilememesi gösterilebilir⁸⁹⁹. Bunlara ek olarak dolandırılan kişilerde var olan şartlanma ve hayatları boyunca edindikleri yanlış sosyal öğrenmeler ile iç dünyalarında yer alan korkular da bu tür suçların işlenmesini kolaylaştırmaktadır⁹⁰⁰.

İngiltere ve Amerika Birleşik Devletlerinde, icrasındaki kolaylık ile bireyler ve toplum açısından arz ettiği tehlike nedeniyle posta teşkilatının ve bunlar tarafından sunulan hizmetlerin (örneğin telefon ve mektup gibi) kullanılması yoluyla işlenen dolandırıcılık eylemleri üzerinde özellikle durulmuş ve bu bağlamda zengin bir içtihatı hukuk oluşmuştur⁹⁰¹. ABD’de bir çok eyalette, eğer fail hileli davranışlarını telefonla iletişim

⁸⁹⁸ Telefonla muhtemel dolandırıcılık mağduru ile irtibata geçen fail ikna edici bir ses tonu ile konuşur. Dolandırıcılar tarafından bir çok argüman kullanılmaktadır. Bunlardan en önemlisi kendisini hakim, savcı veya emniyet görevlisi olarak tanıtarak arama yapan failin, aranan kişiye sim kartının, kredi kart bilgilerinin, banka hesap bilgi ve şifreleri ile diğer kişisel verilerinin terör örgütü veya suç örgütlerinden herhangi birisinin eline geçtiğini, adli makamlara yardımcı olması ve ele geçirilen verilen geri kazanması ile işlenen suçtan dolayı sorumlu olmaması için kendilerine yardımcı olması gerektiğini söyleyerek muhatbını ikna etmeye çalışmasıdır. Çoğu kez inandırıcılık derecesini arttırmak için telefon görüşmesi sırasında aranan kişiye telsiz sesi dinlettirilerek kurgulanan senaryonun gerçeklik algısı pekiştirilmeye çalışılmaktadır. Bu konuşmalar çerçevesinde ikna olan mağdurun, kendisine verilen hesap numarasına para yatırması veya kendinde bulunan veya banka hesabından çektiği parayı belirli bir yere bırakması talep edilerek mağdurun zarar görmesi sağlanmaktadır. Yine aranan kişilerden yüklü miktarda cep telefon kontörü veya kart şifresi gönderilmesi talep edilebilmekte, sonrasında gelen kontörler piyasada satılarak yarar elde edilmektedir (Radikal Gazetesi internet sayfasında 6.12.2012 tarihinde yayınlanan “Polis, telefon dolandırıcılarının tüm yöntemlerini açıkladı” başlıklı haberden alınmıştır).

⁸⁹⁹ Yrd. Doç. Dr. Vehbi Bayhan’ın İnsan ve Hayat Dergisi, Ocak 2014 tarihli sayısında yayınlanan mülakatında ileri sürdüğü görüşlerden özetlenmiştir (<http://insanvehayat.com/nasil-hala-dolandiriyorlar/>, E.T. 26.6.2014)

⁹⁰⁰ Psikolog Ali Yücel, dolandırıcılık faillerinin kişilerin zaaflarını, kişisel ve toplumsal alt şuurlarında yer alan korkuları ve zaafları kullanarak eylemlerini gerçekleştirdiklerini belirtmektedir. Yine toplumda polis, hakim ve savcı ile suça ve suç örgütlerine karşı var olan tutumun, kolluk kuvvetleri tarafından yıllardır süren sınırsız ve olumsuz olarak kullanılan yetkilerin kişiler üzerinde oluşturduğu çaresizliğin suçlular tarafından kullanıldığını ve eylemlerini kolaylaştırdığını ileri sürmektedir (<http://insanvehayat.com/nasil-hala-dolandiriyorlar/>, E.T. 26.6.2014).

⁹⁰¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Zingale: s. 795-832; Thomas J. Miles: “Dupes and Losers in Mail Fraud”, The University of Chicago Law Review, Cilt: 77, Özel Sayı: Commemorating Twenty-Five Years of Judge Frank H. Easterbrook, 2010, s. 1111-1137; ABD Kanunu’nun “Ceza ve Ceza Usulü” başlıklı 18 Nolu Kitabının, “Posta Dolandırıcılığı ve Diğer Dolandırıcılık Suçları-Mail Fraud and Other Fraud Offenses” isimli 63. Bölümünün 1341. maddesinde posta dolandırıcılığı suçu şu şekilde düzenlenmiştir: “Her kim, daha önceden planlayarak veya yeni bir plan yapma isteği ile hareket ederek kişileri aldatmaya yönelik tertip kurar veya hile yaparsa ya da kişilerin paralarını veya malvarlığına ait unsurları elde etmeye

kurarak veya posta hizmetleri vasıtasıyla gönderdiği mektup, broşür veya benzeri araçlarla ortaya koymuş ise, dolandırıcılık suçunun diğer şekillerine nazaran daha ağır bir yaptırıma tabi tutulmaktadır⁹⁰².

Telefon günümüzde artık, uzakta bulunan kişilerin birbirleri ile konuşma/görüşme ihtiyaçlarını karşılamak için kullanılan bir araç değildir. Sosyal ve ticari hayatta normal olarak yüzyüze gerçekleştirilen bir çok iş ve işlem, iletişim ve bilgi teknolojilerinin insanlığın hizmetine sunduğu olanaklar çerçevesinde internet üzerinden veya telefon görüşmeleri aracılığıyla uzaktan yapılmakta ve buna olanak sağlayan hukuki zemin sürekli olarak genişlemektedir. Örneğin bankacılık hizmetleri tarafından sunulan bir çok ürün ve hizmet telefon ve internet yolu ile gerçekleştirilmektedir. Yine farklı özellikteki mal alım ve satımları ile hizmet tedarikleri de telefon görüşmeleri ile temin edilmektedir. Telefon günümüzde, vaat ettiği olanaklar itibariyle bireyler ve kurumlar açısından bir fırsat iken; kötüye kullanılmasındaki rahatlık, muhatabını aldatmasındaki kolaylık ve kullanıcılarının tespit ve yakalanmasındaki zorluk nedeniyle de önemli/potansiyel bir tehdittir.

Telefon ve diğer iletişim vasıtalarıyla işlenen dolandırıcılık eylemlerinin birey ve toplum açısından ortaya koyduğu tehlikelilik halinin, basit dolandırıcılık eylemlerine nazaran çok fazla olduğu aşıkardır. Zira bu tür durumlarda suçun mağduru, kendisi ile dolaylı olarak iletişime geçen kişiyi yüz yüze görmediğinden, ortaya konulan hileli davranışların oluşturduğu psikolojik baskı ve etkinin kolayca etkisi altına girebilmektedir. Bu gücü nedeniyle ki, ülkemizde telefon aracılığıyla işlenen dolandırıcılık suçlarının (telefon dolandırıcılıklarının) sayısı tarihi süreç içerisinde azalmamış, bilakis giderek daha da artmıştır. Özellikle telefonla arayan kişilerin kendilerini polis, hakim, savcı veya başka sıfatlardaki kamu görevlisi olarak tanıtip muhataplarını etki altına alarak kandırmaları ve yarar temin etmeleri yaygın şekilde kullanılan bir dolandırıcılık yöntemidir. Cep telefonu kullanımının yaygınlaşması ve bu sektörün kayıt altına alınmasında yaşanan güçlükler nedeniyle failler kendilerini kolaylıkla gizleyebildiğinden tespitleri ve yakalanmaları zor

yönelik hileli araçlar kullanır veya hileli söz, hal ve hareketler kullanırsa ya da aynı amaçlara yönelik olarak herhangi bir posta ofisinde düzenek kurar veya hile yaparsa ya da buna teşebbüs ederse veyahut ta Posta Hizmetleri aracılığıyla bu amaçla kullanılabilecek bir şey alır veya gönderir ise cezalandırılır” (Zingale: s. 799). Aynı Bölümün 1343. maddesinde, bu maddeye paralel şekilde telefon dolandırıcılığı (wire fraud) düzenlenmiş ve benzeri eylemlerin telefon görüşmeleri ve elektronik iletişim araçları ile gerçekleştirilmesi halinde cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır.(Zingale: s. 799).

⁹⁰² Mark Theoharis: “Laws on Fraud”, <http://www.criminaldefenselawyer.com/crime-penalties/federal/Fraud.htm>, (E.T. 06.07.2014).

olmasına karşın, muhtemel mağdur kitlesi giderek artmaktadır. Bu sosyal gerçeklik karşısında önceki TCK döneminde var olan, posta ve telefon yoluyla işlenen dolandırıcılık suçlarının kapsamının daha da genişletilerek suçun nitelikli bir hali olarak düzenlenmesine duyulan sosyal/toplumsal ihtiyacın ortadan kalkmadığını ve artarak devam ettiğini, söz konusu düzenlemenin yeniden getirilmesinin yararlı olacağını düşünüyoruz.

1. Basın ve Yayın Araçları Kavramları ve Önemi

Basın ve yayın araçlarından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklama TCK'nın “Tanımlar” başlıklı 6/1, g maddesinde; “*basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar*” şeklinde yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre basın ve yayın kavramlarından anlaşılması gereken; yazılı, görsel, işitsel ve elektronik iletişim araçları ile yapılan her türlü yayın faaliyetidir.

Öğretide bir kısım yazarlar tarafından yasal düzenleme; nitelikli halin anlamı ve uygulama alanının net olmadığı, basın ve yayın araçlarının dolandırıcılık suçunun işlenmesi bakımından nasıl bir kolaylık sağlayacağı, bu hükmün herkes tarafından mı yoksa sadece basın mensupları tarafından mı ihlal edilebileceğinin belirsiz olduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir⁹⁰³.

Dolandırıcılık suçunun incelememize konu nitelikli halinin gerçekleşmesi için suçun, basın ve yayın yolu ile değil, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi gerekir.

“Basın” ve “yayın” kavramları, “basılmış eser” ve “yayınlanmış eser” kavramlarından daha geniş, bunları da kapsayan üst kavramlardır. Basın ve yayın ibareleri, basılan ve yayınlanan eserlerin yanı sıra, basın ve yayın mensuplarını, teknik ve ekonomik basın ve yayın aygıtını ve tüm basın faaliyetlerini içerir⁹⁰⁴. Basın ve yayın araçları tabirinden, genel ve geniş bir anlama sahip “basın” ve “yayın” kavramlarının kapsamına dahil olan tüm unsurların anlaşılması gerekir. Bu kavramlar ile anlatılmak istenen, basın ve yayın faaliyeti ile ortaya konulan yazılı, görsel, işitsel ve elektronik ürünlerdir.

⁹⁰³ Toroslu: Özel Kısım, s. 189.

⁹⁰⁴ Kayıhan İçel/ Yener Ünver: Kitle Haberleşme Hukuku, 8.Bası, İstanbul 2009, s. 121.

Öğretide basın ve yayın araçlarını kapsar şekilde üst bir kavram olarak “kitle haberleşme araçları” ibaresi de kullanılmaktadır⁹⁰⁵. Basın, radyo ve televizyon, sinema filmleri, videobantları, plaklar, ses bantları ve internet bu gün kullanılan kitle haberleşme araçlarının başlıcalarıdır⁹⁰⁶. Kitle haberleşme araçlarının, kamuoyu oluşturulması ve kamuoyunun düzenlenmesi, devletlerarası ilişkilerin düzenlenmesi ile halkın eğlence gereksinimlerini karşılamak yönlerinden önemi bulunmaktadır. Kitle haberleşme araçları, yüksek itibar ve geniş halk kitlelerine seslenebilmek olanağına sahip olmaları nedeniyle, ulaştıkları kitlelerin kanılarının ve bilgilerinin biçimlenmesi sürecinde etkin bir role sahiptirler⁹⁰⁷.

Kitle haberleşme araçları içerisinde yer alan basın ve yayın araçları, çoğaltma yönünden birbirlerinden farklılık gösterirler. Radyo, televizyon ve film gibi ses ve görüntü ile yayında bulunan haberleşme araçları nitelikleri itibariyle, maddi varlıkları açısından bir çokluk göstermezler. Buna karşılık, gazeteler, dergiler, kitaplar maddi varlıkları itibariyle çoğaltılmaya yatkın haberleşme araçlarıdır⁹⁰⁸. İlk grupta yer alanları yayın araçları, ikinci grupta yer alanları ise basın araçları olarak adlandırmak mümkündür.

Basın araçları içerisine basılmış eserler, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar girer⁹⁰⁹. Bu yayınlar bağlamda kitaplar, gazeteler, dergiler, haber ajansları yayınları, internet sayfalarında yer alan yayınlar, ilan ve reklâmlar dahil edilebilir.

⁹⁰⁵ Bu kavramın İngilizce karşılığı “mass communication”dır. Burada “kitle” kavramının neyi ifade ettiğini belirlemek gerekir. Sosyolojik anlamdaki kitle ile, geniş anlamdaki kitle farklı kavramlardır. Sosyal grupların öğelerine sahip bulunmayan ve özellikle devamlı nitelikte olmayan, kendisini meydana getiren kişiler arasında karşılıklı bağlılık, tavır ve hareketlerde aynı standartların bölüşülmesi, aynı normların uygulanması özelliklerinden yoksun kümeler sosyolojide “kitle” denilmektedir. Bununla beraber, belirli bir alanda bulundukları varsayılan büyük sayıdaki insanlardan oluşan, çeşitli topluluklara “geniş anlamda kitle” adı verilmektedir (Sulhi Dönmezer: Sosyoloji, Ankara, 1982, s. 239 vd.; İçel/Ünver: s.11.).

⁹⁰⁶ İçel/Ünver: s. 10.

⁹⁰⁷ İçel/Ünver: s. 13-17.

⁹⁰⁸ İçel/Ünver: s. 120.

⁹⁰⁹ 5187 sayılı Basın Kanunu’nun (26.06.2004 tarih 25504 sayılı Resmi Gazete) 2. maddesinde söz konusu kavramlar şu şekilde tanımlanmıştır:

Basılmış eser: Yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını,

Süreli yayın: Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını,

Yaygın süreli yayın: Tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından aynı isimle basılan ve her coğrafi bölgede en az bir ilde olmak üzere, ülkenin en az yüzde yetmişinde yayımlanan süreli yayın ile haber ajanslarının yayınlarını,

Bölgesel süreli yayın: Tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından basılan ve en az üç komşu ilde veya en az bir coğrafi bölgede yayımlanan süreli yayını,

Yerel süreli yayın: Tek bir yerleşim biriminde yayımlanan süreli yayınlar ile haftada bir veya daha uzun aralıklarla yayımlanan yaygın ve bölgesel yayınları,

Basın ve yayın araçlarının kişiler ve toplum üzerindeki etkisi gözönüne alındığında, kişilerin bu araçlar kullanılmasıyla daha kolay aldatılabileceği açıktır. Bununla birlikte yaygın olarak kabul edildiği üzere kişiler üzerinde, diğer haberleşme tiplerine oranla yüz-yüze yapılan haberleşmeler daha fazla inandırıcılık olanağına sahiptirler⁹¹⁰. Ancak, basın ve yayın araçları vasıtasıyla yapılan haberleşmelerin yaygınlığı ve yüksek itibara sahip olmaları nedeniyle bunlara duyulan güven, bu araçların etkinliğini arttırmaktadır⁹¹¹. Doğrudan kurulan ilişkilere basın ve yayın araçlarının da eklenmesi, kişiler üzerindeki inandırıcılık (veya kandırıcılık) oranı daha da arttırılabilir⁹¹².

2. Basın ve Yayın Dolandırıcılığına İlişkin Açıklamalar

Basın ve yayın araçlarının, kişilerin sosyal ve ekonomik hayatındaki etkinliğini ve yaygınlığını gözönüne alan yasa koyucu, bu araçların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesini, suçun basit şekline nazaran daha ağır bir müeyyide ile yaptırım altına almıştır.

Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan bahsedilebilmesi için, basın ve yayın araçları tarafından üretilen ürünlerin, kamuoyuna sunulmuş olması yani basılmış veya yayınlanmış olmaları gerekir. Bu kapsamda, basımı yapılmamış veya yayınlanmamış araçların, sağladığı herhangi bir kolaylıktan bahsedilemez⁹¹³. Basın araçlarının yayımı çeşitli şekillerde tezahür eder. Bunun en yaygın şekli basılan araçların dağıtımıdır. Dağıtmadan başka, herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde basımı yapılan araçların gösterilmesi veya asılması da yayım kapsamında değerlendirilebilir. Basılan eserin internet aracılığıyla kullanıma sunulması ve bu esere başkaca kişiler tarafından erişimin sağlanmış olması da, söz konusu eserin yayımlanması olarak kabul edilmelidir. Ancak herhangi bir basın aracının elektronik posta ile belirli kişilere dağıtılması halinde bir yayımdan bahsedilemez⁹¹⁴. Aynı şekilde yayın araçlarının da, kişiler üzerinde etkilerinin olduğundan bahsedebilmek için, yayınlanmış olmaları gerekir. Yayın araçlarının

Süresiz yayın: Belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri.

⁹¹⁰ T.J. Klapper: Değişik Haberleşme Araçlarının Karşılaştırmalı Etkileri (Oskay Ünsal: Kitle Haberleşme Teorilerine Giriş, Ankara, 1969, s. 206'dan naklen).

⁹¹¹ Klapper (Ünsal: s. 203'den naklen).

⁹¹² İçel/Ünver: s. 9.

⁹¹³ 5187 sayılı Basın Kanunu'nu kapsamında değerlendirmeye tabi tutulabilmesi için bir eserin sadece basılmış olması yeterli olmayıp, söz konusu eserin yayımlanmış olması da gerekir (5187 sayılı Yasa m.2/1-a).

⁹¹⁴ İçel/Ünver: s. 128-135.

yayınlanması, yayını yapılan eserin kamuoyu ile paylaşılması, kişilere dinletilmesi veya kişilere görme ve dinleme imkânı verebilecek hale getirilmesidir.

Basın ve yayın dolandırıcılığı suçunun gerçekleşmesi için fail tarafından, dolandırıcılık suçunun işlenmesinde basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanılması gerekir. Failin basın ve yayın araçlarını hileli davranışları içerisinde kullanmış olması, tek başına nitelikli halin oluşumuna sebebiyet vermez. Aksine yorum yasanın lafzına aykırıdır. Failin basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçunu işlemiş olması gerekir. Bu nedenle “basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylık”tan ne anlaşılması gerektiği izah edilmelidir. Yasa metninde yer alan bu durumun belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesi çok zordur⁹¹⁵. Bu hususta önceden genel bir kural koymak olanaklı değildir. Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylığın ne olduğu veya ne olmadığı, her olayda, olayın tüm özellikleri gözönüne alınarak, hâkim tarafından değerlendirilmelidir⁹¹⁶. Bu belirleme ancak, suçun mağduru (suçun pasif süjesi) ve faili (suçun etkin süjesi) açısından ikili bir ayrıma tabi tutularak yapılabilir.

Kişiler genel olarak, basın ve yayın araçları ile ortaya konulan bilgi ve belgeleri daha kolay kabul etme ve bunlarla kendi kanaatlerini oluşturma eğilimindedirler. Kişilerin bu şekilde bir eğilime sahip olmalarının birçok sebebi vardır. Bunlardan en önemlisi kişilerin basın ve yayın araçları ile ortaya konulan bilgi ve belgeleri kontrol etme imkânlarının bulunmamasıdır. Kontrol imkânına sahip olmama hali, sunulan bilgiye dair herhangi bir kanaatin bulunmaması veya bilgiyi doğrulatmanın çok fazla emek ve zaman gerektirmesi olarak anlaşılabilir. Diğer bir sebep ise resmi organlar tarafından basın ve yayın araçlarının etkin şekilde denetlendikleri ve bu nedenle yalan ve yanıltıcı bilgiler

⁹¹⁵ Toroslu: Özel Kısım, s. 189.

⁹¹⁶ 11. CD., 01.02.2007, E. 2006/9122, K. 2007/473: “Şikayetçinin, aracının satışı hususunda gazeteye verdiği ilan üzerine sanığın bir arkadaşının şikayetçiyle araçla ilgili olarak telefonla görüşmesinden sonra oğlunun arabaya bakmaya geleceğini söylediği, sanığın kendisini “Emre” ismiyle tanıtır arabayı bir de babasının görmesini isteyerek kendilerinin olduğunu söylediği, başkasına ait internet kafeye giderlerken aracın anahtarını şikayetçiden alıp aracı kullandığı, kafeye geldiklerinde daha önce tanıştığı ve şikayetçiye kendisini babası olarak tanıtan kişinin telefonla aradığı, sanığın bir müddet konuşmasından sonra telefonu “sizinle konuşmak istiyor” diyerek şikayetçiye verdiği, onun telefonla konuşmasını fırsat bilerek kendisinde bulunan anahtarla arabayı alıp götürmekten ibaret eyleminin 5327 Sayılı TCK. nun 157. maddesindeki “basit dolandırıcılık” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, aracın satışı hususunda gazete ilanını şikâyetçinin de verdiği dikkate alınmadan, nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğundan bahisle aynı kanunun 158/1-g maddesi gereğince hüküm kurulması” (yayınlanmamış Yargıtay kararı). Söz konusu karar kanaatimizce doğrudur. Zira fail tarafından basın araçları kullanılmak suretiyle ortaya konulan bir hileli davranış ve bu araçların sağladığı kolaylıktan yararlanarak mağdurun aldatılması söz konusu değildir.

verilemeyeceğine dair kişilerde var olan genel inanç ve beklentidir. Bunlara, basın ve yayın araçları ile ortaya konulan bilgilerin, bu araçlar vasıtasıyla ortaya konulmuş olması nedeniyle doğru olma ihtimallerinin yüksek olduğuna dair var olan genel bir kabul de eklenebilir. Belirtilen bu nedenler ile basın ve yayın araçlarında yer alan yanıltıcı bilgiler, kişilerin aldatılmasını kolaylaştırıcı bir etkiye sahiptir.

Basın ve yayın dolandırıcılığından bahsedebilmek için failin, basın ve yayın araçlarının sağladıkları kolaylıktan yararlanma kastının bulunması ve bu kast doğrultusunda hileli davranışlarını oluşturup mağdura yöneltmesi ve mağduru aldatmış olması gerekir. Failde böyle bir kastın olmaması, dolandırıcılık suçunun incelememize konu nitelikli halinin oluşumunu engeller. Mağdurun aldanması basın ve yayın araçlarında yer alan yanıltıcı bir bilgiden kaynaklanmasına karşın, failin söz konusu araçlarda yer alan yanıltıcı bilgiden, bu bilginin mağdur tarafından öğrenildiğinden ve bu bilginin mağduru aldattığından haberinin olmaması mümkündür. Bu halde fail her ne kadar mağdura karşı hileli davranışlar sergilemiş ve mağduru aldatmış ise de, dolandırıcılık suçunun nitelikli değil, diğer şartların varlığı halinde basit şekli oluşacaktır.

Basın ve yayın araçlarının sağladıkları kolaylıktan bahsedebilmek için, basılan ve yayınlanan araçların mağdur üzerinde basılan ve yayınlanan araçlar nedeniyle kolaylaştırıcı bir etkisinin fiilen bulunması gerekir. Failin, basın ve yayın araçlarının sağladıkları kolaylıktan faydalanma amacının bulunmasına ve bu araçları bu yönde etkin şekilde kullanmasına karşın, mağdurun özellikleri nedeniyle bu mümkün olmayabilir. Örneğin gözleri görmeyen ve okuma yazma bilmeyen bir kişinin gazetede yayımı yapılan bir haber veya ilandan etkilenerek aldatılmasının kolaylaştığından bahsetmek zordur. Çeşitli sebeplerle radyo, televizyon veya internet vasıtasıyla yapılan yayından haberdar olmayan (radyo veya televizyon aleti ile internet bağlantısı bulunmayan, bunlara sahip olmasına karşın işitme ya da görme engelli olan) bir kişinin, söz konusu araçlarla yapılan yayınlardan etkilendiği, bu yayınların sağladığı kolaylık sayesinde failin mağduru aldattığı söylenemez.

Basın ve yayın araçlarında yer alan ve kişilerin aldatılmasını kolaylaştıran veriler, doğrudan fail tarafından meydana getirilebileceği gibi; başka kişiler tarafından da üretilmiş olması mümkündür. Fail tarafından basın veya yayın organları tarafından basımı ve yayını yaptırılan, içeriğinde yanıltıcı bilgiler bulunduran ilan ve reklâmların failce kullanılarak, mağdurun aldatılması ve zarar görmelerinin sağlanması mümkündür. Örneğin

kanser olan bir kimsenin hayatını kurtarmak için belirli bir miktar paranın gerektiğini söyleyerek gazeteye ilan verip yardım toplanması ve toplanan paraların böyle bir amaç için kullanılmamış olmasında durum böyledir⁹¹⁷. Bu halde, basın ve yayın araçları ile sağlanan kolaylık doğrudan fail tarafından oluşturulmuştur. Aksi durumda, yani başka kişiler tarafından oluşturulan basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanılarak, mağdurun aldatılması ve zarar görerek buna paralel yarar elde edilmesi halinde yine dolandırıcılık suçunun incelememize konu nitelikli hali gerçekleşmiş sayılacaktır. Yanıltıcı içeriğe sahip bir ilan veya reklâmın varlığından haberdar olan failin, kendisi tarafından oluşturulmamış olsa da, bunlara hileli davranışları içerisinde yer vererek mağdurun yanılmasını kolaylaştırmış ve mağduru aldatarak yarar elde etmiş ise, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlandığı kabul edilmelidir. Örneğimiz üzerinden gidersek, yapılan yardım ilan metninin üçüncü kişilerce kullanılarak muhatapları aldatıp kendi menfaatlerine olacak şekilde para toplamaları halinde de suçun nitelikli hali oluşacaktır.

Sosyal ve ekonomik hayatta meydana gelen dalgalanmalar ve nüfusa paralel olarak işsizlik oranı artmıştır. Sosyal yapıdaki bu verilerden haberdar olan kötü niyetli kişiler asılsız iş verme ve iş bulma ilanlarını basın ve yayın araçları vasıtasıyla yaymakta; bu şekilde iş arayan kişilere ulaşarak iş verme ve bulma bahanesiyle kişileri aldatıp, zararlarına olacak şekilde haksız yarar elde etmektedirler. Bu tür eylemlerin mağdurları, verilen ilanlara kolayca aldanarak, kendilerinden talep edilen haksız menfaatlerin düşük olması, iş bulma umudu, faillerin giyim, davranış ve sözlerini dikkatli seçerek muhatabında oluşturdukları güven nedeniyle kolayca dolandırılmaktadırlar⁹¹⁸.

⁹¹⁷ Artuç: s. 382.

⁹¹⁸ 30 Nisan 2011 tarihinde yayınlanan bir haber, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle kişilerin kandırılarak, zarara uğratılma oranı göstermesi açısından düşündürücüdür. Habere göre; Adana'da yaşayan, daha önceden dolandırıcılık suçundan mahkûm olan ve cezaevi firarisi olması nedeniyle hakkında yakalama kararı bulunan M.Ç isimli kişi, Adana, Ziya Paşa Bulvarında bir iş yeri kiralayarak sekreter tutmuş ve çevresindekilere kendisini inşaat şirketi sahibi olarak tanıtmıştır. Bu kişi iş yerini kiralayıp faaliyete başladıktan sonra ulusal gazetelere temizlikçilik, kapıcılık ve şoförlük alımı için iş ilan vermiş, iş ilanı verdikten sonra 1,5 ay içerisinde kendisini yaklaşık 5.000 kişi arayarak iş başvurusunda bulunmuştur. Şüpheli M.Ç iş başvurusunda bulunanlardan, temizlik işi için başvuranlardan 25-35 TL, kapıcılık için başvuranlardan 50-75 TL, şoförlük için başvuranlardan ise 300-500 TL para talep etmiştir. Şüpheli yakalandıktan sonra alınan ifadesinde, iş başvurusunda bulunanlardan yarısından para aldığını ve bunların hepsini eğlenceye harcadığını beyan etmiş ve kendisine soru soran gazetecilere "5 bin kişi dolandırdım. Memlekette bu kadar enayi varsa ben ne yapayım. Bunun suçlusu ben değilim" demiştir. (<http://www.cnnturk.com/2011/turkiye/04/30/is.vaadiyle.5.bin.kisiyi.dolandirdi/615026.0/index.html>, E.T. 28.06.2014).

Gazetelerin okuyucularına çeşitli hediyeler vereceğini beyan ederek, belirli bir miktar gazete satışı yapmak suretiyle kupon dağıttıktan sonra, bu hediyeleri vermemesi halinde de nitelikli dolandırıcılık suçu oluşur⁹¹⁹. Bu halde basın araçlarından olan gazeteler, genellikle, gerek kendi nüshalarında yaptıkları reklâmlarda ve gerekse yayın araçlarını kullanmak suretiyle yaptıkları tanıtımlarda, okuyucularına veya bu kapsamda olmayan kişilere vermeyi vaat ettikleri hediyeleri piyasa şartlarının altında vermeyi önermektedirler. Bu öneriyi duyanlar hem günlük bir gazeteyi okuma imkânından yararlanmak ve hem de verilen hediyelere sahip olabilmek açısından gazete almaya başlayıp kupon biriktirmektedirler. Kuponların tamamlanmasına karşın hediyelerin verilmemesi halinde, söz konusu gazetenin daha önceden kayıtlı olan aboneleri açısından zararın varlığı tartışılabilir ve aldatıldıkları ancak zararlarının olmadığı söylenebilir. Zira aboneler gazeteyi sadece hediye verdiğinden dolayı değil, başkaca saiklerle de almaktadırlar. Buna karşın söz konusu gazeteyi, sadece verilecek olan hediyeyle sahip olmak amacıyla alan kişilerin, verilen sözler, yapılan yazılı ve görsel tanıtımlar ile aldatıldıkları ve zarara uğratıldıklarını kabul etmek gerekir. Söz konusu gazetenin kupon dağıtması nedeniyle, normal satış fiyatından daha pahalıya satılması halinde, gazetenin normal abonelerinin de zarara uğradıkları tartışmasızdır.

Vaat edilen hediyelerin dağıtılmaması halinde, hediyelerin verileceğine dair ilan ve reklâmların hileli davranış oldukları ve kişilerin aldanmasını kolaylaştırdıklarını; aldatılan okuyucuların kupon toplamalarına karşın hediyelerini alamayarak zarara uğratıldıklarını kabul etmek gerekir. Bu halde dolandırıcılık suçunun nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır. Zira failler, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, muhataplarını aldatmış ve zarara uğratmışlardır. Ancak bu tür eylemlerde dolandırıcılık suçunu işlemek bakımından failin kastının bulunup bulunmadığını belirlemek güçtür ve detaylı bir inceleme yapılması gerekir. Gazete yöneticilerinin verilmesini kararlaştırdıkları hediyein temini için tedarikçilerle imzaladıkları sözleşmenin şartları, gazetenin ekonomik yapısı itibarıyla kuponların başlangıcı tarihinde hediyeleri temin etme ve dağıtma konusunda ekonomik alt yapısının yeterli olup olmadığı, hediyeleri dağıtamamaya ekonomik durumunda daha sonra meydana gelen kötüleşmenin sebebiyet verip vermediği, hediye verilememesinin hediyein temin edileceği kişilerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı gibi hususlar araştırılıp incelenmeli ve buna göre bir sonuca varılmalıdır.

⁹¹⁹ Donay: Şerh, s. 244.

Gazetenin ekonomik yapısı hediye verilmesinin vaat edildiği anda, bu taahhüdü yerine getirmeye elverişli değilse, bu halde gazete, televizyon ve diğer iletişim araçları ile söz konusu hediyein dağıtılacağına dair haber ve ilanların hileli davranışlar olduğu, bunlara aldanarak gazete almaya başlayan veya abone olan kişilerin daha sonra hediyeleri alamayarak zarara uğradıkları ve bir bütün halinde dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin olduğu kabul edilmelidir. Buna karşın gazetenin ekonomik yapısının daha sonraki süreç içerisinde kötüleşmesi veya hediye dağıtılamamasının kendilerinin dışında tedarikçi firmanın taahhütlerini yerine getirmemesinden kaynaklanması hallerinde ise herhangi bir suçtan bahsedilemeyecektir.

V. BELİRLİ MESLEK FAALİYETLERİNİN ARAÇ OLARAK KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN NİTELİKLİ HALLER

A. Tacir Veya Şirket Yöneticisi Olan Ya Da Şirket Adına Hareket Eden Kişilerin Ticari Faaliyetleri Sırasında Dolandırıcılık Suçu İşlenmesi (Tacir Dolandırıcılığı)

Tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında dolandırıcılık suçu işlemleri, suçun nitelikli hallerinden biri olarak düzenlenmiştir (TCK m.158/1,h). Benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK'da da yer almaktaydı. Bu düzenlemeye göre; *“meslek ve görevlerini yaptıkları sırada avukatlar, dava vekilleri, vekiller veya kurum yöneticileri tarafından”* (765 sayılı TCK m.504/8) dolandırıcılık suçunun işlenmesi, suçun nitelikli olarak kabul edilmişti.

Avukatlar, dava vekilleri ve vekillerin mesleklerini yaptıkları sırada işledikleri dolandırıcılık suçu, yeni düzenleme karşısında nitelikli hal olarak kabul edilmemiştir. Eski düzenlemede yer alan kurum yöneticilerinin mesleklerini yaptıkları sırada dolandırıcılık suçu işlemleri, yeni düzenlemeyi de içine alan geniş bir kavramdı. Zira yasa koyucu, 765 sayılı TCK'nın 504/8. madde ve fıkrasında geçen “kurum yöneticileri” kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıkça belirlememiştir. 5237 sayılı TCK'nın 158/1,h maddesinde Yasa koyucu, “kurum yöneticileri” kavramını daha açık hale getirerek belirginleştirmiş; kurum yöneticileri yerine, tacir, şirket yöneticisi, şirket adına hareket eden ve kooperatif yöneticisi ibarelerine yer vermiştir. Yeni düzenlemede yer verilen kavramlar, birer hukuksal terim olup, ilgili yasal düzenlemelerde bunların tanımlarına yer verilmiştir. Bu anlamda yeni düzenlemenin, “kurum yöneticileri” gibi genel bir ifade yerine, ilgili yasal

düzenlemeler çerçevesinde sınırları belirlenebilen, tanımları yapılmış ifadelere yer vermiş olması nedeniyle kanunilik ilkesine daha uygun olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Yasa koyucunun tacir, şirket yöneticisi veya şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında irtikâp ettikleri dolandırıcılık eylemlerini daha ağır bir ceza ile yaptırım altına almasının çeşitli sebepleri vardır. Bunlardan en önemlisi, ticari faaliyetlerin işleyişinde kişiler arasında bulunması gereken karşılıklı güvendir⁹²⁰. Ticari hayatta güven ortamının sağlanması halinde, dar manada bundan öncelikle ticari faaliyetin tarafları yararlanacaktır. Geniş anlamda ise bu güven ortamından toplumun tümü kazançlı çıkacaktır. Aksi durumda ise, toplumsal yararın göreceği zarar, ticari faaliyete taraf olan kişilerinkinden daha fazla olacaktır. Toplum genelinin menfaatini gözönüne alan yasa koyucu, ekonomik hayatta önemli bir yere sahip bulunan tacir, şirket yöneticisi veya şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında kullandıkları hileli davranışlar muhataplarını aldatarak, bunlar zararına haksız yarar elde ederek işledikleri dolandırıcılık suçunu, basit şekline nazaran daha ağır bir ceza ile yaptırıma bağlamıştır. Yasa koyucunun bu amacını, maddenin düzenleniş şekline de açıkça görmek mümkündür. Zira tacir, şirket yöneticisi veya şirket yöneticisinin işlediği herhangi bir eylem değil; ticari faaliyetleri sırasında işledikleri dolandırıcılık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

Ticari faaliyetin, tacir olmayan veya tacir olmakla birlikte pasif konumda bulunan tarafının, aktif olan tarafa göre daha az avantajlı bir konuma sahip olması, nitelikli halin düzenlenmesinin diğer bir nedenidir. Tacir bu konumu nedeniyle, ticaretini yaptığı mal veya hizmetlerin vasıfları ve miktarları konusunda değişiklik yapma, onları farklılaştırma olanaklarına sahiptir. Çoğu kez mağdurların, kendilerine sunulan mal veya hizmetin tüm nicelik ve niteliklerini araştırma ve bunları denetleme olanakları yoktur veya çok kısıtlıdır. Bu durumun yaratacağı sakıncaları ortadan kaldırmak isteyen yasa koyucu, ticari faaliyet iştirak eden kişilerin güvenliğini/güvenirliliğini temin için, ticari faaliyetler sırasında yapılan hileli davranışları dolandırıcılık suçunun nitelikli bir şekli olarak düzenlemiştir⁹²¹.

Anlaşmaya aykırı olarak, miktar ve nitelikleri farklılaştırılmış mal veya hizmetin verilmiş olması halinde, hukuk mevzuatı çerçevesinde alıcının çeşitli yasal hakları bulunmaktadır. Alıcı bu haklarını kullanarak, uğradığı zararlarını mal ve hizmet

⁹²⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3657.

⁹²¹ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 473.

sunan tacire tazmin ettirebilir. Ancak böyle bir imkânın varlığı, tacirin sergilediği hileli davranışların ceza hukuku tarafından yaptırımsız bırakılacağı anlamına gelmez. Yani bir usulsüzlüğün özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözümlenebiliyor olması, bu tür bir eylemin suç olarak kabul edilerek cezaî yaptırıma bağlanmasına engel değildir. Bu halde şartların varlığı halinde tacirin hileli davranışları, hem özel hukuk tarafından öngörülen yaptırımlara ve hem de dolandırıcılık suçunun nitelikli haline sebebiyet verebilecektir.

Yasa koyucu tarafından tacirlerin hileli davranışlar ile ticari faaliyetleri sırasında haksız yarar elde etmelerinin dolandırıcılık suçunun nitelikli hali olarak öngörülmesinin önemli bir başka sebebi daha vardır. Şöyle ki; 765 sayılı TCK'nın 363. maddesinde yer verilen ve ticari faaliyetler sırasında kullanılan hileli davranışların cezalandırıldığı düzenlemenin bir benzerine 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Önceki düzenleme ile güdülen amaç, 5237 sayılı TCK'nın 158/1-h madde ve fıkrasında yer alan düzenleme ile sağlanmak istenmiştir⁹²². Gerçekten bir kişinin ticari faaliyetleri sırasında müşterisine, menşei, vasıf ve miktarları farklı olan bir mal veya yapılan sözleşmeye aykırı olarak başka bir mal vermesi eylemi 765 sayılı TCK'nın 363. maddesinde ayrı bir suç olarak düzenlenmişti. Maddede tacirin ticari faaliyeti sırasında cezalandırılan eylemleri, aslında bir tür hileli davranıştır⁹²³. Bu tür eylemleri hileli bir davranış olarak kabul eden yasa koyucu, bu davranışları ayrı bir suç ihdas ederek yaptırım altına almakta bir yarar öngörmemiştir. Ticari faaliyetler sırasında kullanılan hileli davranışların cezalandırılması ile korunmak istenen hukuksal yarar ile, dolandırıcılık suçu ile korunması amaçlanan hukuksal yarar arasında benzerlikler vardır. Benzerlikler nedeniyle bu eylemlerin dolandırıcılık suçu bağlamında değerlendirilerek, yaptırım altına alınması öngörülmüştür.

⁹²² 4. CD., 27.02.2008, 2006/7621: “Sanığın, TES standardına aykırı nitelikte motorini satışa sunması biçimindeki eyleminin 765 sayılı TCY'nin 363/1. maddesine uyacağı ve anılan hükmün karşılığının 5237 sayılı TCY'nin 158/1-h maddesinde düzenlendiği gözetilmeksizin, karşılığı bulunmadığı gerekçesiyle 1705 sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile hüküm kurulması” (Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1422); 11. CD., 17.03.2009, 8384/5000: “Sanığın, içinde katkı maddesi bulunduğu için TSE standardına aykırı motorin satma biçimindeki eyleminin... TCK'nın 158/1-h maddesine uyabileceği...” (Taşdemir: s. 206).

⁹²³ 4. CD., 14.11.2007, E. 2006/3508, K. 2007/9392: “Ancak; sanığın, içinde katkı maddesi bulunduğu için TSE standardına aykırı motorin satma biçimindeki eyleminde hileli davranışın satış öncesinde gerçekleştirilmesi karşısında 765 sayılı TCY'nin 363. maddesine uyan ticarete hile karıştırma ve 5237 sayılı TCY'nin 158/1-h maddelerine uyan dolandırıcılık suçunun olduğu gözetilerek (...)” (yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

1.Tacir, Şirket Yöneticisi, Şirket Adına Hareket Eden ve Ticari Faaliyet Kavramlarının Tanımları

a. Tacir

Ticaret hukuku sisteminde tacir kavramının büyük bir önemi vardır. Ticaret Kanunu’nun bazı hükümlerinin uygulanabilmesi için ilgili kişi veya kişilerin tacir sıfatına sahip olmaları ve bu koşulu kaybetmemiş olmaları aranır⁹²⁴. Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK)⁹²⁵ 12. maddesine göre *“Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir. Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır. Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur”*. Bu nedenle tacir sıfatının kazanılması için, tacirin ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmesi zorunlu olmayıp, ticari işletmenin fiilen veya görünürde mevcut olduğunu ortaya koyan unsurların bulunması ve kişinin ticari işletmesini işletmek yönünde hazırlıklara başlaması yeterlidir⁹²⁶.

TTK’nın 13. maddesine göre *“Küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmaz. Tacir sıfatı, temsil edilene aittir. Ancak, yasal temsilci ceza hükümlerinin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olur”*. Yasa’nın açık düzenlemesi karşısında tacir sıfatı taşımayan küçük ve kısıtlıların yasal temsilcileri, ticari faaliyetleri sırasında hileli davranışlarda bulunarak kendilerine, küçük ve kısıtlılara veya üçüncü kişilere yarar sağlamış olmaları durumunda dolandırıcılık suçunun incelememize konu nitelikli hali oluşacaktır.

Tacir sıfatı sadece gerçek kişilerle sınırlandırılmamış; bazı özelliklere haiz bulunan tüzel kişiler de tacir olarak kabul edilmiştir. TTK’nın 16/1. maddesinde belirtildiği üzere *“Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek*

⁹²⁴ Sabih Arkan: Ticari İşletme Hukuku, 14.Baskı, Ankara 2010, s. 113; Reha Poroy/Hamdi Yasaman: Ticarî İşletme Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007, s. 115.

⁹²⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (14.02.2011 tarih 27846 sayılı Resmi Gazete).

⁹²⁶ Arkan: s. 114; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar: Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 79-81; Poroy/Yasaman: s. 116-117; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3658; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu: Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II, s. 1253.

veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar”. Bu maddede sayılan kurum ve kuruluşların tacir olmalarına ilişkin TTK’nın 16/2. maddesinde bir istisna getirilmiştir. Buna göre “Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar”.

İster gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan ve geliri belirli bir sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişiler esnaftır (TTK m.15). Esnaflar, bazı yönlerden tacirlerin tabi oldukları mevzuata tabi olsalar da, bu kişilerin tacir sıfatları yoktur. Bu nedenle ticari faaliyetleri sırasında dolandırıcılık suçu işleyen esnafın eylemi TCK’nın 157. maddesinde öngörülen temel (basit) dolandırıcılık suçunu veya diğer şartları oluştuğu takdirde TCK’nın 158/1, i madde ve fıkrasında tanımlanan dolandırıcılık suçunun nitelikli şekli oluşabilecektir. Dolandırıcılık suçunun incelememize konu nitelikli halinin gerçekleşmesi açısından failin “tacir” sıfatını taşıması zorunludur. Tacir kavramı hukuksal bir terimdir ve ilgili hukukî düzenlemeler bağlamında ve bunların sınırları içerisinde değerlendirilip dar yorumlanmalıdır.

b. Şirket Yöneticisi ve Şirket Adına Hareket Eden

Şirketleri adi şirket ve ticaret şirketi olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ticaret Kanununda düzenlenmiş ve tüzel kişilikleri bulunan şirketlere “ticaret şirketleri” adı verilir. TTK’nın 124. maddesine göre “Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir. Bu Kanunda, kollektif ile komandit şirket şahıs; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirketi sayılır”. Ticaret şirketlerinin tüzel kişilikleri bulunmaktadır (TTK m. 125). Ticaret şirketleri Türk Ticaret Kanununda belirtilen unsurların tamamlanmasından ve tescil edilmelerinden itibaren tüzel kişilik kazanırlar⁹²⁷. Adi şirketler, tüzel kişilikleri olmadığından ticaret şirketi değildir⁹²⁸.

⁹²⁷ Tamer İnal: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004, s. 119-127.

⁹²⁸ Hasan Pulaşlı: Şirketler Hukuku, Temel Esaslar, 7. Baskı, Adana 2008, s. 5.

Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir. Pay sahipleri, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumludur (TTK m.329). Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Ancak kanundaki istisnai hükümler saklıdır (TTK m.365). Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir (TTK m.370). Temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukukî işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler (TTK m.371/1).

Ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla kurulan, şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir veya birkaçının sorumluluğu sınırlandırılmamış ve diğer ortak veya ortakların sorumluluğu belirli bir sermaye ile sınırlandırılmış olan şirket komandit şirkettir (TTK m.304).

Şirket, komanditeler tarafından yönetilir (TTK m.309/2). Komandit şirketler, kural olarak, komandite ortaklar tarafından temsil edilir (TTK m.318/1). Komanditer ortaklar, ortak sıfatıyla şirketi temsile yetkili olamazlar. Ancak, şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmamak şartıyla, komanditer ortak ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tacir memuru olarak atanabilir (TTK m.318/2)

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, sermayesi paylara bölünen ve ortaklarından bir veya birkaçı şirket alacaklılarına karşı bir kolektif şirket ortağı, diğerleri bir anonim şirket pay sahibi gibi sorumlu olan şirkettir (TTK m.564). Bu şirketlerde, anonim şirketlerin yönetim kurulunun görevleriyle sorumluluklarına ilişkin hükümleri, yönetici olan komandite ortaklar hakkında da uygulanır (TTK m.570).

Limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulur. Bu şirketin esas sermayesi belirli olup, bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşur. Ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Limited şirket, kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilir. (TTK m.573).

Limited şirkette, şirket yönetiminden müdürler sorumludur. Şirket sözleşmesi ile bir veya birden fazla müdür yönetici olarak görevlendirilebilir. Şirketi temsil konusunda birden fazla müdür belirlendiğinde, bunlardan en az birinin şirket ortağı olması gerekir. Müdürler, limited şirket adına, aksine karar alınmadıkça, tüm konularda karar almaya ve bu kararları yerine getirmeye yetkilidirler (TTK m.623).

Şirket yöneticisi kavramından anonim şirketler ve kooperatiflerde yönetim kurulunu, limited şirketlerde müdürü veya müdürleri, şahıs şirketleriyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ise yöneticiyi anlamak gerekir (TTK m. 135).

Adi şirketlerde ise şirketi temsil konusunda yetkili olan kişiden; ortaklık sözleşmesinde belirlenmiş ise bu kişinin veya ortaklar aralarında karar alarak belirli birisini tayin etmişlerse tayin edilen kişinin anlaşılması gerekir. Aksi takdirde ortaklardan her birinin şirketi temsil etme yetkisi vardır (TBK, m.625).

Dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin gerçekleşebilmesi için öncelikle yukarıda belirtilen kolektif, komandit, limited ve anonim şirketlerinin bulunup bulunmadığı, bunların tüzel kişilik kazanıp kazanmadıkları, suç tarihinde failin şirket yöneticisi veya temsilcisi olup olmadığı, işlenen fiilin ticari faaliyet sırasında işlenip işlenmediği hususlarının araştırılması gerekir. Bu unsurlardan biri eksik ise bu halde fiil, dolandırıcılık suçunun nitelikli değil basit şekline sebebiyet verebilir.

c. Ticari Faaliyet

Ticari işletmenin önemli unsurlarından birisi gelir temin etme amacıdır. Ticari işletmelerin kurulmalarına dayanak teşkil eden temel güdü gelir elde etmektir. Gelir elde etmek amacıyla yürütülen faaliyetlere iktisadi faaliyet denir. Ancak her gelir sağlamaya yönelik olarak faaliyet yürüten işletme ticari işletme olmadığı gibi; gelir sağlamaya yönelik her faaliyette ticari faaliyet değildir. Ticari işletmeden kasıt, gelir sağlamayı hedef alan, devamlılık arbeden ve esnaf faaliyetleri sınırlarını aşan iktisadi işletmelerdir⁹²⁹. Bu kapsamda tacir olan gerçek veya tüzel kişilerin, gelir elde etmek amacıyla yaptıkları faaliyetleri ticari faaliyet olarak adlandırmak mümkündür. Ticari faaliyet olarak kabul edilemeyecek iş ve işlemler sırasında tacirlerin işleyecekleri dolandırıcılık eylemleri suçun basit şekline sebep olabilir.

⁹²⁹ Ayhan/Çağlar/Özdamar: s. 42-43.

2. Nitelikli Hale İlişkin Açıklamalar

Dolandırıcılık suçunun failinde genel olarak belirli bir özellik aranmaz. Bu nedenle herkes bu suçun faili olabilir. Ticari faaliyetleri sırasında tacir, şirket yöneticisi veya şirket adına hareket eden kişilerin, hileli davranışlar kullanarak mağdurları aldatıp, onların veya başkalarının zararlarına olarak kendilerine veya üçüncü kişilere yarar sağlamış olmaları durumunda, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin gerçekleştiğinden bahsedilebilecektir⁹³⁰. Bu nedenle yasa koyucu dolandırıcılık suçunun basit şeklinde fail açısından herhangi bir özellik aramamasına karşın, incelememize konu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için failin belirli özellikleri taşıması gerektiğini belirtmiştir.

Failinde belirli özelliklerin bulunmasının arandığı, bu özelliklere sahip olmayan kişiler tarafından işlenemeyen suçlara “özgü suç” veya “mahsus suç” adı verilir⁹³¹. Özgü suçların özelliği, failin öngörülen sıfatı taşıyan bir kişi olmaması halinde, fiilin o suçu veya nitelikli hali oluşturmamasıdır⁹³². Bu nedenle yasada belirtilen özellikleri taşımayan kişilerin dolandırıcılık suçunu işlemeleri durumunda, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinden değil, basit halinden sorumlu tutulacaklardır. İncelememize konu nitelikli halin gerçekleşmesi açısından failin; tacir, şirket yöneticisi veya şirket adına hareket eden bir kişi olması zorunludur. Failinde belirli özelliklerin bulunması şart olduğundan tacir, şirket yöneticisi veya şirket adına hareket eden kişiler tarafından, ticari faaliyetleri sırasında işledikleri dolandırıcılık suçu, bu niteliklere sahip olmayan kişiler tarafından işlenmesi olanaklı olmayan, bir tür özgü suçtur. Tacir olmayan bir kişinin kedisini tacir veya şirket yöneticisi gibi tanıtip, muhatabını aldatarak yarar sağlamış olması halinde,

⁹³⁰ 11. CD., 30.06.2008, E. 2008/2217, K. 2008/7070: “1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun 1-e maddesi uyarınca ticari bir kuruluş olan ve A grubu seyahat acentası işletme belgesine sahip bulunan A... Turizm Seyahat Acentasının sahibi ve sorumlu müdürü sanık S. Konuk’un, 2001 yılı hac dönemi için Diyanet İşleri Başkanlığı’ndan aldıkları belgelerle, hacca gitmek için söz konusu Acente’ye başvuran katılanlardan, gidiş ücreti olarak 3600 ABD doları alıp belirtilen tarihlerde uçak bulunamadığından bahisle edimini yerine getirmeyerek dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia olunması karşısında; eyleminin suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun 158/1-h maddesinde öngörülen “tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasındaki dolandırıcılığı” suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delillerin takdir ve değerlendirmesinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamlı yazılı şekilde adı geçen sanığın beraatına hükmolunması...”; 4. CD., 27.06.2007, E.2007/4007, K. 2007/6111: “Sanığın, katılan tarafından kendisince yapılması isteğiyle bırakılan gözlüğe sipariş formunda nitelikleri belirtilen ithal cam yerine düşük kaliteli başka bir cam takma biçimindeki hileli (aldatıcı) ve katılanın zararına yol açan davranışıyla kendisine veya ortağı olduğu ticari optik şirketine yarar sağlama eyleminin (...) 765 sayılı TCY.nın 363/1 ya da 5237 sayılı TCY.nın 158/1-h.maddesine uyabileceği ve kanıtları değerlendirip suçu nitelendirmenin, ağır ceza mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden, yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁹³¹ Dönmezer/Erman: C.II, s. 424.

⁹³² Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 472; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 463.

eylem basit (temel) dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecektir. Burada önemli olan husus aldatılan kişinin faili nasıl algıladığı değil; failin gerçekten belirtilen niteliklere sahip olup olmadığıdır.

Failin tacir, şirket yöneticisi veya şirket adına hareket eden bir kişi olması, nitelikli dolandırıcılık suçunun oluşması için gerekli, ancak yeterli değildir. Bu özelliklere sahip failin, hileli davranışlar sergileyip muhatabını aldatarak, muhatabın zararına olacak şekilde menfaat temin etme eylemini, ticari faaliyetleri sırasında gerçekleştirmiş olması gerekir. Tacirin, şirket yöneticisinin veya şirket adına hareket eden bir kişinin, ticari faaliyetleri kapsamında kalmayan eylemleri, şartları olduğu takdirde dolandırıcılık suçunun basit şekline sebebiyet verecektir⁹³³. Örneğin bir şirket yöneticisinin kendi adına bir taşınır veya taşınmaz mal aldığı esnada sahte senet vermek suretiyle muhatabını aldatarak zarara uğratması halinde suçun basit şekli oluşacaktır.

Failin tacir, şirket yöneticisi veya şirket adına hareket eden bir kişi olması nitelikli halin gerçekleşmesi açısından önemlidir. Nitelikli halin gerçekleşmesi açısından, hileli davranışların yapıldığı sırada failin söz konusu niteliklere sahip bulunması ve bu nitelikleri kaybedilmemiş olması gerekir. Öncesinde tacir olan ve çevresinde bu özelliğiyle tanınan bir kişinin, ticareti terk etmesi nedeniyle bu sıfatını hukuken kaybetmiş olmasına karşın, ticari faaliyette bulunuyor gibi davranması mümkündür. Bu halde olan bir kişinin, tacir gibi hareket ederek ve ticari faaliyet sayılabilecek işlemler yapması; bu işlemler sırasında hileli davranışlarda bulunarak, kişileri aldatmış ve bunların zararına yarar temin etmiş olması, dolandırıcılık suçunun nitelikli değil basit şekli kapsamında değerlendirilip cezalandırılacaktır. Zira “tacir”, “ticari faaliyet”, “şirket yöneticisi” ve “şirket adına hareket eden” tabirleri birer hukuksal kavram olup, ilgili mevzuatlarınca tanımları yapılmış, bunlara belirli haklar verilmiş ve yükümlülükler yüklenmiştir⁹³⁴. Bu ibarelerin geniş

⁹³³ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3658; Artuç: s. 383; 11. CD., 21.03.2011, E. 2010/13138, K. 2011/1578: Olay tarihinde ESK İnşaat Mobilya Dekorasyon San. Tic. Ltd. Şti.nin yetkilisi olan sanığın Eryaman’da yaptıracağı inşaattan bir daireyi satmak konusunda tanık Filibya Saral ile protokol imzalayıp noterden gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi düzenlediği halde bu kez aynı daireyi katılan Nazmiye Erol’a satmak konusunda katılan ile protokol ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi düzenleyerek 73,000 TL sini alıp daireyi teslim etmeden kaçmak suretiyle katılanı dolandırdığının iddia olunması karşısında; eyleminin sübutu halinde 5237 sayılı TCK.nun 158/1-h maddesinde öngörülen “tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasındaki dolandırıcılığı” suçunu oluşturup oluşturmayacağı” (www.adalet.org); Benzer nitelikte başka bir karar için bkz. 11 CD. 04.10.2010, E. 2010/6506, K. 2010/10583.

⁹³⁴ 11. CD. 09.04.2010, E. 2009/17340, K. 2010/4311 “...5237 sayılı TCK’nın 158. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinin... uygulanabilmesi için öncelikle bir şirketin olması, failin ise o şirketin yöneticisi veya şirket adına hareket etmeye yetkili temsilcisi, şirket müdürü olması ve suçun, şirketin faaliyeti sırasında ve yine bu faaliyetle ilgili olarak işlenmesi gerekmektedir. Fail hakkında bu hükme göre

yorumlanarak kapsamlarının genişletilmesi kanunilik ilkesine aykırıdır. İlgili mevzuat hükümlerine göre “tacir” sıfatını yitiren bir kişinin, eylemleri nedeniyle ceza kanunu kapsamında halen “tacir” olarak kabulü mümkün değildir.

Nitelikli halin şartlarının gerçekleşmesi açısından mağdurun, bir tacirin, şirket yöneticisinin veya şirket adına hareket eden kişinin, ticari faaliyetleri kapsamında kendisine yönelttiği hileli davranışların etkisinde kalarak aldanması ve bu aldanma doğrultusunda tasarrufta bulunarak zarar görmüş olması gerekir. Örneğin bir tacirin, ticari faaliyetleri sırasında hileli davranışlar yönelterek muhatabını aldatmaya çalışmasına karşın, mağdurun başka bir nedene dayanarak aldanmış ve kendi zararına fail veya başkasına menfaat temin etmiş olması olanaklıdır. Bu halde eylemin özelliğine göre ya hiç dolandırıcılık suçu oluşmayacak veya suçun nitelikli değil, diğer şartları olduğu takdirde basit şekli oluşabilecektir.

Belirli standartlara uymayan motorinin müşteriye verilmesi, belirli marka ürünlerin kapları ve ambalajları içerisine gerçeğinden farklı ürün konularak satışa sunulması, kalitesiz kömürün, kaliteli kömür torbalarına konularak satılması, kuyumcunun işyerinde altın kaplama bilezikleri 22 ayar altın bilezik olduğunu belirterek vermesi fiilleri incelememize konu nitelikli hale örnek olarak verilebilir⁹³⁵. Bununla birlikte standartlara uymayan, içerisine katkı maddesi veya su ve benzeri maddeler katılarak bir yakıtın oluşturulması, suçun hazırlık hareketi olduğundan, tek başına dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyecektir. Zira bu halde muhataba yöneltilen hileli bir davranış bulunmamaktadır. Hazırlanan katkı maddeli akaryakıtın satışa sunulması dolandırıcılık suçunun icra hareketlerine başlanması olarak değerlendirilip, bu fiil dolandırıcılık suçuna teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırılmalıdır. Ancak 1705 sayılı Ticarete Tağşişin

cezalandırılabilmesinin istenebilmesi için öncelikle, ticari faaliyeti olan bir şirketin bulunup bulunmadığı, şirketin kurulup tüzel kişilik kazanıp kazanmadığı, suçun işlendiği tarihte failin şirket yöneticisi veya temsilcisi olup olmadığı, işlenen fiilin ticari faaliyetle ilgisinin bulunup bulunmadığı tespit olunmalı, bu şartların varlığı halinde sanığın, 5237 sayılı TCK'nın 158/1-h maddesine göre cezalandırılması istenmelidir. Şirket yöneticisi olmayıp, şirkette çalışan kişilerin, şirket adını kullanarak dolandırıcılık suçunu işlemeleri halinde bu bentteki nitelikli halden söz edilemeyeceği için, şartları var ise maddenin diğer bentlerindeki nitelikli hallerin var olup olmadığının araştırılması zorunludur. Bunların bulunmaması durumunda dolandırıcılık suçunun basit halini düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesi uyarınca failin cezalandırılmasına karar verilmesi gerekmektedir.” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁹³⁵ Meran: s. 160; 11. CD., 19.01.2009, 389/1902: “Sanığın, Türkiye Kömür İşletmeleri ADL işletmesine ait olmayan düşük kalitedeki kömürleri taklit torbalara koyarak sattığının iddia edilmesi nedeniyle, eylemin TCK'nın 158/1-h maddesindeki nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağı...”; 11. CD., 19.01.2009, 389/104: “sanığın yakınlara TSE standartlarına uymayan ucuz gözlük çerçevelerini Venty markasına ait garanti belgesini vererek pahalıya sattığının iddia edilmesi karşısında; eylemin kanıtlanması durumunda TCK'nın 158/1-h maddesine uyan nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağı...” (Taşdemir: s. 206).

Men'i Ve İhracatın Murakabesi Ve Korunması Hakkında Kanun'un⁹³⁶ 6. maddesinde benzeri eylemler özel olarak yaptırım altına alındığından, dolandırıcılık suçuna teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır. Yine benzeri şekilde gıda maddelerine katkı maddesi eklenerek, ambalajında belirtilen özellikleri taşımadığı halde satışa sunulması fiilleri de gıda mevzuatı veya TCK'nın 186 ya da 194. maddeleri ve benzerleri kapsamında cezalandırılabilir.

B. Kooperatif Yöneticilerinin Kooperatifin Faaliyeti Kapsamında Dolandırıcılık Suçu İşlemleri (Kooperatif Dolandırıcılığı)

1. Konuya İlişkin Genel Açıklama

Kooperatif yöneticilerinin, kooperatifin faaliyeti kapsamında gerçekleştirdikleri dolandırıcılık eylemleri, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir (TCK m.158/1,h). Benzer bir düzenlemeye 765 sayılı TCK'da açıkça yer verilmemesine karşın 765 sayılı TCK'nın 504/3.maddesinde dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinden biri kurum yöneticilerinin mesleklerini yaptıkları sırada dolandırıcılık suçu işlemleri yer almaktaydı. Eski TCK'da yer alan bu düzenleme yoruma müsait olması nedeniyle, kooperatif yöneticilerinin, kooperatif faaliyetleri sırasında işledikleri dolandırıcılık eylemlerini kapsar şekilde yorumlanması mümkündür.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun⁹³⁷ 1. maddesinde kooperatifin tanımı şu şekilde yapılmıştır: “Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir”.

Yasa koyucunun kooperatif yöneticileri tarafından, kooperatifin faaliyetleri kapsamında işledikleri dolandırıcılık suçunu, suçun nitelikli hallerinden biri olarak kabul etmesinin sebebi, kooperatifin yasal tanımında gizlidir. Öncelikle kooperatifler, karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlanan ekonomik değerler ile faaliyetlerini idame

⁹³⁶ 1705 sayılı Yasa'nın 6. maddesi 23.1.2008 tarih 5728 sayılı Yasa'nın 68. maddesi ile değiştirilerek son şeklini almıştır. Söz konusu değişikliği yapan Yasa'nın yürürlük tarihi gözönüne alındığında, 1705 sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile yaptırım altına alınan eylemler açısından TCK'nın 5. maddesi uygulanmaz.

⁹³⁷ 10.05.1969 tarih 13195 sayılı Resmi Gazete.

ettirmektedir. Yine kooperatiflerin kurulmasının asıl amacı, kişilerin ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını karşılamak için kişileri bir araya getirmektir. Kooperatifler tüzel kişilikleri bulunan birliklerdir. Temelinde karşılıklı güven bulunan, kişilerin parasal ve iş gücü olanaklarını bir araya getirerek oluşturdukları kooperatiflerin yöneticilerinin, kooperatifin amacı doğrultusunda faaliyetlerini sürdürebilmesi için önemli sorumlulukları vardır.

Kooperatif üyelerinin, kooperatifin faaliyetlerini denetleme olanakları kısıtlıdır. Gerek üyelerin ve gerekse üçüncü kişilerin kooperatif yöneticileri tarafından, kooperatifin faaliyetleri kapsamında aldatılmaları ve zarar görmeleri kolaydır. Kooperatifin bu özelliklerini öngören yasa koyucu, kooperatif yöneticilerini daha dikkatli olmaya sevk etmek, kooperatif faaliyetlerinin düzenli ve amacına uygun şekilde yürümesini temin etmek ve kooperatif üyeleri ve diğer kişilerin menfaatlerini daha etkin şekilde korumak için, kooperatif yöneticilerinin, kooperatif faaliyetleri kapsamında gerçekleştirdikleri hileli davranışları daha ağır bir müeyyide ile yaptırım altına almıştır.

2. Failin Gösterdiği Özellik

Failinde belirli özelliklerin bulunmasının arandığı, bu özelliklere sahip olmayan kişiler tarafından işlenemeyen suçlara “özü suç” veya “mahsus suç” adı verilir. Özü suçların özelliği, failin öngörülen sıfatı taşıyan bir kişi olmaması halinde, fiilin o suçu veya nitelikli hali oluşturmamasıdır⁹³⁸. Bu nedenle yasada belirtilen özellikleri taşımayan kişilerin dolandırıcılık suçunu işlemeleri durumunda, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinden değil, basit şeklinden sorumlu tutulacaklardır. İncelememize konu nitelikli halin gerçekleşmesi açısından, failin kooperatif yöneticisi olması zorunludur. Bu zorunluluk nedeniyle, kooperatif yöneticileri tarafından kooperatif faaliyetleri sırasında işledikleri dolandırıcılık suçu, bu niteliklere sahip olmayan kişiler tarafından işlenmesi olanaklı olmayan bir tür özü suç olarak kabul edilebilir. Kooperatifin yönetici konumunda olmayan diğer üyelerinin eylemleri, suçun nitelikli değil basit veya diğer nitelikli halleri çerçevesinde değerlendirilebilir.

Yasada geçen “kooperatif yöneticisi” tabirinden kasıt, kooperatif yönetim kurulu üyeleridir. Yönetim kurulu, kanun ve ana sözleşme hükümleri içinde kooperatifin faaliyetini yöneten ve onu temsil eden yürütme organıdır. Yönetim Kurulu en az üç üyeden

⁹³⁸ Dönmezer/Erman: C.II, s. 424; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 472.

oluşur. Yönetim kurulu asıl ve yedek üyelerinin kooperatif ortağı olmaları şarttır. Yönetim Kurulu üyeliğine seçilen tüzel kişiler, yönetim kurulunda kendi namlarına hareket edecek temsilcilerinin isimlerini kooperatife bildirir (1163 sayılı Yasa m.55). Yönetim kurulu üyelerinin belirli şartları taşıması gerekir. Bu şartlar 1163 sayılı Yasa'nın 56. maddesinde sayılmıştır. Bu şartları taşıyan üyeler seçildikten sonra, istisnai durumlar haricinde 4 yıl boyunca görev yaparlar (1163 sayılı Yasa m.57).

Yönetim kuruluna ait bulunan, kooperatifi yönetme ve temsil görevi kısmen veya tamamen kooperatif ortağı bulunmaları şart olmayan bir veya birkaç müdüre veya yönetim kurulu üyesine verilebilir. Bunun için kooperatif ana sözleşmesinde açık bir hüküm bulunması gerekir (1163 sayılı Yasa m. 58). Yönetim kurulunun, ana sözleşmeye dayanarak müdür veya müdürlere yönetim ve temsili devretmiş olmaları durumunda, yönetim kuruluna ait yetkilerin bu kişiler tarafından kullanılması söz konusu olacağından, müdür veya müdürler kooperatif yöneticisi ve kooperatif adına hareket eden kişi olarak kabul edilecektir. Müdürlerin, kooperatif faaliyeti kapsamında, kendilerine verilen temsil ve yönetim yetkisi çerçevesinde dolandırıcılık sayılan eylemlerinin, suçun nitelikli hali kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Denetçiler, genel kurul namına kooperatifin bütün işlem ve hesaplarını tetkik eder. Bu görevliler işletme hesabiyle bilânçonun defterlerle uygunluk halinde bulunup bulunmadığını, defterlerin düzenli bir surette tutulup tutulmadığını ve işletmenin neticeleriyle mameleki hakkında uyulması gerekli olan hükümlere göre işlem yapıp yapılmadığını incelemekle yükümlüdürler (1163 sayılı Yasa m. 65 ve 66). Bu nedenle denetçiler, kooperatifin yöneticileri içinde yer almazlar.

Nitelikli dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için failin kooperatif yöneticisi olması yetmemekte, ayrıca gerçekleştirilen eylemlerin kooperatifin faaliyetleri kapsamında işlenmiş olması gerekmektedir. Kooperatif yöneticileri, kooperatif faaliyetleri dışında dolandırıcılık sayılabilecek bir eylem irtikap etmişler ise, eylemleri suçun basit şeklinin oluşumuna sebep olacaktır.

Kooperatif yöneticileri dışında kalan diğer kooperatif çalışanı ve memurlarının incelememize konu dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin faili olamazlar. Bu durum TCK'nın 158/1-h maddesinde açıkça belirtilmiştir. Maddede belirtildiği üzere kooperatifin faaliyetleri sırasında, kooperatif yöneticilerinin dolandırıcılık suçunu işlemeleri halinde,

suçun nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır. Kooperatifi temsil ve yönetme yetkileri bulunmayan kooperatif çalışan ve memurlarının, kooperatifin faaliyetleri sırasında işledikleri dolandırıcılık suçları, suçun nitelikli değil, basit şeklini oluşturacaktır. Kooperatif çalışanlarının, kooperatif yöneticisi gibi davranmaları, kendilerini bu şekilde tanıtmaları, buna ilişkin yanıltıcı belge ve bilgi oluşturmaları halinde de sonuç değişmeyecektir. Zira yasa koyucu düzenlemesinde açıkça “kooperatif yöneticisi” kavramına yer vermiştir. Bu kavramın yasal mevzuat çerçevesinde bir yeri ve tanımı bulunmaktadır. Yani kooperatif yöneticisinden ne anlaşılması gerektiği 1163 sayılı Kooperatif Kanunu’nda açıkça belirlenmiştir. Bundan dolayı kooperatif yöneticisi olmayan çalışanlarının, kendilerini yönetici gibi gösterir davranışlarının bir bütün halinde hileli davranış olarak kabul edilmesi gerekir.

3. Nitelikli Hale İlişkin Diğer Açıklamalar

Kooperatifin faaliyetleri sırasında, kooperatif yöneticilerinin, gerek üyelere ve gerekse üçüncü kişilere karşı hileli davranış kullanarak bu kişileri aldatıp, onların veya başkalarının zararlarına olarak kendilerine veya üçüncü kişilere yarar sağlamış olmaları durumunda, dolandırıcılık suçunun nitelikli hali gerçekleşir. Yasa koyucu dolandırıcılık suçunun basit şeklinde fail açısından herhangi bir özellik aramamasına karşın, incelememize konu nitelikli halin oluşabilmesi için failin kooperatif yöneticisi olması gerektiğini belirtmiştir.

Failin kooperatif yöneticisi olması, dolandırıcılık suçunun nitelikli şeklinin oluşması açısından gerekli, ancak yeterli değildir. Failin, hileli davranışlar sergileyerek muhatabını aldatıp, muhatabın zararına olacak şekilde yarar sağlama eylemini, kooperatif faaliyetleri sırasında gerçekleştirmiş olması gerekir. Aksi takdirde, yani kooperatifin faaliyetleri sırasında işlenmeyen dolandırıcılık fiilleri, şartları olduğu takdirde dolandırıcılık suçunun basit şekline sebebiyet verecektir.

Kooperatif yöneticisi niteliğine sahip olunması, nitelikli halin oluşumu açısından zorunludur. Hileli davranışların gerçekleştirildiği sırada failin söz konusu niteliklere sahip bulunması ve bu nitelikleri kaybedilmemiş olması gerekir. Kooperatif yöneticisi sıfatını hukuken kaybetmiş bir kooperatif üyesinin, kooperatifin faaliyetleri kapsamında hileli davranışlar sergileyerek, kişileri aldatıp haksız yarar sağlaması,

dolandırıcılık suçunun nitelikli değil basit şekli kapsamında değerlendirilip cezalandırılacaktır.

Failin eyleminin nitelikli hale sebebiyet verebilmesi için, mağdurun aldanmasının, kooperatif yöneticisinin, kooperatifin faaliyetleri sırasında gerçekleştirdiği hileli davranışlardan kaynaklanması gerekir. Kooperatif yöneticisinin, kooperatif faaliyetleri dışında gerçekleştirdiği hileli davranışlarla aldanmanın meydana gelmiş olması veya kooperatif faaliyetleri kapsamında sergilenmekle birlikte aldanmanın başka bir nedenden kaynaklanması mümkündür. Bu halde sergilenen hileli davranış, olayın özellikleri çerçevesinde ya hiç dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermeyecek veya suçun nitelikli değil, diğer şartları olduğu takdirde basit şeklini oluşturacaktır.

4. Kooperatif Yönetici ve Memurlarının, Kooperatife Karşı İşledikleri Dolandırıcılık Suçu

Dolandırıcılık suçunda failin, hileli davranışlarını yöneltileceği başka bir kişinin var olması şarttır. Yani dolandırıcılık suçunda fail ile mağdurun aynı kişi olması olanaklı değildir. Kooperatifler tüzel kişiliğe sahip oluşumlardandır. Bu nedenle, kendilerini temsil edecek, kendi adına hukuki eylem ve işlemler gerçekleştirecek kişilere ihtiyaç duyarlar. Dolandırıcılık suçunun tüzel kişilikler zararına işlenmesi durumunda hileli davranışların muhatabı, tüzel kişileri temsil eden, onun malvarlığı üzerinde tasarruf etme olanağı bulunan gerçek kişi veya kişilerdir. Tüzel kişileri temsil yetkisine sahip bulunan ve bu nedenle tüzel kişiliklerin malvarlıkları üzerinde tasarruf etme yetki ve görevi bulunan gerçek kişi veya kişilerin, temsilcisi oldukları tüzel kişiler zararına olarak dolandırıcılık suçu işlemeleri olanaklı değildir. Temsilcilerin, temsil ettikleri tüzel kişilerin malvarlıklarında azalmaya, kendilerinin veya başka kişilerin malvarlıklarında artmaya neden olabilecek fiillerde bulunmaları, genel olarak güveni kötüye kullanma suçuna neden olur. Ancak kanunlarında yer alan özel düzenlemeler saklıdır. Gerek ceza kanununda ve gerekse özel ceza kanunlarında, genel olarak güveni kötüye kullanma suçu olarak değerlendirilebilecek eylemler ile ilgili, bazı nedenlerle, farklı suç düzenlemeleri yapılabilir

1163 sayılı Yasa'nın 62/3.maddesinde kooperatif yöneticileri ve memurları hakkında özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre *“yönetim kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil*

eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır”lar. Söz konusu maddede kooperatifin para ve mallarına karşı kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve memurları tarafından bir suç işlenmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlileri gibi cezalandırılacakları belirtilmiştir. Kamu görevlilerinin, kendilerine teslim edilen veya zilyetliklerinde bulunan mal ve paralara karşı işleyebilecekleri suç, TCK’nın 247/1.maddesinde düzenlenen zimmet suçudur. Bu nedenle kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve memurlarının, kooperatifin mal ve paralarına karşı gerçekleştirdikleri eylemler zimmet suçuna sebebiyet verecektir.

Kooperatif memurlarının, kooperatifi temsil ve yönetme yetki ve görevleri yoktur. Bu görev yönetim kuruluna aittir. Kooperatifin mal ve parası konusunda tasarrufta bulunma hak ve yetkisi yönetim kuruluna aittir.

Kooperatif memurlarının, yönetim kurulunun yetki ve görevi kapsamında kalan mal ve paraları elde etmek amacıyla, yönetim kurulu üyelerine hileli davranışlar sergileyerek, kooperatifin mal veya paralarının kendilerine veya başka bir kişiye verilmesini sağlamaları mümkündür. Bu halde, eylemleri zimmet suçunu değil, basit dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır. Zimmet suçu oluşmayacaktır. Zira zimmet suçunun oluşması için kooperatif memurunun, görevi nedeniyle kendisine devredilmiş veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu bir mal veya parayı, kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmiş olması gerekmektedir. 1163 sayılı Yasa’nın 62/3.maddesi bu konuda açık bir düzenleme içermese de, maddenin lafzından aksine yorum çıkartılması mümkün değildir. Madde genel ibareler içermekte, para ve mallara karşı işlenen suçlardan dolayı kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve memurlarının, kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklarını belirtmektedir. Kamu görevlilerinin, görevleri nedeniyle kendilerine tevdi edilen para ve mallara karşı işleyebilecekleri suç zimmet suçudur. Zimmet suçunun tanımı ve unsurları ise TCK’nın 247.maddesinde gösterilmiştir. Zimmet suçunun tanım ve unsurları gözönüne alındığında, kooperatif memurlarının zimmet suçunu işleyebilmeleri için kendilerine tevdi edilen mal ve paralar üzerinde tasarruf yetkilerinin bulunması gerekir. Kooperatif yönetim kurulunun yetki ve sorumluluğunda olan mal ve paraların elde edilmesi için hileli davranışlar kullanan kooperatif memurunun eylemi, dolandırıcılık suçunun basit şekline sebep olacaktır.

Kooperatif memurlarının, kendi zilyetliklerinde bulunan veya kendilerine tevdi edilen para ve malları sahiplenmek için, kooperatifi temsile ve mal ve paraları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kooperatif yönetim kurulu üyelerine karşı hileli davranış kullanmaları ve sonucunda yönetim kurulu üyelerini aldatarak amaçlarına ulaşmaları halinde eylemleri, zimmet suçunu oluşturacaktır. Zira bir memurun doğrudan zimmetine geçirme olanağı bulunan bir malı, dolaylı yollarla gerçekleştirmiş olması, eylemin niteliğini değiştirmemelidir. Dolaylı olarak gerçekleştirilen eylemin asıl amacı, zilyetlik altında bulunan bir malın zimmete geçirilmesini sağlamak değil; zimmet eyleminin ortaya çıkmasını engellemek veya geciktirmektir. Ya da, işlediği suça başkalarını doğrudan veya dolaylı şekilde ortak etmektir. Aksine bir yorum zimmet suçu ile korunmak istenen amaca uygun olmayacaktır.

Kooperatif yönetim kurulu üye veya üyelerinin, kooperatif mal ve paralarına karşı dolandırıcılık suçunu işleyip işleyemeyeceklerinin belirlenmesinde çeşitli ihtimaller göz önünde tutulmalıdır. Bunun için öncelikle, hileli davranışta bulunan üye/üyeler dışında kalan ve hileli davranışlara muhatap olan üye/üyelerin, kooperatife ait bulunan mal ve para üzerinde, hileli davranışta bulunan üye olmaksızın tasarrufta bulunma yetkilerinin olup olmadığı belirlenmelidir. Eğer kooperatifin mal ve paraları üzerinde tasarrufta bulunulabilmesi için, yönetim kurulu üyesi olan failin bulunması zorunlu değil ise, üye olan failin, hileli davranışları ile tasarrufta bulunabilecek çoğunluğa sahip üyeleri aldatması ve sonucunda kooperatif zararına ve kendisi veya başkası yararına tasarrufta bulunulmasını sağlaması halinde, basit dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır. Zira bu halde hileli davranışlarda bulunan fail üye/üyelerin, yalnız başına/başlarına kooperatife ait mal ve paralar üzerinde tasarrufta bulunma yetki/yetkileri bulunmamaktadır. Azınlıkta kalan fail üyeler, mal ve para üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip çoğunluğun iradelerini hileli davranışlarla etkilemek suretiyle yarar sağlamaktadır. Örneğin üç kişiden oluşan bir kooperatif yönetim kurulunun, kooperatifin mal ve paraları üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için salt çoğunluğa sahip en iki üyenin olumlu yönde oy kullanması gerekir. Üyelerden birinin, diğer iki üyeye karşı hileli davranışlar sergileyerek, bu üyelerin aldatılmış ve sonucunda kendisi veya başkası lehine yarar elde etmiş olması durumunda zimmet değil, dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Bu halde zimmet suçu oluşmaz zira, failin tek başına, yönetim kuruluna tevdi edilen mal ve paralar üzerinde tasarrufta bulunma ve bunları zimmetine geçirme olanağı bulunmamaktadır.

Bununla birlikte kooperatif yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğa sahip üyelerinin, azınlıkta kalan üyelere karşı hileli davranışlar sergileyerek bunları aldatması, bu aldanma neticesinde kooperatife ait mal ve paralar üzerinde tasarrufta bulunarak kendilerine veya başkalarına yarar sağlanmış olması durumunda eylem, zimmet suçuna sebebiyet verecektir. Yukarıdaki örnek üzerinden konuyu izah edersek: Üç kişilik yönetim kurulunun, salt çoğunluğa sahip iki üyesinin, üçüncü üyeye karşı hileli davranışlar sergileyerek bu üyeyi aldatıp, kendi iradeleri doğrultusunda karar alınmasını sağlamaları; bu karar doğrultusunda kendilerinin veya başkalarının yararına, kooperatifin zararına olacak şekilde tasarrufta bulunulmasını temin etmeleri halinde eylemleri, zimmet suçuna sebebiyet verecektir. Zira üç kişiden oluşan yönetim kurulunun, salt çoğunluğu oluşturan iki üyesinin, üçüncü üyeden ayrı olarak kooperatifin mal ve paraları üzerinde tasarruf etme yetkileri vardır.

Uygulamada genellikle, kooperatifin yönetim kurulunda görev yapan üyeler, hileli davranışlar kullanarak kooperatifin mal ve paralarını doğrudan değil; üçüncü kişiler ile ortaklık kurarak bunlar aracılığıyla almaktadırlar.

Kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinin amaçları bakımından ilgilendikleri kooperatiflere ortak olabilirler (1163 sayılı Yasa m.9). Bununla birlikte bir kooperatifin varlığı, belediye, ekonomik bir Devlet kuruluşu, kamu müessesesi veya kamuya yararlı dernek veya cemiyetler tarafından da devralınabilir (1163 sayılı Yasa m.85). Bu hallerde kooperatif memurları, çalışanları veya yönetim kurulunun azınlıkta kalan üyelerinin hileli davranışlar kullanarak, kooperatif zararına ve fakat kendi veya başkaları yararına bir yarar elde edilmesini sağlamaları halinde, eylemleri kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık (TCK m. 158/1-e) suçu olarak değerlendirilmelidir.

C. Serbest Meslek Sahibi Kişiler Tarafından, Mesleklerinden Dolayı Kendilerine Duyulan Güvenin Kötüye Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu İşlenmesi (Serbest Meslek Dolandırıcılığı)

1. Konuya İlişkin Genel Açıklama

Serbest meslek sahiplerinin, icra ettikleri mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, yeni düzenlemede nitelikli hal olarak düzenlenmiştir (TCK

m.158/1-i). 765 sayılı TCK'da meslek ve görevlerini yaptıkları sırada sadece avukatlar, dava vekilleri ve vekillerin işledikleri dolandırıcılık suçu, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmişti (765 sayılı TCK m. 504/8). 765 sayılı TCK'daki sınırlı düzenleme nedeniyle, belirtilenler dışındaki meslek sahiplerinin, yaptıkları işler nedeniyle kendilerine duyulan güven duygusunu kötüye kullanarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi, suçun nitelikli değil basit şeklini oluşturmaktaydı.

Eski düzenlemenin sınırlı bir meslek grubu tarafından işlenen dolandırıcılık suçlarını, daha ağır bir yaptırım ile cezalandırması eleştirilebilir. Zira, avukatlar, dava vekilleri ve vekillerin hileli davranışlarının daha ağır bir yaptırıma tabi kılınmasının nedeni, bu mesleklerin sahip olduğu özellikler nedeniyle, kişilerin aldatılmasının kolay olması ve bu mesleklere duyulan güvenin korunmasıdır. Bununla birlikte avukatlar, dava vekilleri ve vekiller tarafından icra edilen mesleklere benzer, insanların aldanmasını kolaylaştıran, toplumun kendilerine güven duyduğu ve bu duyulan güvenin devamının önemli olduğu başkaca meslek grupları bulunmaktadır. Bu nedenle önceki yasal düzenlemenin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Bu eksikliği öngören yasa koyucu, avukatlarında içerisinde bulunduğu, serbest meslek sahibi kişiler tarafından işlenen dolandırıcılık suçlarını, nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Yeni düzenlemenin önceki düzenlemeye göre, varılmak istenen amaç açısından daha uygun olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte “serbest meslek” ve “serbest meslek sahibi kişi” kavramlarının belirsizliği, bu terimlerin tanımlarının ve kapsamlarının ilgili yasal düzenlemeler tarafından net bir şekilde yapılmamış olması, olayın özelliklerine göre bu ibarelerin yoruma ihtiyaç duymalarının kanunilik ilkesine uygun olmadığını düşünüyoruz. Bu kavramlarının sınırlarının net bir şekilde belirlenememiş olması nedeniyle gerek öğretide ve gerekse uygulamada farklı yorumlar ortaya çıkacaktır.

Değişik yorumların önüne geçmek ve uygulamadaki farklılıkları engellemek açısından, bu ibarelerin ilgili yasal düzenlemeleri tarafından net bir şekilde tanımlanarak sınır ve kapsamlarının belirlenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Diğer bir yol ise, yasa koyucunun, tüm serbest meslek sahibi kişiler tarafından işlenen dolandırıcılık suçlarını değil, saymaca bir yöntem ile belirli meslek mensuplarının, mesleki faaliyetleri sırasında işledikleri dolandırıcılık suçlarının nitelikli hal olarak kabul edilmesidir.

Bu nitelikli halin kabul edilmesinin nedeni serbest meslek sahibi kişilere, yaptıkları işten dolayı toplumda var olan güven duygusunun daha etkili bir biçimde korunmak istenmesidir⁹³⁹.

Failinde belirli özelliklerin bulunmasının arandığı, bu özelliklere sahip olmayan kişiler tarafından işlenemeyen suçlara “özgü suç” veya “mahsus suç” adı verilir. Özgü suçların özelliği, failin öngörülen sıfatı taşıyan bir kişi olmaması halinde, fiilin o suçu veya nitelikli hali oluşturmamasıdır⁹⁴⁰. Bu nedenle yasada belirtilen özellikleri taşımayan kişilerin dolandırıcılık suçunu işlemeleri durumunda, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinden değil, basit halinden sorumlu tutulacaklardır. İncelememize konu nitelikli halin gerçekleşmesi açısından, failin serbest meslek sahibi bir kişi olması zorunludur. Failinde belirli özelliklerin bulunması şart olduğundan, serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işledikleri dolandırıcılık suçu, bu niteliklere sahip olmayan kişiler tarafından işlenmesi olanaklı olmayan özgü suçlardandır.

2. Serbest Meslek Tanımı ve Kapsamı

“Serbest meslek” tabirinden ne anlaşılması gerektiği yasa koyucu tarafından ceza kanunumuzda tanımlanmamıştır. Halk arasında serbest meslek sahibi kavramı çok geniş şekilde anlaşılmakta; herhangi bir kişi ve kuruma bağlı olmaksızın çalışan kişileri veya bulduğu herhangi bir işte çalışanları kapsar şekilde yorumlanmaktadır.

Yasal mevzuatımız incelendiğinde 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 65/2. maddesinde serbest meslek faaliyetinin tanımına yer verildiği görülmektedir. Buna göre serbest meslek faaliyeti; “*sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır*”. Aynı Kanun’un 66. maddesinde ise serbest meslek erbabı “*serbest meslek faaliyetini mutat meslek halinde ifa eden*” olarak tanımlanmıştır⁹⁴¹.

⁹³⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3659; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 473; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 464.

⁹⁴⁰ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 472.

⁹⁴¹ 11. CD., 23.05.2007, E. 2007/2318, K. 2007/3612; Yargıtay vermiş olduğu bu kararında emlak komisyonculuğu işini, faaliyetleri kapsamında serbest meslek makbuzu yerine fatura düzenlemeleri nedeniyle serbest meslek kavramı içinde değerlendirmemiştir. 11. CD., 5.2.2009, 5396/563: “Sanığın,

Serbest meslek olarak nitelendirilebilecek herhangi bir işi kısa bir süreliğine yapmak, bu işi yapan kişileri serbest meslek sahibi haline getirmez. Herhangi bir kişinin serbest meslek sahibi olduğunun kabulü için, serbest meslek faaliyetinin mutlak olarak ifa ediliyor olması; yani süreklilik taşıması gerekir. Serbest meslek faaliyetinin mutlak olarak ifa edildiğinden bahsedebilmek için, mesleği ifa eden kişinin yaşı ve becerileri, aldığı eğitim, sahip olduğu diploma ve benzeri belgeler ile mesleği icra ettiği süre gibi hususların gözönüne alınması gerekir.

Bu kapsamda herhangi bir kurum veya kuruluşa bağlı olmadan, kendi adlarına büro, muayenehane, yazıhane, atölye gibi yerlerde faaliyet yürüten avukat, doktor, dişi, ressam ve benzer işler serbest meslek olarak değerlendirilmeli⁹⁴²; bu işlerle meşgul olan insanlar ise serbest meslek erbabı kabul edilmelidir.

3. Nitelikli Hale İlişkin Değerlendirmeler

Dolandırıcılık suçunun bu nitelikli halinin uygulanabilmesi için failin, serbest meslek sahibi olması ve icra ettiği serbest meslek ile ilgili olarak ve mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güveni kötüye kullanarak dolandırıcılık suçunu işlemiş olması gerekir. Serbest meslek erbabı olan kişinin, mesleğinden dolayı kendisine duyulan güveni kötüye kullanarak değil de, başka yollardan mağduru aldatması ve buna paralel olarak yarar sağlamış olması durumunda eylemi, dolandırıcılık suçunun basit şeklini oluşturacaktır.

Serbest meslek sahibi olan failin dolandırıcılık suçunu, ifa ettiği serbest meslek sırasında işlemesi zorunlu değildir. Fail fiilen mesleğini icra ettiği yerin dışında da olsa, yaptığı serbest mesleğe duyulan güveni kötüye kullanarak dolandırıcılık suçu işlemiş ise, yine nitelikli halden sorumlu tutulacaktır. Örneğin, bir avukatın veya eczacının işlemiş olduğu, dolandırıcılık suçunu avukatlık bürosunda veya eczahanede işlemiş olmaları önemli değildir. Büro ve eczahanenin duvarları dışında da, bir avukat veya eczacının, sıfatlarının kendilerine sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçu işlemleri durumunda, suçun nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır.

araba alım-satımı işi karşılığında aldığı bedeller için Vergi Usul Kanunu gereğince serbest meslek makbuzu düzenlemeyip fatura düzenlemek zorunda bulunduğundan, araba alım-satım işinin (galericilik) sıfatının serbest meslek kavramı içinde değerlendirilemeyeceği” (Taşdemir: s. 207).

⁹⁴² Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 532; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 465.

Yasa metni lâfzî olarak incelendiğinde, serbest meslek sahibi kişilerin, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güveni kötüye kullanarak, meslekleriyle doğrudan veya dolaylı olarak bağlantısı olmayan iş ve işlemleri sırasında işledikleri dolandırıcılık suçunun, nitelikli hal olarak kabul edildiği gibi bir anlam çıkartılabilir. Mesela bir avukata müvekkili tarafından, icra ettiği avukatlık mesleğinden dolayı güven duyulması; avukatın kendisine duyulan bu güveni kötüye kullanmak suretiyle, avukatlık mesleği ile ilgili olmayan bir iş sırasında, örneğin arabasını müvekkiline sattığı bir anda, hileli davranışlar kullanarak müvekkilini aldatıp, arabasını gerçek fiyatının çok üzerinde satarak haksız bir yarar elde etmesi mümkündür. Böyle bir durumda incelememize konu nitelikli halin oluşmayacağını düşünüyoruz. Zira yasa koyucu tarafından nitelikli halin düzenlenmesi ile amaçlanan şey, serbest meslek erbabının, mesleklerini icra ederken, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güveni kötüye kullanmalarının önüne geçmektir. Dolayısıyla serbest meslek mensubu olan kişinin eyleminin nitelikli hale sebebiyet verebilmesi için, dolandırıcılık eyleminin, serbest meslek faaliyeti ile doğrudan veya dolaylı olarak bir ilgisinin olması gerekir. Aksine kabul serbest meslek mensupları tarafından gerçekleştirilen dolandırıcılık eylemlerinin hemen hemen tamamının nitelikli hal kapsamında kalmasını gerektirir.

Yasada açıkça serbest olarak icra edilen mesleklere duyulan bir güvenden ve bu güvenin kötüye kullanılmasından bahsedilmiştir. Serbest olarak icra edilen mesleğe fail veya mağdur tarafından atfedilen ya da fail tarafından bireysel olarak sağlanan güvenin bir önemi yoktur. Önemli olan husus toplum nazarında, öteden beri süre gelen, yapılan işin önemi ve kapsamı nedeniyle toplumda oluşan güven duygusudur. Toplum içerisinde yetişen bireyler bu algıdan etkilenerek, kendileri de bu güven duygusunu sahiplenip, gelecek nesillere iletirler. Hukuk düzeni serbest mesleklere duyulan güveni, gerek özel ve gerekse genel düzenlemeler yoluyla korumaya çalışmaktadır. Örneğin, doktorluk, avukatlık veya eczacılık mesleklerine toplum tarafından duyulan bir güven vardır. Var olan bu güven, bu meslekleri icra eden kişilerin aldıkları eğitim çerçevesinde mesleklerini doğru yapacaklarına ve kendilerini yanıltmayacaklarına dair duyulan bir tür inançtır. Çoğu kez kişiler serbest meslek sahipleri tarafından kendilerine söylenen şeyleri sorgulamadan kabul etme eğilimindedirler. Zira bu kişilerin, serbest meslek sahipleri tarafından kendilerine söylenen hususları değerlendirme imkânları ve doğruluğunu teyit etme olanakları bulunmamaktadır.

Nitelikli halin varlığından bahsedebilmek için serbest meslek erbabının işledikleri dolandırıcılık eylemlerini, mesleklerine duyulan güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş olmaları gerekir. Aksi halde suçun nitelikli değil basit şekli oluşacaktır⁹⁴³. Örneğin, eczacılık mesleği ile uğraşan bir kişinin, eczahaneye gelen ve sağlık sorunları olan bir kişiye, hastalığına çare olacağından bahisle hastalığı ile ilgisiz bir ilacın önerilerek satılması durumunda nitelikli dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır. Zira eczacı olan fail, önerdiği ilacın mağdurun sağlık sorununa yardımcı olmayacağını bilmekte, ilacı satarak maddi yarar sağlamak amacıyla mağduru yanlış yönlendirmektedir. Sağlık sorunundan kurtulmak isteyen mağdur ise, eczacı olan failin ecza alanındaki bilgisine ve tecrübesine güvenip doğru söylediği bilinci ve rahatsızlığına iyi geleceği inancıyla, gerçekte herhangi bir yararı olmayacak bir ilacı alarak zarar görmüş olacaktır. Bu halde dolandırıcılık suçunun nitelikli şeklinin tüm şartların gerçekleştiğini söylemek olanaklıdır.

Nitelikli hal açısından failin serbest meslek sahibi olması zorunludur. Serbest meslek sahibi olmayan, ancak bu kişiler yanında çalışan kişiler tarafından, incelememize konu dolandırıcılık suçunun nitelikli hali işlenemez. Serbest meslek sahibi olmayan kişilerin, böyle bir meslek icra ediyormuş gibi davranmaları, buna ilişkin söz, hal ve harekette bulunmaları bir bütün olarak “hileli davranış” içerisinde değerlendirilmelidir. Zira yasada serbest meslek faaliyetleri sırasında dolandırıcılık suçunun işlenmesinden değil, serbest meslek erbabı tarafından irtikâp edilen dolandırıcılık suçuna yer verilmiştir. Bu nedenle, serbest mesleği bizzat icra eden kişiler dışındakilerin eylemleri suçun basit şekline sebebiyet verecektir. Örneğin avukatlık bürosunda veya doktor muayenehanesinde çalışan bir sekreterin, büro faaliyetleri kapsamında hileli davranışlar sergileyerek müvekkil veya hastaları aldatıp haksız kazanç sağlamalarında durum bu şekildedir.

Nitelikli halin oluşabilmesi açısından mağdurun, serbest meslek icra eden faili bilmesi ve icra ettiği serbest mesleğin içeriğinden haberdar bulunması gerekir. Bu suçun tabiatının bir gereğidir. Mağdurun, fail tarafından icra edilen serbest meslekten haberdar olmaması halinde, icra edilen serbest mesleğe duyulan güven duygusunun kötüye kullanıldığından bahsetmek güçtür. Bu halde failin kastının bir önemi yoktur. Örneğin avukat olan failin, hukukî bir meseleye ilişkin olarak, avukat olduğunu karşı tarafa belirtmeden, mağdurun kendisinin avukat olduğunu bildiği düşüncesiyle hareket ederek, hileli davranışlar sergileyip, failin avukat olduğu konusunda herhangi bir bilgisi olmayan

⁹⁴³ Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 532.

mağduru aldatarak yarar elde etmiş halinde, eylem, dolandırıcılık suçunun basit şekline neden olacaktır.

VI. HİLENİN TÜRÜNDEN KAYNAKLANAN NİTELİKLİ HAL: KAMU GÖREVLİLERİYLE İLİŞKİSİNİN OLDUĞUNDAN, ONLAR NEZDİNDE HATIRI SAYILDIĞINDAN BAHİSLE VE BELLİ BİR İŞİN GÖRDÜRÜLECEĞİ VAADIYLA İŞLENEN DOLANDIRICILIK (NÜFUZ DOLANDIRICILIĞI) SUÇU

A. Nüfuz Dolandırıcılığı Suçunun Hukukumuzdaki Tarihi Seyri

765 sayılı TCK'nın 278. maddesinde yer alan, öğreti ve uygulamada “nüfuz ticareti” adı verilen suça 5237 sayılı TCK'nın ilk halinde yer verilmemiş ve TCK'nın 158/2. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Nüfuz ticareti suçuna, ayrı bir maddede yer verilmeyip, dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri arasında yer verilmesi, yasa koyucunun liberal bir yaklaşımla kişileri ve malvarlıklarına ait unsurları korumayı, kamu yönetimini korumaya tercih etmesi olarak yorumlanmış ve olumlu karşılanmıştır⁹⁴⁴. Ancak söz konusu suç, 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasa'nın 89. maddesiyle değiştirilerek yeniden düzenlenen ve “nüfuz ticareti” başlığı verilen 255. maddesi ile yeni TCK'daki yerini almıştır⁹⁴⁵.

Nüfuz ticareti suçu 765 sayılı TCK'nın 278. maddesinde “*Her kim olursa olsun resmî meclisler âzasından yahut Devlet memurlarından biri nezdinde hatırı sayıldığı yahut onlarla münasebeti bulunduğunu iddia ederek haklarında vuku bulacak tavassutta medarı teşvik yahut mükafât olmak üzere yahut âza veya memurun himayesine mukabil onlara verilmek veya onlara verilmesi lâzımgelen hediye veya mükâfata sarf olunmak bahanesiyle kendi yahut başka bir kimse hesabına para veya sair menfaat alır veya kabul eder veya bunların verilmesine vaad alırsa*” şeklinde yer almakta idi.

Bu suç son hali ile TCK'nın 255/1. maddesinde “*Kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle, haksız bir işin gördürülmesi amacıyla girişimde*

⁹⁴⁴ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 474.

⁹⁴⁵ Söz konusu suç önceki yasa döneminde dolandırıcılık suçunun özel bir türü olarak kabul edilmekteydi (Erman/Özek: s. 471 vd.). Bu husus Yargıtay kararlarında da belirtilmiş ve nüfuz ticareti suçunun oluşması için, zorunlu olarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi gerektiği söylenmiştir (CGK., 18.03.1985, 5-456/146, Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 68-69); 6352 sayılı Kanun'un 89. maddesine ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda TCK'nın 255. maddesinin değiştirilme gerekçesi olarak rüşvet ve yolsuzluğun önlenmesine ilişkin uluslararası anlaşmalar çerçevesindeki yükümlülüklerin yerine getirilmesini göstermiştir (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, E.T. 04.07.2014).

bulunması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya bir başkasına menfaat temin etme” olarak tanımlanmıştır.

Nüfuz ticareti suçu ile TCK’nın 158/2. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun nitelikli hali arasında çok yakın bir ilişki vardır. Her iki suçun unsurları benzer özellikler taşımakta olup, aralarında ince farklılıklar bulunmaktadır. Anlatımda kolaylık sağlamak ve benzerliklerine de gönderme yapmak açısından TCK’nın 158/2. maddesinde tanımlanan nitelikli hali “nüfuz dolandırıcılığı” olarak adlandırmayı ve izahatlarımızda da bu şekilde kullanmayı uygun buluyoruz.

Nüfuz dolandırıcılığı suçu 5237 sayılı TCK’nın 158/2. maddesinde “*Kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat temin etme*” şeklinde düzenlenmiştir.

Öğretide nüfuz ticareti suçunun, dolandırıcılık suçunun özel bir şekli olduğu ve bu nedenle ayrı bir suç olarak düzenlenmesinin doğru olmadığı konusunda görüşler ileri sürülmüştür⁹⁴⁶. Yargıtay da vermiş olduğu bazı kararlarında, nüfuz ticareti suçunun, dolandırıcılık suçunun unsurlarını kapsadığını kabul etmişti⁹⁴⁷. Nüfuz ticareti suçu ile yasa koyucu, kamu otoritesinin yasa dışı araçlarla hatır için iş gördüğü, satın alınabilir olduğu izlenimini uyandıracak ve kamu yönetiminin saygınlığını yok edecek durumlarla mücadele etmeyi amaçlamaktadır. Zira kamu yönetimini, dürüst ve hukuk kurallarına uygun biçimde davranıldığı, yönetime etki etme olanağının bulunmadığı karinesine dayanır⁹⁴⁸. Kişilerin malvarlıklarının korunması, nüfuz ticareti suçu ile hedeflenen uzak amaçlar arasında yer almaktadır. Bu amaç doğrultusunda söz konusu suç gerek 765 sayılı TCK’da ve gerekse

⁹⁴⁶ Erman/Özek: s. 471 vd.; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 68.

⁹⁴⁷ CGK., 18.03.1985, 5-456/146: “Nüfuz ticareti, dolandırıcılık suçunun unsurlarını da ihtiva eder. Bir dolandırıcılık eyleminin “nüfuz ticareti” olarak vasıflandırılabilmesi için, TCK’nın 278. maddesindeki unsurların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Aksi halde sanığa TCK’nın 278. maddesi ile değil, 503. maddesiyle ceza tertip edilmelidir” (Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 68-69); 4.CD., 25.5.1999, 3266/3330: “Herhangi bir isim belirtmeksizin Ankara’da Bakanlıklarda tanıdıkları olduğunu söyleyerek menfaat temin etmeye kalkışan sanıkların eylemlerinin TCK’nın 503/1, 61. maddelerine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden TCK’nın 278. maddesi ile ceza tayini yasaya aykırıdır” (Gökcan: s. 616, dpn.15); CGK., 26.06.2001, 116/141 (Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç: s. 304).

⁹⁴⁸ Erman/Özek: s. 471; Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 60 vd.; Önceki yasa döneminde dolandırıcılık ve nüfuz ticareti suçları arasında, korudukları hukuki menfaatlerin farklılığı nedeniyle, tek bir hareket ile her iki suçun gerçekleşmesi durumunda aralarında fikri içtimanın uygulanabileceği ileri sürülmüş; bu görüşü kabul etmeyen yazarlar ise, nüfuz ticareti suçunu dolandırıcılık suçuna nazaran özel hüküm olduğunu ve her iki hüküm arasında fikri içtimanın uygulanamayacağını belirtmişlerdir (Erman/Özek: s. 472, dpn.2).

5237 sayılı TCK'da kamu idaresinin güvenirliliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlar kısmında düzenlenmiştir.

Nüfuz ticareti suçunu dolandırıcılığa yakınlaştıran sebeplerden biri de, bu suçun mağdurlarının⁹⁴⁹, konumları itibariyle aldanmalarındaki kolaylıktır. Zira toplum içerisindeki bireylerin önemli bir kısmı bürokratik işlemlere yabancısıdır. Kamu idaresindeki işleyişin nasıl ve ne şekilde olduğunu bilmezler veya bildiklerinde şüphe duyarlar. Bürokratik işlemlerin kısa sürede sonuçlandırılması bireyler açısından çoğu kez önemlidir. Bireylerdeki bürokratik işlere yabancılaşma duygusu çekingenliğe; işlemlerin kısa sürede nihayete erdirilmesi isteği ise aceleciliğe sebebiyet verir. Bu nedenle kişiler, kendilerine bürokratik işlemlerde yardımcı olabilecek, bu süreçleri kolaylaştırıp, hızlandıracak yol ve yöntem arayışına girerler. Bu eğilim, kişilerin zihinlerinde baskı oluşturarak, aldatılmalarını kolaylaştırır. Failler, bireylerin içerisinde bulundukları bu psikolojik durumun sağladığı kolaylıktan faydalanarak, kolayca kişileri aldatıp, kendilerine menfaat temin etmeye çalışırlar.

Nüfuz dolandırıcılığı suçu bağlı hareketli bir suçtur. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket alt ögesi, başka bir deyişle hileli davranışların sınırları bellidir. Söz konusu suç ancak “kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle” mağdurun aldatılması ile işlenebilir

B. Nüfuz Dolandırıcılığı Suçunun Şartları

1. Kamu Görevlileriyle İlişkisi Olduğundan veya Bunlar Nezdinde Hatırı Sayıldığından Bahsetme ve Belirli Bir İşin Görüleceği Vaadinde Bulunma

TCK'nın 158/2. maddesinde “*kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle*” bir kişinin aldatılarak menfaat temin edilmesinden bahsedilmektedir. Nüfuz dolandırıcılığı suçunun oluşması için iki unsurun aynı anda bir arada bulunması zorunludur. Bunlar “*kamu*

⁹⁴⁹ Öğretide nüfuz ticareti suçunun asıl mağdurunun, şeref ve itibarı sarsılan kamu idaresi olduğu; ancak kendisiyle ilişkisi bulunduğu ileri sürülen ve adına menfaat sağlanan memurun da şerefine zedelenmiş olacağı, bu şekilde aldatılan ve mali bir zarara uğratılan -ve esasta hiç de korunmaya layık olmayan- kişinin de suçtan zarar gördüğü belirtilmiştir. Sonuç itibariyle nüfuz ticareti suçu birden fazla hukuki menfaati koruyan suçlardan olduğundan, kamu idaresinin şeref ve itibarını korumak düşüncesinin ağır bastığı, sadece kamu idaresinin mağdur olarak kabul edilmesi gerektiği, diğer kişilerin ise suçtan zarar gören olarak kabulünün uygun olacağı belirtilmiştir (Erman/Özek: s. 472).

*görevlileriyle ilişkisi olduğundan veya bunlar nezdinde hatırı sayıldığından bahsetme” ve “belirli bir işin görüleceği vaadinde bulunma”*dır. Bu şartların aynı anda gerçekleşmemesi halinde eylem nüfuz dolandırıcılığı suçuna değil, diğer şartları varsa dolandırıcılık suçunun basit şeklinin veya diğer nitelikli hallerinden birinin oluşumuna sebebiyet verecektir.

Aynı anda bir arada bulunması gereken bu unsurları, ayrı ayrı incelemenin faydalı olacağını düşünüyoruz.

a. Kamu Görevlileriyle İlişkisi Olduğundan veya Bunlar Nezdinde Hatırı Sayıldığından Bahsetme

Failin, kamu görevlileri ile ilişkisi olduğundan veya bunlar nezdinde hatırı sayıldığından bahsetmiş olması nüfuz dolandırıcılığı suçunun oluşumu açısından yeterli olup, belirli bir kamu görevlisinin isminin kullanılması zorunlu değildir. Madde metninde, aksi yoruma dayanak olabilecek doğrudan veya dolaylı herhangi bir ibareye yer verilmemiştir. Önemli olan husus failin, kamu görevlileri ile ilişkisini veya bu kişiler nezdinde hatırı sayıldığını belirtip, bu yanıltıcı sözlerle ve başkaca hareketlerle oluşturulan hileli davranışlarla mağduru aldatmasıdır. Çoğu kez mağdurun, failin beyanlarında yer verdiği kamu görevlerinin isimlerini, görev yerlerini ve görevlerinin kapsamlarını bilme, denetleme ve failin gerçekten bu görevliler ile ilişki içerisinde olduğunu veya bunlar nezdinde failin hatırının sayılıp sayılmadığını kontrol etme imkânı bulunmamaktadır. Bunu öngören yasa koyucu, birçok dolandırıcılık eyleminin cezasız kalmasının önüne geçmek ve suçun unsurlarını kolaylaştırmak amacıyla, failin belirli bir kamu görevlisinin ismini kullanarak nüfuz dolandırıcılığı suçunu işlemesini zorunlu görmemiştir. Aksine yapılacak yorumların, kendilerine yasal bir dayanak bulmaları zordur.

Failin, ilişkide bulunduğunu veya nezdinde hatırı sayıldığını belirttiği kişilerin kamu görevlisi olması gerekir. Kamu görevlisi olmayan kişilerle ilişkisinin bulunduğu veya onlar nezdinde hatırı sayıldığını söyleyen ve belirli bir işin gördürüleceği vaadinde bulunan failin, mağduru aldatarak menfaat elde etmesi durumunda nüfuz dolandırıcılığı değil, şartları varsa basit dolandırıcılık suçu oluşabilecektir⁹⁵⁰. Yasa koyucu kamu görevlisinden ne anlaşılması gerektiğini TCK’nın 6/1-c maddesinde tanımlamıştır. Buna

⁹⁵⁰ 4. CD., 20.04.1999, E. 1999/2993, K. 1999/4288: “Sanığın milletvekili danışmanı ve sanığın Orman Genel Müdür Yardımcısı olarak kendilerini tanıtarak atamaya yetkili her hangi bir kişi yanında sözünün geçtiğini söylemeksizin, katılanın belirlediği kişilerin atamalarını yaptıraraklarından söz ederek çıkar sağlamaktan ibaret eylemlerinin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu (...)” (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3666).

göre “kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”nin anlaşılması gerekmektedir.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, işin yaptırılacağı kamu görevlisinin belirli olması gerekir. Belirli bir kamu görevlisinden söz etmeden işin yapılacağını ileri sürmek, basit dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır⁹⁵¹. Karşıt görüşü savunan yazarlara göre ise, belirli bir kamu görevlisinden bahsetmeksizin, yarar sağlanmış olması halinde de TCK’nın 158/2. maddesinde belirtilen dolandırıcılık suçunun nitelikli hali (nüfuz dolandırıcılığı suçu) oluşacaktır⁹⁵².

İlk görüşe paralel olarak Yargıtay, 5237 sayılı TCK döneminde verdiği kararında “*Sanığın, belli bir memur yanında hatırı sayıldığından özetmeksizin Genelkurmay’da tanıdıkları olduğundan bahisle askerlikten muaf kılınmayı sağlayacağını söylemesi nedeniyle eylemin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu ve 5237 Sayılı Yasanın 157/1. maddesi ile karşılaştırma yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde 765 sayılı Yasanın 503/1. maddesi 5237 sayılı Yasanın 158/2. maddeleri ile uygulama yapılarak 765 sayılı TCK. nun sanık lehine olduğunun kabulü*”nü gerekçe göstererek, yerel mahkeme kararını bozmuştur⁹⁵³. Yargıtay bu kararında, failin mağduru aldatırken “belli bir memur yanında hatırı sayıldığından” özetmemesi nedeniyle işlediği dolandırıcılık suçunun TCK’nın 158/2 maddesi kapsamında yer alan dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşturmadığını; failin “Genelkurmay’da tanıdıklarım var” diyerek mağduru aldatmasının TCK’nın 157/1 maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun basit şeklini oluşturacağını belirtmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz gerekçeler doğrultusunda, Yargıtay’ın bu kararına ve kararında belirttiği görüşe katılmak olanaklı değildir. Yargıtay’ın söz konusu sonuca hangi gerekçeler ile ulaştığını, kararının içerisinde yer alan ibarelerden kontrol etmek/denetlemek

⁹⁵¹ Erman/Özek: s. 473; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1421.

⁹⁵² Gökcan: s. 616.

⁹⁵³ 11 CD, 19.12.2006, E. 2006/6755, K. 2006/10432 (YKD, Mart 2007, s. 590-591); Benzer yönde görüş için bkz. Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1421; Yargıtay, katılmadığımız bu yaklaşımını yakın tarihli şu kararında da devam ettirmiştir; 11. CD., 25.03.2008, E. 2007/9496, K. 2008/1721: “1-Sanığın isim belirtmeksizin, belli bir kamu görevlisi yanında hatırı sayıldığından ve ilişkisi olduğundan bahsetmeksizin kendisini Gümrük Müdürlüğünde şef olarak tanıtip ismini de Y. Gümüştaş olarak beyan edip katılanı çalıştığını beyan ettiği yere güvenlik elamanı olarak yerleştireceğinden bahisle haksız çıkar sağladığının iddia ve kabul olunması karşısında, failinin 5237 sayılı TCK. nun 157. maddesi kapsamında basit dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözetilmeden unsurları yönünden oluşmayan aynı yasanın 158/2. madde ve fıkrası uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi...” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

olanaklı değildir. Zira verilen karar, sonuca nasıl varıldığını gösteren, açıklayıcı ve yol gösterici bir gerekçe içermemekte; sadece ulaşılan sonucu göstermektedir. Fail “Genelkurmayda tanıdıklarım var” demek suretiyle mağduru aldatmış ve mağdurun zararına olacak şekilde yarar elde etmiş ise, kanaatimizce eylem, TCK’nın 158/2. maddesinde belirtilen nitelikli hali oluşturacaktır. Mağdurun faile yaptırmak istediği ve failin aracılık yapacağını belirttiği iş askerlikten muaf kılınmaya ilişkindir. Askerlik ile ilgili iş ve işlemleri yapma görev ve yetkisi Milli Savunma Bakanlığı ile Genelkurmay Başkanlığı’na ve bağlı kurum ve kuruluşlarına aittir. Failin “Genelkurmay’da tanıdıklarım var” sözü ile kastettiği ve mağdura anlatmak istediği ve mağdurun da algıladığı husus, Genelkurmay Başkanlığında görev yapan, askerlikten muaf kılınmaya ilişkin iş ve işlemler yapma konusunda yetki ve görevi bulunan kamu görevlileridir. Failin, mağdura bir kişinin ismini belirtmesinin aranması suçu düzenleyen madde metni çerçevesinde anlamsızdır. Zira fail tarafından söylenen isimleri mağdurun kontrol etme imkân ve olanağı yoktur. İsim belirtilmiş olsa bile mağdurun algılamasında öncekine nazaran herhangi bir farklılık oluşmayacaktır. Mağdur açısından önemli olan ve aldanmasını kolaylaştıran husus, failin Genelkurmay nezdinde tanıdıklarının olması, bu kişiler vasıtasıyla iş yapma kapasitesinin bulunması ve bu çerçevede kendi işinin halledilebileceğidir. Genelkurmay Başkanlığında çalışan kamu görevlileri ile ilişkisinin bulunduğunu ima edip, görevliler nezdinde hatırının sayıldığını belirterek muhatabını aldatıp yarar sağlamayı amaçlayan failin, burada tanıdıklarının olduğunu söylemesi ile somut bir isim belirtmesi arasında herhangi bir fark yoktur. Madde metninin amaçsal bir yoruma tabi tutulmaksızın, lafzi anlamı ile uygulanmaya ve buradan sonuç çıkartılmaya çalışılması, maddeyi uygulanamaz hale getirecektir.

Yargıtay’ın, 765 sayılı TCK’nın 278. maddesinde belirtilen nüfuz ticareti suçunun, 5237 sayılı TCK’nın 158/2. maddesinde tüm unsurlarıyla birlikte yer aldığını düşünerek kararını oluşturduğunu, ancak bu yaklaşımın doğru olmadığını düşünüyoruz.

Fail tarafından herhangi bir kamu görevlisinin somutlaştırılarak isminin verilmesi zorunlu değil ise de, failin ilişkide bulunduğunu ve hatırının sayıldığını belirttiği kamu görevlilerinin, mağdurun sorununu çözecek kurum ile ilişkilendirilmiş olmaları gerekir. Fail tarafından böyle bir bağlantının beyanları ile veya başkaca hal ve hareketleri ile kurulmamış olması durumunda eylem, dolandırıcılık suçunun nitelikli değil, şartları var ise basit şeklini oluşturacaktır. Örneğin failin, yargı organlarından birinde görülmekte olan

davalarının takip edilerek kısa sürede sonuçlandırılmasını talep eden mağdura, kendisinin Maliye Bakanlığı'nda tanıdıklarının bulunduğunu söyleyerek mağduru aldatmış ve yarar sağlamış ise, failin eylemi dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin oluşumuna sebebiyet vermeyecektir. Kanaatimizce Yasa metninde açıkça belirtilmemiş ise de, failin mağdura, “belirli bir işin görüleceği vaadi” ile bu işi yaptıracağını belirttiği, ilişkisinin bulunduğunu ve hatırının sayıldığını söylediği kamu görevlilerinin icra ettiği görev arasında mantıksal bir bağın bulunması gerekir. Kurulacak mantıksal bağın gerçek durum ile birebir örtüşmesi önemli değildir. Önemli olan husus mağdurun algılayış şeklidir. Yani, temyiz incelemesi Yargıtay tarafından yapılan bir dosyaya ilişkin olarak, bu işlemleri hızlandıracığını söyleyen failin, bunun için Yargıtay'da tanıdıklarının bulunduğunu belirtmesi zorunlu olmayıp, Adalet Bakanlığı veya Danıştay'da ilişki içerisinde bulunduğu veya hatırının sayıldığı kamu görevlilerinin olduğunu söylemesi yeterlidir. Adalet Bakanlığı ve Danıştay'da görev yapan üst düzey kamu görevlileri hâkim ve savcı sınıfından olup, Yargıtay'da tanıdıklarının olması kuvvetle muhtemeldir. Bu ihtimal, fail tarafından mağdurun aldanmasında kullanılabilir. Böyle bir kullanım mağdurun aldanmasını kolaylaştıracaktır. Bu halde mağdur, failin bu sözleri ile aldanmış ve fail veya başkası lehine olacak şekilde zarar görmüş ise, nüfuz dolandırıcılığı gerçekleşmiş olacaktır.

Fail mağdura, kamu görevlileri ile ilişkisinin olduğuna dair sözlü bir beyanda bulunabilir; ancak bu zorunlu bir şart değildir⁹⁵⁴. Fail, üstü kapalı bir şekilde de, söz, hal ve davranışları ile bu tür bir ilişkisinin olduğunu muhatabına hissettirebilir. Bu kapsamda failin muhatabına beyanlarını teyit edici bir belge sunması zorunlu değildir. Fail, beyanlarını desteklemek amacıyla kamu görevlileri ile birlikte çekilmiş fotoğraflarını gösterebileceği gibi, kendisi tarafından oluşturulmuş veya ilgisince verilmiş kamu görevlilerine ait kartvizitleri de kullanabilir. Önemli olan failin beyanları, hareketleri ve bunları destekleyen diğer belge ve bilgiler ile mağdurun zihninde kamu görevlisini tanıdığına veya kamu görevlisi nezdinde hatırı sayıldığına dair bir kanaat oluşturarak, mağdurun aldanmasını temin etmesidir.

Failin, kamu görevlileri nezdinde hatırının sayıldığına ilişkin beyanlarının hangi halde dolandırıcılık suçuna sebebiyet vereceğinin önceden belirlenmesi olanaklı değildir. Bu tür beyanlar faile, olaya ve mağdura göre değişiklik gösterebilir. Ancak gerek failin kamu görevlileri ile ilişkisinin olduğuna dair beyanların ve gerekse bu kişiler

⁹⁵⁴ Erman/Özek: s. 473.

nezdinde hatırının sayıldığına ilişkin sözlerin, mağduru aldatabilecek nitelikte olup olmadıkları, hileli davranış olarak yorumlanıp yorumlanamayacakları, olaysal olarak değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Zira sadece failin beyanları yeterli olmayıp, bu beyanların mağduru aldatarak, fail veya başkası yararına menfaat temin etmesine sebebiyet vermesi gerekir.

Failin mağdura, kamu görevlileri nezdinde hatırının sayıldığını veya bunlar ile ilişkisi bulunduğunu söylemeden, mağdurun işini doğrudan kendisinin göreceğini vaat ederek, mağduru aldatıp yarar sağlaması halinde, incelememize konu dolandırıcılık suçunun nitelikli hali değil, diğer şartları var ise basit şekli oluşacaktır⁹⁵⁵.

Nüfuz dolandırıcılığı suçunun oluşabilmesi için failin, hatırının sayıldığı veya ilişkisinin bulunduğunu iddia ettiği kamu görevlisinden habersiz olarak eylemini gerçekleştirip, mağduru aldatması ve mağdur zararına kendisine veya başkasına yarar temin etmiş olması gerekir. Failin kamu görevlisiyle birlikte hareket ederek yarar sağlaması halinde fiil, dolandırıcılık suçuna değil, diğer unsurların gerçekleşmesi halinde rüşvet suçunu oluşturacaktır⁹⁵⁶.

b. Belli Bir İşin Görüleceği Vaadinde Bulunma

Nüfuz dolandırıcılığı suçunun oluşabilmesi için failin, kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan ve bu kişiler nezdinde hatırının sayıldığından bahsetmesi yeterli olmayıp, bu sözlerin belli bir işin yapılması vaadi sırasında söylenmiş olması gerekir. Burada yapılacağı vaat edilen iş herhangi bir iş olmayıp, kamu görevlileri tarafından

⁹⁵⁵ 11. CD., 14.11.2006, E. 2006/6228, K. 2006/9094: “ (...) Sanığın Milli Eğitim Bakanlığında çalışıp atama beklediğini öğrendiği yakınları telefonla arayarak kendisini atamadan sorumlu milli eğitim müfettişi, atamadan sorumlu daire başkanı olarak farklı isimlerle tanıtıp tayinlerini yapacağından bahisle masraf adı altında yardımcısı olduğunu bildirdiği gerçek ismi adına posta havalesi çıkarttığı, sanığın bu fiilleri işlerken kamu görevlileriyle ilişkisi olduğundan ya da onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahsetmeden bizzat kendisinin yetkili kişi olduğunu belirtmesi karşısında, eyleminin 5237 Sayılı TCK.nun 157 maddesine uyan suçları oluşturacağı (...)” (yayınlanmamış Yargıtay Kararı); 11. CD., 01.05.2007, 2169/2958: “Sanığın, katılanın çocuklarının işe yerleştirilmesi için 13.000 YTL talep edip, daha sonra katılanın bu parayı getirmesi üzerine TEDAŞ Genel Müdürü Haşim Keklik isimli hayali bir kişi ile telefonla görüştüğü intibai vererek yaptığı dolandırıcılıkta, eylemin başlangıcında belli bir memur yanında hatırı sayıldığı söz edilmediğinden, fiilin.... basit dolandırıcılığı oluşturacağı” (Taşdemir: s. 44); 11. CD., 13.03.2008, E.2007/9265, K.2008/1517: “...somut olayda ise; sanığın kendisini gümrükte şef olarak tanıtıp oraya işçi alınacağını söyleyerek katılandan menfaat temin etmesi eylemini, kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğunu ve onlar nezdinde hatırı sayıldığını söylemeksizin gerçekleştirmesi karşısında, fiilin 5237 sayılı TCK.nun 157.maddesi ile cezalandırılması yerine yazılı şekilde aynı yasanın 158/2.maddesiyle uygulama yapılması” (www.adalet.org).

⁹⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3665; Arslan/Azizağaoğlu: s. 695; Gökçen/Balcı: s. 43; Taşdemir: s. 222.

yapılabilecek bir iştir. Yani yapılması istenilen iş, kamu görevlisinin göreviyle ilgili “resmi” nitelikte bir iş olmalıdır⁹⁵⁷.

Fail tarafından görüleceği vaat edilen işin doğrudan veya dolaylı olarak mağdurla bir ilişkisinin olup olmaması, suçun oluşumu açısından önemli değildir. Vaade konu iş mağdura ait olabileceği gibi, mağdur ile ilişkisi bulunan başka bir kişiye de ait olabilir. Önemli olan husus, mağdura veya üçüncü bir kişiye ait bulunan ve failin vaadine konu olan işin “belli bir iş” olması ve “resmi bir nitelik” taşımasıdır. Belli bir işten kasıt, hali hazırda çözüm bekleyen veya halli gereken belirli veya belirlenebilir bir işin varlığıdır. Görüleceği vaat edilen iş, hâlihazırda tüm unsurları ile belirli olabileceği gibi, ilerde ortaya çıkması kesin olan bir işe ilişkin de olabilir. Belirsiz veya kesin olarak belirlenebilir nitelikte olmayan bir işe ilişkin olarak, işin görüleceği vaadinde bulunma halinde, nüfuz dolandırıcılığı değil, şartları varsa dolandırıcılık suçunun basit şekli oluşabilir. Örneğin, polislik mesleğine giriş sınavına giren ancak sınav sonuçları açıklanmayan bir kişiye failin, Emniyet Müdürlüğünde tanıdıklarının olduğunu ve kendisine yardım edeceğini vaat ederek menfaat temin etmiş olması halinde nüfuz dolandırıcılığı suçu oluşmaz. Zira ortada fail tarafından görülecek belirli bir iş yoktur, kişinin sınavı kazanıp kazanmayacağı muallaktır. Sınavı kazanan bir polis adayına, mülakat aşamasında yardımcı olacağını, bu hususta yardımcı olabilecek Emniyet Müdürlüğünde veya İçişleri Bakanlığında tanıdıklarının olduğunun vaat edilip yarar sağlanması durumunda ise nüfuz dolandırıcılığı suçu oluşacaktır. Zira ortada artık belirli bir iş bulunmaktadır.

Yasa koyucu tarafından aranan belirlilik, fail veya mağdura göre değişen, sübjektif bir belirlilik değil, herkes için geçerli olan objektif bir belirliliktir. Yukarıdaki örneğimizi kullanarak açıklamak gerekir ise, sınava giren kişinin sınavının çok iyi geçmesi ve sınavı kesinlikle kazanacağına dair inancı ve bilgisi, yasa koyucunun aradığı belirlilik açısından önemsizdir.

Nüfuz dolandırıcılığı suçu açısından önemli olan, failin kamu görevlileri ile ilişkisinin olduğundan ve hatırı sayıldığından bahisle mağdura, belirli bir işin görüleceği vaadinde bulunması ve bununla mağduru aldatılarak yarar sağlanmasıdır. Belirli bir işin görüleceği vaadiyle mağdurun aldatılarak menfaatin sağlanması ile dolandırıcılık suçunun nitelikli hali gerçekleşmiş olur. Suçun oluşması için, vaade konu işin görülüp görülmemesi

⁹⁵⁷ Meran: s. 163.

veya görülebilir nitelikte olup olmaması önem taşımaz. Yine, görüleceği vaat edilen iş, yasal olabileceği gibi yasa dışı da olabilir⁹⁵⁸. İşin yasadışı olduğunun mağdur ve fail tarafından gerçekten bilinmesi de gerekli değildir. Failin, mağdurun talebinin yasa dışı olduğunu bilmesi, buna karşın mağdurun talebinin haklı olduğu düşüncesiyle failin vaatlerine inanarak yarar temin etmiş olması halinde de suçun işlendiğini kabul etmek gerekir.

3. Mağdurun Aldanması

Nüfuz dolandırıcılığı suçunun işlenebilmesi için failin, kamu görevlileri ile ilişkisinin bulunduğunu veya bu kişiler nezdinde hatırı sayıldığını söyleyerek belirli bir işin görüleceği vaadinde bulunması, nitelikli halin oluşması için yeterli değildir. Fail tarafından yapılan bu vaadin mağduru aldatması veya en azından aldatabilecek yeterlilikte olması gerekir. Failin mağduru aldatmak için kullandığı, kamu görevlileri ile ilişki içerisinde bulunduğunu veya bu kişiler nezdinde hatırı sayıldığını belirtme ve belirli bir işi göreceği vaadinde bulunma sözleri, bir bütün halinde dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından hayati öneme sahip olan “hileli davranış”ı oluşturmaktadır. Yasa koyucu dolandırıcılık unsurunun basit şeklinden ve bir kısım nitelikli hallerinden farklı olarak, hileli davranışların nelerden ibaret olabileceğini, nüfuz dolandırıcılığı suçu açısından açıkça göstermiştir. Failin, mağduru aldatmak için kullandığı hileli davranışların belirtilen unsurları içermemesi halinde eylem, nüfuz dolandırıcılığı suçunu değil, dolandırıcılık suçunun basit şeklini oluşturacaktır.

Mağdurun aldanması açısından, dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalar, bu nitelikli hal için de aynen geçerlidir. Mağdurun eğitim seviyesi, mesleği, bilgi ve tecrübesi gibi hususiyetler, nüfuz dolandırıcılığı suçunda mağdurun, failin hileli davranışları ile aldanıp aldanmayacağı noktasında önemli verilerdir.

4. Menfaat Temin Etme

Nüfuz dolandırıcılığı suçunun oluşması için failin mağduru aldatarak, mağdurdan kendisine veya başkasına menfaat temin etmesi gerekir. Bu husus, suçun tamamlanması için önemlidir. Suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı buna göre belirlenecektir. Elde edilecek menfaatin kapsamı ve buna paralel olarak mağdurun

⁹⁵⁸ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 474.

uğrayacağı zararın miktarı, dolandırıcılık suçu ile paralellik arz eder. Bu hususta yukarıda, dolandırıcılık suçunda mağdurun zararı ve failin yararına ilişkin açıklamalar⁹⁵⁹ bu suç içinde aynen geçerlidir.

Fail, kamu görevlileri ile ilişkide bulunduğunu veya bu kişiler nezdinde hatırı sayıldığını belirterek, mağdura belirli bir işinin yapılacağı konusunda vaatte bulunup mağduru aldatmış olmasına karşın, kendisine veya başkasına menfaat temin edememiş olabilir. Menfaat temin edilememesinin sebebi, mağdurun sonradan aldandığını anlaması nedeniyle yarar sağlamaktan vazgeçmesinden veya başkaca etkenlerin araya girmesinden kaynaklanabilir. Bu halde failin eyleminin teşebbüs aşamasında kalmasından bahsedilecektir.

Yukarıda, dolandırıcılık suçunun maddi unsurları içerisinde yer alan netice ögesinin incelenmesi sırasında, fail tarafından temin edilen yararın kapsamına ilişkin açıklamalar, burası için de geçerlidir⁹⁶⁰. Mağdur tarafından faile sağlanacak yarar para veya taşınır yada taşınmaz mal olabileceği gibi ekonomik değer taşıyan herhangi bir şey olabilir.

C. Nüfuz Dolandırıcılığı Suçunda Failin Gösterdiği Özellik

Nüfuz dolandırıcılığı suçunun gerçekleşmesi için yasada fail açısından herhangi bir özellik aranmamıştır. Herkes bu suçun faili olabilir. Failin kamu görevlisi olup olmaması önemli değildir. Bununla birlikte failin, ilişkisinin olduğunu ve onlar nezdinde hatırı sayıldığını ileri sürdüğü kişilerin kamu görevlisi olması gerekir.

Yasa koyucu tarafından suçun failinde herhangi bir özellik aranmamakla birlikte, failin kamu görevlisi olması, çeşitli ihtimallerin doğumuna sebebiyet verebilir. Zira yasa koyucu, kamu görevlilerinin benzer şekilde eylemlerde bulunmasını, ayrı bir suç olarak düzenlenmiş ve farklı şekilde müeyyide altına almıştır. TCK'nın 255/1. maddesinde tanımlanan nüfuz ticareti suçu herkes tarafından işlenebilir. Ancak failinin kamu görevlisi olması hali, nüfuz ticareti suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmiştir.

Nüfuz dolandırıcılığı suçunun oluşması için, menfaat temin edilen mağdurun, yapılmasını arzuladığı işin kamu görevlisinin görevine girmediğini ve bu hususta

⁹⁵⁹ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 2.

⁹⁶⁰ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 2, e.

yetkisinin olmadığını bilmesi, ancak yapabileceği veya yaptırtabileceğine inanması gerekir. Aksi takdirde bu suçun oluşması olanaklı değildir. Yani mağdurun, görevine giren bir işi yaptırmak amacıyla kamu görevlisine yarar sağlaması ve bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmesi halinde, diğer şartları da gerçekleşmiş ise rüşvet suçu (TCK m.252) oluşacaktır.

D. Mağdurun Amacının veya Failin Vaadinin Hukuka Uygun Olup Olmamasının Nüfuz Dolandırıcılığı Suçu Açısından Önemi

Nüfuz dolandırıcılığı suçlarının çoğunda mağdur iyi niyetli değildir. Mağdurların başka kişilerden yardım talep ederek, ilişkide bulundukları veya hatırlarının bulunduğu kamu görevlileri vasıtasıyla işlerinin görülmesini istediklerinde, görülmesi gereken işler genellikle usulsüzdür. Mağdur bu bilinç ile hareket eder. Ancak bu durum mağdurun aldanmadığı anlamına gelmez; burada da mağdurun irade özgürlüğü ihlal edilmekte ve bu suretle menfaat temin edilmektedir⁹⁶¹. Mağdur usulsüzde olsa, işlerinin görüleceği inancını taşımakta ve failin bu konudaki vaatlerine inanarak aldanıp, faile veya başkasına yarar sağlamaktadır. Mağdurun talebinin usulsüzlüğünü fail de bilmekte ve mağdurun içerisinde bulunduğu hukuka aykırı zeminden faydalanarak ve bunun sağladığı kolaylıktan istifade ederek mağduru aldatmakta ve yarar temin etmektedir.

Bununla beraber, mağdurun talebinin hukuka uygun olması ve görülecek işin usulü dairesinde yapılmasını istemesi de mümkündür. Örneğin, herhangi bir kamu kurum veya kuruluşunun görevine giren ve bu nedenle yapmak zorunda oldukları, ancak sonuçlanması belirli bir zaman alabilecek bir işin, kısa sürede sonuçlanmasında mağdurun yararı bulunabilir. Bu işin kısa sürede neticelenmesini temin için, söz konusu kurum ve kuruluşlarda tanıdığı bulunduğunu veya hatırı sayıldığını söyleyen failin mağdura yardım vaadinde bulunması ve bunun karşılığında yarar sağlaması halinde de dolandırıcılık suçunun nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır.

Failin, mağdura vaat ettiği işi hukuka uygun yollardan yapıp yapmaması, nüfuz dolandırıcılığı suçu açısından önem taşımaz. Önemli olan husus, fail tarafından mağdurun işinin, tanıdıkları veya hatırının sayıldığı kişiler vasıtasıyla yapılmasını vaat etmesidir. Mağduru bu tür bir vaat ile kandırıp yarar elde ettikten sonra, vaat ettiği işi yapıp yapmaması veya hukuka aykırı yollardan işin görülmesini sağlaması suçun oluşumu

⁹⁶¹ Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 62.

açısından sonuca etkili değildir. Failin hukuka aykırı eylemleri başkaca bir suç oluşturduğu takdirde, bu halde nüfuz dolandırıcılığı suçuna ek olarak, bu eylemlerinden dolayı ayrıca sorumlu olacaktır.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, mağdur ve failin işin görülmesi noktasında ortaklaşa hareket etmemeleri gerektiğidir. Nüfuz dolandırıcılığı suçunun mağduru, işinin halledilmesi noktasında faile tabi olup, pasif haldedir. Aktif olan ve işin görülmesi konusunda girişimlerde bulunacak olan kişi faildir. Vaade konu işin, fail ve mağdur tarafından, eşit şartlarda ve ortaklaşa halledilmeye çalışılması durumunda dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır.

E. Nüfuz Ticareti ve Nüfuz Dolandırıcılığı Suçlarının Benzer ve Ayrı Yönleri

Nüfuz ticareti suçu TCK'nın 255/1. maddesinde “(failin), kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle, haksız bir işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya bir başkasına menfaat temin” etmesi olarak tanımlanmıştır. Söz konusu suçun düzenleniş şekli incelendiğinde dolandırıcılık suçu bağlamında değerlendirilebilecek bir hileli davranışın, yasa koyucu tarafından, koruduğu hukuki menfaatteki farklılık gözönüne alınarak, ayrı bir suç normu bağlamında yaptırım altına alınma yoluna gidildiği görülecektir. Zira nüfuz ticareti, failin “haksız bir işin gördürülmesi amacına” özgü olarak, “kendisine veya başkasına menfaat temin etme” niyetiyle hareket edip “kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahsetmesi” şeklindeki hileli davranışı ile işlenebilecek bir suçtur. Hileli davranışın nasıl ve ne şekilde kurgulanacağı kanunda belirtildiğinden nüfuz ticareti suçu, genel dolandırıcılık suçundan farklı olarak, bağlı hareketli özel bir dolandırıcılık suçudur. Nüfuz ticareti faili eylemini, kamu görevlisi üzerinde sahip olduğu nüfuzundan bahsederek gerçekleştirebilir. Failin bu hileli davranış dışında başka bir tür hile kullanması halinde eylemi, diğer şartları oluştuğu takdirde, dolandırıcılık suçunun basit ve nitelikli halleri bağlamında değerlendirilebilir. Nüfuz dolandırıcılığı suçu, nüfuz ticareti suçuna göre genel norm niteliğindedir. Nüfuz ticareti suçunun unsurlarının yasada belirtildiği şekilde gerçekleşmemesi halinde eylem, genel norm niteliğindeki nüfuz dolandırıcılığı veya diğer dolandırıcılık şekillerinden birini oluşturabilir.

Nüfuz ticareti suçunda failin kamu görevlisi üzerinde “*nüfuz sahibi*” olduğundan bahsetmesi aranırken, nüfuz dolandırıcılığı suçunda failin kamu görevlileriyle “*ilişkisi olduğundan*” veya onlar nezdinde “*hatırı sayıldığından*” söz etmesi yeterlidir. Yasa koyucunun “nüfuz sahibi” olma ibarelerini bilinçli olarak kullandığını ve gerçek hayatta failin, haksız iş gördüreceğini vaat ettiği kamu görevlisi üzerinde fiili olarak etkisinin/nüfuzunun olması veya olma ihtimali bulunması gerekir. Nüfuz ilişkisi, fail ile kamu görevlisi arasında var olan akrabalık veya yakın arkadaşlık gibi duygusal bir yakınlıktan kaynaklanabileceği gibi, failin kamu görevlisi üzerinde bürokratik veya hiyerarşik olarak sahip olduğu yetkiden ya da failin elinde bulundurduğu ekonomik veya sosyal güçten kaynaklı da olabilir⁹⁶². Fail, kamu görevlisi üzerinde sahibi olduğunu iddia ettiği “nüfuzu” ile, kamu görevlisine haksız bir işi yaptırabilme konusunda görünürde gerçek ve mağduru ikna etmeye yeterli bir güce sahip olduğu kanaatini uyandırmalıdır. Buna ilişkin yapılacak tespit, her olay için ayrı ayrı yapılacak değerlendirme sonucunda yapılmalıdır. Gerçekte nüfuz sahibi olmadığı halde, mağdura bu konuda soyut beyanlarda bulunulması halinde eylem, diğer şartların varlığı halinde nüfuz dolandırıcılığına sebebiyet verir.

Gerek nüfuz ticareti ve gerekse nüfuz dolandırıcılığı suçları genel olarak herkes tarafından işlenebilirler. Ancak kamu görevlisinin fail olması ihtimali nüfuz ticareti suçu açısından kanun koyucu tarafından özel olarak öngörülmüş ve kamu görevlisinin nüfuz ticareti eylemi için daha ağır bir yaptırım öngörülmüş iken (TCK m. 255/1, c.2); nüfuz dolandırıcılığında buna benzer özel bir düzenleme yapılmamıştır. Her iki suç açısından da, kamu görevlisinin fail olduğu hallerde, kendi görevi ile ilgili olarak bir işin yapılacağı vaadinde bulunması halinde eylem, diğer şartları oluştuğu takdirde, rüşvet suçunu oluşturabilir.

Nüfuz ticareti suçunda mağdur toplumdaki bireyler iken, suçtan zarar gören ise güvenilirliği zedelenen kamu idaresidir. Buna karşın nüfuz dolandırıcılığı suçunda dolaylı olarak kamu idaresi zarar görmekle birlikte suçun asıl mağduru, hileli davranışlara muhatap olarak aldanmış gerçek kişi ve suçtan zarar gören ise malvarlığı unsurlarının aktiflerinde bir azalma veya pasiflerinde artış meydana gelen gerçek veya tüzel kişidir.

⁹⁶² Osman Yaşar/ Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç: Türk Ceza Kanunu, Cilt. 6, Ankara, 2014, s. 7716-7717.

Nüfuz ticaretinin “mağduru”⁹⁶³, nüfuz dolandırıcılığından farklı olarak, yasa koyucu tarafından aynı suçun faili olarak kabul edilmiş ve eylemi asıl faile göre daha hafif bir cezai müeyyideye tabi tutulmuştur⁹⁶⁴.

Nüfuz ticareti suçunda failin hileli davranışlarını “*haksız bir işin*” gördürüleceği vaadiyle oluşturması gerekir. Mağdur tarafından failden halledilmesi talep edilen iş, yasal mevzuat çerçevesinde haksız bir iş olmalıdır. Failin, kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan veya onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle, mağdurun “haklı” bir işini gördüreceği vaadiyle mağduru aldatması ve yarar temin etmesi halinde eylemi nüfuz dolandırıcılığı suçunu oluşturacaktır.

Nüfuz dolandırıcılığı suçundan farklı olarak, failin muhatabını aldatarak yarar temin ettiği üçüncü kişiler de, doğrudan suçun işlenmesine iştirak etmemiş olsalar dahi, suçtan sağlanan menfaati kabul etmeleri durumunda nüfuz ticareti suçundan dolayı sorumlu olacaklardır (TCK m. 255/5).

Nüfuz dolandırıcılığı ve ticareti suçları genel kastla işlenebilen suçlardır.

Suçun oluşma anı bakımından her iki suç birbirinden farklıdır. Nüfuz ticareti suçu, kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğunu belirten ve bu nedenle haksız bir işi gördürebileceğini söyleyen failin, iş sahibinden menfaat talebinde bulunması ile ya da iş sahibinin faile menfaat teklif etmesi veya menfaat temin edeceği vaadinde bulunması halinde tamamlanmış olur. Menfaat talebinin muhatap tarafından kabul edilip edilmemesi suçun oluşumu açısından önemli değildir (TCK m. 255/3). Bu özelliği nedeniyle nüfuz ticareti suçuna teşebbüs hali müstakil bir suç (teşebbüs suçu⁹⁶⁵) olarak düzenlenmiştir. Buna karşın nüfuz dolandırıcılığı suçuna teşebbüse ilişkin mahsus bir düzenleme olmadığından, teşebbüse dair TCK’nın 35. maddesi çerçevesinde genel hükümlere tabidir.

⁹⁶³ Nüfuz ticareti suçunda menfaat temin eden kişi gerçekte haklı ve meşru bir hukuki zeminde değildir. Ceza mevzuatı anlamında suçun mağdurundan kasıt daha önceden de belirtildiği üzere; hukuka aykırı olarak bir hakkı ihlal edilen veya zarar gören kişidir. Bununla birlikte nüfuz ticareti suçunda menfaat demin eden kişi aynı zamanda suçun faili olarak kabul edilip cezalandırılmaktadır. Bundan dolayıdır ki menfaat temin eden kişinin faile sağladığı yarar, eylemleri suç teşkil ettiğinden, yargılama sonrasında müsadere edilecek ve sahibine iade edilmeyecektir.

⁹⁶⁴ Öğretide kamu görevlisi olan kişi ile birlikte yarar sağlayan kişinin de bu suçun faili olduğu; bu özelliği nedeniyle iki taraflı suç olarak kabul edilebileceği ancak rüşvet verdiği zannıyla para veren kişinin cezalandırılmaması gibi bu suçta da para veren kişinin cezalandırılmayacağı ve iştirak ile de sorumlu tutulamayacağı savunulmuştur (Sahir Erman/Çetin Özek: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, s. 125). Mağdurun fail olarak sorumlu tutulmamasına ilişkin olarak öğretide, mağdurun konumunun şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edildiğinden sadece kamu görevlisinin cezalandırıldığı ileri sürülmüştür (Özgenç: Gazi Şerhi, s. 536).

⁹⁶⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Soyaslan: Teşebbüs Suçu, Ankara 1994.

Bu suça teşebbüs özel olarak yaptırım altına alınmamıştır. Her iki suç açısından da vaat edilen işin görülmüş olup olmaması suçun oluşumu açısından önemli değildir.

VII. DOLANDIRICILIK SUÇU İÇİN HAFİFLETİCİ NEDEN: DOLANDIRICILIK SUÇUNUN BİR HUKUKİ İLİŞKİYE DAYANAN ALACAĞIN TAHSİLİ AMACIYLA İŞLENMESİ (ALACAK DOLANDIRICILIĞI)

Türk Ceza Kanunu'nun 159. maddesinde düzenlenen ve dolandırıcılık suçunun 157. maddesinde tanımlanan basit şekline ve 158. maddesinde düzenlenen nitelikli hallerine nazaran daha hafif cezai yaptırım içeren, takibi şikayete bağlı olan ve farklı unsurları ihtiva eden dolandırıcılık suçunun, dolandırıcılığın diğer hallerinden farklılığını ortaya koymak/göstermek ve anlatımda kolaylık sağlamak açısından izahatlarımızda “alacak dolandırıcılığı” ibaresini kullanmanın yararlı olacağını düşünüyoruz. Bundan sonraki anlatımlarımızda “alacak dolandırıcılığı” ibaresinden kasıt, TCK'nın 159. maddesinde tanımlanan ve dolandırıcılık suçu açısından daha az cezayı gerektiren haldir.

A. Eski ve Yeni Ceza Kanunlar Bağlamında Alacak Dolandırıcılığı Suçunun Görünümü

Türk Ceza Kanunu'nun, dolandırıcılık suçu açısından “daha az cezayı gerektiren hâl” başlıklı 159. maddesi “*dolandırıcılığın, bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi hâlinde, şikâyet üzerine, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*” şeklindedir.

Madde incelendiğinde, yasa koyucu tarafından unsurları farklı ayrı bir suçun düzenlenmediği, TCK'nın 157 ve 158. maddelerinde unsurları belirtilen dolandırıcılık suçunun işleniş amacı göz önüne alınarak, bu maddelerde öngörülen suçun cezasının hafifletilmiş olduğu ve soruşturma usulünün değiştirildiği anlaşılabacaktır. Yasa koyucu bu düzenleme ile dolandırıcılık suçunun TCK'nın 157 ve 158. maddelerinde düzenlenen hallerine nazaran, özel bir dolandırıcılık suçuna yer vermiştir⁹⁶⁶.

⁹⁶⁶ TCK'nın 159. maddesi ile birlikte hırsızlık suçuna ilişkin benzer bir düzenlemenin yer aldığı TCK'nın 144 ve yağma suçu için düzenlenen TCK'nın 150. maddelerinin 765 sayılı TCK'nın 308. maddesinde tanımını bulan ihkakı hak (zorla hak alma) suçunun karşılığı olduğu ileri sürülmüştür (Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut: Karşılaştırmalı Tablololu Yeni Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, 6. Bası, İstanbul 2006, s. 127, 751). Aksi görüşte olan yazarlar ise, söz konusu düzenlemelerin ihkakı hak suçunun karşılığı olamayacağını, zira ihkakı hak sunun adliyeeye karşı işlenen suçlardan olduğunu ve hukuki

Yasa koyucu bu düzenleme ile, 765 sayılı Yasa döneminde yapılan, haklı bir alacağın temini amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenip işlenemeyeceğine ilişkin tartışmaları sona erdirmeyi amaçlamıştır. Daha önceden ayrıntılarına yer verildiği üzere, failin haklı bir alacağını tahsil amacıyla, hileli davranışlarda bulunarak muhatabını aldatıp yarar sağlaması durumunda, dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı tartışılmıştır. Bazı yazarlar bu durumda dahi dolandırıcılık suçunun oluşacağını savunurlarken, karşı görüşü savunan yazarlar ise eylemin dolandırıcılık suçuna neden olmayacağını, temin edilen yararın haksızlık unsurunun bu halde gerçekleşmeyeceğini belirtmişlerdir⁹⁶⁷.

Yargıtay önceki yasa döneminde verdiği bir kısım kararlarında, hukukî alacağının tahsili amacıyla hileli davranışlar kullanılarak borçlunun aldatılıp yarar elde edilmesi eyleminin dolandırıcılık suçunu oluşturacağını kabul etmekteydi⁹⁶⁸.

Dolandırıcılık suçunun basit ve nitelikli halleri yanında hafifletici şeklinin düzenlenmiş olmasının sebebi, kişilerin kendi mallarını ve alacaklarını bir takım hileli hareketler ile alması eylemlerindeki suç işleme kastlarındaki yoğunluk seviyesinin düşüklüğüdür. Hukukî bir alacağı olduğunu düşünen ve alacağını hukukî yollara başvurmaksızın doğrudan almaya çalışan bir kişinin eyleminin hukuk düzenince korunması ve cezasız bırakılması düşünülemez. Buna karşın, bu şekilde dolandırıcılık suçu işleyen bir kişinin kastındaki yoğunluğun, diğer kişilerinkinden çok az olduğu; bunların suçluluk kişiliğinin ve toplum için gösterdiği tehlikelilik hallerinin daha hafif olduğu tartışmasızdır. Bu hususları göz önünde bulunduran yasa koyucu, dolandırıcılık suçunun hafif şeklini düzenleme gereği duymuş ve basit ve nitelikli şekillerinden farklı olarak alacak dolandırıcılığı suçunun soruşturmasını veya kovuşturmasını şikâyet tabi kılıp ceza miktarlarını azaltmıştır.

konusunun ve konuluş amacının farklı olduğunu, buna karşın dolandırıcılık suçunun malvarlığına karşı işlenen ve yasa koyucunun kendisinden farklı sonuçlar beklediği bir suç olduğunu, Yasa koyucunun hangi saiklerle, bir çok uygar ülkede varlığını muhafaza eden ihkakı hak suçunu suç olmaktan çıkarttığının anlaşılamadığını belirtmişlerdir (Hafızoğulları/Özen: s. 322-323; Hafızoğulları: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 17-18).

⁹⁶⁷ Konu hakkında ayrıntılı inceleme ve ileri sürülen görüşler için yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 2, e, cc.

⁹⁶⁸ CGK, 07.04.1986, E. 1985/6-560, K. 1986/212: “Sanık, televizyonunu şikayetçiye taksitle satarak teslim ettikten sonra, taksitleri alamaması üzerine, şikayetçinin evde olmadığı sırada, çocuklara yalan söyleyerek televizyonu geri almıştır. Olayda herhangi bir güç harcanması değil, yalan söz konusu olduğundan, eylem (765 sayılı) TCK’nın 308. maddesine girmez. Alacak hakkının istenebilir bile olsa, hileyle alınması durumunda zarar doğacaktır, kimse haklı amacını, hukuka aykırı yollarla gerçekleştiremez. Bu nedenle eylem dolandırıcılık suçunu oluşturur”, (YKD., Ekim, 1986, s. 1525).

Alacaklının hakkına, hileli hareketler kullanarak sahip olunması halinde ortada gerçek anlamda haksız bir çıkarın varlığından bahsedilemez. Zira fail, gerçekte sahip olması gereken bir alacağı elde ederek malvarlığında bir artış sağlamakta; buna mukabil mağdurun malvarlığında ise, faile veya başkasına ödemek zorunda olduğu borç miktarı kadar azalma meydana gelmektedir. Gerçek anlamda ortada bir zarar ve yarar bulunmamaktadır. Bu zorluğu öngören yasa koyucu, ortaya çıkacak muhtemel teorik tartışmaların ve adalet duygusunu zedeleyecek uygulamaların önüne geçmek açısından, alacak dolandırıcılığı suçunu düzenlemiştir. Alacak dolandırıcılığı suçunun gerçekleşmesi açısından dolandırıcılığın basit veya nitelikli hallerinin oluşması sonuca etkili değildir⁹⁶⁹.

Bu düzenlemeye rağmen bir kişinin kendi malını veya alacağını almak amacıyla hileli davranışlarda bulunup, muhatabını aldatmak suretiyle malını veya alacağını elde etmesi halinde, kişinin eylemi dolandırıcılık suçunu oluşturacak ve adli sicil kaydında bu suça ilişkin mahkûmiyeti bulunacaktır. Bu mahkûmiyet ve suç kaydı nedeniyle hukuk düzeninde, faili açısından, bazı kötü/olumsuz sonuçlar oluşacaktır⁹⁷⁰.

TCK'nın 290/2. maddesinde, malı haczedilen veya rehnedilen kişinin, malını elde etmek amacıyla, malı elinde bulunduran muhafaza görevlisine karşı hileli davranışlar kullanması ve sonunda malını elde etmek suretiyle yarar sağlamasının müeyyidesi düzenlenmiştir. İlk bakışta söz konusu düzenleme ile incelememize konu alacak dolandırıcılığı arasında bir paralellik olabileceği düşünülebilir. Ancak hacizli veya rehinli bir malı elde etmek amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesi durumunda, TCK'nın 159. maddesinde belirtilen dolandırıcılık suçu değil, TCK'nın 157. maddesinde belirtilen genel (basit) veya şartları var ise TCK'nın 158. maddesinde belirtilen dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinden birisi oluşabilecektir. Zira malını hileli davranışlar ile elde eden kişinin, malı haczettiren veya rehnettiren kişiler nezdinde herhangi bir alacağı bulunmamaktadır. Hatta birçok durumda kendisi borçlu durumdadır. Bu halde fail kendi malını hukuka aykırı bir yöntemle elde etmeye çalışmaktadır.

⁹⁶⁹ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 832.

⁹⁷⁰ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 353.

B. Alacak Dolandırıcılığı Suçu İçin Aranılan Şartlar

1. Hukukî İlişkiden Kaynaklanan Bir Alacağın Varlığı

Fail ile mağdur arasında, hukuki ilişkiden kaynaklanan bir alacağın varlığından ve bunu temin için işlenen alacak dolandırıcılığı suçundan bahsedebilmek için, bu alacağın belirli özellikleri taşıması gerekmektedir. Aşağıdaki kısaca, alacak dolandırıcılığı suçuna konu olabilecek alacakta bulunması gerekli şartları inceleyeceğiz.

a. Taraflar Arasında Bir Hukukî İlişki Bulunmalıdır

Alacak dolandırıcılığı suçunun oluşabilmesi için, TCK'nın 157. maddesinde belirtilen basit (temel, genel) dolandırıcılık suçunun tüm unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Yani fail hileli bir davranışta bulunarak, bu davranış ile hedef aldığı kişiyi aldatıp kendisinin veya başkasının zararına bir eylemde bulunmasını sağlamalı; bunun sonucunda kendisinin veya başkasının lehine yarar temin etmelidir. Bu eylem ve işlemlerin fail tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilmiş olması, yani kasten işlenmesi gerekir. Belirtilenlere ek olarak failin amacının, hukukî ilişkiden doğan bir alacağını tahsil etmek olduğu durumlarda eylem, TCK'nın 159. maddesinde tanımlanan alacak dolandırıcılığı suçuna sebebiyet verecektir. Alacak dolandırıcılığı suçunun oluşabilmesi için varlığı gereken temel hususlar hukukî bir ilişkinin ve bundan doğan alacak hakkının varlığı ile failin bu alacağı tahsil etme gayesinin olmasıdır.

Alacak dolandırıcılığı suçunun oluşumunda önemli bir yapı taşı olan “hukukî ilişki” kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Hukukî ilişki kavramını; hukukî olay, hukukî fiil, hukukî işlem ve borç ilişkilerini kapsar şekilde geniş olarak anlamlandırmak gerekir⁹⁷¹. Hukukî bazı sonuçlar doğurmaya elverişli olaylara hukukî olgu; kendilerine hukukî sonuç bağlanmış insan eylemlerine ise hukukî fiil adı verilir⁹⁷². Buna paralel şekilde hukukî işlemi; hukukî olaylara konu olan, hukukî sonuçlar doğuran bir irade açıklaması olarak anlamlandırmak da mümkündür⁹⁷³. Hukukî ilişkinin konusu, insanların hal ve hareketleri ile meydana getirdikleri hukuksal bir olgu olarak

⁹⁷¹ Muharrem Çetin: Mala Karşı İşlenen Suçlarda İndirim Nedeni Olarak İhkak-ı Hak, İstanbul 2006, s. 97 (yüksek lisans tezi).

⁹⁷² M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, 2003, s. 116-117.

⁹⁷³ Feyzioğlu: Borçlar Hukuku, s. 33, 37; Oğuzman/Barlas: s. 37; Ahmet M. Kılıçoğlu: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2008, s. 28.

kabul edilebilecek davranışlarıdır⁹⁷⁴. Hukukî ilişkinin çekirdeğini oluşturan unsur irade açıklamasıdır. Hukukî sonuç doğurmayı amaçlamayan irade açıklamaları hukukî işlemin, dolayısıyla hukukî ilişkinin konusunu oluşturmaz. İrade açıklaması içermeyen ilişkilerden doğan alacaklar, alacak dolandırıcılığı suçuna konu olamaz.

Alacak dolandırıcılığı suçunun gerçekleşmesi açısından failin tahsil etmeye çalıştığı alacağının gerçek veya özel ya da tüzel kişiler nezdinde olması önemsizdir.

Yasada, hukukî ilişkinin kapsamı ile alacak hakkının ve ispatının usul ve esaslarının nelerden ibaret olduğu gösterilmemiştir. Fail ile mağdur arasında bir hukukî ilişkinin ve bundan doğan bir alacak hakkının ortaya konulması, hem dolandırıcılık suçunun hafif şeklinin oluşumu açısından ve hem de şikâyet hakkının kullanımına ilişkin sürenin başlangıcının tayini açısından önemlidir.

Failin tahsil etmeye çalıştığı alacağına dayanak teşkil eden hukukî ilişki, yazılı veya sözlü bir sözleşmeden kaynaklanmış olabilir. Hukukî ilişkinin ve bundan kaynaklı alacağın varlığının ispatı konusunda hâkim, kanaatimizce medeni usul hukukunda belirtilen ispat kurallarıyla bağlı olmaksızın, geniş bir çerçevede değerlendirmede bulunarak tespitini yapmalıdır. Buna karşın medeni usul hukuku ile ceza hukukunun ispat yöntem ve ilkeleri bağlamında varılacak farklı sonuçların olabileceği nazara alınarak, hakkaniyete aykırı ve hukuk barışını ve güvenini tehlikeye sokacak türden uygulamalara neden olabilecek yorumlardan kaçınılmalıdır. Bu bağlamda medeni usul hukuku açısından belirli bazı konuların ispatı noktasında kesin bazı delillerin varlığı aranmış ise bu halde ceza hâkimi önündeki kovuşturma dosyasında, ihtiyaç duyması durumunda bu ispat yöntemi ile bağlı olmalıdır⁹⁷⁵.

⁹⁷⁴ Necip Bilge: Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Ankara 2008, s. 61 vd.; Aybay/Aybay: s. 197-198.

⁹⁷⁵ 01.10.2011 günü yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 200. maddesi ne göre "(1) Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz. (2) Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir"

201. Maddesine göre ise "(1) Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz".

b. Hukukî İlişkiden Kaynaklanan Bir Alacak Olmalı

Hukukî anlamda alacak, bir edim ile yükümlü olan borçluya karşı, alacaklının kullandığı bir haktır. Borç ilişkisinin içerdiği asıl hak, alacak hakkıdır. Alacak hakkı, malvarlığına bağlı, geçici, herkese karşı değil, yalnızca borçlusuna karşı ileri sürülebilen, sayısı, içeriği, şekil ve konuları sınırlı olmayan bir yararlanma hakkıdır⁹⁷⁶. Bu hak ile alacaklı, borçludan bir edimi, yani bir şey vermesini, yapmasını veya yapmamasını isteme hakkına sahip olacaktır⁹⁷⁷.

Alacak hakkı, çeşitli hukukî ilişkilerden doğabilir. Bunlar; hukukî işlemler, haksız eylemler ve sebepsiz zenginleşmedir⁹⁷⁸. TCK'nın 159. maddesinde bir hukukî ilişkinin varlığı arandığından, haksız eylemlerden kaynaklanan alacaklar bu madde kapsamında değerlendirilemez⁹⁷⁹. Zira bu hallerde zarar ve dolayısıyla alacak miktarı belli değildir ve taraflar arasında hukukî bir ilişki yoktur. Hukuk düzeni tarafından korunan, geçerli kabul edilen ve hukuka uygun ilişkiler bu kavram içerisinde kabul edilir⁹⁸⁰. Bunlar hukukî işlemlerden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklardır. Hukukî işlemlerin en çok karşılaşılan şekli sözleşme yapmaktır. Sözleşme, iki kişinin bir hukukî sonucu gerçekleştirmek üzere anlaşması demektir⁹⁸¹. Sözleşmenin bütün türlerinden doğan alacaklar, alacak dolandırıcılığı suçuna sebebiyet verebilir. Örneğin, bir kişinin çalışması karşılığında alacağı paranın ödenmemesi, emanet bırakılan eşyanın iade edilmemesi, ortak iş yapması nedeniyle hak ettiği kâr payının veya verdiği borcun geri ödenmemesi durumlarında hukukî ilişkinin varlığından söz edilebilir⁹⁸². Bununla birlikte eşya hukuku alanına özgü bir kavram olan “ayni hakkın” alacak hakkı kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Ayni hak, sahibine alacak hakkı değil, herkese karşı ileri sürülebilen bir talep hakkı verir⁹⁸³.

Alacak hakkının mutlaka para cinsinden belirlenmiş olmasına gerek yoktur. Hatta alacak hakkının parasal bir değer ifade etmesi, yani ekonomik bir değerinin

⁹⁷⁶ Mehmet Nihat Kanbur: “Kendiliğinden Hak Alma Fiillerinin Yeni Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuk Dergisi, Aralık 2006, Y.1, S. 2, s. 74.

⁹⁷⁷ Oğuzman/Barlas: s. 94.

⁹⁷⁸ Feyzioğlu: Borçlar Hukuku, s. 29; Kılıçoğlu: s. 27; Aydın Aybay/Rona Aybay: Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2009, s. 193; Ahmet Battal: Hukukun Temel Kavramları, 5. Bası, Ankara 2007, s. 122.

⁹⁷⁹ Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 618.

⁹⁸⁰ Kanbur: s. 77.

⁹⁸¹ Battal: s. 123; Çetin: s. 99.

⁹⁸² Artuç: s. 391; Çetin: s. 99-100.

⁹⁸³ Oğuzman/Barlas: s. 95.

bulunması da önemli değildir. Yukarıda açıklandığı üzere, piyasa açısından ekonomik değeri olmayan ancak taraflar açısından sahip olduğu manevi önem itibarıyla, kişilerin bir değer atfettikleri şeyler de, dolandırıcılık suçu kapsamında yarar-zarar bağlamında değerlendirilebilir⁹⁸⁴.

Failin, hileli davranışlar kullanarak tahsil etmeye çalıştığı alacağın borçlusunun özel hukuk tüzel kişisi olması halinde herhangi bir sorun yoktur. Ancak söz konusu alacağa konu borcun devlet veya kamu tüzel kişilerine ait olması ihtimali üzerinde durulmalıdır. Zira failin hileli davranışları ile kamu kurum ve kuruluşları temsilcilerini aldatarak, alacağına mahsuben yarar elde etmiş olması durumunda, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin oluşabileceği akla gelebilir. Alacak ve borç ilişkisinin olduğu ihtimalde, kamu kurum ve kuruluşları gerçek kişilerin karşısına, genel olarak kamu hukuku tüzel kişisi sıfatıyla değil, bir tür özel hukuk tüzel kişisi sıfatıyla çıkmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarının gerçek kişilerin karşısına hangi sıfatla çıkarsa çıksınlar önemli olan husus meydana gelen ilişki sonucunda fail lehine bir alacak doğup doğmadığının tespitidir. Böyle bir alacak doğmuş ve fail bu alacağını elde etmek amacıyla hileli davranışlar kullanmış ve alacağını elde etmeye çalışmışsa, failin eylemi dolandırıcılık suçunun nitelikli değil, alacak dolandırıcılığı suçunu oluşturacaktır. Bu halde failin amacı kamu kurum ve kuruluşlarını zarara uğratmak olmayıp, alacağını tahsil etmektir⁹⁸⁵. Bu amacın gerçekleşmesi durumunda fail yarar sağlamış olacak, ancak kamu kurum ve kuruluşları gerçek anlamda bir zarara uğramış olmayacaklardır.

Mağdur ile fail arasında kurulan hukukî ilişki neticesinde doğan alacak ile, işlenen dolandırıcılık suçunda failin elde ettiği yararın aynı nitelikte olup olmadığını belirlemek önemlidir. Yani alacağın konusu para iken, fail mağduru aldatarak, alacağına karşılık olmak üzere para yerine geçmek üzere mağdurun malvarlığında yer alan menkul veya gayrimenkul bir malı elde edebileceği gibi, parasal bir karşılığı olan mağdurun kişisel bir hizmetinden de istifade etmiş olabilir. Bu durumda önemli olan daha önce doğan bir alacağının tahsili amacına yönelik failin iradesi ve bu irade kapsamında mağdurun aldatılarak, alacağın dolaylı yoldan elde edilmeye çalışılmasıdır.

Alacak dolandırıcılığı ile (yarar temin etmek suretiyle) yapılan tahsil arasında miktar açısından makul bir oranın varlığı aranır iken, tam bir ayniyet bulunması gerekmez.

⁹⁸⁴ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 2, d, cc, iv; Kanbur: s. 74-75.

⁹⁸⁵ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 352.

Alacak tutarı ile orantısız çok fazla bir miktarın, hileli davranışlar ile mağdurdan tahsil edilmesi halinde kanaatimizce alacak dolandırıcılığı suçu oluşmayacaktır⁹⁸⁶. Diğer şartların varlığı halinde TCK'nın 157 veya 158. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçlarından biri gerçekleşmiş olacaktır. Ancak bu durumda failin amacının net bir şekilde belirlenmesi gerekir. Failin amacı, hakkı olduğunu düşündüğü alacak miktarı kadar bir ekonomik değeri elde etmek iken; amacının ve iradesinin dışında fazla bir miktarı elde etmiş olması alacak dolandırıcılığı suçunun oluşumunu engellemeyecektir. Failin, menfaati temin etmeden önceki ve ettikten sonraki hal ve hareketlerine göre failin gerçek iradesi tespit edilerek, eylemi ona göre nitelendirilmelidir. Örneğin fail, eylemi sonrasında alacağından çok fazla bir yarar elde ettiğini anlamış ve eylemlerinin hemen sonrasında fazla kısmı borçluya iade için girişimlerde bulunmuş ise, artık failin amacının alacak dolandırıcılığı suçunu işlemek olduğu kabul edilmelidir.

Dolandırıcılık suçunun diğer şekillerinden alacak dolandırıcılığını ayıran temel husus, failin amacıdır. Fail, dolandırıcılık suçunu hukukî ilişkiden kaynaklanan bir alacağını tahsil etmek amacıyla işlediği takdirde TCK'nın 159. maddesinde tanımlanan suçun işlenebilmesi mümkündür.

Fail tarafından, hileli davranışlar sergilenmek suretiyle tahsil edilmeye çalışılan ve bir hukukî ilişkiye dayanan alacağının, failin hileli davranışlarından önce doğmuş olması gerekir. Alacak hakkının hileli davranışlar ile aynı anda veya sonradan doğması halinde failin amacının, bu alacak hakkını tahsil olmadığı kabul edilerek, eylemi, dolandırıcılık suçunun basit veya nitelikli şekilleri kapsamında değerlendirilmelidir.

c. Hukuk Tarafından Korunan Bir Alacak Hakkı Bulunmalı

Fail tarafından tahsil edilmeye çalışılan alacak, herhangi bir alacak olmayıp, belirli bir niteliğe sahiptir. Bu nitelik, yasa koyucu tarafından TCK'nın 159. maddesinde "*bir hukukî ilişkiye dayanan alacak*" olarak belirtilmiştir. Failin tahsil etmeye çalıştığı alacağın hukukî bir ilişkiye dayanması gerekir. Bununla birlikte hukuki ilişkiye dayanan alacağın kaynağı farklı olabilir. Bu alacak Borçlar, Eşya veya Aile hukukundan kaynaklanabilir⁹⁸⁷.

⁹⁸⁶ Benzer görüş için bkz. Taşdemir: s. 225.

⁹⁸⁷ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 352.

Alacağın kaynağını oluşturan hukukî ilişkinin geçerli bir ilişki olması gerekir. Alacağın oluşumuna dayanak teşkil eden hukuki ilişki, alacaklı olan kişinin borçlu tarafı aldatması ile oluşmuş ise, ortada geçerli bir hukukî ilişkinin bulunduğu bahsedilemez⁹⁸⁸. Bu tür bir hukuki ilişki, incelememize konu alacak dolandırıcılığı suçunu oluşturmaz.

Failin hukuksal ilişki ve buna bağlı olarak alacak hakkının varlığı konusunda hataya düşmesi halinde, bu hatasından yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre fail, bir hukukî ilişki olduğu konusunda hataya düşerse veya bu hukukî ilişkiden kaynaklanan bir alacağın varlığında yanılırsa, diğer şartların varlığı halinde TCK'nın 30/2. maddesinde belirtilen hükümden yararlanacaktır⁹⁸⁹. Aksi görüşü savunan yazarlar ise, gerçekte hukuksal bir ilişki bulunmamasına rağmen, failin böyle bir hukuksal ilişki bulunduğu düşüncesiyle hareket ettiği durumda, failin eyleminin diğer şartların varlığı halinde dolandırıcılık suçunun basit veya diğer nitelikli şekillerinden birini oluşturabileceğini ifade etmişlerdir⁹⁹⁰. İkinci görüşe benzer bir görüş ise, hukukî ilişkide ve alacağın varlığında yapılan hatayı ayrı ayrı değerlendirerek, hukukî ilişkinin varlığı konusunda yapılan hatanın korunmayacağını; buna karşın hukukî ilişki var, ancak alacak hakkının varlığı konusunda hata yapılmış ise kişinin bu hatasından yararlanabileceği ileri sürülmüştür⁹⁹¹.

Kanaatimizce, TCK'nın 30/2. maddesinin açık düzenlemesi karşısında fail, gerçekte hukuki bir ilişki ve buna bağlı olarak doğan alacak hakkının varlığı konusunda hataya düşmüşse, bu hatasından yararlanmalıdır. Zira bu halde fail, dolandırıcılık suçunun daha az cezayı gerektiren halinin gerçekleştiği konusunda bir hataya düşmüştür. Failin kastı, eylemine rengini veren ve onu anlamlandıran önemli bir unsurdur. Eğer fail var olmayan bir hukuki ilişkiyi ve bundan kaynaklandığını düşündüğü bir alacağın tahsil etmek amacıyla hileli davranışlarda bulunarak muhatabını aldatmış, buna paralel olarak kendisine bir yarar elde etmiş ise, eylemi, alacak dolandırıcılığı suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak çoğu kez hatanın varlığının ispatı zordur. Hatanın varlığının ispatı, bunu iddia eden ve bundan menfaati olan fail tarafından yapılmalıdır. Hâkim hatanın

⁹⁸⁸ Donay: Şerh, s. 246.

⁹⁸⁹ Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 991; Artuç: s. 392; Kanbur: s. 78-79.

⁹⁹⁰ Tezcan/Erdem/Önok: s. 509.

⁹⁹¹ Meran: s. 62.

varlığı konusunda kanaat oluştururken çok hassas davranmalı, failin soyut beyanları ile yetinmemelidir.

Alacak dolandırıcılığı suçuna konu alacağın mahkemeler nezdinde ihtilaflı olup olmaması önemli değildir. Böyle bir ihtilaf, failin tavrından da kaynaklanmış olabilir⁹⁹². Bununla birlikte iddia edilen alacağın mahkemeler nezdinde/tarafından korunabilir nitelikte olması gerekir⁹⁹³. Öğretide bu kabulün aksine, hukuk mahkemeleri nezdinde talep edilemeyen kumar ve bahis oyunlarından kaynaklanan alacakların tahsili amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesi durumunda da, alacak dolandırıcılığı suçunun oluşacağı savunulmuştur⁹⁹⁴.

Yukarıda, fail tarafından elde edilen yararın incelenmesinde, kumar ve bahis oyunlarından kaynaklanan alacakların tahsili amacıyla hileli davranışlarda bulunularak mağdurun aldatılması ve yarar sağlanmış olması durumunda, dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağını inceledik. Bu husustaki tartışmaları yaptığımız açıklamalara havale ederek, kumar ve bahis alacaklarının tahsili amacıyla hileli davranışta bulunularak mağdurun aldatılması ve yarar sağlanmış olması halinde dolandırıcılık suçunun temel şeklinin oluşacağı görüşünde olduğumuzu belirtmekle yetineceğiz⁹⁹⁵.

d. Hukukî İlişki ve Alacak Hakkının İspatı ve Önemi

Failin eylemini nitelendiren hâkim, mevcut ve hukuken korunan bir alacağın var olup olmadığını saptamak zorundadır. Fail tarafından alacağın varlığına ilişkin olarak suç tarihinden önce herhangi bir dava açılmış ise, açılan bu davanın bekletici mesele yapılması gerekir (CMK m.218). Zira dava sonucunda verilecek, alacağın varlığına veya yokluğuna ilişkin karar, failin eyleminin nitelendirilmesi açısından önemlidir⁹⁹⁶. Failin alacağının olmadığına ilişkin mahkeme tarafından yapılacak kesin bir saptama, eylemin dolandırıcılık suçunun basit veya nitelikli şekillerinden biri kapsamında değerlendirilmesine neden olacaktır.

⁹⁹² Donay: Şerh, s. 246.

⁹⁹³ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 352.

⁹⁹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3583; Toroslu: Özel Kısım, s. 184; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu: Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Cilt, Ankara 2008, s. 2568; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 833.

⁹⁹⁵ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 2, e, cc ve ee.

⁹⁹⁶ Donay: Şerh, s. 246.

Failin dolandırıcılık suçu vasıtasıyla tahsil etmeye çalıştığı alacağın dayanağı, yasa metninin açık düzenlemesi doğrultusunda, sadece hukuki ilişki olabilir. Bu nedenle haksız fiillerden doğan alacakların tahsili amacıyla dolandırıcılık suçu işlendiği takdirde, alacak dolandırıcılığı değil, şartları oluştuğunda suçun diğer şekillerinden biri oluşabilecektir.

Ceza Muhakemeleri Kanununun 217. maddesine göre; "*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*".

Aynı Yasa'nın 218. maddesine göre ise, "*yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak, bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir*".

Her iki madde birlikte incelendiğinde, ceza yargılaması aşamasında, önündeki dava dosyası bağlamında ceza hâkiminin suç veya suçun unsurları ile ilgili olan meseleleri hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği sonucu çıkmaktadır. Yani ceza mahkemesi hukuku açısından serbest delil ve vicdani ispat sistemi geçerlidir⁹⁹⁷.

Buna karşın çeşitli hukuki ilişkilerin ispatı bağlamında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 200. maddesinde özel bir düzenleme bulunmaktadır. Yasa metnine göre; "*(1) Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz. (2) Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir*". Yine aynı Yasa'nın 201. maddesine göre ise; "*Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin*

⁹⁹⁷ Yener Ünver/Hakan Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 658.

hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz".

Gerek Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan ispat yöntem ve ilkeleri birlikte incelenerek, ceza hâkiminin görmekte olduğu bir kovuşturma sırasında, çözümünü başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorun ile karşılaştığında nasıl bir yol izlemesi gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 218. maddesinde bu tür bir sorunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle çözülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Benzeri bir sorun 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.03.1989 gün ve 1/2 sayılı kararı ile çözüme kavuşturulmuştu⁹⁹⁸. Yargıtay söz konusu kararında özetle şu gerekçelere yer vermişti: 1412 sayılı CMUK. nun 255. maddesine göre, bir fiilin suç olup olmaması adi hukuka ilişkin bir sorunun çözümüne bağlı ise, ceza mahkemesi bu sorunu ceza işlerinde uygulanan serbest delil ilkesi çevresinde çözümler. Bununla beraber ceza mahkemesi, yargılamaya ara vererek hukuk davası açılması için ilgililere uygun bir süre verebilir ve hukuk mahkemesinden bu konuda bir karar çıkmasını da bekleyebilir. Ceza mahkemesi, ilgililere süre vererek hukuk mahkemesinden bir kararın çıkmasını beklediği takdirde, hukuk mahkemesi, ceza usulünde benimsenen serbest delil ilkesi hükümlerine göre değil, hukuk usulünde uygulanan istisnalar dışında senede karşı ancak senetle⁹⁹⁹ iddiaların ispat edilebileceği ilkesi uyarınca bir karar tesis etmek zorundadır. Bunun sonucu olarak hukuk mahkemesinin senet hakkında verdiği kararın ceza mahkemesini bağlayacağını tartışmasız olması gerekmektedir.

⁹⁹⁸ Yener Ünver: "Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK'nın İncelenmesi", İHFM, C.: LV, 1996, s.183-218.

⁹⁹⁹ Yasal tanımda bahsedilen ve ispat vasıtası olarak bahsedilen senetten ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Senet, açıklamasına vasıta olduğu düşüncelerin maddi varlığa kavuşmasına yol açan bir vasıta (Fırat Öztan: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1999, s. 11). Senet belgeden farklıdır. İradenin dış alemde varlık kazanması belge ile sağlanır. Bununla birlikte her belgenin senet olduğunu söylemek olanaklı değildir. Konuyu bir örnek ile açıklamak gerekir ise, elektronik ortamda üretilen veriler bir tür belgedir, bununla birlikte başkaca unsurlar ile desteklenmedikleri sürece senet olarak kabul edilemezler. Bundan dolayıdır ki senedin bazı öğeleri barındırması gerekir. Öncelikle senet maddi görünümü olan bir objedir. Yani senet yazılı olmalı, iarede beyanı içermeli ve imzalı olmalıdır. Elektronik belgelerin senet olarak kabul edilebilmesi için güvenli elektronik imza ile imzalanması gerekir (Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usul Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2011, s. 434-437).

Tanıkla ispat zorunluluğu sadece hukuki işlemler açısından geçerli olup, aynı ilke hukuki fiiller bağlamında uygulama yeteneğine sahip değildir. Yine hukuki ilişkilerin çoğunun temelini yazılı belgelerin oluşturduğu gözönüne alındığında, bunların muhtevallarının yani hukuki ilişkilerin dayanağının ve içeriğinin (alacağın ve alacak miktarının) ispatı istisnalar dışında tanıkla yapılamaz¹⁰⁰⁰. Sanığın kastı gibi hukuki ilişki dışında kalan diğer meseleler, ceza yargılamasına hakim olan serbest delil ilkesine uygun olarak çözümlenecektir.

Ceza yargılaması sırasında, bir eylemin suç olup olmadığına ilişkin bir meselenin çözümü, başka bir mahkemenin görev alanına girdiği durumlarda hakim bu meselenin halli için taraflara hukuk davası açılması için uygun bir süre verebilir veya hukuk mahkemesinden bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir ya da buna ilişkin daha önceden açılan bir davanın varlığını haber almış ise, bu mahkemenin karar vermesini bekletici mesele yapabilir. Böyle bir durumda hukuk mahkemesi ispat usulünde uygulanan "istisnalar dışında senede karşı iddiaların ancak senetle ispat edilebileceği" ilkesi uyarınca bir karar tesis edecek ve hakim suçun ispatı açısından ceza usulü kuralları içinde karara bağlamadığı bir sorunun hukuk mahkemesinde çözümüne imkan tanımışsa, artık hukuk mahkemesinden verilen kararlarla bağlı olacaktır. Eğer sorunu hakim kendi çözmek istiyor ise, bu takdirde hukuk usulünde benimsenen ispat kuralları ile bağlı olacaktır. Aksi halin kabulü durumunda çelişkili kararların verilmesi gündeme gelebilecek, alacaklıların haklarını hukuk mahkemelerinden ziyade, ispat usulünün daha kolay ve geniş olduğu ceza mahkemelerine başvurarak almak istemelerini sonuçlayacak ve alacaklıların kolayca mahkumiyetleri söz konusu olacaktır. Bu ise hem adalete olan güveni sarsacak ve hem de ticari hayatın felce uğramasını netice verecektir¹⁰⁰¹.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararının gerekçesinde “*ceza muhakemesinde hakimin delilleri serbestçe takdir edeceği açıklanmış ve ispat vasıtaları yönünden bir sınırlama getirilmemiş ise de, hukuki bir ilişkinin sonucu olup, aynı zamanda cezai sorumluluğu da gerektiren işlemlerde hukuk mahkemelerinde aranılan ispat şeklinin ceza mahkemelerinde de aranması gerektiği, ceza mahkemelerinden verilen mahkûmiyet hükümlerinin hukuk mahkemelerini de bağlayacağı, bedelsiz senedi kullanma suçunun işlendiğinin tanıkla ispatı kabul olunduğu takdirde katılanın ceza ilamına dayanarak... borcu ödediğini herhangi bir yazılı delile ihtiyaç olmadan ispat*

¹⁰⁰⁰ Timuçin Muşul: Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2012, s.337.

¹⁰⁰¹ YCGK, 5.2.2013 tarih, E: 2012/11-1086, K: 2013/40 (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

edebileceği, bunun da miktar itibarıyla tanıkla ispat edilemeyecek bir iddianın HUMK'na aykırı olarak tanıkla ispatı sonucunu doğuracağı”nı belirtmiştir¹⁰⁰².

Hukukî ilişkinin ve buna bağlı alacak hakkının varlığına ilişkin, suç tarihinden önce mahkeme tarafından yapılmış bir tespitin varlığı halinde herhangi bir sorunla karşılaşılmaz. Sorun, böyle bir tespitin bulunmadığı hallerde karşımıza çıkacaktır. Kanaatimizce, fail tarafından, bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı olduğu düşüncesi ile hareket edilmiş ve dolandırıcılık suçu işlenmiş ise, failden, amacını haklı gösterecek nitelikte kesinleşmiş bir mahkeme kararı istenilmemelidir. Fail tarafından hukukî ilişkinin varlığını ve buna bağlı alacak hakkını gösterir herhangi bir senedin, anlaşmanın, yazılı bir belgenin veya tanığın gösterilmesi halinde hâkim, dosyada var alan bilgi ve belgeleri birlikte değerlendirerek bir sonuca varmalıdır. Hâkim, hukukî ilişki ve alacak hakkının varlığına kanaat getirmiş ise, failin eyleminin alacak dolandırıcılığı suçuna neden olduğu kabul edilmelidir. İspatın tanık ile yapıldığı durumlarda hâkim, bu konudaki değerlendirmesinde daha dikkatli ve hassas davranmalıdır¹⁰⁰³.

Hâkimin, hukukî ilişki ve buna bağlı olarak alacak hakkının varlığı konusunda kanaat getirip, bu doğrultuda eylemi alacak dolandırıcılığı olarak nitelendirip kararını verdikten ve fakat bu karar kesinleşmeden önce, hukukî ilişki veya buna bağlı alacağın suç tarihinde ve öncesinde mevcut olmadığına ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararı ibraz edilmesi, kararın sıhhatini etkileyecektir. Bu halde ibraz edilen mahkeme kararının kesinleşme tarihine bakılır: Kesinleşme tarihi suç tarihinden önce ise eylemin amacının alacağı tahsil etmek olmadığı, sonra ise failin kastının hukukî ilişkiden doğan alacağını tahsil etmek olduğu kabul edilmelidir.

TCK'nın 73. maddesinde belirtildiği üzere, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda, şikâyete süresi failin kim olduğunun ve fiilin bilindiği veya

¹⁰⁰² YCGK, 5.2.2013 tarih, E: 2012/11-1086, K: 2013/40 (Yayınlanmamış Yargıtay kararı).

¹⁰⁰³ Kendiliğinden hak alma (İhkakı hak) suçuna benzer şekilde hırsızlık suçuna ilişkin TCK'nın 144, yağma suçuna ilişkin TCK'nın 150 ve dolandırıcılık suçuna ilişkin TCK'nın 159. maddelerinde yapılan düzenlemelerin, kanun yapma tekniği açısından uygun olmadığı, bu düzenlemelerin içerikleri bakımından sakıncalar bulunduğu, örneğin madde içeriklerinde geçen “bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın” ispatının nasıl ve ne şekilde yapılacağının belirsiz olduğu; cezası hafifletilmiş olsa bile hırsızlık ve dolandırıcılık suçundan mahkumiyetlerin “yüz kızartıcı suç” olarak değerlendirilmeleri nedeniyle hak yoksunluklarına sebebiyet verileceği, bu tür teknik sorunların çözümü için 765 sayılı TCK'nın 308. maddesine benzer bir düzenlemenin 5237 sayılı TCK için de kabul edilmesinin uygun olacağı ileri sürülmüştür (Hafizoğulları: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 18); 11. CD., 08.03.2007, 667/1543: “... sanığın ne şekilde gerçekte var olan bir alacağın tahsilini sağlamak amacına yönelik olarak bu belgeyi düzenlediği de karar yerinde açıklanıp tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması” (Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 484).

öğrenildiği andan itibaren başlar ve bu süre altı aydır. Dolandırıcılık suçunun basit ve nitelikli hallerine ilişkin soruşturma ve kovuşturma işlemleri, şikâyet aranmaksızın kendiliğinden yürütülür. Failin eyleminin alacak dolandırıcılığı şartlarını taşımadığını düşünen mağdur, süresinde şikâyet hakkını kullanmamış olabilir. Kanaatimizce şikâyet süresi, fail ile birlikte eylemin niteliğinin, yani hukukî ilişkiden kaynaklanan bir alacağın tahsili amacıyla gerçekleştirildiğinin öğrenilmesinden itibaren başlamalıdır¹⁰⁰⁴. Öğrenme, soruşturma aşamasında olabileceği gibi kovuşturma aşamasında da olabilir.

2. Failin Amacı Alacağını Tahsil Etmek Olmalıdır

Genel dolandırıcılıktan farklı olarak, alacak dolandırıcılığının oluşabilmesi için, failin, genel kast ile hareket etmesi yeterli olmayıp, özel bir saik (amaç) ile eylemini gerçekleştirmiş olması gerekir. Yani fail, hukukî ilişkiye dayanan alacağını tahsil etme amacını güderek, bu bilinç ve irade ile hareket etmelidir. Fail alacağı olduğunu iddia etmesine rağmen suç konusu alacak (malvarlığı unsuru) üzerinde başka bir kişinin de hak iddia ettiğini bilmeli ve buna rağmen alacağını alacak dolandırıcılığı ile tahsil etmeye çalışmalıdır. Yani fail işlediği fiilin mahiyeti hakkında iyi niyetli olmalı, doğru bir iş yaptığını düşünmeli, fakat eyleminin haksız olduğunu, hukuk düzeni tarafından korunmadığını bilmelidir¹⁰⁰⁵.

Failin amacında aranan bu özellik nedeniyle yasa koyucu, failin kendi alacağını elde etmek amacıyla hileli hareketlerde bulunarak, borçluyu veya borçlunun malvarlığı unsurları üzerinde tasarruf etme yetkisi olan kişileri aldatıp, borçlunun zarar görmesi eyleminde, failin toplum için daha az tehlikeli ve zararlı olduğu düşüncesiyle özel bir düzenleme yapmıştır. Yasa koyucu izlediği suç ve ceza siyaseti çerçevesinde, önceki yasal düzenlemeden farklı olarak bu şekilde bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Buna yakın bir düzenleme 765 sayılı TCK'nın 308. maddesinde yer almaktaydı. Bu maddeye göre “*bir kimse Hükümete müracaata muktedir olduğu ahvalde iddia eylediği bir hakkı istihsal maksadıyla eşya üzerinde kuvvet sarfıyla kendiliğinden hakkını ihkak ederse*” cezalandırılmaktaydı. Söz konusu maddeden de açıkça anlaşılacağı üzere, yeni düzenleme ile eskisi arasında açık farklılıklar bulunmaktadır.

¹⁰⁰⁴ Benzer görüş için bkz. Güngör: Şikayet Kurumu, s. 62-63.

¹⁰⁰⁵ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 353.

Failin özel kastı yoksa, yani kendisinin olduğunu iddia ettiği alacağın, gerçekte kendisine ait olmadığı bilincindeyse veya amacı alacağını tahsil etmek değil ise eylem TCK'nın 159. maddesinde tanımlanan alacak dolandırıcılığı suçunu değil, diğer şartların varlığı halinde daha ağır cezaî yaptırımlar içeren TCK'nın 157 veya 158. maddelerinde tanımlanan ve resen soruşturulup kovuşturulabilen dolandırıcılık suçlarını oluşturacaktır. Her iki düzenleme arasındaki en önemli fark, failin kastında belirginleşmektedir.

Failin amacı hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil etmek olduğundan, işlenen suç nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak kendisinin menfaat temin etmiş olması gerekir. Dolandırıcılık suçunun başkalarının yararına işlenmesi olanaklı iken, bu ihtimal alacak dolandırıcılığı açısından geçerli değildir. Bu, yasa koyucunun hafif dolandırıcılık suçunu düzenlemekteki amacının zorunlu bir sonucudur. Zira burada dolandırıcılık suçu, hukuki yollara başvurmak istemeyen alacaklının, alacağını tahsil etmek amacıyla kullandığı bir araçtır. Bu araç kullanılarak başka kişilere yarar sağlandığı takdirde eylem, alacak dolandırıcılığı, dolandırıcılık suçunun diğer şekillerine neden olacaktır.

3. Alacak Dolandırıcılığı Suçunun Asıl Faili, Alacaklı Olan Kişi(ler)dir

Özel faillik niteliğinin arandığı suçlara özgü suç adı verilir. Belirtilen özel nitelikleri taşımayan kişiler, özgü suçun faili olamazlar. Özgü suçun faili olamayan kişiler, özgü suçlara ancak azmettiren veya yardım eden sıfatlarıyla katılabilirler (TCK m.40/2).

Zimmet veya irtikâp suçlarında failin belirli özellikte olması gerektiği, yasa koyucu tarafından açıkça belirtilmiştir. Kanaatimizce, bu açıklıkta olmasa da, TCK'nın 159. maddesinde tanımlanan alacak dolandırıcılığı suçunun da *geniş anlamda özgü suçlardan* olduğu kabul edilebilir. Zira bu suç sadece, alacağa temel teşkil eden hukukî ilişkinin taraflarından alacaklı veya bu kişinin ölmesi veya alacağını nakletmesi durumunda yasal hak sahipleri tarafından işlenebilir. Yasa koyucunun amacı, suç işleme kastındaki yoğunluğu ve dolayısıyla toplumsal tehlikeliliği daha az olan alacaklının, dolandırıcılık suçuna sebebiyet veren ve alacağını tahsil amacı güden eylemini şikâyeteye tabi kılmak ve daha az bir müeyyide ile cezalandırmaktır. Bu amacın dar yorumlanması ve alacağın asıl sahibi veya yasal hak sahiplerini kapsar şekilde değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda örneğin, asıl alacak sahibinin avukatının, müdürünün veya idarecisinin hileli davranışlarda bulunarak, borçludan asıl alacaklının alacağını tahsil etmeye yönelik eylemlerinin alacak dolandırıcılık olarak değil, basit veya nitelikli dolandırıcılık olarak

değerlendirilmesi gerekir. Bununla birlikte alacak hakkının alacağın temliki veya borçlunun nakli suretiyle başka kişilere devredildiği, bu devrin borçlu tarafından bilindiği hallerde, yeni alacaklının da “asıl alacaklı” olarak kabul edilmesi gerekir.

Açıkladığımız bu gerekçeler doğrultusunda suça iştirake (katılmada) ortak kuralları düzenleyen TCK’nın 40. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında yer alan hükümlerinin alacak dolandırıcılığı suçunda da uygulanabileceğini düşünüyoruz. Gerçekten söz konusu maddenin 1. fıkrasına göre “*suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır*”. Hukukî ilişkiden doğan bir alacağın tahsil amacını güden kişinin eylemi, dolandırıcılık suçunun basit ve nitelikli şekilleri kapsamında cezalandırılmamaktadır. Yani, kendisine özel bir nedenden (hukukî ilişkinin alacaklısı olmasından) dolayı fail, dolandırıcılık suçunun hafif şeklinden sorumlu olmakta ve suçtan zarar gören tarafın şikâyetçi olmaması veya şikâyetinden vazgeçmesi durumunda cezalandırılmamaktadır. Bu halde hukuki ilişkiden kaynaklanan bir alacak, kişilerin cezalandırılmasını önleyen kişisel bir neden olarak değerlendirilmelidir. Failin amacından kaynaklanan özel haktan sadece kendisi yararlanabilmeli; asıl failin suçuna iştirak eden (katılan) başkaca kişi veya kişiler var ise, bunların eylemleri kendi kusurlu fiilleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

TCK’nın 40/2. maddesine göre “*özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*”. Yaptığımız değerlendirme kapsamında, sadece asıl alacaklı tarafında işlenebilmesi nedeniyle geniş anlamda özgü suç olarak nitelendirdiğimiz alacak dolandırıcılığı suçunun asıl faili sadece alacaklı taraf olabilir. Bununla birlikte alacaklı taraf dışında kalan kişilerin alacak dolandırıcılığı suçuna, suça azmettiren (TCK m.38) veya yardım eden (TCK m.39) sıfatıyla katılmaları ve bu kapsamda sorumlu olmaları mümkündür.

Failin, başkasına ait olan bir alacağın tahsili amacıyla dolandırıcılık suçu işlemesi mümkündür. Örneğin kanuni temsilciler, vekiller ve idareciler sorumluluk ve görevleri gereğince menfaatlerini korudukları kişiler yararına dolandırıcılık suçunun faili olabilirler¹⁰⁰⁶. Bu halde, asıl alacak sahibinin, işlenen suçtan dolayı sorumlu olup olmadığı

¹⁰⁰⁶ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 352.

iştirak ve azmettirme hükümleri çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile tespit edilebilecektir. Ancak alacaklı kişinin dışında olan üçüncü kişilerin eylemleri alacak dolandırıcılığı suçuna sebebiyet vermeyecektir. Alacak dolandırıcılığı suçu, sadece asıl alacak sahibi tarafından işlenebilen bir suçtur. Başka kişilerin işledikleri dolandırıcılık suçlarından dolayı asıl alacak sahibinin, borçlu zararına olacak şekilde yarar sağlamış olması, asıl failin işlediği suçun niteliğini değiştirmez. Bu halde asıl failin eylemi dolandırıcılık suçunun basit veya nitelikli şekillerinden birisinin oluşumuna neden olacaktır.

4. Hileli Davranışların Yöneltildiği Kişinin Asıl Borçlu Olması Zorunlu Değildir

Failin hileli davranışlarını yönelttiği ve aldatarak alacağını tahsil etmeye çalıştığı kişinin, hukukî ilişkinin tarafı olan borçlu olması zorunlu değildir. Önemli olan, dolandırıcılık suçu sonrasında borçlunun malvarlığının aktifinde bir eksilmenin veya pasifinde bir artışın meydana gelmesidir. Bu nedenle borçlu adına hareket eden, onun adına malvarlığını idare eden veya elinde bulunduran kişilere karşı da, hileli davranışlarda bulunulup aldanmaları sağlanarak alacak tahsil edilmeye çalışılabilir. Bu kapsamda borçlunun vekili, temsilcisi veya mallarını idare etme yetkisine sahip kişilere karşı hileli davranışlarda bulunulabilir¹⁰⁰⁷. Bu kişilerin, alacaklının hileli davranışları neticesinde aldanarak, borçlunun malvarlığı unsurları üzerinde tasarrufta bulunmaları ve faile yarar sağlamaları halinde de alacak dolandırıcılığı suçu oluşacaktır.

¹⁰⁰⁷ Soyaslan: Özel Hükümler, s. 352; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1434; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 834; Taşdemir: s. 225.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

I. HIRSIZLIK SUÇU VE DOLANDIRICILIK

Hırsızlık suçu, zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden almaktır (TCK m.141/1). Hırsızlık suçunun tanımı, hukukî ve maddi konuları birlikte incelendiğinde dolandırıcılık suçuna benzeyen ve bu suçtan farklı olan yönleri kolayca ortaya çıkacaktır.

Her iki suç da genel kastla işlenebilen suçlardandır. Yani her iki suç açısından failin amacı kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak olmalıdır. Gerek dolandırıcılık ve gerekse hırsızlık suçunun failinde genel olarak özel bir nitelik aranmamaktadır. Yani herkes bu suçların faili olabilir. Suçların temel şekillerinin işlenmesi açısından yasa koyucu, suçların failinde özel bir nitelik bulunmasını aramamış, buna karşın bazı niteliklere sahip faillerin işledikleri eylemleri daha ağır veya hafif şekilde müeyyideye tabi kılmıştır.

Hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarının hukukî konuları benzerlik gösterse de, birbirlerinden farklıdır. Her iki suçun düzenlenmesindeki temel amaç kişilerin mülkiyet haklarının koruma altına alınmasıdır. Bununla birlikte dolandırıcılık suçunun ikincil bir amacı daha vardır; bu da kişilerin irade özgürlüklerini korumaya yönelik bir teminat sağlamaktır¹⁰⁰⁸. Bu yasa koyucu tarafından, dolandırıcılık suçunu düzenlendiği TCK'nın 157.maddesinin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir¹⁰⁰⁹.

Yine, maddi konuları bakımından da benzer gözükse her iki suç arasında bazı farklılıklar mevcuttur. Dolandırıcılık suçu, malvarlığının tüm unsurlarına karşı işlenebilir.

¹⁰⁰⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3568; Gökçen/Balcı: s. 10; Selçuk: Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 5 vd.; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 437.

¹⁰⁰⁹ Bkz. Türk Ceza Kanunu'nun 157. madde gerekçesi (Türk Ceza Kanunu Gerekçesi: s. 264-265); Yargıtay'ın, mağdurun irade özgürlüğünün, kullanılan hileli davranışlar nedeniyle ihlal edilmesine öncelik vererek, dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul eden kararları bulunmaktadır. Bu kararlarından birinde Yargıtay "*Sanığın, aracıyla arkadaşı Fuat'ı ziyarete giden yakınana, Fuat'ın şoförü olduğunu ve park edeceğini söyleyip kandırmak suretiyle aracın zilyetliğini ele geçirdikten sonra alıp kaçtığına anlaşılmaması karşısında, eyleminin TCK'nın 157/1. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu düşünülmeyen, yazılı biçimde hırsızlıktan mahkûmiyetine karar verilmesi*" (6. CD., 11.07.2007, E. 2006/13937, K. 2007/8942, yayınlanmamış Yargıtay kararı) gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Buna karşın hırsızlık suçu, mahiyeti itibariyle sadece taşınır mallara karşı işlenebilen bir suçtur. Alacak haklarına, kişisel hizmetlere veya gayrimenkullere karşı hırsızlık suçunun işlenmesi olanaklı değildir¹⁰¹⁰.

Birbirlerine benzeyen yönleri olmak ile birlikte her iki suçun bir birinden ayrıldığı temel noktalardan biri; hırsızlık suçunda fail tarafından zilyedinin rızası olmadan taşınır bir malın alınması söz konusu iken, dolandırıcılık suçunda şeklen dahi olsa zilyedin veya malikin malvarlığında yer alan unsurların faile teslimi konusunda rızası bulunmaktadır¹⁰¹¹. Dolandırıcılık suçunda fail amacına ulaşmak için mal sahibini adeta bir araç olarak kullanmaktadır¹⁰¹². Bir başka deyişle, dolandırıcılık suçunda mağdurun kendi malvarlığı yönünden zararlı, başkalarının malvarlıkları yönünden yararlı olan bir tasarruf yapması failce sağlanmaktadır¹⁰¹³. Bu rıza, hileli davranışlar ile sakatlanan ve bu nedenle şeklen var olan ancak hukuken geçerli olmayan bir rızadır. Dolandırıcılık suçuna nazaran hırsızlık suçunda mağdur pasiftir, mağdurun çoğu zaman malının alındığından haberi dahi bulunmamaktadır¹⁰¹⁴.

¹⁰¹⁰ Erem: Dolandırıcılık, s. 4; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 526; Toroslu: Özel Kısım, s. 174; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 437-438; Kanık: s. 324.

¹⁰¹¹ Erem: Dolandırıcılık, s. 4; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 525; Toroslu: Özel Kısım, s. 174; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 437; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 341; YCGK, 12.06.2001, E. 2001/6-118, K. 2001/124: “Aracını satmak için gazeteye ilan veren kişiyi alıcı sıfatıyla bulup ona kimliği hakkında yanlış bilgi veren, kendilerinin olduğunu söyleyerek bir başkasının lokantasına götürüp pazarlık yapan ve aracın sesini dinlemek amacıyla masadaki kontak anahtarını alarak otoyolu kaçıran sanığın eylemi hırsızlık suçunu değil, hile ve desise kullanılarak fesada uğratan irade ile malın tesliminin sağlanmış olması karşısında, dolandırıcılık suçunu oluşturur” (Kazancı İçtihat Bankası); 11. CD., 11.05.2009, 8945/6136 “somut olayda, şikâyetçiye ait cep telefonunu bir görüşme yapıp iade etmek üzere geçici olarak alan sanığın, başkasına satarak geri vermemekten ibaret eyleminin, zilyetliğin devredilmemesi nedeniyle hırsızlık suçunu oluşturduğu” (Taşdemir: s. 122); 11.CD., 09.02.2009, 19058/720: “şikâyetçilerin evlerine giden sanıkların, kendilerine büyü ve nazar yapıldığını, bunların bozulabilmesi için ... evde bulunan altın ve paraların okunması gerektiğini söyledikleri, bu sözlere inan şikâyetçilerin altın ve paraları toplayıp sanıklara teslim ettikleri, sanıkların da, bunları bir bohça şeklinde sardıktan sonra şikâyetçilerin arkalarını dönmelerini sağlayıp... kendilerine güvenilmesini sağlayan sanıkların, bohça içerisindeki altın ve paraları, şikâyetçiler arkasını döndüklerinde gizlice almalarından ibaret eylemlerin, hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden” (Taşdemir: s. 126).

¹⁰¹² Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 546; 11. CD., 06.10.2010, E. 2010/4946, K. 2010/10749: “Bankamatik önünde emekli maaşını çekebilmek için kendisine yardım edebilecek birisini beklemekte olan şikâyetçiye yardım etme bahanesiyle yaklaşan ve aldığı bankamatik kartını ATM cihazına yerleştirdikten sonra şikâyetçinin şifreyi girmesi üzerine bankamatik kartı verdiği 670,00 TL. yi fark ettirmeden alıp “paranı vermiyor” diyerek şikâyetçiye ait bankamatik kartını geri verdikten sonra olay yerinden uzaklaşan diğer sanık E. K’nın eylemine iştirak eden sanığın sübut bulan eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

¹⁰¹³ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 525; Toroslu: Özel Kısım, s. 174.

¹⁰¹⁴ 11. CD., 17.01.2011, E. 2009/21671, K. 2011/15: “Sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde müşteri gibi davranarak hayvan pazarında danasını satmak isteyen katılan ile pazarlık yapıp anlaştıktan sonra yanlarında sanık S. B’ye olduğu halde parayı ödemek üzere hep birlikte suça konu danayı katılana ait kamyonete yükleyerek sanık A. G’nin kendisine ait olduğunu söylediği işyerine getirdikleri, büro gibi yerde sanıklar katılan ve tanık hep birlikte çay içtikleri sırada sanık M. Ç. bir ara yanlarından ayrılarak kamyonette bulunan danayı alarak olay yerinden uzaklaştıktan sonra diğer sanık A. G’nin de katılan ve

Hırsızlık suçuna nazaran dolandırıcılık suçunun hukukî konusu daha geniş olup, hırsızlık suçununkini de kapsar. Her iki suç açısından ortak hukukî konu malvarlığına ilişkin varlık veya menfaatlerin korunmasıdır. Buna ek olarak dolandırıcılık suçu ile kişilerin irade ve karar özgürlüğü de korunmak istenmektedir. Zira dolandırıcılık suçu failin tek taraflı bir faaliyeti ile değil, mağdurun hileli davranışlar ile elde edilen iradesinin katılımıyla işlenmektedir. Mağdur, fail ile iş birliği içerisinde, kendi zararına ve fakat failin yararına bir tasarrufta bulunmaktadır¹⁰¹⁵. Dolandırıcılık, bu özelliği nedeniyle “aldatarak hırsızlık” suçu olarak da adlandırılmaktadır¹⁰¹⁶.

Hırsızlık suçunun zilyetliğe, dolandırıcılık suçunun ise mülkiyet hakkına karşı işlenebilen bir suç olduğu ileri sürülmüş ise de, doktrinde hırsızlık suçunun fiili ve hukukî zilyetliğin ihlalinin zorunlu olduğu; buna karşın zilyetliğin ihlal edilmesi suretiyle de dolandırıcılık suçunun işlenebileceği genel olarak kabul edilmiştir¹⁰¹⁷. Zira zilyede karşı yapılan hileli hareketler ile maliki olmadığı bir malın fail veya başkası tarafından elde edilmiş olması durumunda, zilyedin malike karşı hukukî sorumluluğu devam edecektir.

Doktrinde bu fikri kabul etmeyen ve aksi görüşü savunan yazarlara göre ise hırsızlık suçunun tamamlanması için, fail tarafından hırsızlanan maldan yararlanılmış olması şart olmayıp, malın mağdurun egemenlik sahasından çıkartılarak failin egemenlik sahasına girmesi yeterlidir¹⁰¹⁸. Buna karşın dolandırıcılık suçunun oluşması için haksız yarar sağlanması gerekir. Haksız yararın elde edildiğinin kabulü için failin objektif ve somut olarak, suça konu mal varlığı unsurları üzerinde yararlanabilme olanağı elde etmesi gerekir.

Kanaatimizce öğretilde ileri sürülen ilk görüş, dolandırıcılık suçunun mahiyetine daha uygundur. Dolandırıcılık suçu hem mülkiyete ve hem de zilyetliğe karşı işlenebilen bir suçtur. Failin, kendisi veya başkasına temin ettiği menfaat süresiz olabileceği gibi süreli de olabilir. Suçun oluşabilmesi için, taşınır veya taşınmaz bir malın mülkiyetinin geçmesi şart olmayıp, bunlardan fayda sağlanması veya bu olanağın elde edilmesi yeterlidir. Malın sahibinde bulunduğu bir anda zilyetliğini faile devretmeden de,

tanığı yemek için götürdüğü lokantada yazıhaneye gidip geleceğim bahanesi ile bırakarak ortadan kaybolması şeklinde gerçekleşen olayda; sanıkların hileli hareketi sonucu katılan tarafından dananın geçici de olsa zilyetliğinin sanıklara devredildiğinden söz edilemeyeceği cihetle; eylemin “hırsızlık” suçunu oluşturduğu gözetilerek...”

¹⁰¹⁵ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 438.

¹⁰¹⁶ Selçuk: Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 7.

¹⁰¹⁷ Erem: Dolandırıcılık, s. 4.

¹⁰¹⁸ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 437.

failin bu maldan hileli davranışlar ile fayda sağlaması olanaklıdır. Örneğin, failin hileli davranışlar ile bir ticari taksi sürücüsünü aldatıp, kendisini bir yerden bir yere götürmesini sağlamasında durum böyledir. Fail, taksi tarafından sunulan hizmetten yararlanmakta ancak taksinin zilyetliği veya mülkiyeti kendisine geçmemektedir.

II. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU VE DOLANDIRICILIK

Güveni kötüye kullanma suçu Türk Ceza Kanunu'nda *“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 bulun(ma) veya bu devir olgusunu inkâr et”*me (TCK m.155/1) şeklinde tanımlanmıştır¹⁰¹⁹.

Güveni kötüye kullanma suçu da dolandırıcılık suçu gibi, malvarlığına karşı işlenebilen bir suçtur. Her iki suçu birbirinden ayırmak, somut olayın şartları içerisinde çoğu kez kolay değildir. Zira her iki suç tipinde failin, başkasına ait olan bir maldan kendisine veya başkasına yarar sağlaması ve bu yararın temininde mağdurun kısmen veya tamamen rızasının varlığı söz konusudur.

Her iki suçun birbirinden ayrıldıkları temel bazı noktalar vardır. Her iki suçun maddi konuları birbirlerinden farklıdır. Güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusu, dolandırıcılık suçuna göre daha dardır. Güveni kötüye kullanma suçu sadece taşınır mallara karşı işlenebilen bir suçtur. Buna karşın dolandırıcılık suçu malvarlığına konu olabilecek tüm varlık veya menfaatlere karşı işlenebilir¹⁰²⁰.

Her iki suçta da mağdurlar, kendi rızaları ile malvarlıklarını faile teslim etmektedirler. Bu özellikleri itibariyle her iki suç birbirine benzerlik; suç mağdurunun gerçek anlamda rızanın var olup olmadığı noktasında da birbirlerinden farklılık gösterirler. Güveni kötüye kullanma suçunda mağdurun teslim aşamasındaki rızası hukuken geçerli bir rızadır. Söz konusu irade herhangi bir etki ile sakatlanmamış, kişinin kendi özgür iradesi ile oluşturmuştur. Bu irade doğrultusunda zilyetlik, faile, bizzat malın maliki tarafından hür

¹⁰¹⁹ Güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kenan Bulutoğlu: Emniyeti Suistimal Cürümleri, İstanbul, 1965.

¹⁰²⁰ Selçuk: Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 18; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 438.

iradesi ile ve yasal olarak geçirilmektedir¹⁰²¹. Dolandırıcılık suçunda ise şeklen var olan rıza, hukuken geçerli olmayan ve fail tarafından hileli davranışlar ile sakatlanmış bir rızadır¹⁰²². Zira malın sahibi, fail tarafından kendisine yöneltilen hileli davranışlar bulunmasa, eşyayı faile veya başka birisine teslim etmeyecektir¹⁰²³. Bu nedenle her iki suç birbirinden farklıdır.

Dolandırıcılık suçu serbest hareketli bir suçtur¹⁰²⁴. Bu suçun unsuru olan hileli davranışların nelerden ibaret olduğu konusunda yasa metninde herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Buna karşın güveni kötüye kullanma suçunun maddi unsurunu oluşturan hareket ögesini devredilen mal üzerinde devir amacının dışında tasarrufta bulunma veya devir olgusunu inkâr etme oluşturur¹⁰²⁵. Malın kişi tarafından kendi rızası ile teslim edilmesinden sonra, iade mükellefiyetinden kurtulmak için failin hileli davranışlarda bulunmuş olması durumunda, failin eylemi dolandırıcılık değil, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır¹⁰²⁶.

Her iki suç manevi unsur yönünden de birbirinden farklıdır. Dolandırıcılık suçunda failin kastı mağdurun malı teslimi öncesinden başlayıp, teslimi de içerir şekilde ve teslim sonrasında devam eden bir süreci kapsamalıdır. Ancak güveni kötüye kullanma suçunda failin tasarrufta bulunma veya teslim olgusunu inkâr etme konusundaki kastı, malın teslimi aşamasında mevcut olmayıp, malın tesliminden sonra meydana çıkmaktadır¹⁰²⁷.

Yasa koyucunun dolandırıcılık suçunu düzenlemekteki amacı; kişiler arasında malvarlığına ait unsurlar ile ilgili kurulacak ilişkilerdeki dürüstlüğü ve güveni tesis etmektir. Buna karşın güveni kötüye kullanma suçundaki amacı ise, kişiler arasında malvarlığı konusunda kurulan ilişkilerin devamındaki itimadı korumaktır¹⁰²⁸.

¹⁰²¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3566; Kanık: s. 325.

¹⁰²² Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 525; Toroslu: Özel Kısım, s. 174; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 438.

¹⁰²³ Gökçen/Balcı: s. 8; Bulutoğlu: s. 10; Selçuk: Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 18 vd.; Artuç, s. 394.

¹⁰²⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3573.

¹⁰²⁵ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 438.

¹⁰²⁶ Erem: Dolandırıcılık, s. 4.

¹⁰²⁷ Erem: Dolandırıcılık, s. 4.

¹⁰²⁸ Selçuk: Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 22; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 439.

Dolandırıcılık suçu malın teslimi anında tamamlanmakta iken; güveni kötüye kullanma suçu, malın iade edilmediği veya devir olgusunun inkâr edildiği anda meydana gelmektedir¹⁰²⁹.

III. YAĞMA VE DOLANDIRICILIK

Yağma suçu Türk Ceza Kanunu'nda, *“bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kıl”*ma olarak tanımlanmıştır (TCK m.148/1). Cebir ve tehdit kullanılarak bir kişinin kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet hâline getirilebilecek bir kâğıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi hâlinde de yağma suçu oluşabilecektir (TCK m.148/2). Yapılan bu tanımdan yola çıkıldığında her iki suç arasındaki benzer ve farklı yönler kolayca tespit edilebilir.

Her iki suç, yasa sistematğinde malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. Yağma suçunun maddi konusu, dolandırıcılık suçuna göre daha dardır. Zira yağma suçu teslim edilebilecek bir mala veya senede ya da senedin içerdiği haklara karşı işlenebilir. Buna karşın dolandırıcılık suçu, daha önceden de belirtildiği üzere, taşınır ve taşınmaz mallar ile alacak haklarına, hukukî etkisi olan işlemlere ve hatta manevi değeri olan objelere karşı da işlenebilir.

Hukukî konuları açısından her iki suç birbiri ile aynilik gösterirler. Her iki suç açısından da korunmak istenen hukukî yarar birden fazla olup, kişilerin özgür şekilde irade beyanında bulunarak hukukî ilişki tesis edip, malvarlıkları üzerinde tasarruf edebilmelerini temin etmektir¹⁰³⁰. Yani söz konusu suçlar ile kişilerin hem irade özgürlükleri ve hem de malvarlıkları teminat altına alınmaya çalışılmaktadır. GÜDÜLEN her iki amaç yağma suçunda daha açık iken; dolandırıcılık suçunda kişilerin malvarlığını koruma amacı ön planda, kişilerin irade özgürlüklerini teminat altına almak ise arka plandadır.

¹⁰²⁹ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 546.

¹⁰³⁰ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 439.

Yağma suçunda da, dolandırıcılık suçunda olduğu gibi şeklen mağdurun rızası bulunmaktadır. Ancak yağmada mağdurun rızası cebir ve tehdit ile elde edilmiş bir rızadır. Dolandırıcılık suçundaki mağdurun rızası ise, hileli davranışlar ile aldatılarak temin edilmiştir. Her iki suçtaki dışa yansıyan mağdur rızaları, özgürce iç dünyalarında tasarlayıp kurguladıkları ve ifade ettikleri rızalar değildir¹⁰³¹. Yağma suçunda cebir ve tehdit ile elde edilen rıza, dolandırıcılık suçunda hileli davranışlar ile elde edilmiştir¹⁰³². Bu nedenle her iki rıza, hukuken geçersiz olup, hukuki sonuç doğurmayacaktır. Yağma suçunda mağdur, eylemin başından itibaren rızasının olmadığı bilincinde olarak hareket etmekte, buna karşın dolandırıcılık suçunda ise mağdur, görünüşte bilinç ve iradesine uygun olarak beyanda bulunduğunu düşünmektedir.

Her iki suçu birbirinden farklılaştıran en önemli husus mağdurun rızasının elde ediliş şeklidir. Mağdurun rızası cebir ve tehdit ile elde edilmiş ise yağma; hileli davranışlar ile elde edilmiş ise dolandırıcılık suçundan bahsedilebilecektir. Dolandırıcılık bir hile suçu iken, yağma bir şiddet suçudur¹⁰³³. Her türlü cebir ve tehdit dolandırıcılık suçunu ortadan kaldırır¹⁰³⁴, yapılan eylemi başka bir suça dönüştürür.

765 sayılı TCK'nın 498. maddesinde “...hükümet tarafından verilmiş gibi emir göstererek başkasını para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet göndermeye veya bir mahalle koymaya veya bunların kendi eline geçmesini temin etmeye mecbur kılarca onbeş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur” şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Buna benzer bir düzenlemeye 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilmemiştir. Hükümet tarafından verilmemiş bir emrin, sanki bu makam tarafından verilmiş gibi gösterilmesi bir hiledir. Bu hile kullanılarak yarar sağlanmış olması halinde, yağma suçunun mu yoksa dolandırıcılık suçunun mu oluşacağı hususu açık değildir¹⁰³⁵. Kanaatimizce yasal düzenlemeler incelendiğinde, sadece bir emrin gösterilip yarar sağlanmış olması durumunda yağma suçunun oluştuğunu kabul etmek zordur. Gösterilen emrin, kişilerin iradeleri üzerinde yoğun bir baskı unsuru oluşturduğu kabul edilebilir. Ancak bu baskının yağma suçunun unsuru olan cebir derecesine geldiğinin

¹⁰³¹ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 546; Erem: Dolandırıcılık, s. 4; Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 526; Toroslu: Özel Kısım, s. 175; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 439.

¹⁰³² Soyaslan: Özel Hükümler, s. 342.

¹⁰³³ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 439.

¹⁰³⁴ Erem: Dolandırıcılık, s. 4.

¹⁰³⁵ Erem, bu durumda kullanılan vasıtanın “hile”den ziyade manevi bir baskı olduğunu söyleyerek, önceki yasal düzenlemenin varlığı karşısında 765 sayılı TCK'nın 498. maddesinde belirtilen yağma suçunun oluşacağını belirtmiştir. Ancak mevcut yasal düzenleme karşısında, bu hususa ilişkin ileri sürülen görüş ve düşüncelerin göz önüne alınmaması gerektiğini düşünüyoruz.

kabulü mümkün değildir. Zira iradeler üzerinde uygulanan benzer bir zorlamanın varlığı dolandırıcılık suçunda da kabul edilebilir. Dolandırıcılık suçunda da hileli davranışlar vasıtasıyla mağdurun iradesi üzerinde fail tarafından baskı/zorlama oluşturulmakta ve alternatif şekilde düşünmesinin önüne geçilmekte; bu şekilde oluşturulan sanal bir gerçeklik ile mağdurun özgür şekilde düşünmesinin önüne geçilmektedir. Bu nedenle, 765 sayılı TCK'nın 498. maddesinde belirtilen şekilde mağdurun aldatılarak haksız bir yarar sağlanması durumunun dolandırıcılık suçuna sebep olacağı kabul edilmelidir. Bu halde dolandırıcılık suçu, kamu kurum ve kuruluşlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlendiğinden, suçun basit değil TCK'nın 158/1,d madde ve fıkrasındaki nitelikli şekli oluşacaktır.

IV. ZİMMET VE DOLANDIRICILIK

Zimmet suçu TCK'nın 247/1. maddesinde; (bir kamu görevlisinin) *“Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçir”*mesi olarak tanımlanmıştır. Söz konusu suçun, *“zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde”* (TCK m. 247/2) faile verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır.

Dolandırıcılık suçunda elde edilen malvarlığı unsurlarının zilyetliği veya bu unsurlar üzerinde yapılan tasarruf hakkı hukuka aykırı olarak ve hileli davranışlar ile elde edilir. Zimmet suçunda ise fail, malın zilyetliğine görevi nedeniyle, yani herhangi bir hileli davranışta bulunmadan önce sahiptir¹⁰³⁶.

Her iki suç tanımı içerisinde hileli davranışta bulunma unsuruna yer verilmiştir. Dolandırıcılık suçunda hileli davranış, bir nevi suçun kendisi olup, suça rengini veren ve olmadığı takdirde suçun oluşumunu engelleyip, eylemin başka şekilde nitelendirilmesine sebebiyet veren bir kavramdır. Buna karşın zimmet suçunda kullanılan hileli davranış, suçun oluşumu açısından değil, daha ağır bir cezaî yaptırıma tabi kılınması açısından gereklidir. Dolandırıcılık suçunda hileli davranış malın alınması için bir araç olarak kullanılmakta iken; zimmet suçunda malın korunması ve alındığının gizlenmesi için kullanılmaktadır¹⁰³⁷.

¹⁰³⁶ Ergün: s. 139.

¹⁰³⁷ Ergün: s. 139.

Zimmet suçunun oluşabilmesi için, malın zilyetliğinin kamu görevlisine devri, malın sahibinin özgür iradesi ile olmalıdır. Elkoyma işleminde, malın, sahibinin rızasına aykırı olarak alınmasına karşın, bu mallar idarenin rızası ile kamu görevlisinin zilyetliğine verilmektedir. Elkonulan mallara karşı zimmet suçunun işlenmesi mümkündür. Buna karşın kamu görevlisinin malın zilyetliğini hileli davranışlar ile elde ettiği durumlarda zimmet değil, dolandırıcılık suçundan bahsedilecektir¹⁰³⁸.

Zimmet suçu ile dolandırıcılık suçu arasındaki temel farklılıklardan biri de faillerinin gösterdiği özelliktir. Zimmet suçu, sadece kamu görevlisi tarafından veya özel kanunlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülen kişiler tarafından işlenebilen bir özgü suç iken¹⁰³⁹; dolandırıcılık suçu herkes tarafından işlenebilen bir suçtur.

V. İRTİKÂP VE DOLANDIRICILIK

A. İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu Açısından

İrtikâp suçu TCK'nın 250/1. maddesinde; (bir kamu görevlisinin) “*görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar et*”mesi olarak tanımlanmıştır. Buradaki icbardan kasıt, kişinin iradesini sakatlayan ve kamu görevlisi kaynaklı olan bir etkidir. Bu etki maddi veya manevi olabilir. Ancak maddi bir etkide bulunularak yarar sağlanmış olması halinde yağmadan, manevi olması halinde irtikâptan söz edilir. Bu nedenle icbar kapsamında değerlendirilecek cebrin/etkinin yağma suçuna sebebiyet verecek manevi cebir boyutuna ulaşmaması gerekir¹⁰⁴⁰. Bununla birlikte yasa koyucu “*kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı*”nın kabul edileceğini hükme bağlamıştır (TCK m. 251/1, 2.cümle). Öğretide irtikâp suçunun bu şekline “icbar suretiyle irtikâp suçu” adı verilmektedir¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁸ Ergün: s. 139-140.

¹⁰³⁹ Ergün: s. 81.

¹⁰⁴⁰ Selami Turabi: İrtikâp Suçları, Ankara 2009, s. 66-67.

¹⁰⁴¹ Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 163; Bizde anlatımlarımızda, TCK'nın 250/1 ve 250/2. maddelerinde tanımlana suçları tanımlamada kolaylık sağlaması amacıyla 250/1. maddede tanımlanan suç için “icbar suretiyle irtikâp suçu”, 250/2. maddesinde tanımlananı için ise “ikna suretiyle irtikâp suçu” kavramlarını kullanacağız.

Her iki suç hukukî konuları açısından farklılık gösterir. Dolandırıcılık suçu Türk Ceza Kanunu'nun malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiş iken; irtikâp, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlar arasında yer almaktadır. Düzenleniş yerleri ve amaçları gözönüne alındığında, dolandırıcılık suçu ile bireylerin malvarlıkları koruma altına alınmaya çalışılmakta; buna karşın icbar suretiyle irtikâp suçu ile kamu idaresinin saygınlığı, işleyişindeki düzen ve bu işleyişe karşı duyulan güvenin korunması amaçlanmaktadır¹⁰⁴².

Her ne kadar irtikâp suçu ile korunan hukukî menfaat, yasa koyucu tarafından değerlerin yarışması çerçevesinde yapılan bir tercih ile, kamu idaresinin saygınlığı ve işleyişindeki dürüstlük ve buna karşı duyulan inancın korunması ise de; ikincil nitelikte korunan diğer bir hukukî menfaat ise, yönetilenlerin mülkiyet hakkıdır. Bu suç ile kişilerin malvarlıkları, kamusal yetkileri kullanan kötü niyetli kişilere karşı koruma altına alınmaktadır. Bu bağlamda gerek dolandırıcılık ve gerekse icbar suretiyle irtikâp suçları korudukları hukukî değerler bakımından birbirleri ile örtüşmektedir¹⁰⁴³.

Her iki suç arasındaki diğer bir farklılık suçların faillerinin gösterdiği hususiyettir. Dolandırıcılık suçunda herkes fail olabilir, yani bu suç herhangi bir kişi tarafından işlenebilir. Buna karşın irtikâp suçu sadece kamu görevlisi¹⁰⁴⁴ tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. İrtikâp suçunda kamu görevlisi olan fail, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan veya bu konuda vaatle bulunulması konusunda mağduru zorlayan kişidir.

İrtikâp suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisi olan failin, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle, kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması gerekir. Kamu görevlisinin görevine girmeyen bir hususta ve görevinin kendisine sağladığı avantajı kullanmadan veya görevinden hiç bahsetmeden hileli davranışlarda bulunup yarar temin etmesi halinde eylem irtikâp değil, diğer şartların varlığı halinde dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecektir.

¹⁰⁴² Turabi: İrtikâp, s. 55; Toroslu: Özel Kısım, s. 175.

¹⁰⁴³ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 439-440.

¹⁰⁴⁴ Toroslu: Özel Kısım, s. 175; TCK'nın 6/1,c maddesinde kamu görevlisi kavramından ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Maddeye göre *“kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”* anlaşılmalıdır.

Gerek dolandırıcılık ve gerekse icbar suretiyle irtikâp suçunda mağdur, kendi rızası ile malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. İcbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun iradesi, kamu görevlisi tarafından, görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak oluşturulan icbar vasıtasıyla zorlanarak oluşturulmuştur. Yasada öngörülen icbar sözü ile maddi bir zorlama kastedilmeyip, manevi bir baskıdan bahsedilmektedir. Çoğu kez mağdur, kamu görevlisi olan fail tarafından kendisinin zararına olarak haksız bir yarar sağlamaya çalıştığının farkındadır. Buna karşın dolandırıcılık suçunda, hileli davranışlara muhatap olan kişi, iradesinin yanıltıldığından habersiz olarak, serbest iradesi ile fail yararına kendisi veya başkasının malvarlığı unsurları üzerinde işlemde bulunmaktadır¹⁰⁴⁵.

Dolandırıcılık suçunun oluşumu için, hileli davranışlar ile aldatılan mağdurun malvarlığında bir azalma meydana gelmiş olması gerekir. Buna karşın icbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun malvarlığında aktif bir azalmanın meydana gelmiş olması zorunlu değildir. Mağdurun yarar sağlama konusunda, kendisine icbar eden kamu görevlisine vaatte bulunmuş olması, suçun tamamlanması açısından yeterlidir¹⁰⁴⁶. Bu nedenle her iki suçun tamamlanma anları da birbirinden farklılık gösterebilir. Gerek dolandırıcılık ve gerekse icbar suretiyle irtikâp suçlarının hileli davranışlar kullanılarak mağdurun aldatılıp zarara uğratılması suretiyle işlenmesi mümkündür. Bu halde her iki suç da mağdurun zarara uğradığı anda tamamlanmış olacaktır. Buna karşın icbar suretiyle irtikâp suçunun, mağdur tarafından faile bir yarar sağlama hususunda vaatte bulunması suretiyle de işlenmesi olanaklıdır. Bu halde mağdurun gerçek bir zararı söz konusu değildir. Buna karşın yasal düzenleme nedeniyle böyle bir vadin kamu görevlisi olan fail tarafından elde edilmiş olması halinde de icbar suretiyle irtikâp suçu tamamlanmış olacaktır¹⁰⁴⁷.

B. İkna Suretiyle İrtikâp Suçu Açısından

1. Genel Değerlendirme

“Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi”nin eylemi, irtikâp suçunun diğer bir

¹⁰⁴⁵ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 440-441.

¹⁰⁴⁶ Selçuk: Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 50.

¹⁰⁴⁷ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 440.

şeklini oluşturmaktadır (TCK m.250/2)¹⁰⁴⁸. Öğretide bu şekilde işlenen irtikâp suçlarına, suçun yasal normda yer alan unsurları gözönüne alınarak *ikna suretiyle irtikâp suçu* da denilmektedir.

Dolandırıcılık suçu ile icbar suretiyle irtikâp suçunu birbirinden ayırmak nispeten daha kolaydır. Zira kamu görevlisi olan fail tarafından mağdura, görevinin gereklerine aykırı olarak görevinin sağladığı nüfuz kullanılmak suretiyle manevi bir icbar uygulanmaktadır. Buna karşın gerek ikna suretiyle irtikâp suçu ve gerekse dolandırıcılık suçunda mağdura karşı herhangi bir manevi cebir uygulanmamakta, hileli davranışlar kullanılarak mağdurun iradesi elde edilmektedir.

Her iki suçun oluşumunda hileli davranışların kullanılması zorunludur. Ancak kullanılan hileli davranışlar arasında önemli bir fark vardır. İkna suretiyle irtikâp suçunda kullanılan hileli davranışlar, kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı güvenin kötüye kullanmak suretiyle meydana getirilmektedir. Buna karşın dolandırıcılık suçunun işlenmesinde kullanılan hileli davranışların nasıl ve ne şekilde oluşacağı konusunda yasal tanımda herhangi bir belirleme ve sınırlama yoktur. Dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecek hileli davranışlar sayılamayacak kadar çoktur ve sınırı failin hayal dünyasıdır.

İkna suretiyle irtikâp suçunda kamu görevlisinin hileli davranışı sonucunda yanılan kişi, kamu görevlisine veya başkasına hukuka aykırı olarak sağladığı yararın, haksızlığı konusunda bir bilince sahip değildir¹⁰⁴⁹. Aynı şekilde dolandırıcılık suçunda da, mağdur, hileli davranışlar ile aldatılarak elde edilen iradesi ile, faile veya üçüncü bir kişiye, haklı olduğu düşüncesi ile yarar sağlamaktadır. Bu bağlamda her iki suç birbirine benzemektedir.

Yukarıda icbar suretiyle işlenen irtikâp suçunda belirtildiği üzere, irtikâp suçu ile dolandırıcılık suçlarının hukukî konuları birbirinden farklıdır. Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleniş yer ve şekilleri ile düzenlenme amaçları birlikte gözetildiğinde, dolandırıcılık suçu ile ilk planda bireylerin malvarlıkları koruma altına alınmaya çalışılmakta iken, ikna suretiyle irtikâp suçu ile kamu idaresinin saygınlığı, idarenin iş ve eylemlerinin düzenli olarak işlemesi ve bu işleyişe karşı duyulan kamusal güvenin korunması

¹⁰⁴⁸ Kamu görevlisinin hangi hallerde dolandırıcılık suçunun faili olabileceği konusunda ayrıntılı bilgi için yukarıda bkz. İkinci Bölüm, III, D.

¹⁰⁴⁹ Erman/Özek: s. 78; Artuk/Gökçen/Yenidünya: s. 670-671; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 163.

amaçlanmaktadır¹⁰⁵⁰. İkna etmeden kasıt, mağdurun, yapılması gereken göreve ilişkin bir işlem veya eylem uyarınca meşru bir yarar sağlanması gerektiğine fail tarafından inandırılmasıdır.

İkna suretiyle irtikâp suçunda fail gerçekleştirdiği hileli davranışları oluştururken, görevinin sağladığı güven duygusundan yararlanmış olmalıdır. Failin ifa ettiği kamu görevi ile elde ettiği yarar arasında neden-sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Kamu görevlisinin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmadan gerçekleştirdiği hileli davranışlar ile mağduru aldatıp, mağdurun zararına olacak şekilde yarar sağlaması, dolandırıcılık suçuna neden olacaktır¹⁰⁵¹. Bu ihtimalde her iki suç birbirine yaklaşmaktadır. Bu yakınlaşma nedeniyle her iki suçu birbirinden ayırmak çoğu defa zordur¹⁰⁵². Her iki suç arasındaki bu sıkı bağ nedeniyle, ikna suretiyle işlenen irtikâp suçuna, kamu görevlisinin görevinin kedisine sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle işlenebilen, nitelikli bir dolandırıcılık suçu da denilebilir¹⁰⁵³.

İrtikâp suçunun mağdurun hatasından yararlanmak suretiyle işlenmesi mümkündür (TCK m.250/3). Bu halde mağdura karşı kamu görevlisi olan fail tarafından aktif olarak herhangi bir hileli davranışta veya icbar içeren bir eylemde bulunulmamakta, mağdurda mevcut bulunan hatadan yararlanmak suretiyle, mağdurun zararına olarak yarar elde edilmektedir. Dolandırıcılık suçunun mağdurun hatasından yararlanılması suretiyle işlenebileceği konusu, yasal düzenlemede bu konuda açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle tartışmalıdır¹⁰⁵⁴. Buna karşın yasadaki açık düzenleme karşısında kamu

¹⁰⁵⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3567-3568; Gökçen/Balcı: s. 9; Selçuk: Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 45; Artuç, s. 395; Hasan Tahsin Gökcan: Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, 2008, s. 509.

¹⁰⁵¹ "...Belediyesinde tahsilât memuru olarak görev yapan sanığın, 31.5.2003 tarih ve 159746 nolu tahsilât makbuzu ile Nisan ayı kira bedeli olarak 247.000.000 TL ile bir aylık gecikme faizi olarak da 17.290.000 TL para tahsil etmesi gerekirken; iki aylık gecikme faizi olan 34.580.000 TL tahsil ettiği ve makbuzun aslında bu rakamın yer aldığı, makbuzun suretinin ise tahsil etmesi gereken 17.290.000 TL olarak düzenlediği görülmekle; sanığın vatandaşın alması gerekenden fazlasını tahsil ettiği anlaşıldığından, yasal tevdi içermeyen bu halin sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarını oluşturup oluşturmayacağının kararda tartışılması gerekirken, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi..." (5. CD., 20.02.2008, 15320/1029, Taşdemir: s. 42).

Kanaatimizce Yargıtay'ın olayı nitelendirmesi doğru olmamıştır. Zira olayımızda sanık kamu görevinin verdiği yetki çerçevesinde ve bunu kötüye kullanıp, bunun sağladığı güven ortamından faydalanarak hileli davranışlarda bulunmuş (iki aylık kira sözleşmesi olduğunu söyleyip, bunu doğrular şekilde hileli ve sahte olarak tahsilât makbuzu düzenlemiş) ve haksız yarar temin etmiştir. Bu halde eylemin ikna suretiyle irtikâp suçu oluşturduğunun kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

¹⁰⁵² Erem: Dolandırıcılık, s. 5; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 440.

¹⁰⁵³ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3567.

¹⁰⁵⁴ Bu konudaki açıklama ve tartışmalar için yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 1, c, bb.

görevlisinin, görevinin sağladığı kolaylıktan ve mağdurda bulunan hatadan yararlanmak suretiyle yarar sağlaması durumunda irtikâp suçu oluşacaktır¹⁰⁵⁵.

Her iki suçun tamamlanma anları birbirinden farklıdır. İcbar suretiyle irtikâp suçunda olduğu gibi ikna suretiyle irtikâp suçunda da, suçun tamamlanması için mağdurun yarar temin etmesi zorunlu olmayıp, bu hususta vaatle bulunulmasının temin edilmiş olması yeterlidir. Dolandırıcılık suçunda ise suçun tamamlanması için, hileli davranışlar ile mağdurun aldatılması yeterli olmayıp, fail veya başkası yararına olacak şekilde malvarlığında azalma meydana getirecek bir tasarrufta bulunması şarttır¹⁰⁵⁶.

2. İctima Hükümleri Açısından Değerlendirme

TCK'nın 157 ve TCK'nın 250/2-3 maddeleri karşılaştırıldığında her iki düzenlemede yer alan suçların unsurlarının birbirleri ile örtüşükleri, buna karşın cezaî yaptırımlarının birbirlerinden farklı olduğu görülecektir. Dolandırıcılık suçunun basit halini düzenleyen TCK'nın 157 maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçu nedeniyle faile *bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası* verileceği belirtilmiş iken; TCK'nın 250/2 maddesinde belirtilen irtikâp suçu için faile *üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası* verileceği, söz konusu suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenilmiş olması hâlinde bu cezanın *bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası* olacağı düzenlenmiştir.

Basit dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri ise TCK'nın 158. maddesinde yaptırım altına alınmıştır. Buna göre dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinden herhangi birisinin gerçekleşmesi durumunda faile *iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası* verilebileceği; TCK'nın 158/1,e, f ve j madde ve fıkralarında belirtilen nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda verilecek hapis cezasının alt sınırının *üç yıldan*, adlî para cezası miktarının ise elde edilen menfaatin *iki katından az olamayacağı* düzenlenmiştir.

Bu halde kamu görevlisinin görevinin kendisine sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle işlediği dolandırıcılık eyleminin basit dolandırıcılık suçu derecesinde kalması durumunda, yasa koyucunun kurguladığı ceza adaleti sistemi amacına uygun olarak işleyecek ve hakkaniyete aykırı bir sonuca sebebiyet vermeyecektir. Sorun, kamu

¹⁰⁵⁵ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 441.

¹⁰⁵⁶ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 440.

görevlisi olan failin eyleminin aynı zamanda TCK'nın 250/2 ve 158. maddelerinde belirtilen suçları veya 250/3. maddesinde belirtilen suç ile birlikte 157 veya 158. maddelerinde belirtilen suçları oluşturması halinde ortaya çıkacaktır.

Dolandırıcılık suçunun yasal tanımında mağdurun aldatılmasından bahsedilmiş, buna karşın önceki yasal düzenlemeden farklı olarak, bir kişinin hatasından yararlanılarak dolandırıcılık suçunun işlenebileceğine açıkça yer verilmemiştir. Yukarıda ayrıntılı olarak inceleme konusu yapıldığı üzere, mağdurun hatasından yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenip işlenemeyeceği öğretide tartışmalıdır¹⁰⁵⁷. Konunun izahını ilgili bölümde yaptığımız açıklamalara havale ederek, burada konuyla ilgili detaylı bilgi vermekten kaçınacağız. Kişinin hatasından yararlanmanın dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermediğinin kabul edildiği görüş doğrultusunda yapılacak yorumda, ortada failin eylemi ile gerçekleşen tek bir suç, yani ikna suretiyle irtikâp suçu olacağından çözüm basittir. Kamu görevlisi olan fail sadece eylemine uyan TCK'nın 250/3. maddesi kapsamında sorumlu olacaktır.

Buna karşın bizimde taraftarı olduğumuz, mağdurun hatasından yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenebileceğini savunan görüş kabul edildiğinde, sorunun çözümü tartışmalı hale gelecektir. Zira bu kabulde kamu görevlisi olan failin eylemi iki ayrı suçun oluşumuna sebebiyet verecek ve hangisinden sorumlu olacağını tespit etmek gerekecektir. Böyle bir belirleme yapılmadan önce ikna suretiyle irtikâp ve dolandırıcılık suçları arasında özel kanun-genel kanun ilişkisinin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. TCK'nın 250/2 ve 3. maddesinde yer alan düzenlemeleri özel kanun olarak nitelendirdiğimiz takdirde, kanun hükümlerinin çatışması durumunda özel kanuna öncelik verilmesi gerektiğinden, failin eylemi sadece ikna suretiyle irtikâp suçuna sebebiyet verecektir. Aksi durumda ise sorun içtima kuralları çerçevesinde çözülecektir.

Özel kanun-genel kanun ilişkisinden bahsedebilmek için öncelikle her iki düzenlemenin koruduğu hukukî varlık ve menfaatlerin aynı olması gerekir. Aksi takdirde kanunlar arasında böyle bir ilişki kurulamayacaktır. İrtikâp suçu çok hukukî konulu bir suçtur. Bu suç ile, bir yönüyle kamu görevlisinin görevini dürüstçe ve kurallara bağlı olarak yerine getirmesi amaçlanmış ve bu şekilde kamu hizmetinin düzgün şekilde yürütülmesini temin ederek idareye olan güvenin korunması sağlanmaya çalışılmıştır.

¹⁰⁵⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklama ve tartışmalar için yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 1, c, bb.

Diğer taraftan ise, kamu görevlilerinin sahip oldukları avantajları kullanarak kişilere zarar vermeleri önlenmek istenmiştir¹⁰⁵⁸. Yani hem kamu idaresinin güvenilirliği ve hem de kişilerin malvarlıklarının korunması amaçlanmıştır. Dolandırıcılık suçunun asıl hukukî konusu ise, kişilerin malvarlıklarını korumaktır. Bu halde ikna suretiyle irtikâp ve dolandırıcılık suçlarının hukukî konuları birbirleriyle tamamen örtüşmemektedir. Bundan dolayı her iki suç arasında özel-genel kanun ilişkisi kurulamaz. Aralarında kanun hükümlerinin çatışmasının varlığı halinde irtikâp suçuna ilişkin düzenlemenin, dolandırıcılık suçuna tercih edilmesini gerektirir bir durum söz konusu değildir.

Kamu görevlisinin, görevinin gerektirdiği yetkileri kötüye kullanmak suretiyle, kişileri aldatıp, bunların zararına olacak şekilde kendisine veya başkası yararına menfaat temin etmiş ise, ortada birden fazla kanun maddesinin ihlal edildiğinden bahsedilebilecektir. Bu halde meydana gelen sorun, fikri içtima kurallarının uygulanması suretiyle çözülmelidir¹⁰⁵⁹. Zira kamu görevlisi tek eylemi ile, kanunun birden fazla maddesini ihlal etmiştir. Öyleyse failin eylemi, en ağır cezayı gerektiren suçu oluşturduğu kabul edilip, buna göre cezalandırılacaktır. Yani fail, eylemi aynı zamanda TCK'nın 250/3 ile 157/1. 158. maddelerinde tanımlanan suçları oluşturuyorsa 157/1. veya 158. maddeler uyarınca cezalandırılmalıdır.

Kamu görevlisinin eylemi dolandırıcılık suçunun TCK'nın 158/1. maddesinin e,f ve j bentlerinde sayılan nitelikli hallerinden birini gerçekleştiriyorsa, fail fikri içtima kuralları çerçevesinde TCK'nın 250/2. maddesi ile değil TCK'nın 158. maddesi ile cezalandırılmalıdır.

TCK'nın 250/3. maddesinde tanımlanan eylem esasında TCK'nın 157 ve 158.maddeleri kapsamında kalmaktadır. Bundan dolayıdır ki kamu görevlileri açısından dolandırıcılık suçunun ayrı bir maddede düzenlenmesine gerek olmadığını düşünüyoruz. Yasa koyucu, kamu görevlileri tarafından işlenebilecek dolandırıcılık suçunun genel dolandırıcılık suçuna nazaran daha kolay işlenebileceğini ve sonuçlarının daha ağır olduğunu düşünüyor ise, bu halde yapması gereken kamu görevlileri tarafından oluşturulan

¹⁰⁵⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3567-3568; Toroslu: Özel Kısım, s. 284-285; Tezcan/Erdem/Önok: s. 654; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 503; Alacakaptan: Suçun Unsurları, s. 183-193; Selçuk: Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayrımı, s. 45; Artuç: s. 395.

¹⁰⁵⁹ Türk Ceza Kanunu'nun Fikri İçtima başlıklı 44. maddesi şu şekildedir: "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır."

hileli davranışlar ile kişilerin zarar görmeleri durumunda, bu eylem için uygulanacak müeyyidelerinin çeşitlendirilmesi veya sonuçlarının ağırlaştırılmasıdır.

İçtima hükümlerine ilişkin olarak yapılacak değerlendirme de TCK'nın 250/4. fıkrasında yer alan özel düzenleme de gözönüne alınmalıdır¹⁰⁶⁰. Söz konusu düzenlemeye göre *“irtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.”* Söz konusu fıkra 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasa ile maddeye eklenmiştir. Yapılan bu düzenleme ile hırsızlık (TCK m.145), yağma (TCK m.150) ve zimmet (TCK m.249) suçlarına paralel bir hüküm oluşturulmuştur. Dolandırıcılık suçunda benzeri bir düzenlemeye yer verilmemiş olmaması hususu gözönüne alındığında, diğer suçlarda hedeflenen amacın dolandırıcılık suçu açısından evleviyetle geçerli olduğunu ve ceza adaleti açısından benzer bir düzenlemenin bu suç bağlamında da yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

VI. BİLİŞİM SUÇLARI VE DOLANDIRICILIK

Bilişim kavramı, bilginin sayısal ve elektronik olarak işlenmesi ile elde edilen her türlü verinin saklanması, otomatik olarak işlenmesi, yeniden düzenlenmesi ve aktarılmasını anlatmak için kullanılır¹⁰⁶¹. Bu verilerden yola çıkılarak bir tanım yapmak gerekirse, bilişim suçları; bilişim araçlarına/sistemlerine veya bilişim araçları/sistemleri vasıtasıyla işlenen, verilerle, veri-işlem ve veri-aktarımlarıyla ilgili olan suç şekilleridir¹⁰⁶².

Dolandırıcılık suçunun oluşması için failin hileli davranışlarını gerçek bir kişiye karşı yönelterek, onun iradesi üzerinde baskı kurup onu aldatması gerekir. Oysa bilişim sistemine yönelik suçlarda, fail tarafından aldatmaya yönelik gerçek kişiye yöneltilen hileli davranışlar bulunmamaktadır. Sistemde yer alan verilerin değiştirilmesi, sisteme yeni verilerin girilerek yönlendirme yapılması hallerinde de bir nevi hile vardır.

¹⁰⁶⁰ TCK'nın 250/4. fıkrası 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasa'nın 86. maddesi ile eklenmiştir.

¹⁰⁶¹ Yenidünya/ Değirmenci: s. 151; Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 612; Eker: s. 102; Eralp: s. 32.

¹⁰⁶² Eker: s. 105; Ufuk Gürçam: İnteraktif Dolandırıcılık, Eskişehir, 2008, s. 23 (yüksek lisans tezi); Bilişim suçlarının düzenleniş şekli konusunda karşılaştırmalı hukukta birlik bulunmamaktadır. Norveç (m.270), Avusturya (m.148b), Danimarka (m.284), Yunanistan (m.386a), Almanya (m.363a) gibi ülkelerde bilişim suçları konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu ülkelerde bilişim suçları, mal aleyhine işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. Buna karşın Portekiz (1991 tarihli Bilgi Suçları Yasası, m.4/2), Lüksemburg (m. 509/3), Fransa (m.33/3) gibi ülkelerin, bilişim suçlarını düzenleyen özel yasaları vardır veya ceza kanunları içerisinde özel bir fasıl içerisinde bunlar düzenlenmişlerdir (Değirmenci: s. 2757).

Ancak bu hileler gerçek bir insana karşı değil, bilişim sistemine karşı gerçekleştirilmektedir.

Bilişim suçlarından bazılarının oluşması için, kişilerin malvarlığı bakımından zarar görmüş olmaları zorunlu değildir. Örneğin herhangi bir zarara sebebiyet vermeyip, sadece bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme, orada kalma halleri de bilişim suçlarının bir türüdür (TCK m.243). Yine bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi, bozulması; sistemde yer alan verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi veya verilere erişimin engellenmesi hallerinde, kişiler malvarlıkları bakımından zarara uğrayabilecekleri gibi, böyle bir zarar söz konusu olmasa da failin eylemi TCK'nın 244. maddesinde tanımlanan bilişim suçlarını oluşturabilecektir. Yasa koyucu bilişim suçları nedeniyle failin kendisinin veya başkasının haksız bir çıkar sağlamış olması ve bu durumun başka bir suç oluşturmaması halinde, gerçekleştirilen eyleme daha ağır bir yaptırım öngörmüştür (TCK m.243/4).

Bununla beraber bilişim sistemi kullanılmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi mümkündür. Bu konu yukarıda ayrıntılı şekilde incelenmiştir¹⁰⁶³. Bu halde failin eylemi TCK'nın 158 maddesinin 1/f fıkrasında tanımlanan, suçun nitelikli halinin oluşumuna sebebiyet verecektir. Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenen dolandırıcılık suçlarında, bu suçun işlenmesi sırasında bilişim suçlarından biri veya birkaçı işlenmiş olabilir; ancak bu zorunlu değildir. Yani, herhangi bir bilişim suçuna sebebiyet vermeksizin, failin hileli davranışlarını oluştururken bilişim sisteminden yararlanması, bunu araç olarak kullanıp muhatabını aldatması, sonrasında onun veya başkasının zararına, kendisi veya başkasının yararına menfaat temin etmiş olması mümkündür.

Dolandırıcılık suçunun işlenmesi sırasında, zorunlu olarak bilişim suçu işlenmiş ise, bu halde ortada iki ayrı suçun varlığı söz konusu olacaktır. Fail meydana gelen her iki suçtan dolayı sorumlu olup, ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Yani meydana gelen suçlar açısından fikri değil gerçek içtima kuralları uygulanacaktır¹⁰⁶⁴.

Temin edilen yararın, bilişim sistemine müdahale edilerek, sistemin yanıltılıp elde edilmesi halinde dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Bilişim sistemine müdahale edilerek elde edilen yararlarda, çoğu kez gerçek kişilere karşı yöneltilen ve aldanmalarına

¹⁰⁶³ Yukarıda bkz. Üçüncü Bölüm, IV, C, 2.

¹⁰⁶⁴ Bu konudaki açıklamalar için aşağıda bkz. Beşinci Bölüm, IV, A.

vesile olan hileli bir davranış bulunmamaktadır. Bu hallerde dolandırıcılık suçunun nitelikli hali değil, TCK'nın 244/4. maddesinde düzenlenen bilişim suçu oluşacaktır¹⁰⁶⁵.

VII. BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇU VE DOLANDIRICILIK

A. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu TCK'nın 245. maddesinde düzenlenmiştir. Madde de bu suçun, üç farklı fiil ile gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elde bulundurulmuş kişinin, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın, bu kartları kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlaması halinde bu suç oluşacaktır (TCK m. 245/1). Yine başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretme, satma, devretme, satın alma veya kabul etme eylemleri de bu suça sebebiyet verecektir (TCK m. 245/2). Son olarak sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlama eylemi de banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturacaktır (TCK m. 245/3).

Banka kartı, bankanın kurduğu sisteme hukuka uygun olarak girmeyi sağlamaktadır. Bu kart, saptanan ve kart sahibince bilinen bir numara marifetiyle, banka görevlisinin yardımı olmadan, kart sahibinin kendi hesabından para çekmesini ve banka hesabıyla ilgili banka tarafından tanınan bir kısım işlemler yapmasına izin vermektedir. Kredi kartları ise, banka ile kendisine kart verilen kişi arasında yapılmış bir sözleşme gereğince, kişinin bankanın belirli koşullarla sağladığı kredi olanağını kullanmasını sağlayan bir araçtır¹⁰⁶⁶.

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçuna ilişkin yasal düzenleme incelendiğinde hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının bir arada bulunduğu görülecektir¹⁰⁶⁷. Hırsızlık suçunda korunan

¹⁰⁶⁵ Yazıcıoğlu: s. 144; Taşdemir: s. 172, 277.

¹⁰⁶⁶ TCK'nın 245. maddesinin gerekçesi (Türk Ceza Kanunu Gerekçesi: s. 318).

¹⁰⁶⁷ Taşdemir: s. 317; Sacit Yılmaz: "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu", TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 266.

hukukî değer zilyetlik iken, güveni kötüye kullanma suçunda kişilerin mülkiyet hakkı, dolandırıcılık suçunda malvarlığına ilişkin varlık ve menfaatler ile irade özgürlüğü ve sahtecilik suçunda ise belgelere olan güven duygusudur. Söz konusu suçlar bir araya gelmek suretiyle banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturmaktadırlar. İşlenen suçun niteliği ve karmaşıklığı bu nedenle farklı uygulama ve yorumlamalara sebebiyet vermesi nedeniyle yasa koyucu, bu suçları içeren eylemleri ayrı bir suç olarak düzenlemiştir.

765 sayılı TCK içeriğinde, 5237 sayılı TCK'da olduğu gibi, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu veya buna benzer bir suç yer almadığından, uygulamada, başkasına ait çalıntı banka veya kredi kartlarının kullanılmasıyla haksız menfaat sağlanmasına yönelik fiiller dolandırıcılık olarak nitelendirilmekteydi¹⁰⁶⁸. Hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının *ratio legis*'lerinin tümünü içeren banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması fiillerinin, duraksamaları ve içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla, bağımsız suç hâline getirilmiştir¹⁰⁶⁹.

B. Suçların Karşılaştırılması

Her iki suçun koruduğu hukukî yarar birbiri ile iç içedir. Dolandırıcılık suçu ile korunmak istenen asıl hukukî yarar kişilerin malvarlıklarına ait unsurlar iken; banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun hukukî yararı bankaların ve kredi veya banka kartı sahiplerinin ekonomik menfaatlerini korumaktır¹⁰⁷⁰. Yani her iki suç ile güdülen temel amaç kişilerin malvarlıklarını koruma konusunda güvence sağlamaktır.

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanma suçunun düzenlendiği TCK'nın 245/1 ve 3. fıkraları ile dolandırıcılık suçu arasında bir karşılaştırma yapılabilir. Zira bu iki fıkra, sahte veya gerçek banka veya kredi kartlarının usulsüz kullanılarak, başkalarının zararına olacak şekilde yarar elde edilmesi cezalandırılmaktadır. Söz konusu fıkralar incelendiğinde, sahte veya gerçek banka kartlarının usulsüz kullanımı sonucunda menfaat temin edilmesi, dolandırıcılık suçunun nitelikli haline göre, yasa koyucu tarafından daha ağır bir müeyyide ile yaptırım altına alındığı görülecektir.

¹⁰⁶⁸ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 219; Mustafa Ekinci: Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Uygulamasında Banka Kartları ve Kredi Kartları, Ankara, 2002, s. 120-121; Parlar/Parlar: s. 476.

¹⁰⁶⁹ TCK'nın 245. madde gerekçesi (Türk Ceza Kanunu Gerekçesi: s. 319); Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3568.

¹⁰⁷⁰ Yılmaz, Sacit: s. 266.

TCK'nın 245/1. maddesinde başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartının “her ne suretle olursa olsun ele geçirilmesinden” bahsedilmiştir. Buna göre banka veya kredi kartının sahibinin görünürde iradesi bulunmaksızın hırsızlanarak veya yağmalanarak elde edilmesi ile hileli davranışlar kullanmak suretiyle görünürde var olan ancak gerçekte olmayan kart sahibinin iradesi doğrultusunda elde edilmesi arasında bir fark yoktur. Söz konusu düzenleme ile yasa koyucunun kullanılan hileli davranışları dolaylı şekilde cezalandırdığı söylenebilir. Dolandırıcılık suçundan farklı olarak, kullanılan hileli davranışlar ile uğranılan zarar ve elde edilen yarar arasında doğrudan değil ve fakat dolaylı bir ilişki vardır. Banka veya kredi kartının hileli davranışlar ile elde edilmesi ile doğrudan zarar doğmamakta, bir zarar tehlikesi oluşmaktadır. Zararın oluşması ve yararın elde edilmesi usulsüz yolla elde edilen veya elde bulundurulmuş banka veya kredi kartının kullanılması ile sağlanmaktadır. Bu farklılık nedeniyle hileli davranışlarla elde edilen banka veya kredi kartının kullanılarak yarar sağlanması durumunda sadece TCK'nın 245/1. maddesinde belirtilen suç oluşacaktır¹⁰⁷¹.

Dolandırıcılık suçunda cezalandırılan husus, hileli davranışlar ile bir kişinin aldatılıp, bu kişi veya başkasının zararına olarak yarar elde edilmiş olmasıdır. Buna karşın banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun cezalandırılması için, herhangi bir kişinin aldatılarak zararına olacak şekilde yarar elde edilmesi zorunlu değildir. Yani önemli olan husus gerçek veya sahte banka veya kredi kartının kullanılarak, başkalarının zararına yarar elde edilmiş olmasıdır. Çoğu kez, usulsüz olarak oluşturulan veya elde bulundurulmuş banka veya kredi kartları, yarar elde etmek amacıyla post cihazları, para çekme makineleri veya bilişim sistemlerinde kullanılmakta; gerçek kişiler aldatılmamaktadır.

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesinde, dolandırıcılık ve sahtecilik suçunu içeren birleşik bir suç düzenlemesi yapılmıştır¹⁰⁷². Bankalar ile bankalara ait banka kartı veya kredi kartı kullanarak harcama yapılmasına dair iş yeri üyelik sözleşmesi yapan kişiler de TCK'nın 245. maddesinde tanımlanan suçun faili

¹⁰⁷¹ Kurt: s. 184; 11. CD., 07.07.2010, E. 2008/80, K. 2010/8096: “Sanığın, şikayetçinin kredi kartı bilgilerini ele geçirerek ortağı olduğu işyerinde “mail-order” yöntemiyle, alışveriş yapılmadığı halde yapılmış gibi işlemler yapmak suretiyle yarar sağlamaktan ibaret oluşa uygun olarak sübutu kabul edilen eyleminin, 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunun 3/e maddesi uyarınca “Kredi kartının, nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını” ifade etmesi karşısında TCK'nın 245/1. maddesinde tanımlanan “banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması” suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde dolandırıcılık suçundan mahkumiyetine karar verilmesi” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

¹⁰⁷² Söz konusu suç konusunda ayrıntılı açıklamalar için yukarıda bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 6.

olabilirler. Yani işyeri sahibi, başkasına ait olan ve usulsüz olarak ele geçirdiği kredi kartını iş yerinde bulunan ve banka ile iletişim kurmasına yarayan cihazlardan geçirmek suretiyle, gerçekte herhangi bir satış yapmadığı halde, kredi kartı sahibi tarafından alışveriş yapılmış gibi harcama belgesi düzenleyerek bankaya ibraz ederek haksız yarar temin etmiş (etmeye kalkmış) olabilir. Bu halde failin eylemi hakkında fikri içtima hükümleri uygulanacak ve fail, eylemine uyan ve daha ağır cezai müeyyide içeren TCK'nın 245 ve 212.maddeleri bağlamında cezalandırılacaktır. Zira fail tarafından düzenlenen sahte harcama belgesi, usulsüz olarak ele geçirilen kredi kartının kullanımı ile yarar sağlama amacına ulaşılması için bir araçtır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

I. SUÇUN TAMAMLANMA ANI VE SUÇA TEŞEBBÜS

A. Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi

Dinamik ve olgusal açıdan ele alındığında suçun, birden bire ortaya çıkmadığı, zamansal bir dizini takip ederek çeşitli evrelerden geçip oluştuğu gözlenmektedir¹⁰⁷³. Suçun tamamlanması ibaresinden, suçun genel ve özel unsurlarının gerçekleşmesi anlaşılmalıdır. Suçun hukuken himayesine aldığı varlık veya menfaatler ihlal edildiği zaman suç tamamlanmış olur¹⁰⁷⁴. Suçun kanuni unsurları içerisinde yer alan objektif şartlardan biri eksik olduğu takdirde, ortada cezalandırılabilir bir eylem bulunmayacak veya diğer şartların varlığı halinde sadece suça teşebbüs söz konusu olabilecektir.

Suçun tamamlanması aşamasını, sona erme aşaması izleyebilir. Tamamlanmış suç somut ağırlığının en ileri aşamasına ulaştığında son bulma aşaması söz konusu olur. Suçun tamamlanması suçun var olduğu, gerçekleştiği anı; sona ermesi ise suçun son bulduğu, suç yolunun kapandığı anı gösterir¹⁰⁷⁵. Suçun tamamlanması ve sona ermesi anları aynı olabileceği gibi farklı da olabilir. Örneğin, failin hileli davranışları ile aldanan mağdur, kendisi veya üçüncü bir kişinin malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunup zararına olacak şekilde faile veya başkasına temin edeceği yararı bir anda sağlayabileceği gibi, taksitler halinde belirli vadeler içerisinde temin edilebilir. Bu halde yararın tek bir seferde temin edilmesi ihtimalinde suçun tamamlanma ve sona erme anları aynıdır. Buna karşın yararın taksitler halinde sağlandığı durumda ise, ilk taksitin verildiği anda dolandırıcılık suçu tamamlanacak, son taksitin ödendiği anda ise suç sona erecektir¹⁰⁷⁶. Teşebbüs

¹⁰⁷³ Zeki Hafizoğulları: Genel Hükümler, s. 307.

¹⁰⁷⁴ Kunter: s. 94; Hafizoğulları: Genel Hükümler, s. 308; Doğan Soyaslan: Teşebbüs Suçu, Ankara 1994, s. 17; Önder Tozman: “Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları”, Erciyes ÜHFD, Haziran 2008, C.III, S. 1, s. 117, 120.

¹⁰⁷⁵ Toroslu: Genel Hükümler, s. 249.

¹⁰⁷⁶ 11. CD., 22.09.2010, E. 2008/15729, K. 2010/9667: “Sahte belgelerle abonelik sözleşmesi yapılarak alınan telefon hattının kullanılması suretiyle işlendiği iddia olunan dolandırıcılık suçunda; en son haksız menfaatin sağlandığı tarih suç tarihi olup, sanık tarafından en son görüşmenin ne zaman yapıldığı tespit edilmeden, abonelik tarihinin suç tarihi olarak kabulü ile yazılı şekilde zamanaşımının dolduğundan bahisle davanın ortadan kaldırılmasına karar verilmesi...”

aşamasında kalmış suçu, tamamlanmış suçtan ayıran nokta, sona erme anı değil, tamamlanma anıdır¹⁰⁷⁷.

Dolandırıcılık suçu failin hileli davranışları ile aldanan mağdurun, kendisi veya başkası zararına olarak faile yarar sağladığı anda tamamlanmış olur¹⁰⁷⁸. İtalyan ceza hukukunda da dolandırıcılık suçu, fail tarafından haksız yararın elde edilmiş olduğu anda tamamlanmış kabul edilmektedir¹⁰⁷⁹. Bu nedenle suçun işlendiği yer, hileli davranışların sergilenip mağdurun aldatıldığı yer değil, zarara paralel olarak yararın temin edildiği yerdir (CMK m.12/1)¹⁰⁸⁰. Mesela fail tarafından hileli olarak hazırlanan bir sözleşme kullanılarak mağdurun aldatılması durumunda suç, sözleşmenin hazırlandığı ve hileli davranış olarak kullanıldığı yerde değil, mağdurun aldanarak sözleşme doğrultusunda faile veya üçüncü bir kişiye menfaat sağladığı yerde işlenmiş sayılır¹⁰⁸¹.

Dolandırıcılık suçunun tamamlanması için malvarlığına ait unsurların, zarar gören kişinin hâkimiyet alanından çıkarak failin zilyetliğine geçmesi yeterlidir¹⁰⁸². Söz konusu malvarlığı unsurlarının fail tarafından tamamen hâkimiyet sahasına alınmış olması zorunlu olmayıp, bu unsurlar üzerinde tasarruf edebilir hale gelmiş olması yeterlidir¹⁰⁸³. Yani bir şeyin alınmış olması, bir hakkın doğmuş veya kaybedilmiş olması, bir borç yüklenilmesi durumları arasında hiçbir fark olmayıp, suç bu anlarda tamamlanmış

¹⁰⁷⁷ Toroslu: Genel Hükümler, s. 250.

¹⁰⁷⁸ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 535; Erem: Dolandırıcılık, s. 22; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3580; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 471; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 136; Tümerkan: s. 97; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 544.

¹⁰⁷⁹ Erem/Toroslu: Özel Hükümler, s. 535; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 346; Donay: Şerh, s. 241.

¹⁰⁸⁰ 11. CD., 13.07.2006, 4044/6680: “Sanıklara yüklenen dolandırıcılık suçunun icra hareketlerinin Türkiye’de yapılması ve yurt dışında bulunan banka görevlilerinin yanıltılarak Türkiye’deki banka şubelerine havale yapılmasının sağlanması, dolandırıcılık suçunun; haksız çıkarın Türkiye’de elde edilmesiyle tamamlanması karşısında yargılamaya devam olunarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde, suçtan zarar görenlerin yabancı banka olup suç yerinin yabancı ülke olduğunun kabulü gerektiğinden bahisle şikayet yokluğu nedeniyle davanın durmasına karar verilmesi, Yasaya aykırıdır” (Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 490).

¹⁰⁸¹ Erem: Dolandırıcılık, s. 22.

¹⁰⁸² Zilyetlik özel hukuka ait bir kavramdır. Ceza hukuku anlamında kullanılan zilyetliğin anlamı, özel hukuktakinden farklıdır. Ceza hukukunda zilyetlik kavramı, malvarlığı unsurları üzerindeki fiili iktidarın özerk bir şekilde, yani, malda daha üstün bir hakka sahip olan bir kimsenin doğrudan doğruya nezaretine tabi olmaksızın kullandığı bütün durumları içine alacak şekilde anlaşılmalıdır. Zilyetliğin anlamının bu şekilde geniş kabul edilmemesi sonucu olarak, malvarlığı unsurları üzerinde tasarruf etme imkânı bulunan hallerde, zilyetliğin varlığı kabul edilecektir. Örneğin, aldanan mağdur tarafından failin hesabına aktarılan bir para, üzerinde her an tasarruf etme imkânı bulunması nedeniyle failin zilyetliğinde kabul edilecektir. Zilyetlik kavramına verilen bu anlam özellikle suçun tamamlanması anının tespiti açısından önemlidir (Hasan Erman: s. 139-141).

¹⁰⁸³ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 564; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 136; Tümerkan: s. 97; Önder: Mala Karşı Cürümler, s. 387; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 47.

olacaktır¹⁰⁸⁴. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir¹⁰⁸⁵. Suçun faili, hileli davranışlar ile iradesi aldatılan mağdurun sağladığı menfaati, elde etmeyi amaçladığı yarardan daha az bir miktar olması nedeniyle kabul etmemiş ise, bu halde suçun tamamlanmasından değil, teşebbüs aşamasında kalmasından bahsedilecektir¹⁰⁸⁶.

Mağdurun, hileli davranışlar sonucunda malvarlığında bir azalma meydana gelmesine karşın, failin herhangi bir yarar elde edememiş olması mümkündür. Zararın meydana geldiği ve fakat yararın elde edilemediği hallerde dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşte, zararın oluşması kaydıyla, failin malvarlığında bir artma meydana gelmiş olup olmamasının, dolandırıcılık suçunun tamamlanması açısından herhangi bir öneminin bulunmadığı; bu durumda da failin tamamlanmış dolandırıcılık suçundan dolayı sorumlu olması gerektiği savunulmuştur¹⁰⁸⁷.

İngiliz hukukunda dolandırıcılık suçu açısından önemli olan husus failin kazanç elde etme niyeti/kastı ve bu amaçla hileli davranışlarını oluşturarak kullanmasıdır. Yarar elde etmek amacıyla hileli davranışlarını oluşturarak sergilemeye başlayan failin, fiilen muhatabı aldatıp aldatmaması, kendisinin yarar sağlayıp sağlamaması, mağdurun zarar görüp görmemesi önemli değildir. Bu halde eylem dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecek ve tamamlanmış suç gibi cezalandırılacaktır¹⁰⁸⁸.

Karşıt fikri savunan yazarlara göre ise, dolandırıcılık suçunun oluşması açısından failin yarar elde etmesinin zorunlu olduğu, aksi takdirde suçun tamamlandığından bahsedilemeyeceği; böyle bir durumda şartları varsa eylem hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir¹⁰⁸⁹. Yine bu yazarlarca, teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun malvarlığında zarar tehlikesinin oluşturulması ve failin yarar elde etme ihtimalinin gerçekleşmiş olması gerektiği; zarar

¹⁰⁸⁴ Tümerkan: s. 97.

¹⁰⁸⁵ CGK., 17.3.1998, 6-29/99: “Suç, başkasının zararına olarak haksız çıkarın elde edildiği zaman tamamlanmaktadır. ... Mağdurda bir zarar meydana gelmekle birlikte, failin malvarlığında bir artma olmadığı yani menfaatten fiilen yararlanılmadığı hallerde de dolandırıcılık suçu gerçekleşmiştir. Gönderilen paraların, sanığın banka hesabına geçmesi ile suç tamamlanmış olup, bu menfaatten fiilen yararlanılması şart değildir. Sanık, banka hesabına kaydedilen bu para üzerinde tasarruf etme, bir takım işlemlerde bulunma yetkisine sahiptir. Bu itibarla, dolandırıcılık suçu tamamlanmıştır.” (Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 47).

¹⁰⁸⁶ Tozman: s. 126.

¹⁰⁸⁷ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 472; Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 460-461; Yargıtay bir kararında, tutuklu sanığı tahliye ettireceğine dair bir mektup yazan ve tutuklu kişiden para isteyen katibin eylemini, haksız yarar sağlanmamış olması nedeniyle dolandırıcılık suçuna eksik teşebbüs olarak kabul etmiştir. (5 CD, 18.03.1975, E.1975/786, K.1975/796, YKD, Ocak 1976, s. 109).

¹⁰⁸⁸ Withey: s. 228.

¹⁰⁸⁹ Toroslu: Özel Kısım, s. 183; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 461.

tehlikesi ve yarar ihtimalinin bulunmadığı durumlarda teşebbüsten söz edilemeyeceği, bu ihtimalde işlenemez suçtan bahsedilebileceği ileri sürülmüştür¹⁰⁹⁰.

Kanaatimizce fail hileli davranışlarda bulunup mağduru aldatmak suretiyle kendi veya başkası lehine yarar sağlamaya yönelik işlemler yapılmasına sebebiyet vermiş ve buna karşın mağdurun herhangi bir zararı meydana gelmemiş ise, failin elde etmiş olduğu veya elde edebileceği bir yarardan da bahsedilemez. Zarara uğrama ve buna paralel olarak yarar temin etme şartlarının gerçekleşmemesi halinde dolandırıcılık suçu tamamlanmış olmayacaktır. Ancak bu halde, dolandırıcılık suçunun icraî hareketleri yerine getirilmesine karşın sonuç meydana gelmemiş olduğundan, eylem hakkında teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır.

B. Teşebbüs

1. Teşebbüs Kavramı ve Kapsamı

Suç kural olarak belirli aşamalardan geçerek tamamlanır. Gerçekleşme sürecinde izlenen yola suç yolu (iter criminis) denilmektedir. Her suçta geçerli olmamakla beraber suç yolu; düşünce (suç işleme fikrinin ortaya çıkması), icra, tamamlanma ve son bulma aşamalarından oluşur¹⁰⁹¹. Düşünce aşamasında kalan bir fikir, hem kanıtlanmasındaki güçlük ve hem de kişinin işlemek istemediği bir suçun kafasında oluşturmasının olanaklı olmaması nedenleriyle, tek başına cezalandırılmamaktadır¹⁰⁹². Suç yolunda aktif olarak yürünmeye başlanmasına rağmen, yolun tamamlanamamış olması halinde, teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan bahsetmek olanaklıdır. Suça teşebbüste fail, suçu işlemek amacıyla hareket etmesine karşın, elinde olmayan nedenlerden dolayı suç yolunu tamamlayamamaktadır¹⁰⁹³.

Teşebbüs ile ilgili düzenleme TCK'nın 35. maddesinde yapılmıştır. Buna göre; “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu *elverişli hareketlerle* doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”.

¹⁰⁹⁰ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 461-462; Aksi görüş için bkz. Alacakaptan: İşlenemez Suç, s. 98.

¹⁰⁹¹ Toroslu: Genel Kısım, s. 248 vd.; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 400; Koca/Üzülmez: s. 337; Devrim Aydın: “Suça Teşebbüs”, AÜHFD, 2006, C.55, S. 1 s. 86.

¹⁰⁹² Toroslu: Genel Kısım, s. 248.

¹⁰⁹³ Öztürk/Erdem/Özbek: s. 159; Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 445; Soyaslan: Teşebbüs Suçu, s. 21; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 399; Adem Sözüer: Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 157; Selami Turabi: Mala Zarar Verme Suçu, İstanbul 2007, s. 160 (yayınlanmamış doktora tezi).

“Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre” cezalandırılır.

Yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere yasa koyucu, 765 sayılı TCK sistematığında yer verilen ve uygulamada cezanın belirlenmesinde önemli sorunlara neden olan “eksik teşebbüs-tam teşebbüs” ayrımına son vermiştir¹⁰⁹⁴. Bunun yerine cezanın belirlenmesinde failin hareketinin gerçekleşme aşamasının gözönüne alındığı değil, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının değerlendirildiği bir sistem kabul edilmiştir. Bu nedenle önceki yasal mevzuat çerçevesinde teoride ve uygulamada eksik ve tam teşebbüs olarak mütalaa edilen durumlar, bir bütün olarak teşebbüs kavramı içerisinde değerlendirilmelidir¹⁰⁹⁵.

5237 sayılı TCK ile teşebbüs kurumunda yapılan diğer bir değişiklik ise, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Sübjektif bir kıstası öngören “*kastı şüpheye yer bırakmayacak*” (765 sayılı TCK m. 61 ve 62) kıstası yerine, daha objektif bir yoruma müsait olan “*doğrudan doğruya icraya başlama*” ölçütü kabul edilmiştir¹⁰⁹⁶. Buna paralel şekilde, teşebbüsten bahsedebilmek için doğrudan doğruya icraya “*elverişli hareketlerle*” başlanması gerekir¹⁰⁹⁷. Öğretide, elverişli hareket kavramının hem araç ve hem de hareket kavramlarını içine aldığı, hareketin daha geniş bir çerçeveye sahip olması ve araca da anlam vermesi nedeniyle bu terimin kullanılmasının daha yerinde olduğu ileri sürülmüştür¹⁰⁹⁸. Elverişlilik işlenmek istenen suça göre fiilin gerçekleştirildiği şartlar göz önünde bulundurulmak suretiyle, olaysal bir değerlendirme yapılarak belirlenmelidir¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁴ Eksik-tam teşebbüs ayrımından vazgeçilmiş olması ve cezanın belirlenmesinde zarar veya tehlikenin ağırlığı kavramlarının kullanılacak olmasının, hakimın takdir yetkisini kullanırken birbirinden farklı uygulamalara sebebiyet vereceği ve bunun da adaletsiz kararlara yol açacağı eleştirileri için bkz. Timur Demirbaş: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.B., Ankara 2007, s. 413; Centel/Zafer/Çakmut: Ceza Hukukuna Giriş, s. 463; Köksal Bayraktar: Teşebbüs, İştirak ve İçtima, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:10, İstanbul 2008, s. 139.

¹⁰⁹⁵ 6. CD, 30.11.1999, E. 1999/7096, K. 1999/7126 : “Sanıkların keşide yeri bulunmadığı için özel evraktan sayılan sahte çek ile müştekiden mal almak istemelerinden ibaret eylemlerinin dolandırıcılığa nakıs (eksik) teşebbüs suçunu oluşturduğu” (YKD, Şubat 2000, s. 301).

¹⁰⁹⁶ İcra hareketlerinin başlangıcına ilişkin ileri sürülen görüşler hakkında bkz. Sulhi Dönmezer: “Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki”, İÜHFM, 1942, C. VIII, s. 439 vd..

¹⁰⁹⁷ Elverişli vasıta (hareket) kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer/Erman: C.I, s. 418 vd.; Soyaslan: Teşebbüs Suçu, s. 89-105; Bir suçun işlenmesinde kullanılan vasıtaların mutlak elverişsizliği halinde gerçekleştirilmesi imkansız ve işlenemez suç vardır (Soyaslan Teşebbüs Suçu, s. 90).

¹⁰⁹⁸ Centel/Zafer/ Çakmut: Ceza Hukukuna Giriş, s. 456; Hafızogulları: Genel Hükümler, s. 315-316; Sözüer: s. 192; Soyaslan: Teşebbüs Suçu: s. 108; Doğan Soyaslan: Genel Hükümler, s. 273; Koca/Üzülmöz: s. 347.

¹⁰⁹⁹ Sözüer: s. 187; Toroslu: Genel Kısım, s. 263.

2. Elverişli Hareket Bağlamında “Hileli Davranış” Kavramı

TCK’nın 35/1. maddesinde teşebbüsten bahsedebilmek için failin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması gerektiği hükme bağlanmıştır. Hareketin elverişliliğinden kastedilen, gerçekleştirilen hareketin suç fiilini derhal oluşturabilecek nitelikte olmasıdır¹¹⁰⁰. Birçok suç açısından “elverişli hareket” kavramından ne anlaşılması gerektiği kolayca söylenebilecekken; dolandırıcılık suçu açısından bu belirleme çok kolay olmayacaktır. Zira hileli davranışın, amaçlanan dolandırıcılık suçu açısından elverişli olup olmadığı çoğu kez sonuç ile birlikte değerlendirilebilir. Teşebbüs aşamasında kalan bir suçta sonuç olmadığı düşünülüğünde, bu değerlendirmenin zorluğu daha iyi görülebilecektir. Bu halde, hareketin dolandırıcılık suçu açısından elverişli olup olmadığı, ortak yaşam tecrübeleri, büyük sayılar kanunu, fail ve mağdurun kendilerine has koşulları birlikte gözönüne alınarak belirlenebilecektir¹¹⁰¹. Her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiğinden, bu konuda önceden bir belirleme yapılarak kural koyulması olanaklı değildir. Bununla birlikte açıkça yalan ve gerçek dışı olduğu herkes tarafından fark edilebilecek davranışların, dolandırıcılık suçunu işlemeye elverişli olmadıklarını kabul etmek gerekir. Böyle hallerde işlenemez suç söz konusu olacaktır¹¹⁰².

Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere¹¹⁰³, öğretide hileli davranışların elverişliliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre dolandırıcılık suçuna sebebiyet veren hileli davranışlar, olaysal şartlardan ayrık olarak, objektif şekilde dolandırıcılık suçunu işlemeye elverişli olmalıdırlar¹¹⁰⁴. Diğer bir kısım yazarlar ise, hileli davranışların dolandırıcılık suçu kapsamında elverişli olup olmadıklarına ilişkin önceden bir değerlendirme yapılamayacağını ve bu konuda objektif kıstaslar belirlenemeyeceğini; hileli davranışların olayın kapsamı içerisinde ve mağdurun subjektif şartları gözönüne alınarak belirlenmesi gerektiğini belirtmişlerdir¹¹⁰⁵. Bizde yukarıda belirttiğimiz gerekçeler

¹¹⁰⁰ Toroslu: Genel Kısım, s. 263; Koca/Üzülmez: s. 347; Aydın: s. 98.

¹¹⁰¹ Koca/Üzülmez: s. 348; Soyaslan: Teşebbüs Suçu, s. 112; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 404-405; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 141; Mustafa Akın: Suça Teşebbüs, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.I, Ankara, 2008, s. 324-325.

¹¹⁰² Alacakaptan: İşlenemez Suç, 61-98.

¹¹⁰³ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, V, B, 1, b, ee, ii.

¹¹⁰⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3575-3576; Donay: Şerh, s. 241; Meran: s. 143; Kişilere Karşı Suçlar, s. 454; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 231; Artuç: s. 366-367.

¹¹⁰⁵ Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 595; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 462; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu: Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 472 vd.; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1384; Taşdemir: s. 19; Ahmet Gündel: 5237 Sayılı TCK’da Zimmet, Sahtecilik, Dolandırıcılık, Yağma, Hırsızlık, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2009, s. 460-461.

doğrultusunda, hileli davranışlarda bulunması gereken elverişliliğin, mağdurun subjektif özellikleri ile olayın şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Örneğin 12 yaşındaki bir çocuğa yöneltilen hileli bir davranışın, bu yaşta bulunan bir çocuğun zekâ gelişimi gözönüne alındığında elverişli olduğu kabul edilebilecek iken; aynı davranışın yaşı büyük kişiler için elverişli olmadığı rahatça söylenebilecektir.

Dolandırıcılık suçuna sebebiyet veren hileli davranışların tek başına hazırlık hareketleri oldukları genel olarak kabul edilmektedir¹¹⁰⁶. Hileli davranışlar, belirli bir kişiyi aldatmaya ve bu kişinin zararına bir işlem yapmaya yöneldikleri anda icra hareketlerine dönüşürler¹¹⁰⁷. Hazırlık hareketi aşamasını geçip icra hareketleri vasfını kazanan hileli davranışlar, dolandırıcılık suçuna teşebbüs kapsamında değerlendirilebilir. Bu değerlendirme her olay için ayrı ayrı ve taraflar ile olayın özellikleri gözönüne alınarak yapılmalıdır.

3. Dolandırıcılık Suçuna Teşebbüs

Dolandırıcılık suçu, failin düşünce dünyasında tasarladığı ve sonradan dış dünyada sergilemeye koyduğu hileli davranışları ile aldanan mağdurun, kendisi veya başkası zararına olarak faile veya failin yönlendirmesi ile üçüncü bir kişiye yarar sağladığı anda tamamlanmış olur¹¹⁰⁸. Dolandırıcılık suçu “sırf hareket” veya “neticesi harekete

¹¹⁰⁶ Selçuk: Dolandırıcılık, s. 142; “11. CD., 13.10.2010, E. 2010/7788, K. 2010/11083: “Sanığın, mağdur S... A... ile, adı geçen mağdurun arkadaşı olan İ... D...’in e-mail bilgilerini kullanarak elektronik posta yolu ile iletişim kurmak suretiyle kendisini İ... D... gibi tanıtip, hastası olduğu ve bu nedenle paraya ihtiyacı olduğundan bahisle banka hesap numaraları ve şifrelerini göndermesini istediği, mağdurun şüphelenip seni arayacağım diyerek internet kanalıyla görüşmeyi bırakıp arkadaşı İdil’i arayarak gerçeği öğrendiği somut olayda, banka hesap numarasının istenmesi ve öğrenilmesi hazırlık hareketi olup, hesap numarasının öğrenilmesinden sonra bu numaranın kullanılarak çıkar sağlanmaya yönelik icra hareketlerinin başlaması gerektiği ve sanığın bu bilgileri öğrense bile her zaman dolandırıcılık suçunun icra hareketlerine başlanmaktan vazgeçmesinin mümkün bulunduğu, bu nedenle olayda dolandırıcılık suçuna kalkışmaktan söz edilemeyeceği, hazırlık hareketinin kişisel verileri elde etmek suçunu oluşturup oluşturmayacağı, bu konuda dava bulunup bulunmadığı tartışılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdirinin gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması”.

¹¹⁰⁷ Duygun Yarsuvat/Köksal Bayraktar: “Teşebbüs ve İştirakin Genişlemesi”, Suç ve Ceza Crimen e Poena, Ceza Hukuku Dergisi, 2008, S. 1, s. 90 vd.; 11. CD., 15.04.2009, E. 2008/19597, K. 2009/4233: “Sanığın Akbank T.A.Ş Menemen Şubesine müracaatla hesap açtırmak istediğini beyan ederek üzerinde kendi fotoğrafı yapııştırılmış şikayetçi H.K. na ait sahte sürücü belgesini ibraz ettikten sonra sürücü belgesinin fotokopisinin çekileceği sırada bankadan ayrıldığının iddia ve kabul olunması karşısında, savunma ve savunmayı teyit eden tanık beyanı ile evrak kapsamına göre sanığın henüz dolandırıcılık suçunun icraî hareketlerine başlamadığı, bankaya hesap açtırmak için müracaat etmesinin hazırlık hareketi niteliğinde olduğu gözetilmeden mahkumiyetine karar verilmesi” (www.adalet.org).

¹¹⁰⁸ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 471; Erem: Dolandırıcılık, s. 22; Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3584; Tezcan/Ertem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 607; Kaylan: s. 947; 11. CD., 03.03.2008, E. 2006/1886, K. 2008/1244: “Sanığın, kasko sigorta bedelini almak için sigorta şirketine başvurup başvurmadığı araştırılarak sonucuna göre, müracaat edilmemesi halinde henüz dolandırıcılık suçunun icra hareketlerine başlanmayıp, tutanak düzenletirilmesinin hazırlık hareketi niteliğinde olduğu

bitişik” bir suç değildir. Bu nedenle dolandırıcılık suçunun tamamlanamayıp teşebbüs aşamasında kalmış olması mümkündür. Yani, fail tarafından hileli davranışların yapılmasına rağmen mağdurun aldanmamış olması veya aldanana mağdurun yaptığı hukukî tasarruf nedeniyle faile veya başkasına yarar sağlayamamış/sağlamamış olması olanaklıdır. Dolandırıcılık suçuna teşebbüsün gerçekleştiğinin söylenebilmesi için, yapılacak somut bir değerlendirme neticesinde, ortaya konulan hileli davranışın muhatabını aldatmaya elverişli olduğu sonucuna varılmış olması yeterlidir. Bu davranışların muhatabı aldatmış olması gerekli değildir¹¹⁰⁹. Böyle bir durumun tespiti halinde dolandırıcılık suçuna teşebbüsten bahsedilecektir. Bu halde eylem hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekir. Teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi dolandırıcılık suçunun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanıp, failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış olması gerekir (TCK m.35/1). Teşebbüse rengini veren husus sonucun meydana gelip gelmemesi değil, failin elinde olmayan bir engel nedeniyle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketleri tamamlanmasına karşın istenilen sonucun elde edilememesidir¹¹¹⁰.

Teşebbüs halinde kalan dolandırıcılık suçunun cezalandırılmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bu hususa ilişkin olarak karşılaştırmalı hukuk öğretisinde Rossi, teşebbüs aşamasında kalan dolandırıcılık eyleminin cezalandırılmaması gerektiğini, bu halde eylemin suç vasfını kazanmadığını, böyle bir eylemin değerlendirilmesinin beşeri adaleti gerçek dünyadan, metafizik bir sahaya götürmek demek olduğunu söylemiştir¹¹¹¹. Carrara ise aksi görüşü savunarak, dolandırıcılık suçuna teşebbüsün cezalandırılmayacağına ilişkin genel bir kural konulamayacağını, suça teşebbüs şartlarının oluşması durumunda failin cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir¹¹¹².

ve dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı gözetilerek...” (Tezcan/Erdem/Önok: Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 607, dpn.455).

¹¹⁰⁹ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 454; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 544; 11. CD., 10.01.2004, E. 2004/12490, K. 2004/508: “Dolandırıcılık suçunda failin icraî hareketlerinin şeyi teslim almakla biteceği, bu anda da esasen suçun oluşacağı (...) somut olayda sanığın, şikayetçinin taksisine binip bir süre dolaştıktan sonra cebindeki değersiz olduğunu bildiği sahte bileziği şikayetçiye verip, taksii ücretinin düşülmesinden sonra üzerinin kendisine haksız bir biçimde ödenmesini sağlamaya yönelik eylemde, ödeme yapılmadan bileziğin sahte olduğunun anlaşılması nedeniyle dolandırıcılık suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurularak fazla ceza tayini yasaya aykırıdır” (Artuk/Gökçen/Yenidünya: Özel Hükümler, s. 3584, dpn.118).

¹¹¹⁰ Toroslu: Genel Kısım, s. 253; Aydın: s. 88.

¹¹¹¹ Erem: Dolandırıcılık, s. 22-23’den naklen; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 138-139.

¹¹¹² Erem: Dolandırıcılık, s. 223’den naklen.

Mevzuatımız açısından dolandırıcılık suçu, haksız yararın elde edilmesi ile oluşur. Haksız yarar elde etme ile hileli davranışlar arasında teşebbüse elverişli, uygun bir zaman aralığı mevcuttur. Dolandırıcılık suçu zorunlu olarak neticesi harekete bitişik suçlardan değildir. Bu nedenle dolandırıcılık suçuna teşebbüsün cezalandırılması gerektiği hususunda herhangi bir tereddüt yoktur¹¹¹³. Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümleri içerisinde yer alan 35. madde suça teşebbüsü düzenlemektedir. Buna göre; bir kimse dolandırıcılık suçuna sebebiyet verecek nitelikte hileli davranışlarda bulunmuş, ancak elinde olmayan nedenlerle bu hareketlerini tamamlayamamış veya tamamlamış olmasına rağmen amaçladığı yararı elde edememiş ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır. Örneğin, bir kişi hileli davranışlarda bulunup karşısında bulunan kişi iradesini etkileyerek kendisine yarar sağlamaya ikna ettiği bir anda, araya giren başka bir kişinin mağduru bilgilendirip yarar sağlanmasını engellemişse, dolandırıcılık suçunun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilecektir. Önemli olan husus failin elinde olmayan bir nedenden dolayı eylemini tamamlayamamış olmasıdır¹¹¹⁴.

Teşebbüs aşamasında kalan bir dolandırıcılık suçunda eylem teşebbüsün şartlarını taşıyorsa, fail dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılacak, ancak cezasından belirli bir oranda indirim yapılacaktır (TCK m.35). İndirim oranı, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı gözönüne alınarak hâkim tarafından tespit edilecektir. Teşebbüs aşamasında kalmış olan bir dolandırıcılık eyleminde henüz zarar meydana gelmemiş olup, zarar tehlikesi vardır. Bu nedenle failin elde etmeyi hedeflediği yarar miktarı “zarar tehlikesi” olarak kabul edilip değerlendirmeye tabi tutulacak ve indirim oranı buna göre belirlenecektir.

“Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” TCK’nın 61/1-e maddesi uyarınca, temel cezanın belirlenmesi aşamasında da bir ölçüt olarak kabul edilmiştir. Söz konusu maddede temel cezanın belirlenmesinde kullanılacak başka ölçütler de bulunmaktadır. Teşebbüs aşamasında kalan bir suçun cezası belirlenirken önce temel ceza tespit edilecek, sonrasında teşebbüs nedeniyle tespit edilen temel ceza üzerinden indirim

¹¹¹³ Dönmezer: Dolandırıcılık, s. 564; Soyaslan: Özel Hükümler, s. 346; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 140; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1395; Kanık: 333; Yılmaz: s. 598; Yalkut: s. 233; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 275; Taşdemir: s. 52.

¹¹¹⁴ 11. CD., 24.12.2008, 2818/13793: “Şikayetçinin fırınına ekmek almak bahanesiyle giden sanığın, ekmek parası olarak tezgah üzerine bıraktığı 5 YTL’yi şikayetçinin ekmek almak için arkasını dönmesi üzerine tezgahtan alarak cebine koyduktan sonra ekmekleri ve verdiği iddia ettiği 5 YTL’nin üzerini de alarak fırından çıkmasını müteakip, kendisini Pazar yerinde görüp, sabıkalı olması nedeniyle izlemeye alan kolluk görevlilerince yakalandığı, sanığın eyleminin ektik teşebbüs aşamasında kaldığı” (Taşdemir: s. 53).

yapılacaktır. Cezanın belirlenmesi aşamasında mükerrer değerlendirme yasağı vardır¹¹¹⁵. Yani TCK'nın 61/1. maddesinde belirtilen ve temel cezanın belirlenmesinde gözönüne alınan hususlar ayrıca suçun unsurunu oluşturuyor ise, bunlar temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaz (TCK m.61/3). Mağdurun zarar görüp buna paralel olarak failin yarar sağlamış olması dolandırıcılık suçunun unsurlarındandır. Bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan bir dolandırıcılık suçunda “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” indirim oranının tespitinde gözönüne alınacağından; temel ceza tayin edilirken ayrıca kullanılamayacaktır. Bu halde temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61/1. maddesinde belirtilen diğer ölçütler değerlendirilmelidir.

Dolandırıcılık suçunun tek neticeli veya çok neticeli olarak kabul edilmesine göre, suçun hangi anda teşebbüs aşamasında kaldığı belirlenebilir. Öğretide dolandırıcılık suçunun çok neticeli bir suç olduğunu kabul eden yazarlar bulunmaktadır¹¹¹⁶. Bu görüş taraftarlarına göre dolandırıcılık suçu, mağdurun aldanması ve buna paralel şekilde zarar gördüğü anda tamamlanmış olur. Hileli davranışlarda bulunulmasına rağmen mağdurun aldanmadığı, mağdurun, aldanmasına rağmen zarar görmediği durumlarda, suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilecektir¹¹¹⁷.

Buna karşın dolandırıcılık suçunu tek neticeli suç olarak kabul eden ve görüşlerine bizimde iştirak ettiğimiz yazarlar ise, dolandırıcılık suçunun mağdurun aldatılarak zarar görmesi ile oluşacağını savunmaktadırlar¹¹¹⁸. Dolandırıcılık suçunun tamamlanması açısından tek ölçüt, mağdurun aldatılarak zarar görüp görmediğini belirlemektir. Mağdurun zarar görmediği durumlarda suç tamamlanmamış kabul edilerek, teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilecektir.

Hilenin gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, mağdurun aldanmamış olması mümkündür. Bu durumda suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedebilmek için hilenin, olayın sübjektif unsurlarının ve somut şartlarının birlikte değerlendirilmesi neticesinde aldatmaya uygun olduğu belirlenmelidir. Burada mağdurun veya failin

¹¹¹⁵ İlhan Üzülmaz: Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Erciyes ÜHFD, 2006, C. X, S. 3-4, s. 217, 222.

¹¹¹⁶ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 476.

¹¹¹⁷ CGK, 17.03.1998, E. 1998/6-29, K. 1998/99: “Dolandırıcılık suçu haksız çıkarın temini ve zararın ortaya çıkmasıyla tamamlanmaktadır. Zararın meydana gelmemesi halinde suç tamamlanamadığından, kalkışma hükümleri uygulanacaktır. Zarar olduğu halde, failin menfaatten fiilen yararlanamaması durumunda da suç tamamlanmıştır” (Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 476).

¹¹¹⁸ Dolandırıcılık suçunun hukuki konusu ve buna bağlı olarak tek neticeli veya çok neticeli bir suç olup olmadığı hususundaki tartışmalara yukarıda bkz. İkinci Bölüm, II, A ve İkinci Bölüm, V, B, 2, b.

sübjektif durumları ile birlikte, ortaya konulan davranışın objektif konumu aynı anda değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Mağdurun çok zeki olması nedeniyle, failin hileli davranışlarına aldanmamış olması hali, eylemin teşebbüs aşamasında kalmasını engellemeyecektir. Hileli davranışların, objektif olarak kandırma özelliğine sahip olmadığı hallerde aracın elverişsizliği söz konusu olduğundan ortada işlenemez suçun varlığından bahsedilebilecektir. Bu halde fail cezalandırılmayacaktır¹¹¹⁹.

Dolandırıcılık suçunun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedebilmek için, fail tarafından hazırlanan ve kurgulanan hileli davranışların muhatabına yöneltilmiş olması gerekir. Muhatabına yöneltilmemiş olan hileli davranışların hazırlanmış olması teşebbüs aşamasından söz edebilmek için tek başına yeterli değildir¹¹²⁰. Zira bu aşamada kalmış bir hileli davranış hazırlık hareketi olarak değerlendirilecektir. Bu nedenle hazırlık hareketlerinin sona erdiği ve icra hareketlerinin başladığı anın tespiti önemlidir. Dolandırıcılık suçu açısından bu tespit, olaysal olarak yapılmalıdır. Örneğin bankadan kredi almak için sahte belgelerin hazırlanması dolandırıcılık suçunun hazırlık hareketleridir. Bu belgelerin bankaya verilmesi ile dolandırıcılık suçunun icrasına başlanmış olacaktır. Yine sigorta bedelini almak amacıyla usulsüz trafik kaza raporu düzenlettirilmesi tek başına hazırlık hareketi olup; bu raporun sigorta şirketine sunulması ise icra hareketidir. Hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmazlar. Ancak kanunda aksine bir düzenleme varsa veya hazırlık hareketleri başka bir suçu oluşturuyorsa, hazırlık hareketi sayılabilecek eylemlerin cezalandırılması olanaklıdır.

Failin hileli davranışlarda bulunarak mağduru aldatmasına karşın, mağdur veya başkasının zarara uğramasının, dolayısıyla yarar elde edilmesinin imkânsız bulunması

¹¹¹⁹ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 476-477; Tümerkan: s. 98; Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1395; Kaylan: s. 947; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 277; 11. CD., 03.07.2007, 10569/8369: “sanıkların yakınının işyerine giderek, kendilerini mali şubede görevli polisler olarak tanıtip sahte kimlik gösterdikleri, ellerindeki dosyada şirkete ait usulsüz dosyaların bulunduğunu belirtip, belgelerini incelemek istedikleri ve sonrasında yüksek miktarda ceza kesileceğini, sicilinin bozulacağını söyleyerek 10 milyar lira karşılığında kapatacaklarını açıkladıkları, yakınının süre istemesi üzerine 3.8.3005 gününe kadar parayı hazırlamasını istedikleri, yakınının kolluğa bildirdiği ve sanıkların yakalandığı olayda eylem dolandırıcılığa kalkışma suçunu oluşturduğu” (Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1395). Hareketin elverişsizliği halinde failin cezalandırılması gerektiğine dair görüş için bkz. Alacakaptan: İşlenemez Suç, s. 98.

¹¹²⁰ Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1396; Selçuk: Dolandırıcılık, s. 142; Taşdemir: s. 52; 6. CD., 04.07.2002, 1995/6609: “Sanıkların bankadan kredi alabilmek için sahte faturalar, KDV ve gümrük beyannameleri düzenlemek şeklindeki eylemlerinin dolandırıcılık suçunda kullanılacak hile ve desiseleri temin etmeye yönelik hazırlık hareketlerini oluşturduğu, icra hareketlerinin ise kredi talebiyle bankaya müracaat ile başlayacağı dikkate alınıp, hazırladıkları belgeleri ibraz ile kredi talebinde bulunulup bulunulmadığı ilgili bankadan sorulmak suretiyle araştırılıp sonucuna göre hukukî durumlarının takdiri gerektiği gözetilmeden bu yöndeki savunma ve talep ret edilerek yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi...” (Malkoç: Yeni Ceza Kanunu, s. 1396).

olanaklıdır. Bu halde de işlenemez suçun varlığından bahsedilecek¹¹²¹; failin eylemi başka bir suçu oluşturuyorsa fail bu suçtan dolayı sorumlu tutulabilecek, ancak dolandırıcılık suçundan sorumlu olmayacaktır. Örneğin, piyango çekilişine katılanlardan, biletine ikramiye isabet eden kişinin biletini kullanarak vaat edilen ikramiyeyi almasına karşın, biletine ikramiye isabet etmeyen bir kişinin, üzerinde tahrifat yapıp ikramiye çıkan bilete benzettiği biletini görevliye ibraz ederek ikramiyeyi almak istemesi eylemi dolandırıcılık suçuna neden olmayacaktır. Çünkü daha önceden ikramiyenin çekilmesi, zarar oluşma ihtimalini ortadan kaldırmıştır. Böyle bir durumda dolandırıcılık suçuna teşebbüs edilmesinden de bahsedilemeyecektir. Buna karşın çekilişe katılan ve biletinde oynama yapan kişinin, asıl talihli başvurmada önce ikramiyeyi almak amacıyla sahte bileti görevliye ibraz ederek ikramiyeyi almaya çalışması eylemi, ikramiye ödenmeden önce usulsüzlüğün anlaşılması halinde, dolandırıcılık suçuna teşebbüse sebebiyet verecektir¹¹²².

Mağdurun objektif bir zararı bulunmasına karşın, çeşitli nedenlerle failin veya üçüncü bir kişinin yarar elde edememiş olması mümkündür. Yani hileli davranışa muhatap olan ve aldatılan kişi, kendisi veya başkasının zararına olacak şekilde hukukî tasarrufta bulunmuş, ancak bunun sonucunda fail veya üçüncü kişi tarafından yarar elde edilememiş olabilir. Hukuken veya fiilen faydalanma olanaklarının varlığına rağmen, failin veya üçüncü kişinin hedefledikleri yarara ulaşamamış olmaları halinde, dolandırıcılık suçunun teşebbüs aşamasında kalmış olduğundan bahsedilecektir¹¹²³.

II. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

765 sayılı TCK'nın 61/son maddesinde yer verilmiş olan¹¹²⁴ gönüllü vazgeçme kurumu 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, “*Fail, suçun*

¹¹²¹ Suçun konusunun imkansızlığı nedeniyle işlenemez suçun oluşumu konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Alacakaptan: İşlenemez Suç, s. 113-128.

¹¹²² İngiltere Dolandırıcılık Kanunu bağlamında dolandırıcılık suçunun unsurlarının düzenleniş şekli göz önüne alındığında, bu suç açısından işlenemez suç hükümleri uygulanamayacaktır. Zira bu Kanun bağlamında müeyyide altına alınan eylem, failin kendisine veya başkasına yarar elde etmesi değil, böyle bir yararı temin etmeyi istemesidir. Dolayısıyla yarar sağlanması olanaksız olsa dahi, eğer fail yarar temin etme kastıyla hareket etmiş ve bu amaç doğrultusunda yalan/yanıltıcı/yanlış/hatalı/hileli eylemlerini oluşturmuş ve uygulamaya koymuş ise dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilecek ve eylem cezalandırılacaktır (Tadros: s.953; İngiliz Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu; s.4-8).

¹¹²³ Taşdemir: s. 52; 11.CD., 06.03.2008, 2036/1365: “... sanığın “bul karayı al parayı” tabir edilen oyunu oynattığı sırada, durumu fark eden emniyet görevlilerince, sanık ve mağdur yakalanarak oyun kağıtları ile paraya el konulduğu, ortada bulunan paranın henüz sanık tarafından elde edilemediği... eylemin bu nedenle eksik kalkışma aşamasında kaldığı” (Taşdemir: s. 53).

¹¹²⁴ 765 sayılı TCK'nın 61/son maddesinde “*Müteşebbis, cürmün ef'ali icrayesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır.*” ibareleri yer almaktaydı.

icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” Madde başlığı ile içeriği incelendiğinde, birbirleriyle uyumlu olmadıkları görülecektir. Maddede gönüllü vazgeçme ile birlikte, aşağıda inceleme konusu yapacağımız üzere suç sonrasında söz konusu olabilen etkin pişmanlık (faal nedamet/pişmanlık) hali de düzenlenmektedir¹¹²⁵. Bu düzenleme, gerek madde başlığı ile içeriğinin uyuşmaması ve gerekse suçun icra hareketlerini tamamlayan bir kimse ile, bu hareketleri tamamlamaktan vazgeçen kişinin eylemlerini aynı sonuca tabi tutmak suretiyle, suçluluk ile mücadelede önemli bir zafiyete yol açabileceği yönlerinden, öğretilerde haklı olarak eleştirilmiştir. Çünkü burada suçun icra hareketlerini tamamlayan kimseyi, bu hareketleri tamamlamaktan vazgeçen kişi ile aynı sonuca tabi tutmak, suç ve suçlulukla mücadele açısından elverişsiz olmaktan öte, “suçluluğa prim vermek” olup, bu mahiyetleri itibarıyla benzer olmayan iki kurumun eşit tutulması anlamındadır ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır¹¹²⁶. Gönüllü vazgeçme bir cezasızlık sebebi değil, şartları gerçekleştiği takdirde failin cezasından indirim yapılmasını gerektirir bir hal olarak düzenlenmelidir. Aksi takdirde toplum vicdanını zedeleyen uygulamalar meydana gelebilecektir.

Gönüllü vazgeçme, suçun icrası sırasında failin kendi iradesi ile icra hareketlerine son vermesi ya da sonucun gerçekleşmesini önlemeye yönelik çabalarla suç işleme kararından vazgeçmesi durumunda söz konusu olur. Gönüllü vazgeçme halinde, ortada cezalandırılabilir bir teşebbüs söz konusu iken, suç ve ceza politikası nedeniyle yasa koyucu failin cezalandırılmayacağını kabul etmiştir (TCK m.36/1)¹¹²⁷. Teşebbüste, failin

¹¹²⁵ Faal nedamet konusunda ve gönüllü vazgeçme ile aralarındaki farklar hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Köksal Bayraktar: “Faal Nedamet”, İHFM, 1968, C. 33, s. 120-154.

¹¹²⁶ Hafızogulları: Genel Hükümler, s. 324; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 420-421; Mustafa Özen: 5237 Sayılı Ceza Kanunu’na İlişkin Eleştiriler, TBB Dergisi, 2006, S. 65, s. 210; Suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra, neticenin meydana gelmesinin önlenmesi “faal nedamet” olarak isimlendirilmektedir. Faal nedamet halinde fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanıp uygulanmaması hususu öğretilerde tartışmalıdır. İmpallomeni, Majna, Pessina ve Vannini gibi hukukçular faal nedamet ile gönüllü vazgeçmenin aynı sonucu doğuracağını ve aynı hükümlere tabi olmaları gerektiğini belirtmişlerdir. Buna karşın Carrara, Alimena, Puglia, Custori, Tuozzi, Soyaslan gibi yazarlar ise bu halde faile gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanarak ceza verilmesinin uygun olmadığını, cezadan indirim sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuşlardır (Soyaslan: Teşebbüs Suçu, s. 143-144); Bayraktar da faal nedamet halinde, failin kastının bulunmaması nedeniyle cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmüştür (Bayraktar: Faal Nedamet, s. 137).

¹¹²⁷ Toroslu: Genel Kısım, s. 268; Sözüer: s. 240; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 417; Özgenç: Gazi Şerhi, s. 477; Aydın: s. 103; Gönüllü vazgeçme halinde kişiye ceza verilmemesi öğretide çeşitli gerekçelere dayandırılmıştır. *Bir kısım yazarlar* bunun suç ve ceza politikasının bir sonucu olduğunu ve bu kapsamda yasa koyucunun bir tercihi olduğunu söylemiştir. *Diğer bazı yazarlar ise*, ihlal edilen hukuk düzenini korumanın devletin görevi olduğunu, bunun fail tarafından bizzat gerçekleştirdiği durumlarda devletin

icra hareketlerini elinde olmayan nedenlerden dolayı tamamlayamaması söz konusu iken, gönüllü vazgeçmede fail icra hareketlerinin tamamlanmasını kendi iradesi ile engellemektedir. Failin kendi iradesi ile icra hareketlerinden vazgeçmesi veya sonucu engellemesi, bu kişinin gerçekten pişman olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Failin hangi saik ile hareket ettiğinin, gönüllü vazgeçmenin uygulanması açısından herhangi bir önemi yoktur¹¹²⁸. Gönüllü vazgeçme cezayı kaldıran şahsi bir sebeptir¹¹²⁹. Bu nedenle iştirak halinde işlenen suçlarda, gönüllü vazgeçme hükümlerinden sadece ilgili kişi yararlanabilirken, diğer şerikler aktif olarak gönüllü vazgeçme eylemine katılmamışlar ise, cezasızlık sonucundan yararlanamazlar.

Gönüllü vazgeçme ile, suç sonrası pişmanlık olarak adlandırabileceğimiz “etkin pişmanlık gösterme” birbirinden farklıdır. Etkin pişmanlık, suç tamamlanıp sonuç gerçekleşikten sonra, failin, suçun zararlı sonuçlarını kaldırmak veya hafifletmek için gösterdiği çabayı ifade eder¹¹³⁰.

Teşebbüse elverişli olan dolandırıcılık suçu açısından gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir. Dolandırıcılık suçunu işlemeye elverişli olan hileli davranışlar ile suçun icrasına başlayan bir kişinin, suçun tamamlanma aşamasına kadar veya suç tamamlandıktan sonra neticenin meydana gelmesine kadar gönüllü vazgeçmesi mümkündür. Örneğin, başkası adına sahte olarak düzenlenmiş nüfus cüzdanı fotokopisi ile bir bankaya kredi başvurusunda bulunan failin, başvurusu kabul edilip, adına kredi tahsis edilmeden veya kredi tahsis edilmesine karşın bu krediyi kullanmadan, bankaya başvuruda bulunarak talebinden vazgeçtiğini beyan etmesi durumunda, fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacak ve fiili nedeniyle herhangi bir cezaya çarptırılmayacaktır. Failin vazgeçme beyanında bulunmasında, amacının hukuka aykırı olduğunu fark ederek pişman olması yanında, kredi çıkmayacağını öğrenmesi veya bu

faili ödüllendirmesi gerektiğini, gönüllü vazgeçmenin toplumdaki emniyet duygusunu tesis açısından önemli olduğunu ve bu nedenle cezalandırmadan daha faydalı sonuçlar doğurduğunu, gönüllü vazgeçen kişinin cezalandırılmasının suçu teşvik etmek anlamına geldiğini belirtmiştir. Soyaslan ise, kanun koyucunun suçu önlemeye yönelik teşvik içeren bir düzenlemesi olduğunu belirtmiştir. (Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. Soyaslan: Teşebbüs Suçu, s. 118-125; Sözüer: s. 235-240).

¹¹²⁸ Toroslu: Genel Kısım, s. 267; Soyaslan: Teşebbüs Suçu, s. 122; Sözüer: s. 246-250; Öğretide gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için failin “pişmanlık duyarak suçu işlemekten vageçmiş olması” gerektiği savunulmuştur (Özgenç: Gazi Şerhi, s. 477). Ancak TCK’nın 36. maddesi metni incelendiğinde, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması açısından, failin iç dünyasına önem atfeden herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Bu nedenle failin hareket ettiği saikin, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması açısından önemli olmadığını düşünüyoruz.

¹¹²⁹ Sözüer: s. 240; Özgenç: Gazi Şerhi, s. 477; Aydın: s. 106.

¹¹³⁰ Toroslu: Genel Kısım, s. 269.

durumu öğrenen birilerinin kendisini ihbar edeceğinden endişelenmesi de rol oynamış olabilir. Bu saik ve amaçlar, fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasının önüne geçmeyecektir.

Örneğimiz üzerinden devam edersek, fail, yaptığı kredi başvurusunun kabul edilip, adına kredi tahsisinden sonra eyleminden vazgeçip, tahsis edilen krediyi kullanmamış olabilir. Bu halde eylem, dolandırıcılık suçuna teşebbüs oluşturduğu kabul edilmelidir. Ancak TCK'nın 36. maddesindeki açık düzenleme karşısında fail, teşebbüs aşamasında kalan bu suçtan dahi sorumlu olmayacaktır. Fakat “tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde” fail “sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”. Örneğimizde failin sahte nüfus cüzdanı fotokopisi kullanmış olması nedeniyle evrakta sahtecilik suçundan sorumlu olacaktır.

Sahte belgeler ibraz ederek kredi başvurusu yaptıktan ve kredi tahsisi yapılarak, tahsis edilen paranın failin hesabına aktarılmasından sonra gönüllü vazgeçme mümkün değildir. Zira bu halde dolandırıcılık suçu tamamlanmış ve suçun neticesi de meydana gelmiştir. Failin hesabında bulunan ve her an üzerinde tasarruf etme imkânı bulunan paraya hiç dokunmamış olması sonucu değiştirmeyecektir. Bu halde failin yarar sağladığını ve bu yarara paralel olarak bankanın zarara uğradığını kabul etmek gerekir. Failin hesabına geçen usulsüz kredi miktarını, pişmanlık göstererek bankaya iade etmesi halinde, hakkında TCK'nın 168/1. maddesinde belirtilen etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir.

Dolandırıcılık suçunun iştirak halinde işlenmiş olması durumunda gönüllü vazgeçme hükümlerinden sadece aktif bir çaba içerisine girerek suçun oluşmasını veya neticenin meydana gelmesini engelleyen fail yararlanabilir. Zira gönüllü vazgeçme, cezayı kaldıran kişisel bir nedendir. İştirak halinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen kişi gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilir (TCK m. 41/1). Suçun, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenememiş olması veya gönüllü vazgeçenin bütün gayretlerine rağmen işlenmiş olması hallerinde de, ilgili şerik hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır (TCK m. 41/2)¹¹³¹.

¹¹³¹ Kanaatimizce, failin amaçladığı suç yolunda yürüdüğü bir sırada, amaç suçtan vazgeçmiş olması nedeniyle hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanıp ceza verilmemesine karşın, suç yolunda yürürken ihlal ettiği kanun maddelerinden sorumlu tutulması ve örneğimizde olduğu gibi amaçladığı suçtan daha ağır bir yaptırıma tabi tutulacak şekilde cezalandırılması, yasa koyucunun amacı ile uyumlu

Öğretide usul hilesi olarak isimlendirilen bir durumun varlığı halinde, hâkimi yanıltarak elde edilen ve hileli davranış içerisinde kullanılabilecek bir mahkeme kararının, ilgilisi tarafından kullanılmamış olması halinde eylem, dolandırıcılık suçuna teşebbüsü olarak nitelendirilmeyecektir. Zira dolandırıcılık suçunu işlemek amacıyla, hâkimin yanıltılarak usulsüz bir kararın alınmış olması tek başına dolandırıcılık suçunun hazırlık hareketi olarak kabul edilmelidir. Hazırlık hareketlerinin, aksine bir düzenleme olmadığı takdirde, cezalandırılmayacakları genel olarak kabul edilmektedir. Örneğin, eşi ve çocukları ile mutlu bir şekilde yaşayan bir kadının, vefat eden babasının emekli maaşından yararlanmak amacıyla, eşi ile anlaşmalı olarak boşanması, ancak boşanma kararını sigorta idaresine ibraz etmemesi halinde durum böyledir. Bu halde baştan itibaren kadının amacı, mahkemeyi yanıltarak elde ettiği boşanma ilamını sigorta idaresine ibraz edip idareyi yanıltarak, babasının emekli maaşından yararlanmaktır. Ancak mahkemeden boşanma ilamının alınması tek başına dolandırıcılık suçunun icra hareketleri olarak değerlendirilemez. Alınan bu karar sigorta idaresine teslim edildiği andan itibaren dolandırıcılık suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır. Bu ana kadarki davranışlar hazırlık hareketi olarak kabul edilmelidir.

III. SUÇA İŞTİRAK (KATILMA)

Ceza kanunlarında düzenlenen suç tipleri, yalnızca tek bir kişi tarafından işlenebileceği varsayımı ile düzenlenir. Oysa gerçek yaşamda suçlar çoğu zaman birden fazla kişinin katılımı ile işlenirler. Zira birden fazla kişinin katılımı suçun işlenmesini kolaylaştırmakta, faillerin daha kolay ve rahat hareket etmelerini sağlamaktadır. Bu durumda iştirak eden suç ortaklarının, işlenen suçtan dolayı ne şekilde cezalandırılacakları sorunu ile karşılaşılır. Bu sorunun çözümü bağlamında öğretide iki tür sistemin uygulanabileceği ileri sürülmüştür. *Teklik sistemine* göre, suçun işlenmesine nedensel katkıda bulunan herkes fail olarak sorumludur. Ancak verilecek ceza katkının ağırlığına göre belirlenmelidir. *İkilik sisteminde* ise, suçun asıl faili ile iştirak edenler arasında bir ayırım yapılmakta, suçun faili olarak kabul edilen kişi veya kişiler suçun tam cezasıyla

olmayıp, ceza adaleti açısından da uygun değildir. Böyle bir durumdan haberdar olan bir failin eyleminden gönüllü vazgeçmesi düşünülemez. Bu nedenle oluşabilecek sakıncaların önüne geçmek için, TCK'nın 158/1-j ve 245. maddelerinde olduğu gibi, korudukları hukuki yararlar benzer olan, bu nedenle birbirleri yerine uygulanma kabiliyetleri bulunan ve hafif cezayı gerektiren suçun oluşması için daha ağır olanının işlenmek zorunda kalındığı düzenlemeler tespit edilerek, hafif olanından vazgeçilmesi uygun olacaktır. Böyle bir düzenleme, uygulamada oluşacak tereddütleri de ortadan kaldıracaktır.

cezalandırılırken, diğer iştirak edenler için indirilmiş ceza uygulanmaktadır¹¹³². Yeni Ceza Kanunu, önceki düzenlemeye paralel şekilde, ikilik sistemini kabul etmiştir.

Bir kişi tarafından işlenebilen tek failli bir suçun, birden fazla kimseler tarafından işlenmesi halinde suça iştirakten bahsedilir¹¹³³. 765 sayılı TCK'da iştirak hükümleri asli ve ferî iştirak olarak ikili bir ayırım gözönüne alınarak düzenlenmişti (765 sayılı TCK m.64-66). Öğretide asli iştirak, asli maddi iştirak ve asli manevi iştirak olarak iki başlık altında incelenmekte; asli maddi iştirakte yine kendi içerisinde fiili irtikâp etme ve fiili doğrudan doğruya beraber işleme olarak ikili ayırma tabi tutulmaktaydı¹¹³⁴. 5237 sayılı TCK'da da iştirak hükümleri, önceki yasal düzenleme ile paralel şekilde ikili bir ayırım gözetilerek düzenlenmiş, ancak asli ve ferî iştirak kavramları terk edilmiştir (TCK m. 38-39).

Kanunda tanımlanan bir suçun işlenebilmesi için, kanun zorunlu olarak birden fazla kişinin fail olarak fiili gerçekleştirmesini zorunlu kılmış ise bu tür suçlara çok failli suçlar denilir¹¹³⁵. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m.220), kamu görevlilerinin iş bırakması (TCK m.260), rüşvet (TCK m.252) suçları çok failli suçlara örnek olarak gösterilebilir. Çok failli suç kavramı suça iştirakten farklıdır. Çok failli suçların tek fail tarafından işlenmesi olanaksızdır. Buna karşın tek failli suçların birden fazla failin katılımı ile işlenmesi mümkündür, ancak bu suçun işlenebilmesi için zorunlu değildir. Dolandırıcılık, çok failli suçlardan değildir.

Suçta iştirak kavramı, faillik yanında suç ortaklığını da içeren bir üst kavramdır. Faillik de kendi içerisinde tek başına faillik, müşterek (birlikte) faillik ve dolaylı faillik olarak üçe; suç ortaklığı ise azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılır¹¹³⁶. 5237 sayılı Yasa'da suça iştirak açısından faillik olarak kabul edilebilecek haller TCK m.37'de, suç

¹¹³² Dönmezer/Erman: Genel Kısım C.II, s.453-464; Mustafa Ruhan Erdem: "Yeni TCK'da Faillik Ve Suç Ortaklığı", Hukuki Perspektifler Dergisi, Aralık 2005, S. 5, s. 204.

¹¹³³ Faruk Erem: "Suça İştirak", AÜHFD, 1946, C.3, s. 66-67; Toroslu: Genel Kısım, s. 272; Koca/Üzülmez: s. 362; Köksal Bayraktar: Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul 1977, s. 15; Suça iştirak konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer/Erman: C.II, s. 437-538; Erem: Suça İştirak, s. 63-107; Türkan Yalçın Sancar: Çok Failli Suçlar, Ankara 1998; İzzet Özgenç: "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", SÜHFD, 1994, C.4, S. 1-2, s. 159-190.

¹¹³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer/Erman: Genel Kısım C.II, s. 518-533;

¹¹³⁵ Dönmezer/Erman: C.II, s. 437; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 430; Erdem: Faillik ve Suç Ortaklığı, s. 204; Çok failli suçlara "zorunlu iştirak" veya "zorunlu olarak çok failli suçlar" adı da verilmektedir (Sancar: Çok Failli Suçlar, s. 31 vd..)

¹¹³⁶ Erdem: Faillik ve Suç Ortaklığı, s. 204.

ortaklığı olarak kabul edilen azmettirme TCK m.38’de ve yardım etme ise TCK m.39’da düzenlenmiştir.

Dolandırıcılık suçu bağlamında ve ayrıntıya girmeden bu kavramları incelemeye çalışacağız.

A. Faillik (Doğrudan/Tek Başına-Müşterek/Birlikte-Dolaylı Fail)

Suç oluşturan bir fiili tek başına gerçekleştiren kişiye doğrudan fail denilir. Bir kişi tarafından gerçekleştirilebilen bir fiilin, birden fazla kişinin bilerek ve isteyerek katılımı ile işlenmesi halinde ise müşterek (birlikte) faillikten söz edilir. Birden fazla kişi arasında yapılan işbirliği ve yardımlaşma çerçevesinde fiilin gerçekleştirilmesi, işlenişini kolaylaştırmaktadır. Yasada tanımlanan eylemi gerçekleştiren ve haksızlığa neden olan kişi doğrudan (müstakil) fail, bir başkasına işleten dolaylı fail, suçu birlikte işleyenler ise müşterek (birlikte) fail olarak isimlendirilir¹¹³⁷.

TCK’nın 37. maddesinde müşterek faillik düzenlenmiştir. Buna göre “*Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu*”dur. Yeni sistemde “fiili birlikte gerçekleştiren kişiler” meydana gelen sonuçtan, yani suçtan müşterek olarak, aynı derecede sorumludurlar. Müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmek için, kişiler arasında birlikte suç işleme iradesinin bulunması ve bu irade doğrultusunda fiilin birlikte işlenmesi gerekir. Müşterek olarak alınan karar ve bu karar doğrultusunda gerçekleştirilen eylemler, müşterek failliği sonuçlayacaktır. Müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmek için, her failin suça katılımının aynı derecede ve yoğunlukta olması şart olmadığı gibi, fiili olarak suç yerinde bulunuyor olmaları da zorunlu değildir. Önemli olan husus, şeriklerin suça katkıların önemli ve neticeyi meydana getirmek açısından etkin olup olmamasıdır¹¹³⁸.

Dolandırıcılık suçunun tek bir kişi tarafından doğrudan işlenebileceği hususu tartışmasızdır. Zira uygulamada bu suç açısından asıl olan doğrudan failliktir. Bunun yanında söz konusu suçun birden fazla fail tarafından müşterek olarak işlenmesi de mümkündür. Birden fazla kişi, aralarında anlaşma ve iş bölümü yaparak dolandırıcılık suçunu işlemeyi kararlaştırabilir; rol paylaşımı doğrultusunda üzerlerine düşen

¹¹³⁷ Koca/Üzülmez: s. 367-368; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 278.

¹¹³⁸ Toroslu: Genel Kısım, s. 303; Erdem: Faillik ve Suç Ortaklığı, s. 207.

yükümlülükleri yerine getirerek suçu işleyebilirler. Örneğin, çiftçilik ile uğraşmayan ve tarlasına herhangi bir ürün ekmeyen A'ya, gübre ticareti ile uğraşan B'nin, A'nın devletten gübre destekleme primi almasını temin amacıyla, gerçekte fiilen satış yapmadığı halde, satış yapmış gibi göstererek sahte fatura düzenleyip A'ya vermesi, A'nın bu faturayı kullanıp resmi görevlileri aldatmak suretiyle tarlasına ekim yapan kişilere verilen destekleme primi yardımı almış olması halinde, A'nın işlediği nitelikli dolandırıcılık suçundan dolayı, B'nin de müşterek fail olarak sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Zira, işlenen dolandırıcılık suçu açısından A'nın eylemi kadar, B'nin eylemi de önemli ve gereklidir. A ve B, aynı amaç doğrultusunda davranışlarını gerçekleştirmişlerdir¹¹³⁹.

İştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için failin hareketinin hukuka uygun olmaması ve kusurlu olması gerekir. Bazı kişiler suçu bizzat işlemek yerine, kusur yeteneği bulunmayan veya hareketlerinde bir hukuka uygunluk nedeni bulunan kimseler üzerinde egemenlik kurup bunları araç olarak kullanarak, amaçladıkları suçun işlenmesini sağlayabilirler. Bu şekilde suç işlettiren kişilere dolaylı fail adı verilir. TCK'nın 37/2. maddesinde de belirtildiği üzere *“suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur”*. Dolayısıyla faillikte, azmettirmeden farklı olarak, fiili gerçekleştiren kişinin, suç işleme bilinç ve iradesi bulunmamaktadır. Araç olarak kullanılan kişinin, yani asli failin, meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaması için, hareketlerinin hukuka uygun olması ve kusurlu olmaması gerekir. Aksi halde azmettirmeden veya suça yardım etmeden bahsedilebilir ve sorumluluğu söz konusu olabilir.

B. Azmettirme

Azmettirme, suç işleme konusunda herhangi bir fikri olmayan bir kişinin, başkası tarafından suç işlemeye karar verdirilerek bir suçun işletilmesi halidir¹¹⁴⁰. Bu durum TCK'nın 38. maddesinde düzenlenmiş ve azmettirenin işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Azmettirme, niteliği gereği sadece kasten işlenen suçlar açısından söz konusu olabilir. Yine azmettirenin sorumlu tutulabilmesi için,

¹¹³⁹ Benzer yönde bir Yargıtay kararları için bkz. 11. CD., 07.04.2005, 14945/1735, 11. CD., 24.12.2003, 12877/9867 (Taşdemir: s. 75); Esnaf ve Sanatkarlar Odası sekreteri olan sanık, odaya kayıtlı olmayan diğer sanık Hasan'ın 1985 yılında Odaya kaydolduğuna ilişkin belge düzenlemiş ve 1985 yılına ait kayıt defterine bir kişinin adını silerek sanığın adını yazmıştır. Sanık Hasan bu belgeyle Bağkur'a başvurup aylıklık maaşı almıştır. Sanıkların iştirak halinde kamu kurumu olan Bağ-Kur'u dolandırmaktan cezalandırılmalarına karar verilmiş bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. (Bakıcı: Özel Hükümler, s. 223, dnp.46).

¹¹⁴⁰ Toroslu: Genel Kısım, s. 303; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 454.

amaçlanan suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir (TCK m.40). Aksi takdirde azmettirilenin sorumlu olmadığı bir fiilden dolayı, azmettirenin cezalandırılması yoluna gidilemez.

Anlatılanlar çerçevesinde dolandırıcılık suçu açısından azmettirme mümkündür. Yani, kişide başkalarını hileli davranışlar kullanarak aldatıp zarara uğratma ve bunun sonucunda yarar elde etme bilinç ve iradesi yok iken, kişi başkasının telkin ve yönlendirmesi ile dolandırıcılık suçu işleme kararı almış olabilir. Bu kapsamda azmettirenin güttüğü amaç önemli değildir. Önemli olan husus azmettirenin, fiili ve mağduru belirlemiş olmasıdır. Azmettirenin, telkinleri doğrultusunda dolandırıcılık suçunun işlenmesi durumunda, suçu işleyen asli fail ile birlikte azmettiren de aynı şekilde cezalandırılacaktır.

Azmettirenin kastettiği fiil ile asıl failin gerçekleştirdiği fiil aynı olmalıdır. Buna rağmen azmettirenin kastettiği fiil ile, asıl failin gerçekleştirdiği fiil farklı olabilir. Bu halde azmettiren, kastettiğinden daha azı gerçekleşmişse bundan, daha ağır gerçekleşmişse kastı doğrultusunda az olanından sorumlu tutulabilecektir¹¹⁴¹.

Azmettiren kişinin, azmettirme eylemi sonrasında da, azmettirilene yardım etmesi, suçun işlenişine katkıda bulunarak suçun işlenişini kolaylaştırması mümkündür. Bu halde azmettirenin sıfatı değişerek yardım eden statüsünü kazanamayacak, azmettirtmeden sorumlu tutulacaktır. Azmettirmenin, fiilin gerçekleştirilmesi aşamasındaki rolü nedeniyle suç işleme kastındaki yoğunluk gözönüne alınarak, bu husus cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında hâkim tarafından gözönüne alınabilecektir.

Azmettirilen kişi açısından cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenleri bulunabilir. Örneğin dolandırıcılık suçu açısından, fail ile suçtan zarar görenin aynı konutta birlikte oturan kardeş olmaları veya birbirleriyle eş olmaları mümkündür. Böyle bir halin tespiti durumunda TCK'nın 167/1. maddesi gereğince asıl faile ceza verilemeyecektir. Ancak azmettiren, azmettirilenin bu özelliğinden faydalanamayacak, meydana gelen suç açısından kendi kusuru doğrultusunda sorumlu tutulup cezalandırılacaktır (TCK m.40/1).

Asıl failin, azmettirenin yönlendirmesi doğrultusunda hareket etmesine karşın, suçun icra hareketlerine başlanamamış olabilir. Bu halde, azmettirilen fiil cezalandırılabilir

¹¹⁴¹ Koca/Üzülmez: s. 391; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 455; Erdem: Faillik ve Suç Ortaklığı, s. 212.

aşamaya gelmediğinden, asıl fail gibi azmettiren de cezalandırılmayacaktır. Sonuçsuz kalan bir azmettirmenin ceza mevzuatımız çerçevesinde cezalandırılma olanağı bulunmamaktadır¹¹⁴².

C. Yardım Etme

Suçun işlenmesinde doğrudan, dolaylı veya müşterek fail olarak yer almayan veya azmettiren olarak suça iştirak etmeyen bir kimsenin, işlenen bir suçun failini suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, suçun nasıl işleneceği hususunda faile yol göstermek, suçun işlenmesinde kullanılacak araçları temin etmek veya suçun işlenmesi sırasında katkıda bulunmak suretiyle suçun icrasını kolaylaştırması mümkündür (TCK m.39). Bu halde de kişinin, işlenen bir suça yardım etmesinden bahsedilecek ve meydana gelen sonuçtan sorumluluğu yoluna gidilecektir.

Yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilmek için, işlenen suçun kasten işlenen suçlardan olması ve ortada en azından teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun varlığı gerekir (TCK m.40). Suçun icra hareketlerine başlanmamış ise ve hazırlık hareketlerine yardım tek başına cezalandırılmıyorsa, işlenmesi düşünülen suçtan dolayı yardım edenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹¹⁴³.

Yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilmek için suça yardım etme bilinç ve iradesi, yani kast bulunmalıdır. Yardım edenin kastı, suçun tamamlanmasından önceki safhada yer almalıdır. Söz konusu kast hem asıl fiile ve hem de yardım niteliğindeki harekete yönelik olmalıdır. Yardım eden, kastı dışında kalan asıl failin fiillerinden dolayı sorumlu değildir¹¹⁴⁴.

Sadece dolandırıcılık suçundan elde edilen yarardan faydalanılmış olması, suça katılma olarak değerlendirilemez. Bunun yanında TCK'nın 39 ve 40. maddelerinde belirtilen şartların da gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak hileli davranışların gerçekleştirilmesine belirli rollerle katılan bütün failleri yardım eden olarak sorumlu saymak gerekir¹¹⁴⁵. Örneğin kredi almak için bankaya verilecek usulsüz belgelerin temin edilmesi halinde veya dolandırıcılık suçu işlemeyi kararlaştıran bir kişinin bu kararının

¹¹⁴² Erdem: Faillik ve Suç Ortaklığı, s. 212.

¹¹⁴³ Demirbaş: Genel Hükümler, s. 456-457; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 282.

¹¹⁴⁴ Erdem: Faillik ve Suç Ortaklığı, s. 214.

¹¹⁴⁵ Tercan/Erdem/Önok: s. 568; Öztürk/Erdem: Ceza Hukuku, s. 471; Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 472-473.

kuvvetlendirilmesi durumunda ya da hileli davranışların nasıl ve ne şekilde yapılacağı konularında yapılacak bilgilendirme ve yönlendirmelerde, dolandırıcılık suçuna yardım edildiğinden bahsedilebilir.

Suçta iştirak iradesinin, hileli davranışların gerçekleşmesinden önce ve en geç gerçekleşme anında bulunması gerekir. Suç tamamlandıktan sonra, failin elde ettiği yarardan faydalanılması halinde eylem dolandırıcılık suçuna iştirak değil, şartları oluştuğu takdirde TCK'nın 165. maddesinde tanımlanan suç eşyasını satın almak ve kabul etmek olarak nitelendirilecektir¹¹⁴⁶.

Uygulamada çoğunlukla bankayı temsile yetkili kişiler veya kurul üyeleri tarafından, hileli davranışlar sergilenmek suretiyle usulsüz kredi tahsis kararı alındığı durumlarda, genellikle bu kişi veya kişilerin eylemine katılan üçüncü kişiler bulunmaktadır. Üçüncü kişiler tarafından paravan olarak bir şirket kurulmakta, söz konusu şirket adına usulsüz kredi tahsis edilmektedir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin, banka görevlileri tarafından işlenen dolandırıcılık veya zimmet suçundan iştirak kuralları çerçevesinde sorumlu olacaklardır¹¹⁴⁷.

Banka görevlileri tarafından işlenen dolandırıcılık suçuna katılan üçüncü kişilerin asli fail olarak sorumlu tutulabilmeleri olanaklıdır. Buna karşın zimmet suçunda asli fail olmaları mümkün değildir. Zira Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu özgü suçlardandır. Söz konusu suçun faili, banka yönetim kurulu başkan veya üyeleri ile diğer mensupları olabilir. Özgü suçun işlenmesine iştirak eden ve özgü suçta faile ilişkin aranan hukukî niteliklere sahip olmayan kişiler, işlenen suç kapsamında azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler (TCK m.40/2).

IV. İÇTİMA

Kural olarak ceza hukukunda, her netice bağımsız bir suç anlamına gelir. Ancak yapılan bir hareketle birden fazla netice meydana gelebileceği gibi, yapılan birden çok hareketle bir netice de meydana gelebilir¹¹⁴⁸. Meydana gelen birden fazla neticenin ayrı birer suç olarak kabul edilip, her neticeye yaptırım uygulanması ve sonrasında cezaların toplanarak tek bir ceza haline getirilmesine gerçek içtima (cezaların içtimai) adı

¹¹⁴⁶ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 478.

¹¹⁴⁷ Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 466-467.

¹¹⁴⁸ Dönmezer/Erman: C.II, s. 373; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 468.

verilir. Bununla birlikte meydana gelen neticelerin, izlenen suç ve ceza siyaseti çerçevesinde, suçlardan birinin içerisinde birleşerek, tek bir netice kabul edilmesi haline ise suçların içtimaı adı verilir¹¹⁴⁹. TCK'nın 42. maddesinde tanımlanan bileşik suç, 43. maddesinde tanımlanan zincirleme suç ve 44. maddesinde tanımlanan fikri içtima kurumları, suçların içtimaı içerisinde değerlendirilir.

Failin birden fazla hareketinin birden fazla ihlale neden olmasına gerçek içtima (veya cezaların içtimaı) adı verilir¹¹⁵⁰. Bu halde fail, gerçekleşen her neticeden ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır. Gerçek içtima kurallarının uygulanabilmesi için önde gelen koşul, suçların içtimaı suretiyle (fikri içtima, zincirleme suç vs.) çeşitli suçların kaynaşarak birleşmemeleridir¹¹⁵¹. Ceza hukukunda gerçek içtima kural, suçların içtimaı ise istisnadır¹¹⁵².

Gerçek içtima, fikri içtima ve zincirleme suç kavramlarına ilişkin ayrıntılı açıklamaları, bu konuda yazılmış eserlere havale ederek; bu kurumların dolandırıcılık suçu açısından önemli olduğunu düşündüğümüz hususları açıklamaya çalışacağız.

A. Gerçek İçtima

Dolandırıcılık suçunun işlenmesi esnasında suç yolunda ilerleyen failin başkaca suçlar işlemesi olanaklıdır. Bu suçlar genellikle hileli davranışların oluşumu sırasında veya sonrasında işlenmektedir. Yani failin hileli davranışlarını oluşturması veya hileli davranışları sergileyiş şekli ayrı bir suç kapsamında değerlendirilebilir.

Dolandırıcılık suçu kapsamında gerçek içtima kavramını değerlendirmeden önce, 765 sayılı TCK dönemindeki uygulamasını incelemenin, konuyu daha iyi anlamak açısından faydalı olacağını düşünüyoruz. Bu nedenle önce 765 sayılı TCK dönemindeki uygulamaya kısaca bir göz attıktan sonra, 5237 sayılı TCK dönemindeki durumu izah etmeye çalışacağız.

¹¹⁴⁹ Dönmezer/Erman: C.II, s. 375; Koca/Üzülmez: s. 399; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 468; Mustafa Özen: Ceza Hukukunda Fikri İçtima, TBB Dergisi, 2007, S. 73, s. 132.

¹¹⁵⁰ Dönmezer/Erman: C.II, s. 375; Demirbaş: Genel Hükümler, s. 468.

¹¹⁵¹ Dönmezer/Erman: C.III, s. 100.

¹¹⁵² Koca/Üzülmez: s. 399.

1. 765 sayılı TCK Döneminde Dolandırıcılık Suçunda Gerçek İçtima Uygulaması

Dolandırıcılık suçunun işlenmesi sırasında, resmi evrakta sahtecilik suçu işlenmiş olabilir. Hileli davranış içerisinde kullanılan noter tarafından düzenlenmiş bir vekâletnamenin, sahte olarak düzenlenmiş olması veya tahrifat yapılarak sahte hale getirilmiş olması mümkündür. Düzenleme şeklindeki vekâletnameler resmi evrak niteliğindedir. Resmi evrakta sahtecilik suçu resmi bir belgenin sahte olarak düzenlenmesi ile tamamlanmış olur. Bunun için belgenin kullanımı zorunlu değildir. 765 sayılı TCK döneminde, böyle bir durumun varlığı halinde failin hem dolandırıcılık ve hem de resmi evrakta sahtecilik suçundan sorumlu olacağı hususunda gerek öğreti ve gerekse uygulamada herhangi bir tereddüt bulunmamaktaydı. Sorun, sahte olarak düzenlenmiş veya sahte hale getirilmiş özel evrakların kullanılarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde ortaya çıkıyordu. Bu durumda gerçek veya fikri içtima kurallarının uygulanıp uygulanamayacağı noktasında öğreti ve uygulamada farklı görüşler ileri sürülmüştü. Ancak genel olarak sahte özel evrakın kullanılmasıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesi durumunda failin, hem özel evrakta sahtecilik suçundan ve hem de dolandırıcılık suçundan sorumlu olması savunulmuştur¹¹⁵³.

Yargıtay bir kararında “sahte olarak düzenlenen belgenin, dolandırıcılık suçunun hile unsurunu oluşturması halinde, yasanın iki ayrı hükmünün, 345 ve 503. maddelerinin ihlal edilmesine karşılık tek eylem olduğundan failin (765 sayılı) TCK’nın 79.maddesi uyarınca cezalandırılması gerekir” demek suretiyle¹¹⁵⁴, sahte olarak düzenlenmiş özel evrakların, dolandırıcılık suçunun işlenmesinde kullanılmış olması halinde, fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Zira özel evrakta sahtecilik suçunun oluşması açısından, sahte olarak evrakın düzenlenmesi suçun oluşumu için yeterli olmayıp, ayrıca düzenlenen sahte evrakın kullanılmış olması gerekir (TCK m.207/1). Yargıtay kararını, özel evrakta sahtecilik suçunun bu özelliğini gözönüne alarak vermiştir.

¹¹⁵³ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 473, dpn.: 74; Erman: s. 552; Tümerkan: s. 111 vd.; Önder: Mala Karşı Cürümler, s. 388; Özgenç: Ekonomik Çıkar Suçları, s. 56.

¹¹⁵⁴ CGK., 30.05.1994, E. 1994/9-131, K. 1994/154 (Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 474; Erman: s. 546).

2. 5237 sayılı TCK Döneminde Uygulama

a. Sahtecilik Suçları Bağlamında

aa. Genel Olarak

Dolandırıcılık suçunun maddi unsurlarından biri olan hileli davranışlar, sahte olarak düzenlenmiş veya sahte hale getirilmiş belgelerden oluşabilir. Bu kapsamda düzenlenen sahte belge resmi olabileceği gibi özel de olabilir. Önceki yasal düzenleme döneminde tartışma konusu yapılan ve sahte bir belgenin hileli davranış olarak kullanılması durumunda, kullanılan sahte belgeden dolayı failin ayrıca sorumlu olup olmayacağına ilişkin tartışmalar, TCK'nın 212. maddesinde yer alan düzenleme karşısında sona erecektir. Bu maddeye göre; sahte resmî veya özel belgenin, dolandırıcılık suçunun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de dolandırıcılık suçundan dolayı faile ayrı ayrı ceza verilmesi gerekir. Yani failin sahtecilik oluşturan eylemleri ile dolandırıcılık suçu arasında gerçek içtima kuralları uygulanacaktır¹¹⁵⁵.

Açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suretiyle oluşturulan belgenin hileli davranış içerisinde kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi mümkündür. Örneğin, kendisine teslim edilmiş imzalı boş bir kâğıdı, bir borç senedi haline getiren kişi, bunu hileli davranış olarak kullanıp haksız bir yarar elde etmiş ise, işlemiş olduğu her iki eylemden dolayı ayrı ayrı sorumlu olur. İşlenen suçlardan biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olmadığından her iki suç arasında gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır¹¹⁵⁶.

bb. Parada Sahtecilik Eylemleri

TCK'nın 197. maddesinin 1. fıkrasında sahte parayı sahte olarak üretme, ülkeye sokma, nakletme, muhafaza etme veya tedavüle koyma; 3. fıkrasında ise sahteliğini

¹¹⁵⁵ 11. CD., 15.07.2009, E. 2009/4924, K. 2009/9576: Sanığın, yüklenen suçlardan mahkumiyetine karar verildiği 14.05.2007 tarihli hükmün sanık müdafii tarafından temyizi üzerine Dairemizde yapılan inceleme sonunda verilen 14.05.2008 gün ve 2008/891-4835 sayılı bozma ilamında; çek hesabının açtırıldığı 5 ayrı bankadan aldığı çekleri farklı tarihlerde ayrı mağdurlara sahte olarak keşide etmesi eyleminde mağdurlar çek hamilleri olduğundan, hamiller sayısınca resmi belgede sahtecilik suçları ve yine dolandırıcılık suçunun da mağdurları çek hamilleri olduğundan 124 ayrı mağdur sayısınca dolandırıcılık suçlarının gerçekleştiği gözetilmeden, banka sayısı kadar sahtecilik ve dolandırıcılık suçları oluştuğunun kabulüyle resmi belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarından 5 ayrı hüküm kurulması sonucu eksik ceza tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmayıp...”

¹¹⁵⁶ Faruk Erem: “Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması”, AÜHFD, 1956, C.13, S. 1, s. 29.

bilmeden kabul ettiği parayı bu niteliğini bilerek tedavüle koyma eylemleri cezalandırılmaktadır. Burada belirtilen paranın milli veya yabancı para olması önemsizdir. Önemli olan husus üzerinde sahtecilik yapılan paranın ülke içerisinde tedavüle bulunması ve kanunen geçerli bir para olmasıdır.

Sahte paranın tedavüle konulduğu sırada, bu kullanımın dolandırıcılık suçunun hileli davranış unsurunu oluşturması ve her iki suçun unsurlarının tamamlandığı durumunda, suçlar arasında gerçek veya fikri içtima kurallarının uygulanıp uygulanmayacağıının belirlenmesi önemlidir. Zira sahte paranın tedavüle konulması ile kişilerin aldatılması ve bunun karşılığında zararlarına olarak yarar elde edilmesi, sahte paranın tedavüle konulması suçunun tabiatı gereği sıkça rastlanan bir durumdur. TCK'nın 197/1 ve 3. fıkralarında tanımlanan sahte paranın tedavüle konulması suçunda, çoğu kez para tedavüle konulurken karşılığında yarar elde edilmektedir. Bu nedenle, sahte paraların tedavüle konulması eylemleri, aynı zamanda dolandırıcılık suçu kapsamında da değerlendirilebilecektir.

Bu konuda incelemeye geçmeden önce her iki suç ile korunan hukukî yararların bilinmesinde fayda vardır. Parada sahtecilik suçu ile ön planda tutulan hukukî menfaat kamusal güveni teminat altına almak, dolandırıcılık suçunda kişilerin malvarlıklarını muhafaza etmektir. Görüleceği üzere her iki suç arasındaki temel ayrım, korunan hukukî yararlar noktasındadır¹¹⁵⁷. Yapılacak değerlendirme ve tespitlerde bu hususun gözönüne alınması önemlidir.

Öğretide, parada sahtecilik suçu ile birlikte dolandırıcılık suçunun işlenmiş olduğu hallerde, her iki suç arasında fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği; zira failin, tek bir eylemi ile kanunun iki ayrı maddesinde tanımlanan suçun oluşmasına sebebiyet verdiği ve bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerektiği savunulmuştur. Buna göre sahte parayı bilerek tedavüle koyma suçu yanında dolandırıcılık suçunun işlendiği durumlarda faile TCK'nın 197/1. maddesinde belirtilen cezaî hükümler uygulanacaktır. Failin bilmeyerek aldığı sahte parayı, paranın bu özelliğini bilerek tedavüle koymak suçu ile birlikte dolandırıcılık suçunu işlediğinde, faile daha ağır cezaî hükümler içeren TCK'nın 157. maddesi hükümleri tatbik edilecektir¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁷ Tümerkan: s. 111.

¹¹⁵⁸ Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 466.

Sahte olarak oluşturulan resmi veya özel bir belgenin başka bir suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde gerçek içtima kurallarının uygulanması TCK'nın 212. maddesinin açık hükmünün gereğidir. Söz konusu hükmün parada sahtecilik suçları açısından uygulama yerinin olup olmadığı, tespiti ve incelemeye muhtaç bir durumdur. Maddenin lâfzî olarak yapılan yorum bizi, söz konusu düzenlemenin sadece sahte olarak düzenlenen resmi ve özel belgelerde uygulanması gerektiği sonucuna götürebilir. Zira maddede açıkça resmi belge ve özel belgede yapılan sahtecilikten ve bunların kullanımından bahsedilmiştir. Ancak yapılan böyle bir yorumun kanunun amacına ve düzenleniş yeri ve şekline uygun olmadığı kanaatindeyiz. Yasa koyucunun amacı sahte olarak oluşturulan belgelere duyulan güven nedeniyle, söz konusu belgelerin kullanılarak başkaca suçların işlenmesinin önüne geçmek; aksine davranan kişileri ise daha fazla bir cezaî yaptırıma maruz kılmaktır. Yasa koyucu “sahte resmî... belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması”ndan bahsetmiş (TCK m. 212), ancak bu ibarenin içeriği hakkında herhangi bir açıklığa yer vermemiştir. Bu ibarenin dar şekilde yorumlanarak, TCK'nın 204 maddesinde düzenlenen resmi belgede sahtecilik eylemine konu belgelerin anlatılmak istendiğini kabul etmek doğru değildir. Zira TCK'nın 204. maddesi resmi evrakta sahtecilik suçları açısından genel bir düzenlemedir. Yasa koyucu gerek TCK'da ve gerekse diğer özel ceza yasalarında resmi evrak niteliğinde bulunan belgelerde yapılan sahteciliği, arz ettikleri önemi gözönüne alarak daha ağır veya daha hafif şekilde cezaî yaptırıma tabi tutan düzenlemelere yer vermiştir. Merkez Bankası tarafından basılan paranın bir tür resmi belge olduğu tartışmasızdır. Yasa koyucunun TCK'nın 197. maddesinde parada sahtecilik suçunun ayrıca düzenlenmiş olması, paranın toplum hayatındaki önemi ve bu suçun işleniş şeklindeki özelliğidir. Yani parada sahtecilik de bir tür resmi belgede sahtecilik suçudur.

Yine TCK'nın 212. maddesinin düzenlenme yeri incelendiğinde, resmi ve özel evrakta sahtecilik suçları ile parada sahtecilik suçlarının da içerisinde bulunduğu “Kamu Güvenine Karşı Suçlar” başlığı altında yer aldığı ve bu suçlar açısından genel bir hüküm olduğu kabul edilmelidir.

Kanaatimizce, yapılan bu anlatımlar çerçevesinde sahte bir paranın hileli davranış içerisinde ve kişileri aldatacak şekilde piyasaya sunulması, aldanmış kişilerin zararına yarar elde edilmiş olması durumunda hem dolandırıcılık ve hem de parada sahtecilik suçunun birlikte işlendiğini kabul etmek gerekecektir. Sahte parayı piyasaya

süren kişinin, aynı zamanda sahte parayı oluşturan kişi olması halinde, tartışmasız olarak her iki suçun işlendiğini söylemek mümkündür. Bununla beraber sahte paranın tedavüle konulması suçunun faili, çoğu kez sahte parayı oluşturan kişiden farklı birisidir. Faildeki bu farklılık nedeniyle sahte paranın tedavüle konulması suçu ile birlikte dolandırıcılık suçunun aynı anda oluştuğunu söylemek kolay değildir.

Sahte paranın tedavüle konulması suçu, karşılığında zorunlu olarak yarar elde edilmesi gereken bir suç değildir. Fail, sahte olarak düzenlenen paraları, herhangi bir ekonomik yarar amacı gütmeksizin, ticari piyasanın düzenini etkilemek veya kamu düzenini bozmak maksadıyla da tedavüle koyabilir. Yine, sahte paraların tedavüle konulması hallerinin çoğunda, parayı kabul eden kişi paranın sahteliğini bilmekte, sahte paraları üzerinde yazılı değerden daha az bir tutara failden satın alarak, faile bir yarar sağlamaktadır. Yani failin yarar elde ettiği birçok durumda muhatap aldatılmamakta, fail ile ortaklaşa hareket etmektedir. Kısaca sahte paraların tedavüle konulması suçunda yarar elde etme ve muhatabın aldatılması zorunlu değildir.

Failin, genel bir kast yanında özel bir kast ile hareket ederek, sahte parayı tedavüle kayması; tedavüle koyma aşamasında bir kişinin sahte paralarla aldatılarak zararına olacak şekilde yarar elde edilmesi halinde, parada sahtecilik suçuna ek olarak dolandırıcılık suçu da oluşacaktır. Bu halde suçlar arasında gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır. Zira her iki suçun koruduğu hukuki menfaat ve bu suçların oluşma anları birbirlerinden farklıdır. Fail, bir eylemi ile aynı anda iki ayrı suçun oluşumuna sebebiyet vermiştir. Sahte parayı tedavüle koyma suçu, paranın sahteliğinin bilinerek piyasada tedavüle konulması ile tamamlanır. Ancak dolandırıcılık suçunun tamamlanması için aldatılan kişinin zarar görmüş ve buna paralel olarak fail veya başkasının yarar elde etmiş olması gerekir. Yine paraların resmi evrak niteliğinde olduğu ve TCK'nın 212. maddesi ile yasa koyucunun ulaşmak istediği amaç gözönüne alındığında failin her iki suçtan ayrı ayrı sorumlu tutulması gerekir.

“Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile millî ziynet altınları, para hükmündedir” (TCK m.198). Maddede sayılan değerlerin paraya eşit sayılmasının sebebi, herhangi bir devir ve ciro işlemine ihtiyaç duymaksızın para gibi kullanılmalarındaki kolaylık ve ekonomik hayat

için sahip oldukları önemlidir¹¹⁵⁹. Yukarıda parada sahtecilik için anlattığımız hususlar, belirtilen ekonomik değerler için de geçerlidir.

Doktrinde Dönmezer tarafından milli piyango biletleri üzerinde tahrifat yapılarak, piyango idaresinden para çekilmeye teşebbüs edilmesi durumunda dolandırıcılık değil, 3670 sayılı Kanun'un 12. maddesine¹¹⁶⁰ göre parada sahtecilik (765 sayılı TCK'nın 316/1, 5237 sayılı TCK'nın 197/1) suçunun oluşacağını belirtmiştir¹¹⁶¹.

Kanaatimizce böyle bir durumda, hem dolandırıcılık suçunun ve hem de parada sahtecilik suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Üzerinde tahrifat yapılan ve ibraz edildiği kişiyi aldatma niteliği bulunan, bu nedenle dolandırıcılık suçunun hileli davranış unsurunu oluşturabilecek bir biletin kullanılması dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilecektir. Fail ibraz ettiği hileli olarak oluşturulan bilet ile, sahte bilete karşılık gelen ikramiyeyi almış olması durumunda tamamlanmış, aksi durumda ise teşebbüs aşamasında kalmış dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulacaktır.

3670 sayılı Yasa'nın 12.maddesinde piyango idaresine ait malların devlet malı olduğu, bunlara karşı işlenen suçların devlet mallarına karşı işlenen suçlara karşılık suçlar gibi cezalandırılacakları belirtilmiştir. Yine aynı maddede piyango biletlerini taklit edenler veya bozanların devlet paraları hakkındaki cezaların uygulanması gerektiği belirlenmiştir. Bu düzenleme karşısında, piyango çekilişinde vaat edilen paranın, piyango idaresinin malı olduğu kuşkusuzdur. Bu paranın hileli davranışlar yapmak suretiyle alınması halinde, basit dolandırıcılık suçu değil, 3670 sayılı Yasa'nın 12.maddesi yollamasıyla, TCK'nın 158/1-e maddesinde belirtilen “kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak” işlenen nitelikli dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır. Zira piyango idaresi bir kamu kuruluşudur¹¹⁶². Bu kamu kuruluşuna ait olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmayan çekilişe konu

¹¹⁵⁹ Kubilay Taşdemir/Ramazan Özkepir: 5237 Sayılı TCK'da Açıklamalı-İçtihatlı Sahtekârlık Suçları, Ankara 2009, s. 143.

¹¹⁶⁰ 3670 sayılı Milli Piyango Teşkiline Dair Kanun'un 12. maddesi “*Piyango idaresine aid mallar Devlet malıdır. Bunları çalanlar, ihtilas edenler, zimmete geçirenler veya her ne suretle olursa olsun sui istimal edenler ve piyango biletlerini taklid ve tahrif edenler Devlet malları ve paraları hakkında ika olunan bu gibi suçlara müterettib cezalara tabidirler*” şeklindedir.

¹¹⁶¹ Dönmezer: Mala Karşı Cürümler, s. 472.

¹¹⁶² 4.4.1988 tarih ve 320 sayılı, 6.6.1988 tarih ve 19834 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 40. maddesi “İdare, bu Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenen ve saklı tutulan hükümler dışında özel hukuk hükümlerine tabi ve her türlü tasarrufa ehil, tüzel kişiliği haiz, bir kamu kuruluşudur” hükmü yer almaktadır. Söz konusu yasal düzenlemede Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü'nün tüzel kişiliğinin olduğu ve bir kamu kuruluşu niteliğinde bulunduğu açıkça belirtilmiştir.

paranın hileli davranışlar kullanılıp, kurum görevlilerinin aldatılması suretiyle elde edilmiş olması durumunda nitelikli dolandırıcılık suçu oluşacaktır.

Belirtilen bu gerekçeler doğrultusunda, düşüncemize aykırı olarak verilen “*Sanığın şikâyetçiye sahte para verip aldatarak koyunlarını satın aldığı, şikâyetçinin zararına olarak kendisine yarar sağladığı, dolayısıyla dolandırıcılık suçunun sahte parayı tedavüle koyma suçunun unsuru olduğu gözetilmeden, ayrıca dolandırıcılık suçundan da ceza tayini bozmayı gerektirmiştir*” şeklindeki Yargıtay kararının doğru olmadığı kanaatindeyiz¹¹⁶³.

cc. Türk Ceza Kanunu’nun Sahtecilik Suçları İçin Öngördüğü Gerçek İçtima Hükümlerinin Dolandırıcılık Suçları Bağlamında Eleştirisi

Dolandırıcılık ve sahtecilik suçları Yasa koyucu tarafından farklı hukukî yararları korumak amacıyla düzenlenen suç tipleridir. Her iki suçun unsurları da birbirinden farklıdır. Bundan dolayıdır ki yasa koyucu, suç ve ceza politikası çerçevesinde, malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında yer alan dolandırıcılık eylemleri için öngörülen “etkin pişmanlık” vb. düzenlemeler, kamu güvenine karşı işlenen suçlar sistematığında yer alan sahtecilik suçları için öngörülmemiştir.

Bununla birlikte yasa koyucu, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesini (TCK m. 159) ve bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla sahtecilik suçunun işlenmesi hâlini her iki suç açısından daha az cezayı gerektiren bir durum olarak öngörmüş; böyle bir durumun varlığı halinde eylemin soruşturulması ve kovuşturulması dolandırıcılık suçu açısından şikâyete tabi kılınmasına karşın, sahtecilik suçu açısından böyle bir şarta yer verilmemiştir.

Dolandırıcılık suçunun unsurunu oluşturan ve bu suça rengini veren hileli davranışların oluşturulması noktasında çoğu kez sahte olarak düzenlenmiş veya daha sonra bu hale getirilmiş belgeler kullanılmaktadır. Birçok durumda sahtecilik suçunun işlenmesi, dolandırıcılık suç ile tamamen özdeş bir görünüm arz etmektedir. Şöyle ki, fail, hileli davranışlarını kurgularken düzenlediği sahte belgeler, hileli davranışın özünü yani bu unsurun tamamını oluşturmaktadır.

¹¹⁶³ 8.CD., 22.02.2007, E. 2006/10720, K. 2007/14582 (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

Yukarıda da değinildiği üzere dolandırıcılık suçu bileşik/mürekkep bir suç değildir. Bu nedenle suçun tanımında sahtecilik suçları dolandırıcılık suçunun bir unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak öngörülmemiştir. Dolandırıcılık suçunun işlenmesi sırasında sahtecilik suçları da irtikâp edilmiş ise, TCK’nın 212. maddesi uyarınca fail her iki suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Failin dolandırıcılık suçunu işlemek amacıyla hileli davranışlarını oluşturduğu aşamada sahte belgeleri kullanması halinde, çoğu kez asıl amacı sahtecilik suçunu işlemek olmayıp, dolandırıcılık suçunu işlemeyi hedeflemektedir. Fail sahtecilik suçunu, amaç suç olarak işlemeyi kararlaştırdığı dolandırıcılık suçunun bir vasıtası olarak düşünmekte ve bu doğrultuda kullanmaktadır¹¹⁶⁴. Bu tür durumlarda suç ve ceza politikası çerçevesinde failin her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılmasının uygun olup olmadığı tartışılmalıdır.

Failin dolandırıcılık suçunun yanında sahtecilikten de cezalandırılması durumunun “ne bis in idem” ilkesine aykırı olduğu düşünülebilirse de, teknik anlamda bu söz konusu değildir. Zira bu ilkenin geçerli olabilmesi için failin her iki suç açısından gerçekleştirdiği icra hareketlerinin aynı olması gereklidir. Dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarının icra hareketlerinin birbirinden farklı olduğu ilkesel olarak söylenebilir. Buna karşın geniş şekilde düşünüldüğü takdirde ve dolandırıcılık suçunun yasal tanımında yer verilen “hileli davranış” tanımı içerisinde sahtecilik suçunun da mündemiç olduğu kabul edildiği takdirde, faile “ne bis in idem” prensibi uyarınca sahtecilik suçu nedeniyle ayrıca ceza verilmemesi gerektiği ileri sürülebilir. Böyle bir ihtimal gerçekleştiğinde hâkim, TCK’nın 61. maddesi bağlamında failin eyleminin nitelendirilmesine paralel olarak, dolandırıcılık suçunun cezasının bireyselleştirilmesi aşamasında sahtecilik suçunun işlenmesini de nazara alarak failin kastının yoğunluğu ve eyleminin ağırlığına göre cezanın alt ve üst sınırları arasında bir belirleme yapma yolunu seçebilecektir¹¹⁶⁵.

Yasa koyucu dolandırıcılığında içerisinde bulunduğu malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından, mağdurun zararının tazmini ile ilgili olarak failleri teşvik etmek, faillerin yeniden suç işlemelerinin önüne geçmek ve onları topluma kazandırmak açısından TCK’nın 168. maddesinde etkin pişmanlık hükümleri öngörmüştür. Failin soruşturma veya kovuşturma aşamasında gösterdiği pişmanlığa göre cezasında belirli oranlarda indirim

¹¹⁶⁴ Ersan Şen: “Etkin Pişmanlığın Dolandırıcılıkta Kullanılan Sahteciliğe Etkisi”, www.adalet.org (E.T. 03.12.2013).

¹¹⁶⁵ Şen: www.adalet.org (E.T. 03.12.2013).

yapılması olanağı bulunmaktadır. Aynı olanak sahtecilik suçları açısından mevcut değildir. Şöyle ki fail dolandırıcılık suçunu işlemek açısından sahtecilik suçu işlemiş ve sonradan etkin pişmanlık göstererek mağdurun zararını karşılamış ise, hâkim, sadece dolandırıcılık suçunun cezasından belirtilen miktarlarda indirim yapabilecek, buna karşın sahtecilik suçunun cezasına ilişkin herhangi bir indirimde gidemeyecektir. Yani dolandırıcılık için öngörülen indirim, bu suçun işlenmesi için vasıta olarak kullandığı sahtecilik açısından uygulanamayacaktır.

Bu durumun etkin pişmanlık hükümleri ile hedeflenen gayeye uygun olmadığı ve ceza adaletine aykırı olduğu açıktır. Zira Yasa koyucunun hedefi işledikleri dolandırıcılık eylemleri nedeniyle bizzat göstererek, onarıcı adalet çerçevesinde mağdurun zararını karşılamaları noktasında failleri teşvik etmektir. Yasa koyucu öngörmesine rağmen çoğu kez faillerin gerçekten pişmanlık duyup duymadıklarını ölçmek ve ispatlamak olanaklı değildir. Bir kısım sahtecilik suçları için öngörülen cezai müeyyidenin bizatihi ağırlığı nazara alındığında, faillerin karşılaştıkları yaptırımlar nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanma konusunda eğilim göstermeyecekleri açıktır.

Dolandırıcılık suçu ile çok sıkı bir ilişki içerisinde bulunan ve çoğu kez bu suçun özünü oluşturan sahtecilik eylemleri arasında gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasının Yasa koyucunun suç ve ceza politikası açısından uygun olmadığını ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğunu; bu sakıncaların önüne geçmek açısından dolandırıcılığın sahtecilik sayılabilecek eylemler gerçekleştirilerek işlenmesi halinin suçun nitelikli halleri arasında sayılarak buna yönelik bir yasal düzenleme yapılmasının uygun olacağını ve sakıncaları bertaraf edebileceğini düşünüyoruz.

b. Bilişim Suçları Bağlamında

Dolandırıcılık suçunun işlenmesi sırasında, zorunlu olmamakla birlikte, bilişim suçunun işlenmesi mümkündür. Gerçekten failin aldatılması için hazırlanan hileli davranışlar, bilişim sistemlerine müdahale edilmek suretiyle oluşturulabilir. Bu halde fail, amaçladığı dolandırıcılık suçunu işlemek açısından, zorunlu olarak bilişim suçlarından birini işlemek zorunda kalacaktır. Bu halde dolandırıcılık suçu ile bilişim suçu arasında içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu izaha muhtaçtır.

TCK'nın 42. maddesinde mürekkep (bileşik) suçun tanımı yapılmış ve biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan mürekkep suçlarda içtima hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiş; madde gerekçesinde ise asıl suçu oluşturan araç suçtan dolayı faile ayrıca ceza verilmeyeceği belirtilmiştir.

Dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği TCK'nın 158/1-f-son maddesi incelendiğinde *“Dolandırıcılık suçunun bilişim sistemlerinin... araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi hâlinde, iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur... (bu) hâllerde hapis cezasının alt sınırı üç yıldan, adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz”* hükmünün yer aldığı görülecektir. Söz konusu düzenleme incelendiğinde, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasına yer verilmiştir. Yani, nitelikli halin gerçekleşmesi açısından bilişim suçu oluşturacak fiillerin işlenmesi mümkün ancak zorunlu değildir. Zira herhangi bir bilişim suçu işlenmeden de, bilişim sistemlerinin dolandırıcılık suçlarının işlenmesi sırasında araç olarak kullanılması olanaklıdır.

Bu halde, bilişim suçlarının dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin gerçekleşmesi bakımından bir unsur veya ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilemez. Yani dolandırıcılık suçunun bu nitelikli hali, bilişim suçu ile birleşerek oluşan mürekkep bir suç değildir. Kanaatimizce, açıkladığımız bu gerekçeler doğrultusunda TCK'nın 42. maddesindeki hüküm burada uygulama alanı bulmayacak ve bilişim suçu ile dolandırıcılık suçu arasında içtima hükümleri uygulanabilecektir. Belirlenmesi gereken husus her iki suç arasında gerçek içtima kurallarının mı, yoksa fikri içtima kurallarının mı uygulanacağıdır.

Kanaatimizce, dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin işlenmesi sırasında, zorunlu olmamasına rağmen, bilişim suçu işlenmiş ise, her iki suç arasında gerçek içtima kurallarının uygulanarak, failin gerçekleşen her iki sonuçtan dolayı sorumluluğu yoluna gidilmelidir. Dolandırıcılık suçunun işlenmesi açısından hayati bir öneme sahip olan ve bu suçu diğer suçlardan ayıran “hileli davranışlar”ın oluşturulması sırasında bilişim suçları işlenmiş olabilir. Ancak “hileli davranış” kavramı geniş bir çerçevede algılanmalı, oluşum aşaması yanında, bunu takip eden muhataba karşı yöneltilmesi sürecini, bu süreçte yapılan diğer söz ve hareketleri de kapsar şekilde anlaşılmalıdır. Yani bilişim sistemlerine müdahale etmek suretiyle oluşturulan yeni durum, dolandırıcılık suçunun hazırlık hareketleri olarak kabul edilmelidir. Bu hareketler muhataba yöneltilmediği sürece

dolandırıcılık suçunun icrasına başlandığından söz edilemez. Böyle bir durumda bilişim suçunun unsurları gerçekleşmiş olmasına karşın, teşebbüs aşamasında kalan bir dolandırıcılık suçundan bahsedilemeyecektir. Bu nedenle bilişim suçları dolandırıcılık suçunun unsuru olarak kabul edilemez.

Bilişim suçunun mağduru ile dolandırıcılık suçunun mağduru aynı kişi olabileceği gibi farklı kişiler de olabilir. Zira verileri bozulan, yok edilen, değiştirilen veya erişilmez kılınan, içerisine veri yerleştirilen, var olan verileri değiştirilen, içerisindeki verileri başka yere gönderilen bilişim sisteminin sahibi ile, bu şekilde müdahaleler ile oluşturulan bilişim sisteminin hileli davranış olarak kullanılarak aldatılan ve buna paralel zararına olacak şekilde yarar sağlanan kişi farklı olabilir. Mağdurların farklı olması durumunda, failin her iki suçtan ayrı ayrı sorumlu olması gerektiği daha anlaşılır gözükmemekte iken; mağdurların aynı olması halinde bu sonuca varmak çok kolay olmamaktadır. Bilişim suçu ve dolandırıcılık suçu ile korunan hukukî menfaatlerin arasındaki farklılık gözönüne alındığında, dolandırıcılık suçunun işlenmesi amacıyla bilişim suçunun işlenmiş olması halinde, her iki suç arasında gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiğini düşünüyoruz.

Bilişim suçu ile dolandırıcılık suçu arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının hakkaniyete uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Şöyle ki, nitelikli halin gerçekleştirilmesi açısından zorunlu olmamasına rağmen, bilişim suçu olarak değerlendirilebilecek fiilleri gerçekleştiren ve bu şekilde dolandırıcılık suçunu işleyen bir kişi ile; bilişim sistemine herhangi bir müdahalede bulunmadan, sadece bu sistemi araç olarak kullanarak dolandırıcılık suçunu işleyen kişinin aynı şekilde cezalandırılması adil değildir.

B. Fikri İçtima

Fail, işlediği bir fiil ile birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet verebilir. Bu halde fiil tek olmasına karşın ortada birden fazla suç söz konusu olacaktır. Failin meydana gelen birden fazla suçun tamamından sorumlu olup olmayacağı hususu fikri içtima hükümlerine göre çözümlenecektir. Fikri içtima hükümlerine göre, tek bir fiil ile birden fazla suç oluşmuş ise fail, suçlardan en fazla cezayı gerektireni ile sorumlu tutulacaktır (TCK m.44). Fikri içtima hükümlerinin uygulanabilmesi için failin tek olması, fiilin meydana gelen suçlar açısından aynı olması ve ortada unsurları gerçekleşmiş birden fazla

suçun bulunması, bu suçlar arasında eski-yeni ve özel-genel kanun ilişkisinin bulunmaması gerekir¹¹⁶⁶.

Parada sahtecilik suçu ile dolandırıcılık suçu arasında fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği öğretide savunulmuş ise de¹¹⁶⁷; yukarıda belirttiğimiz gerekçeler doğrultusunda bu görüşün her ihtimalde geçerli olmadığını, bazı hallerde iki suç arasında gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiğini düşünüyoruz¹¹⁶⁸.

Yukarıda inceleme konusu yaptığımız üzere, bilişim sistemi araç olarak kullanılmak suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi sırasında, zorunlu olarak bilişim suçlarından biri veya birkaçı işlenmiş olabilir. Bu halde ortada dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin yanında, bilişim suçlarının da varlığı söz konusu olacaktır. Yasa koyucu böyle bir ihtimalin gerçekleşebileceğini öngörerek, TCK'nın 244/4. maddesinde özel bir fikri içtima düzenlemesi yapmıştır. Dolandırıcılık suçunun yanında, aynı eylem ile bilişim suçları işlenmiş ve bu suç nedeniyle failin veya başkasının yarar temin etmiş olması durumunda fail, sadece dolandırıcılık suçunun nitelikli halinden sorumlu olacaktır. Zira yasa koyucu bilişim sistemini araç olarak kullanılmak suretiyle kişilerin aldatılıp, zararlarına olacak şekilde yarar elde edilmesini ayrı bir hüküm ile ve daha ağır bir şekilde yaptırıma bağlamıştır.

TCK'nın 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık ve TCK'nın 250/2-3 maddelerinde düzenlenen irtikâp suçları karşılaştırıldığında her iki düzenlemede yer alan suç unsurlarının birbirleri ile hemen hemen aynı oldukları, buna karşın cezaî yaptırımlarının farklı olduğu ilk bakışta görülecektir. Dolandırıcılık suçunun basit halini düzenleyen TCK'nın 157 maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçu nedeniyle faile bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası verileceği belirtilmiş iken; TCK'nın 250/2 maddesinde belirtilen irtikâp suçu için faile üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verileceği, 3. fıkrasında ise söz konusu suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenilmiş olması hâlinde bu cezanın bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olacağı düzenlenmiştir.

¹¹⁶⁶ Kayıhan İçel: "Fikri İçtima Üzerinde Bir İnceleme", İHFM, C. XXX, S. 1-2, s. 182-188; Fikri içtima konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. İçel: Suçların İçtimai, s. 57-87.

¹¹⁶⁷ Gündel: Dolandırıcılık suçları, s. 466.

¹¹⁶⁸ Yukarıda bkz. Beşinci Bölüm, IV, A, 2, a, bb.

Bu halde kamu görevlisinin, görevinin kendisine sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle işlediği dolandırıcılık suçunun, basit dolandırıcılık derecesinde kaldığı durumda, yasa koyucunun kurguladığı ceza adaleti sistemi amacına uygun olarak işleyecek ve bir tezada sebebiyet vermeyecektir. Sorun, kamu görevlisi olan failin eyleminin aynı zamanda TCK'nın 250/2 ve 158. maddelerinde belirtilen suçları veya 250/3. maddesinde belirtilen suç ile birlikte 157 veya 158. maddelerinde belirtilen suçları oluşturması halinde ortaya çıkacaktır. Bu sorunun çözümü üzerinde durulmalıdır.

Bu konuda yukarıda açıklamalarda bulunduğumuzdan ¹¹⁶⁹, burada fazla ayrıntıya girmeden sorunun fikri içtima kuralları çerçevesinde çözülmesi gerektiğini ve failin, eylemi aynı zamanda TCK'nın 250/3 ile 157 ve 158. maddelerinde tanımlanan suçları oluşturuyorsa 157/1. ve 158. maddeler uyarınca; eylem TCK'nın 158/1. maddesinin e,f ve j bentlerinde sayılan nitelikli hallerden biri ile TCK'nın 250/2. maddesinde tanımlanan suçları oluşturuyorsa TCK'nın 158. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiğini düşündüğümüzü belirtmekle yetinelim.

Sahte belgelerle bankaya başvurularak sahte kredi kartı alınıp, bu kart kullanılarak yarar elde edildiği takdirde eylem, TCK'nın 245/3. maddesinde tanımlanan ve dört yıldan sekiz yıla kadar cezayı gerektiren suça neden olacaktır. Bu eylem ile faile, banka tarafından tahsis edilmemesi gereken bir kredinin tahsis edilmesi sağlanmış olduğundan TCK'nın 158/1-j maddesindeki dolandırıcılık suçunun nitelikli hali de gerçekleşecektir. Zira kredi kartı tahsisi ile faile, kart tutarı kadar, failin herhangi bir zamanda üzerinde tasarruf imkânının bulunduğu bir kredi tahsis edilmektedir. Bu suçun cezası ise üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve adli para cezasıdır. Her iki suç da hileli davranışlar kullanılarak sahte kredi kartının düzenlenmesinin sağlanıp teslim alınması ile değil, bu kart hesabına tahsis edilen kredinin kullanılmasıyla tamamlanacaktır. Failin hileli davranışlar kullanmak suretiyle adına kredi tahsisi ve bunu kullanmak amacıyla sahte kredi kartı düzenlettirmesi ve bunun ile yarar sağlaması fiili ile kredi kartının kötüye kullanılması suçu ve nitelikli dolandırıcılık suçları oluşacaktır. TCK'nın 245/3. maddesinde belirtilen “failin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturması” şartı gerçekleşmediğinden, her iki suç arasında fikri içtima kuralları uygulanacak ve daha ağır cezaî yaptırımını içeren TCK'nın 245/3. maddesine göre eylem cezalandırılacaktır.

¹¹⁶⁹ Yukarıda bkz. Dördüncü Bölüm, V, B. 2.

Yargıtay'ın aksine kararları bulunmasına karşın¹¹⁷⁰, vermiş olduğu son kararlarına yansıyan düşüncesi de bu yöndedir¹¹⁷¹.

C. Zincirleme Suç

1. Genel Açıklamalar

Zincirleme suça ilişkin düzenleme TCK'nın 43. maddesinde yapılmıştır¹¹⁷². Buna göre *“bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir”*. Zincirleme suç hükümleri açısından bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için failde bir suç işleme kararı bulunmalı ve fail eylemlerini aynı suç işleme kararı kapsamında aynı kişiye karşı icra etmelidir. Buna ek olarak, aynı suç işleme kararı kapsamında gerçekleştirilen eylemlerin, gerçekleştirildikleri zaman dilimlerinin birbirlerinden farklı olması gerekir. Eylemler arasında zaman açısından birlik bulunması halinde eylemin farklılığından ve çokluğundan bahsetmek olanaklı değildir. Bu halde fail tarafından, aynı zaman dilimi içerisinde tek bir suç işlenmiş sayılacaktır. Aynı suçun gerçekleştirilmesi amacı ile peş peşe gerçekleştirilen

¹¹⁷⁰ 11. CD., 02.07.2007, E. 2007/4211, K. 2007/4564: “T.Ç’ a ait nüfus cüzdanına kendi fotoğrafını yapıştırarak oluşturduğu sahte kimlik ile bankaya başvuruda bulunarak kredi kartı alan sanığın eyleminin, 5237 Sayılı TCK. nun 158. maddesinde (765 Sayılı TCK. nun 504/1 md) düzenlenen “açılmaması gereken kredinin açılmasını sağlamak” suçunu oluşturduğu, banka tarafından basımı yapılan kredi kartının, aynı kanunun 245/3. maddesi anlamında sahte oluşturulmuş kredi kartı niteliğinde olmadığı gözetilerek, (...) sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK. nun 245/3. maddesindeki suça tekabül ettiğinin kabulüyle yapılan karşılaştırma sonunda 765 Sayılı TCK. nun lehe olduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması” (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

¹¹⁷¹ Bakıcı: Özel Hükümler, s. 466; CGK., 27.05.2008, E. 2008/11-87, K. 2008/150: “Sanığın ele geçirdiği başkasına ait nüfus cüzdanını kullanarak banka görevlilerince basımını sağladığı kredi kartı "sahte oluşturulan" kart niteliğinde olup bu kartın kullanılması suretiyle kendisine haksız yarar sağlaması eylemi daha ağır cezayı gerektiren başka bir suçu oluşturmadığından 5237 sayılı Yasanın 245/3.maddesinde düzenlenen suçu oluşturmaktadır. Burada sanığın eyleminin TCY'nın 158/1-j maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği düşünülebilir ise de, yasa koyucunun banka ve kredi kartları için getirdiği ve miktar olarak daha ağır cezayı gerektiren özel düzenleme nedeniyle bu maddenin olayda uygulanma yeri bulunmamaktadır.”

¹¹⁷² Zincirleme suç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Türkan Yalçın Sancar: Mütessesil Suç, Ankara 1995; İçel: Suçların İctimai, 87-167; Türkan Yalçın Sancar: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda “Zincirleme Suç”, TBB Dergisi, 2007, S. 70, s. 244-259.

hareketlerdeki çokluk zincirleme suçu vücuda getirmez¹¹⁷³. Zira hareketler çok olmakla birlikte, aralarındaki zaman aralığı çok kısadır¹¹⁷⁴.

Yasa koyucu failin eylemlerini değişik zamanlarda gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiş, ancak buna ilişkin herhangi bir belirleme yapmamıştır. Kanaatimizce “değişik zamanlar” ibaresinden anlaşılması gereken, failin aynı suç işleme kararı doğrultusunda hareket ettiği, ancak aralarında yeni bir suç işleme kararının oluşması için yeterli bir sürenin bulunmadığı zaman dilimi anlaşılmalıdır. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi açısından “değişik zamanlar” şartının gerçekleşip gerçekleşmediği hakim tarafından her olay açısından ayrı ayrı incelenerek, değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Fail tarafından aynı suç işleme kararı kapsamında, değişik zamanlarda gerçekleştirilen eylemlerin aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. Eylemlerin farklı kişilere karşı gerçekleştirilmiş olması durumunda, failin eylemleri hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanmayıp, mağdur sayısınca suçun işlendiğini kabul etmek gerekecektir. Bu genel kuralın istisnası TCK’nın 43/2. maddesinde “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille¹¹⁷⁵ işlenmesi durumunda da” zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı şeklinde belirtilmiştir.

2. Dolandırıcılık Suçu Açısından Zincirleme Suç Hükümlerinin Değerlendirmesi

Dolandırıcılık suçu zincirleme olarak işlenebilir. Bir kişinin hileli davranışlarını aynı suç işleme kararı kapsamında, değişik zamanlarda aynı kişiye yöneltmek suretiyle, muhatabın aldatılarak her defasında yarar temin edilmesi halinde,

¹¹⁷³ Sancar: Mütelsil Suç, s. 63; Sancar: Zincirleme Suç, s. 249; Ömer Keskinsoy: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Mütelsil Suçla Alakalı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, S. 61, 2005, s. 344.

¹¹⁷⁴ Sancar: Mütelsil Suç, s. 63; İçel: Suçların İçtimai, s. 110-130; Sancar: Zincirleme Suç, s. 250-252; CGK., E. 2010/11-249, K. 2011/24: “Sivas İli Kangal İlçesinde kuyumculuk yapan, bu ilçeye bağlı Arpalı Köyünde geniş miktarda arazileri bulunan ve belirli bir miktardaki arazisi için doğrudan gelir desteğinden (DGD) yararlanan sanığın, destek alamayacağı arazilerini, o köyde oturmeyan ve çiftçilik yapmadıkları saptanan diğer sanıklara adi senetler düzenlemek suretiyle satmış gibi gösterdiği, gerekli belgelerin tamamlanarak doğrudan gelir desteği almak için Kangal İlçe Tarım Müdürlüğüne değişik tarihlerde yapılan başvuru üzerine, banka hesaplarına doğrudan gelir desteği kapsamında 2002 yılı Aralık ayı içinde toplam 16.065.000.000 Liranın yatırıldığı ve bankaya yatırılan paranın tamamının bu kişilerden daha önceden alınan vekâletnameler ile sanık tarafından değişik zamanlarda çekildiği konularında anlaşmazlık bulunmayan olayda; dolandırıcılık suçlarının, aynı suç işleme kararı altında, aynı mağdura karşı ve değişik zamanlarda işlenmiş olması karşısında sanık hakkında 5237 sayılı TCY’nın 43/1. maddesinin uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” (YKD, Ağustos 2011).

¹¹⁷⁵ Maddede geçen “fiil” kavramının kullanımının yanlışlığı ve bunun yerine “hareket” kavramının kullanılması gerektiği hususunda bkz. Toroslu: Genel Kısım, s. 315.

eylemler arasında zincirleme suç hükümleri uygulanarak kişiye tek ceza verilip, cezasında artırımı gidilecektir. Örneğin, eczacı olan bir kişinin, eczanesine getirilen reçeteler üzerinde tahrifat yapmak suretiyle, reçetelere fazladan ilaç ekleyip, eklenen ilaçların satılmış gibi gösterilerek, Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat edip, ilaçların bedellerini tahsil etmek istemesi ve bu eylemlerinin kesintisiz olarak belirli bir süre içerisinde süreklilik arz etmesi halinde, fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Zira fail aynı suç işleme kararı kapsamında, yani kamu kuruluşlarından haksız yarar elde etmek amacıyla hareket etmekte; hileli davranış oluşturabilecek sahte reçeteler oluşturmak suretiyle, değişik zamanlarda, aynı kamu kurumuna karşı dolandırıcılık suçu işlemektedir¹¹⁷⁶. Bununla birlikte failin aynı suç işleme kararı ile değil de, yenilenen suç kastı kapsamında birden fazla dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilebilecek eylemlerde bulunması halinde, bu fiillerin farklı suçlara sebebiyet verdikleri kabul edilip ayrı ayrı cezalandırılacaklardır¹¹⁷⁷.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi açısından mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya tüzel kişi olması önemli değildir. Önemli olan, aynı suç işleme kararı kapsamında ve değişik zamanlarda, bir kişiye karşı, aynı suçun temel şekli veya nitelikli hallerinin birden fazla kez işlenmiş olmasıdır¹¹⁷⁸. Örneğin tüzel kişiliğe sahip bir bankanın çeşitli yerlerinde bulunan şubelerine, değişik zamanlarda, kredi tahsisi sağlamak amacıyla usulsüz belge ve bilgiler ibraz edilmek suretiyle yarar sağlanmaya çalışılması

¹¹⁷⁶ CGK, 03.07.2001, E. 2001/6-149, K. 2001/154: “İki aylık sürede düzenlenen onyediyedi adet reçetede tahrifat yapılarak, reçetelere fazladan ilaç eklendiği ve kupürlerin reçetelerin arkasına yapıştırıldığı, sanığın bu durumu bilerek ilaçların bedelini mal müdürlüğünden tahsil ettiği anlaşıldığına göre, eylem kamu kuruluşuna karşı zincirleme dolandırıcılık suçunu oluşturur” (Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç: no. 338).

¹¹⁷⁷ 11. CD., 05.05.2009, E. 2009/1845, K. 2009/5216: “Sanığın, aynı bankanın Kızıltoprak ve Kazasker şubelerine iki farklı sahte kimlikle başvurarak kredi almak suretiyle dolandırıcılık suçlarını işlediği iddia olunması karşısında, gerçeğe aykırı olarak farklı isimlerle düzenlenen değişik kimliklerle ve yenilenen suç kastı ile hareket etmesi nedeniyle eyleminin iki ayrı suç oluşturacağı gözetilmeden aynı suç işleme kararı altında işlediği kabul edilerek yazılı şekilde karar verilmesi” (www.adalet.org).

¹¹⁷⁸ 11. CD., 09.07.2008, 3680/7561: “Sanığın, dolandırıcılık suçlarını işlemek amacıyla, değişik tarihlerde yenilenen kastla zorunlu trafik sigortası yaptırmak isteyen farklı kişiler adına gerçeğe aykırı belgeler düzenleyerek, haksız yarar sağlamanın ayrı ayrı suçları oluşturduğu gözetilmeden, teselsül hükümlerinin uygulanması...” (Taşdemir: s. 61); 11. CD., 28.04.2008, E. 2008/1243, K. 2008/3744: “Sanığın, ölen kocasından dolayı katılan kurumdan dul aylığı almasına rağmen, aynı kuruma babası nedeniyle yetim aylığına başvurusu esnasında kimlik araştırma belgesine dul aylığı aldığını yazmamak suretiyle haksız olarak 01.07.1999 tarihinden 01.07.2004 tarihine kadar yetim aylığını almak şeklinde gerçekleşen eyleminin zincirleme biçimde dolandırıcılık suçunu oluşturduğu ve suç tarihinin haksız olarak en son maaş aldığı 01.07.2004 tarihli olduğu...”.

durumunda, failin eylemleri arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi olanaklıdır¹¹⁷⁹.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması açısından, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren şekilleri aynı suç sayılır (TCK m. 43/1). Bu nedenle aralarında zincirleme suç hükümleri uygulanacak dolandırıcılık suçları TCK'nın 157. maddesinde düzenlenen temel (basit), TCK'nın 158. maddesinde düzenlenen nitelikli ve TCK'nın 159. maddesinde düzenlenen hafif şekillerinden biri veya bir kaçı olabilir. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması açısından bu suçlar “aynı suç” sayılacak ve diğer şartların varlığı halinde, failin eylemleri hakkında TCK'nın 43/1. maddesi uygulanarak faile tek bir ceza verilecek, ancak bu ceza arttırılacaktır. Kanunda açık bir düzenleme bulunmasa dahi, faile işlenen dolandırıcılık suçlarından en ağırının cezası verilecek ve yapılacak artırım belirlenen bu ceza üzerinden uygulanacaktır¹¹⁸⁰.

Birden fazla suç arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, her suçun ayrı ayrı kovuşturulabilir olması gerekir. Zamanaşımı, genel af veya şikâyet yokluğu gibi nedenlerle suçlardan bazıları kovuşturulamıyor ise, bunlar, zincirleme suç değerlendirmesinde gözönüne alınmazlar. Örneğin suçtan zarar gören şikâyetçi değil ise TCK'nın 159. maddesinde belirtilen dolandırıcılık suçu kovuşturulamayacağından, zincirleme suç değerlendirilmesinde bu suç hesaba katılmayacaktır.

Fail tarafından sergilenen hileli davranışların birden fazla kişiye karşı aynı anda yöneltilmesi mümkündür. Etrafına topladığı kişilere, elinde bulunan sahte bir malı, olduğundan farklı gösteren hileli davranışlar sergileyerek, kişilerin aldatılması ve olduğunu sandıkları maldan farklı bir malı, olması gerekenden daha pahalıya almak suretiyle zarara uğratılmaları halinde, kişilere karşı dolandırıcılık suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir. Olayımızda, kişi sayısınca dolandırıcılık suçu vardır. İşlenen dolandırıcılık suçlarının mağdurlarının farklı olması nedeniyle TCK'nın 43/1. maddesinde belirtilen zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Bununla birlikte TCK'nın 43/2. maddesinin uygulanıp

¹¹⁷⁹ 6. CD., 20.09.1990, 6532/6820: “Sanığın aynı bankanın muhtelif şubelerine karşı kısa aralıkla vaki dolandırıcılık eylemlerinin tek uç sayılarak cezanın TCY'nin 80. maddesi ile artırılması yerine her eylemin ayrı suç sayılması suretiyle fazla ceza tayini”, 6. CD., 25.06.1985, 8269/7742: “Ziraat Bankası D. şubesinde takip memuru olan sanığın Ç. şubesindeki... sayılı hesabında 263 lira olduğu halde, kısa aralıkla aynı bankanın muhtelif şehirlerdeki şubelerine banka hesap cüzdanını ibraz ederek muhtelif miktarlarda para çektiği oluş ve kabulden anlaşılmasına göre, eyleminin bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlali niteliğinde olduğu” (Mahmutoğlu: s. 288, dpn.33).

¹¹⁸⁰ Toroslu: Genel Kısım, s. 316.

uygulanmayacağı hususu tartışılabilir. Öğretide, tek bir hareket ile birden fazla kişinin malvarlığında zarara yol açılmış ise, birden fazla dolandırıcılık söz konusu olacağı ve bu suçlar arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülmüştür ¹¹⁸¹ . Kanaatimizce teorik olarak savunulabilecek bu görüşün, gerçek hayatta vücut bulması, dolandırıcılık suçunun mahiyeti gereği çok kolay değildir. Zira tek bir hileli davranışın birden fazla kişiye yöneltilmesi ve bunlarla birden çok kişinin aldatılması mümkündür. Hileli davranışların yöneltilerek kişilerin aldatılması ile aldanan kişilerin aldanmışlık halleri doğrultusunda zararlarına olacak şekilde başkalarına yarar temin etmeleri birbirinden farklı durumlardır. Dolandırıcılık suçu, hileli davranışın yapıldığı anda veya aldanmanın gerçekleştiği anda değil, haksız yarar temin edildiğinde tamamlanmış olur. Dolayısıyla suçun oluşumu açısından hileli davranışın yapıldığı an değil, zararın gerçekleştiği zaman önemlidir. Birden fazla mağdurun aynı anda tek bir hileli davranış sonucunda aldanarak kendisinin veya başkasının zararına failin veya üçüncü bir kişinin yararına olacak şekilde menfaat temin edilmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte, fiilen gerçekleşmesi mümkün değildir. Tek bir hileli davranışa muhatap olan birden fazla kişinin, hileli davranışlar nedeniyle aldanma anları ve bu aldanmaya bağlı olarak faile veya başkasına menfaat temin etme anı birbirinden farklıdır. TCK'nın 43/2. maddesinde tanımlanan hal, yapılan tek bir hareket ile aynı anda birden fazla kişiye karşı aynı suçun işlenmesi durumunda uygulanabilir. Yani neticesi harekete bitişik suçlar açısından TCK'nın 43/2. maddesinin uygulanması olanaklıdır. Bu nedenlerle TCK'nın 43/2. maddesindeki zincirleme suç şeklinin, incelememize konu dolandırıcılık suçu açısından uygulanma olanağı yoktur.

Yukarıda belirttiğimiz gerekçelerin aksine bir yorumla Yargıtay vermiş olduğu bir kararında: “Sanığın, şikayetçilere kendisini asker olarak tanıtip ele geçmeyen sahte askeri kimlik göstererek samimiyet kurup askerlerin üzerinde fazla para taşımalarının sakıncalı olduğu, adlarına bankamatik kartı çıkartarak paralarını bankaya yatıracığını söyleyip aynı yer ve zamanda hile yönelterek şikayetçilerin her birinden para aldığının iddia ve kabul olunması karşısında; eylemlerin zincirleme dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, her bir şikayetçiye karşı eylemin ayrı birer suç oluşturduğu” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur ¹¹⁸² . Gerekçelerimiz doğrultusunda

¹¹⁸¹ Öztürk/Erden: Ceza Hukuku, s. 469-470; Bakıcı: Özel Hükümler, s. 289.

¹¹⁸² 11. CD., 08.10.2010, E. 2010/3817, K. 2010/10822 (UYAP veri tabanından alınmıştır); 11. CD., 17.01.2011, E. 2009/8437, K. 2011/41: “Sanığın; aynı yer ve zamanda tek fiiliyle tüm şikayetçileri dolandırması nedeniyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ve cezanın 765 sayılı TCK. nun 80.

Yargıtayın kararının doğru olmadığını, şikayetçi sayısı kadar dolandırıcılık suçu bulunduğunu düşünüyoruz.

maddeyi ile arttırılması gerektiği gözetilmeden, şikâyetçi sayısınca cezalandırılmasına karar verilmesi...”
(UYAP veri tabanından alınmıştır)

ALTINCI BÖLÜM

SUÇA İLİŞKİN USULÎ HÜKÜMLER

I. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

Dolandırıcılık suçu resen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardandır. Bunun iki istisnası bulunmaktadır. İlki fail ile mağdur arasında belirli bir akrabalık ilişkisinin bulunması (TCK m. 167/2), diğeri ise dolandırıcılık suçunun bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halleridir (TCK m. 159)¹¹⁸³. Bu hallerde dolandırıcılık suçuna ilişkin soruşturma ve kovuşturma işlemleri şikâyeteye bağlı hale gelmektedir. Şikâyet hakkının suçtan zarar gören tarafından fail ve fiili öğrendiği tarihten itibaren altı ay içerisinde kullanması gerekir (TCK m.73/1,2). Kural olarak resen soruşturulan dolandırıcılık suçunun, soruşturma veya kovuşturma aşamasında şikâyeteye bağlı hallerinden birisi olduğunun anlaşılması halinde; bu durum fiilin yeni öğrenilmesi olarak değerlendirilip¹¹⁸⁴, bu tarihten itibaren altı aylık süre içerisinde suçtan zarar görenin şikâyet hakkını kullanması beklenmeli; sonucuna göre soruşturmanın veya kovuşturmanın devam edip etmemesine karar verilmelidir.

Dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak uzlaşma hükümleri uygulanmaz. Çünkü bu suç için TCK'nın 168. maddesinde etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar için uzlaşma yoluna gidilemez (CMK m.253/3).

Ceza usul hukukumuz açısından, yeterli şüphenin bulunması durumunda savcıların kamu davası açma zorunlulukları bulunmaktadır¹¹⁸⁵. Zorunlu dava açma kuralının istisnası CMK'nın 171/1. maddesinde “cezaı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir” şeklinde düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık hükümlerinin veya şahsi cezasızlık sebeplerinin

¹¹⁸³ Şikâyeteye tabi suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Albayrak: “Şikâyeteye Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, TBB Dergisi, 2008, S. 77, s. 281-306.

¹¹⁸⁴ Güngör: Şikâyet Kurumu, s. 62-63.

¹¹⁸⁵ Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu: Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. B., 2008 İstanbul, s. 1227-1228.

varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu iki hal ile sınırlı olarak, savcı dava açıp açmama hususunda takdir hakkına sahiptir. Cumhuriyet savcılarının, taktir haklarını kullanarak, dava açmamaları durumunda verdikleri kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar kesin olup, itiraza tabi değildirler (CMK m.173/5). Bu nedenle yasa koyucu Cumhuriyet savcılarına, belirtilen şartların varlığı konusunda dava açıp açmama hususunda mutlak bir takdir hakkı vermiştir.

Dolandırıcılık suçunun belirli akrabalar arasında işlenmesi, şahsi bir cezasızlık sebebi olarak öngörülmüştür (TCK m. 167/1).

Basit veya nitelikli dolandırıcılık suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hallerinde, dolandırıcılık suçundan elde edilmiş bulunan her türlü malvarlığı değerlerine el konulabilir. El koyma işleminin yapılabilmesi için söz konusu malvarlığı değerlerinin failin veya başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması önemli değildir (CMK m.128).

Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilir. Duruşmaya katılan tüzel kişinin organ veya temsilcisi CMK’ da katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır (CMK m.249/1,2). Sanığın aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıması halinde, taraf, belirtilen bu haklardan yararlanamaz (CMK m.249/3).

II. SUÇUN MÜEYYİDESİ

A. Gerçek Kişiler Hakkında Uygulanacak Yaptırım

Dolandırıcılık suçunun temel (basit) şeklini işleyen kişiye “bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası verilir” (TCK m.157/1). Adli para cezasının alt sınırı TCK’nın 52. maddesi uyarınca beş gündür. Hâkim, failin elde ettiği yararın miktarı ve buna paralel mağdurun uğradığı zararı gözönüne alarak, adli para cezasının miktarını belirleyecektir (TCK m.61).

Dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinden birinin işlenmiş olması durumunda kişi “iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası” ile cezalandırılacaktır (TCK m.158). Dolandırıcılık suçunun kamu kurum ve kuruluşlarının

zararına olarak, bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle ya da banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla işlenmesi halinde faile verilecek “hapis cezasının alt sınırı üç yıldan, adlî para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz” (TCK m.158/1, son cümle)¹¹⁸⁶. Son halde adli para cezasının belirlenmesinde mağdurun uğradığı zarar değil, fail tarafından elde edilen yarar gözönüne alınmalıdır.

Dolandırıcılık suçunun bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla gerçekleştirilmesi halinde fail, şikâyet üzerine “altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası” (TCK m.159/1) ile cezalandırılacaktır. Burada seçimlilik bir ceza öngörülmüştür. Hâkim hapis veya adli para cezasından birini seçerek fail hakkında uygulayacaktır. Adlî para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamayacağından (TCK m.61/9)¹¹⁸⁷, hâkim adli para cezasını seçtiğinde cezayı, alt sınırı yüzseksen gün üst sınırı üçyüzaltmışbeş gün olacak şekilde, mağdurun zararı ve failin elde ettiği zararı gözönüne alarak TCK’nın 61/1. maddesinde belirtilen ölçütler doğrultusunda belirleyecektir.

Suçun tamamlanmasından sonra failin bizzat pişmanlık göstererek elde ettiği yararı aynen iade veya tazmin suretiyle mağdura iade ederse, pişmanlığın soruşturma veya kovuşturma aşamasında gösterilmiş olmasına göre TCK’nın 168. maddesinde belirtilen oranlarda cezasından indirim yapılacaktır.

Yasa koyucunun, elde edilen menfaate göre para cezasını belirlediği bir sistemde, dolandırıcılık suçunun iştirak halinde işlendiği durumlarda, suça iştirak eden her failin elde ettiği yararın ayrı ayrı hesaplanması ve cezalarının da buna göre belirlenmesi, cezaların şahsiliği ilkesinin bir sonucudur. Aksine kabul ve uygulama, her şerikin

¹¹⁸⁶ Türk Ceza Kanunu’nun 158. maddesinin 1. fıkrasında yer alan son cümle 8.7.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5377 sayılı Yasa ile eklenmiştir. TCK’nın 7. maddesinde yer alan açık düzenleme karşısında 8.7.2005 tarihinden önce işlenen suçlar hakkında uygulama olanağı bulamayacaktır.

¹¹⁸⁷ TCK’nın 61. maddesinin 9. fıkrası, maddeye 19.12.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasa ile eklenmiştir. Bu tarihten önce işlenen suçlar açısından aleyhe hüküm getirmiş olması nedeniyle TCK’nın 61/9. maddesi uygulanmayacak; bunun yerine TCK’nın 52. maddesinin uygulanarak adli para cezasının alt sınırı 5 gün olarak uygulanacaktır.

(katılanın) elde edilen yararın tamamından sorumlu olması sonucunu doğurur ki bu cezanın bireyselleştirilmesi ilkesine de ters düşer¹¹⁸⁸.

TCK'nın 290/2 maddesinde, malı haczedilen veya rehnedilen bir kişinin, malını elde etmek amacıyla, muhafaza görevlisine hileli davranışlar yöneltmek malını elde etmek suretiyle, mal üzerinde hakkı bulunan kişiler zararına dolandırıcılık suçunu işlediği takdirde, faile verilecek ceza, genel dolandırıcılık suçundan farklı olarak, yarısından dörtte üçüne kadarı indirilecektir (TCK m. 290/2, cümle son).

Faile verilecek sonuç ceza bir yıldan az hapis cezası ise, bu TCK'nın 50. maddesinde gösterilen seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilecektir. Yine verilen sonuç ceza iki yıldan az hapis cezası ise verilen ceza TCK'nın 51. maddesi uyarınca ertelenebilecektir.

B. Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanacak Yaptırım

TCK'nın 169. maddesinde, malvarlığına karşı işlenen suçlardan hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesi suretiyle, haksız yarar sağlayan tüzel kişiler hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme emredici niteliktedir. Dolayısıyla işlenen dolandırıcılık suçu neticesinde bir tüzel kişiliğin yarar sağladığı tespit olduğunda, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması zorunludur. Uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri tespit edildikten sonra, bu durum iddianamede açıkça belirtilmelidir (CMK m.170/6).

Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin ne olduğu TCK'nın 60. maddesinde belirtilmiştir. Yasal düzenleme doğrultusunda kamu tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri uygulanamayacak, sadece özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanabilecektir. Maddede tüzel kişilere yönelik olarak faaliyet izninin iptali ve müsadere olmak üzere iki tür güvenlik tedbiri öngörülmüştür. Faaliyet izninin iptali tedbirinin uygulanması için ilk koşul, özel hukuk tüzel kişisine, belirli bir faaliyette bulunabilmesine dair bir kamu kurumu tarafından verilen iznin varlığıdır. İkinci koşul ise, tüzel kişiliğin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle bu iznin sağladığı yetkiyi kötüye kullanması ve bu surette tüzel kişi yararına kasıtlı bir suçun işlenmesidir. Faaliyet izninin

¹¹⁸⁸ Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar-makale, s. 357; 11. CD., 20.06.2006, E. 2006/1594, K. 2006/5787: "Sanığın 158/1-e maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilirken, 61. madde uyarınca meydana gelen zarar miktarı da dikkate alınmalıdır" (Yurtcan: Malvarlığına Karşı Suçlar-makale, s. 358).

iptali tedbirinin uygulanabilmesi için, işlenen suç ile iznin kullanılması arasında bir nedensellik bağı olmalıdır. Söz konusu tedbir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin mahkûmiyetlerine bağlı olarak uygulanacaktır.

Özel hukuk tüzel kişilerine uygulanacak ikinci güvenlik tedbiri ise müsadere dir. Müsadereye ilişkin düzenlemeler TCK'nın 54 ve 55. maddelerinde yer almaktadır. İşlenen dolandırıcılık suçunun tüzel kişinin temsilcisi ve organlarında görevli gerçek kişiler tarafından, tüzel kişi yararına işlendiğinin belirlendiği hallerde, müsadereye ilişkin genel hükümlerdeki koşulların da gerçekleşmesi şartıyla, suç ile elde edilen malvarlığı öğelerinin müsadere sine karar verilebilecektir.

TCK'nın 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere sine hükmolunabilir. Bunun için söz konusu eşyaların iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir. Bu kapsamda, failin hileli davranışları içerisinde kullandığı eşyalar müsadere edilebilecektir. Yine TCK'nın “kazanç müsadere si” başlıklı 55. maddesinin 1. fıkrasına göre “suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere sine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.” Kazanç müsadere sine ilişkin düzenlemenin dolandırıcılık suçuna uygulanamayacağı açıktır. Zira bu suçta, elde edilen yararın suçtan zarar gören kişiye iadesi olanaklıdır¹¹⁸⁹.

III. DOLANDIRICILIK SUÇU AÇISINDAN CEZANIN BELİRLENMESİNDE GÖZÖNÜNE ALINMASI GEREKEN HUSUSLAR

A. Şahsi Cezasızlık Sebepleri

Dolandırıcılık suçunun, aralarında belli derecede akrabalık ilişkisi olan kişiler arasında işlenmesi durumunda, fail hakkında cezaya hükmolunmaz. Şahsi cezasızlık sebebi olan akrabalık ilişkileri Yasa'da gösterilmiştir. Buna göre; dolandırıcılık suçunun a) haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) üstsoy veya altsoyunun veya bu

¹¹⁸⁹ Koca/Üzülmez: s. 485-486; Toroslu: Genel Kısım, s. 412; Özgenç: Gazi Şerhi, s. 692; 11. CD., 21.03.2006, 287/2184; 11. CD., 15.08.2006, 4017/6694; 11. CD., 05.06.2007, 3110/3895 (Kararların ayrıntısı için bkz. Bakıcı: Genel Hükümler, s. 1308-1309).

derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın, c) aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz (TCK m.167/1).

Yasa koyucu tarafından şahsi cezasızlık sebeplerinin belirlenerek, bunların cezadan indirim veya cezasızlık sebebi olarak kabul edilmelerinin nedeni, eylemin daha az haksızlık içeriğine sahip olması veya failin daha az kusurlu olması değildir. Aksine, eylem, kişiler arasında bulunan güven ilişkisinin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlendiğinden haksızlık içeriği daha fazladır. Şahsi cezasızlık sebeplerinin düzenlenmesinin sebebi, ceza kovuşturması yoluyla aile bütünlüğüne yönelik ortaya çıkabilecek rahatsızlıklara karşı aile içi barışı korumaktır¹¹⁹⁰.

Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun icrası sırasında mevcut olan sebeplerdir. Somut olayda failin, şahsi cezasızlık sebebinin varlığını bilmesine gerek yoktur¹¹⁹¹. Şahsi cezasızlığa neden olabilecek bağın suçun icrasına başladıktan veya tamamlandıktan sonra oluşturulması halinde fail cezasızlık olanağından yararlanamaz.

Dolandırıcılık suçu bağlamında şahsi cezasızlık sebeplerinden faydalanacak olan kişileri, yasa anlatımı doğrultusunda kısaca incelemek istiyoruz:

Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birisi: Suçun işlendiği anda fail ile mağdur arasında Medeni Kanun hükümlerine uygun şekilde yapılmış bir evliliğin bulunması; eşler arasında mahkeme tarafından verilmiş bir ayrılık kararının bulunmaması gerekir. Haklarında mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmeyen eşlerin, fiilen ayrı yaşıyor olmaları önemli değildir. Yine önemli olan suç tarihindeki evliliğin durumudur. Suç tarihinde mevcut olan bir evliliğin sonradan sona ermesi, şahsi cezasızlık sebeplerinin uygulanmasına engel olmayacağı gibi, suç tarihinden sonra meydana gelen evlilikler de bu hükümlerin uygulanmasına sebebiyet vermez.

Üstsoy veya altsoy veya bu derece kayın hısımlarından biri veya evlat edinen veya evlatlık: Kayın hısımlar ne kadar uzak olursa olsun cezasızlık nedeninden yararlanırlar. Yine, Medeni Kanun'un 18. maddesinde yer alan “*kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz*” hüküm nedeniyle, evlilik sona

¹¹⁹⁰ Tezcan/Erdem/Önok: s. 589; Toroslu: Özel Kısım, s. 192; Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 546.

¹¹⁹¹ Yılmaz, Sacit: s. 290.

ermiş olsa bile, fail diğer şartların varlığı halinde cezasızlık nedeninden yararlanabilecektir¹¹⁹². Bu akrabalık bağının suç tarihinden öncesine dayanması gerekir.

Aynı konutta birlikte yaşayan kardeşler: Kardeşlerin birbirlerine karşı işledikleri dolandırıcılık suçu nedeniyle cezasızlık sebebinin uygulanabilmesi için, bu kişilerin sürekli olarak, birlikte aynı konutta yaşamaları, yani bu kişilerin yerleşim yerlerinin (ikametgâhlarının) aynı olması gerekir. Aynı binada kalıyor olmak veya geçici olarak birlikte yaşamak, bu kişilerin ortak yerleşim yerlerinin olduğu anlamına gelmez. Kardeşlerin aynı baba ve anneden olması gerektiğine ilişkin TCK'nın 167/1. maddesinde özel bir hüküm yoktur. Bu nedenle anne veya babaları farklı olan çocukların, yeni oluşturulan evlilik birlikteliği nedeniyle kardeş olarak kabul edildikten sonra, aynı konutta birlikte yaşamaya başlamışlar ise, cezasızlık nedeninden faydalanırlar¹¹⁹³.

Eylemin cezalandırılmasını engelleyen ve kişinin şahsına bağlı bulunan nedenler kişiseldir (şahsidir). Dolandırıcılık suçunun iştirak halinde işlenmiş olması durumunda, suça iştirak eden (katılan) diğer kişiler, bu şahsi cezasızlık nedeninden yararlanamazlar (TCK m.40/1).

B. Cezadan İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Haller

Türk Ceza Kanunu içerisinde yer alan ve failin şahsi halleri (kişisel niteliklerini) göz önüne alınarak cezanın indirilmesini veya ortadan kaldırılması sonuçlayan durumlar şahsi hal kapsamında değerlendirilir¹¹⁹⁴. Dolandırıcılık suçunun haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâlinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir (TCK m.167/2)¹¹⁹⁵. Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren durumlar da şahsi hal olarak kabul edilmelidir.

¹¹⁹² Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 547.

¹¹⁹³ Erdem: Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 547.

¹¹⁹⁴ Erdem: Faillik ve Suç Ortaklığı, s. 214.

¹¹⁹⁵ 11. CD., 29.03.2007, 305/2262: “Sanığın kendi resmini vererek nüfus müdürlüğünden ağabeyi adına düzenlettirdiği nüfus cüzdanı ile aynı çatı altında oturmadığı ağabeyine ait ayrı bankadaki hesaptan iki kez para çekmekten ibaret eyleminde suçun mağdurunun öncelikle hesap sahipleri olması ve bu paraya ulaşabilmek için bankanın vasıta kullanılması nedeniyle TCK'nın 167. maddesinin 2. fıkrası uyarınca karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükmü kurulması” (Taşdemir: s. 231).

Yasa koyucu kişiler arasında bulunan akrabalık ilişkilerini, işlenen dolandırıcılık suçu açısından cezasızlık sebebi olarak kabul etmemiş; ancak işlenen suçun soruşturma ve kovuşturmasını şikâyet tabi kılmıştır. Bu kişilerden haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerin, fiilen birlikte yaşamaları önemli değildir. Boşanma kararı kesinleşinceye kadar, haklarında ayrılık kararı verilen eşlerin birbirlerine karşı işledikleri dolandırıcılık suçu şikâyet tabi olacak ve cezasından yarı oranında indirim yapılacaktır.

Cezada indirim uygulanabilmesi için suçun sadece maddede gösterilen akrabaların zararına işlenmiş olması gerekir. Suç ile başkaları da zarar görmüş ise, söz konusu cezaî indirim uygulanamaz. Yine cezadan indirim yapılmasını gerektiren yasal düzenlemedeki akrabalık ilişkisi kişinin şahsına bağlı bir durum olup kişiseldir. Dolandırıcılık suçunun iştirak halinde işlenmiş olması durumunda, suça iştirak eden (katılan) diğer kişiler, bu indirimden yararlanamazlar (TCK m.40/1).

Cezasından indirim uygulanacak suç, basit, nitelikli veya hafif dolandırıcılık suçlarından birisi olabilir.

Muhafaza edilmek üzere başkalarına teslim olunan rehinli, hacizli veya herhangi bir sebeple el konulmuş taşınır bir malın, teslim edildiği kişiden hileli yollarla elde edilmesi halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağı TCK'nın 290/2. maddesinde özel olarak belirtilmiştir. Bu şekilde işlenen dolandırıcılık suçun failinin malın sahibi olması halinde, verilecek cezanın yarısından dörtte üçüne kadarı indirilmesi gerektiği, emredici bir hüküm ile düzenlenmiştir (TCK m.290/2, son cümle).

C. Etkin Pişmanlık

Dolandırıcılık suçu tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce¹¹⁹⁶, failin, azmettirenin veya yardım edenin *bizzat pişmanlık göstererek* mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir (TCK m.168/1). Etkin

¹¹⁹⁶ “Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi” ifade eder (CMK m.2/1-f).

pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir (TCK m.168/2)¹¹⁹⁷.

Yasa koyucu tarafından etkin pişmanlık hükümleri sadece tamamlanan¹¹⁹⁸ suçlar açısından öngörülmüştür. Bu nedenle teşebbüs aşamasında kalan suçlara ilişkin olarak, yasanın açık düzenlemesi karşısında, etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır¹¹⁹⁹. Teşebbüs aşamasında kalan suç nedeniyle, teşebbüs aşamasına kadar oluşan zararların fail tarafından karşılanması, hâkim tarafından failin cezasının belirlenmesi aşamasında (TCK m.61) ve teşebbüs nedeniyle uygulanacak indirim oranının tespitinde gözönüne alınacaktır (TCK m.35/2).

Maddede geçen aynen geri vermeden kasıt, suça konu malvarlığı ögesinin herhangi bir değişikliğe uğramadan iade edilmesidir. Aynen tazmin ise, geri vermenin mümkün olmadığı durumlarda, zarara konu malvarlığının bedelinin veya eşdeğerinin verilmesidir. Tazminat tutarının belirlenmesinde malın suçun işlendiği andaki değerinin mi, yoksa tazmin anındaki değerinin mi esas alınacağına dair açık bir düzenleme yoktur. Kanunda “mağdurun uğradığı zararın” tamamen giderilmesinden bahsedildiğinden, suça konu şeyin sonradan değer kazanması veya başka sebeplerle değer kaybetmesi hususları da gözönüne alınarak, tazminat tutarının tazmin anındaki değere göre belirlenmesi gerekir¹²⁰⁰.

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için zararın bizzat fail tarafından karşılanmasının zorunlu olduğuna dair yasal düzenlemede bir açıklık bulunmamaktadır. Önceki yasa döneminde de tartışmalı olan bu husus, 765 sayılı TCK’nın 523. maddesi ile ilgili verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözülmüştü. Bu karara göre; çalınmış bir malın başkası tarafından yasal süresi içinde, sanığın bilgisi ve istemezliği aranmaksızın, sahibine geri verilmesi veya zararın ödenmesi halinde, fail

¹¹⁹⁷ 11. CD., 11.01.2011, E. 2010/14835, K. 2011/390: Sanığın iş arkadaşı olan Z. A’ya ait kimliğin üzerine kendi fotoğrafını koyarak çektiği fotokopiye T.C. kimlik numarası eklemek suretiyle oluşturduğu kimlik fotokopisini kullanarak Z. A. adına bankadan 6000TL kredi çektiğinin sübut bulduğu ve kredi taksitlerinin ödenmesinin ancak etkin pişmanlık hükümleri açısından değerlendirilebileceği gözetilmeden 765 sayılı TCK:nun 504/1 (5237 sayılı TCK 158/1/j) maddeleri gereğince mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine hükmedilmesi”.

¹¹⁹⁸ CGK, 17.03.1998, E. 1998/6-29, K. 1998/99: “Dolandırıcılık suçu haksız çıkarın temini ve zararın ortaya çıkmasıyla tamamlanmaktadır. Zarar meydana gelmemesi halinde suç tamamlanamadığından, kalkışma hükümleri uygulanacaktır. Zarar olduğu halde, failin menfaatten fiilen yararlanamaması durumunda da suç tamamlanmıştır” (Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 476).

¹¹⁹⁹ Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 698; 6.CD, 08.09.2005, E. 2005/10071, K. 2005/7166: “Eylemin teşebbüs derecesinde kalması halinde TCK m.168 uygulama alanı bulmayacaktır” (Centel/Zafer/Çakmut: Kişilere Karşı Suçlar, s. 476).

¹²⁰⁰ Toroslu: Özel Kısım, s. 195.

hakkında 765 sayılı TCK'nın 523. maddesinin uygulanması gerekir¹²⁰¹. Yargıtay bu karar doğrultusunda uygulamasını şekillendirmiştir. Bu karara göre önemli olan husus mağdurun zararının giderilmiş olmasıdır. Bu zararın giderilmesinde sanığın pişmanlık duyup duymaması aranmamaktadır.

5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde belirtilen düzenleme, 765 sayılı TCK'nın 523. maddesinden farklı olarak, mağdurun zararının giderilmesinin yanında, sanığın “bizzat pişmanlık göstermesini” ana ilke olarak kabul etmiştir. Bu nedenle sanığın gerçek anlamda pişmanlık duyup, duymadığı tespit edildikten sonra, fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilecektir. Kişilerin iç dünyalarına ilişkin bir mesele olması nedeniyle, sanığın bizzat pişmanlık gösterip göstermediğini belirlemek çoğu kez mümkün değildir. Bundan dolayı failin açıkça karşı koymadığı üçüncü kişiler tarafından yerine getirilen aynen iade veya tazminin, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına engel olmamalıdır¹²⁰².

İade veya tazminin icra yoluyla gerçekleştirilmesi, sanığın rızası hilafına veya ondan habersiz olarak üçüncü kişilerce yerine getirilmesi, sanığın üstünde veya eşyalarında yapılan arama sonucunda elde edilen para veya mallarla zararın giderilmesi durumlarında sanığın gerçek anlamda pişmanlığından söz edilemeyeceğinden etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır¹²⁰³. Yine meydana gelen zararın senet veya çek vererek karşılanmaya çalışılması halinde de aynen iade veya tazmin şartı gerçekleşmiş olmaz¹²⁰⁴.

Dolandırıcılık suçunun iştirak halinde işlenmiş olması durumunda, iade veya tazmin suça katılanlardan herhangi biri tarafından gerçekleştirilmiş ve diğer ortakların suçtan pişman olmadıklarına dair açık bir işaret bulunmuyorsa, suça iştirak edenlerin tamamı hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekir. Zira iade veya tazmin bir kez gerçekleştirilebildiğinden, diğer suç ortaklarının bunu tekrar gerçekleştirme

¹²⁰¹ YİBK, 29.06.1955, E. 1955/10, K. 1955/16 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Karar Özetleri, Yargıtay Yayınları, Yayın No: 26, Ankara 1999, s. 394; Tümerkan: s. 19).

¹²⁰² Toroslu: Özel Kısım, s. 195; Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 698; 11. CD., 30.09.2010, E. 2010/11587, K. 2010/10322: müşteki C.D'nin “sanığın kardeşi tarafından paranın tamamının kendisine ödendiğini ve şikayetçi olmadığını” beyan etmesi ve sanığın da ödeme tarihinde tutuklu olduğunun anlaşılması karşısında, ödemenin sanığın isteği ile olup olmadığı hususunda kardeşi dinlenip olayda 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması”.

¹²⁰³ Taşdemir: s. 235; 11. CD., 10.11.2008, 4773/11610: “Sanık tarafından yapılan geri ödemelerin, TCK'nın 168. maddesi anlamında rızai iade veya tazmin şeklinde olmayıp, icra takip dosyasına yapılan ödemelerden ibaret olması nedeniyle...”

¹²⁰⁴ Toroslu: Özel Kısım, s. 195; Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 698.

olanakları bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu ihtimal diğer failer lehine değerlendirilip yorumlanmalıdır¹²⁰⁵.

Failin tamamlanan bir suç açısından, etkin pişmanlık gösterdiği anın belirlenmesi, etkin pişmanlık nedeniyle uygulanacak indirim oranının tespiti açısından önemlidir. Tamamlanan bir suç nedeniyle soruşturmanın¹²⁰⁶ başlayıp başlamaması, etkin pişmanlık nedeniyle uygulanacak indirim açısından belirleyici değildir. Yasa koyucu, uygulanacak indirim oranlarını, tamamlanan suça ilişkin olarak başlatılan kovuşturmanın başlamasına ve kovuşturma hakkında hüküm verilip verilmemesine göre belirlemiştir¹²⁰⁷. Kovuşturma başlamadan önce, etkin pişmanlık gösterilmesi durumunda verilecek cezanın üçte ikisine kadar; kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde ise yarısına kadar indirilir (TCK m. 168/1, 2).

Kovuşturma aşaması iddianamenin kabulü ile başlayıp, hükmün kesinleşmesi ile sona eren bir süreci belirtir (CMK m.2/1-f). Her ne kadar hükmün kesinleşmesi ile kovuşturma aşaması bitecek ise de, yasa koyucu etkin pişmanlığın hükmün kesinleşmesine kadar değil, hüküm verilmezden önce gösterilmesini aramıştır. Bu nedenle etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra gösterilmesi durumunda, bunun en son hüküm verilme anına kadar gerçekleşmesi gerekir. Duruşmanın sona erdiğinin belirtilip hükmün açıklanmasından sonra fail, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamaz.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/1. maddesine göre hükümden kasıt, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlarıdır. Mahkûmiyet hükmü dışında yer alan hükümler açısından, etkin pişmanlık gösterilmesi nedeniyle fail hakkında uygulanması gereken ceza indirimlerinin yapılması mümkün değildir. Yasa koyucu tarafından öngörülen etkin pişmanlık hükümleri, ancak mahkûmiyet hükmü açısından uygulanma olanağına sahiptirler. Bu nedenle TCK'nın 168. maddesinde yer alan "hüküm" kavramının uygun olmadığını, bu ibare yerine "mahkûmiyet hükmü" kavramının kullanılmasının daha uygun ve etkin pişmanlık kurumu ile daha uyumlu olduğunu düşünüyoruz.

¹²⁰⁵ Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 699.

¹²⁰⁶ Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder (CMK m.2/1,e).

¹²⁰⁷ Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder. (CMK m.2/1,f).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı CMK'nın 223/1. maddesinde belirtilen hükümler arasında gösterilmemiştir. Bu karar bir mahkûmiyet hükmü değildir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün fail hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder (CMK m.231/5). Hükmün açıklanması kararı kapsamında, kurulan ancak açıklanmayan bir mahkûmiyet hükmü yer almaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için failin, suçun işlenmesiyle mağdurun uğradığı zararı, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi, gerekir. Yani fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için, failin etkin pişmanlık göstermesi gerekir.

Mahkeme tarafından kurulan mahkûmiyet hükmünün, başvuru yasa yolları sonucunda bozulmuş olması durumunda, hüküm ortadan kalkacağından, yeniden başlayacak yargılama sürecinde, bu sürecin mahkûmiyet hükmü ile sonuçlanıncaya kadar failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması mümkündür. Öğretide bu görüşe karşılık olarak, “hüküm verilmezden önce” ibaresinden ilk hükmün anlaşılması gerektiği, ilk hükmün bozulmasından sonra yapılan iade veya tazmin ile ilgili olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı savunulmaktadır¹²⁰⁸.

Zararın geri verme veya tazmin yoluyla giderilmesinin tam olması gerekir. Etkin pişmanlık gösterilerek, uğranılan zararın kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanarak failin cezasının indirilebilmesi için, ayrıca mağdurun rızası gerekir (TCK m.168/4)¹²⁰⁹. Bununla birlikte yasa maddesinde geçen “mağdur” ibaresinin, suçtan zarar gören kişiyi de kapsar şekilde geniş yorumlanması, dolandırıcılık suçu açısından zaruridir. Zira dolandırıcılık suçu, üçüncü kişinin zararına olarak da işlenebilir. Bu halde malvarlığında azalma meydana gelerek zarar gören kişi hileli davranışlar ile aldanarak tasarrufta bulunan kişi olmayıp, malvarlığı unsurları üzerinde tasarrufta bulunulan kişidir¹²¹⁰.

¹²⁰⁸ Taşdemir: s. 111.

¹²⁰⁹ 11. CD., 12.03.2009, 8448/2362: “Sanık M’nin Mağdur C’ye yönelik dolandırıcılık eyleminde; suça konu olan 600 doların 400 dolarının sanık tarafından mağdurun eşine ödendiğine ilişkin sanık savunmasının mağdurun eşi tarafından da doğrulanması ve mağdurun şikayetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, olayda TCK’nın 168. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması” (Tümerkan: s. 236).

¹²¹⁰ Hafızogulları/Özen: s.408.

D. Suçun Maddi Konusunun Değeri - Meydana Gelen Zararın Miktarı

Dolandırıcılık suçunda uğranılan zarar veya elde edilen yarar miktarının çokluğu veya azlığı, cezanın belirlenmesinde artırım veya indirim sebebi olarak düzenlenmemiştir¹²¹¹. 765 sayılı TCK'nın 522 ve 523. maddelerine benzer bir düzenleme, 5237 sayılı TCK'da yer almamaktadır. Buna karşın hâkim suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını göz önüne alarak, suç için yasada belirtilen cezanın alt ve üst sınırları arasında bir belirleme yapacaktır (TCK'nın 61/1, d-e)¹²¹². Mağdurun uğradığı zarar ve buna paralel olarak elde edilen yarar suça ilişkin cezanın belirlenmesinde değerlendirilebilecektir.

Suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde TCK'nın 35/2. maddesi uyarınca ceza, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre tespit edilecektir. Benzer bir ölçüte yasa koyucu, temel cezanın tayini ve belirlenmesini düzenleyen 61/1-e maddesinde de yer vermiştir. Bu halde teşebbüs aşamasında kalan bir suçun cezasının belirlenme sürecinde “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” ölçütünün hem temel cezanın belirlenmesinde ve hem de teşebbüs nedeniyle uygulanacak indirim oranının tayininde gözönüne alınıp alınamayacağı belirlenmelidir. Sorun, TCK'nın 61/3. maddesinde düzenlenen mükerrer değerlendirme yasağı çerçevesinde çözümlenmelidir. Maddede, “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının” suçun unsurunu oluşturduğu hâllerde, bunun temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulamayacağı hükme bağlanmıştır. Mağdurun uğradığı zararın, dolandırıcılık suçunun maddi unsurunu oluşturduğu şüphesizdir. Öyleyse teşebbüs aşamasında kalan bir dolandırıcılık suçunda

¹²¹¹ Malın değerinin azlığı 5237 sayılı TCK'da hırsızlık (m.145) ve yağma (m.150/2) suçları için indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Yağma gibi kişi hürriyetine ve vücut bütünlüğüne yönelik bir suçta malın değerinin azlığı indirim nedeni olarak düzenlenmiş iken; güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık gibi daha az vahim nitelikte olan suçlar için düzenlenmemiş olması, yasa koyucu açısından bir çelişkidir. Bu husustaki eksikliğin düzeltilerek, malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi, ortak bir indirim sebebi düzenlenmelidir. Suçun konusu olan maddi değer azlığına ilişkin 5237 sayılı TCK hükümlerinin incelenmesine ilişkin bkz. Timuçin Köprülü: Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı, TBB Dergisi, 2007, S. 71, s. 254-263; 11. CD., 06.03.2008, 2036/1365: “Dolandırıcılık suçunda uygulama yeri bulunmayan TCK'nın 145. maddesiyle indirimine gidilmesi suretiyle sanığa eksik ceza tayin edilmesi bozmayı gerektirmiştir” (Taşdemir: s. 53).

¹²¹² 11. CD., 06.02.2008, 7301/584: “Dolandırıcılık suçundaki elde edilen haksız menfaat miktarı pek fahiş kabul edildiği halde ... 5237 sayılı Yasanın 61/1-e maddesi uyarınca alt ve üst sınırlar arasındaki takdir hakkı kullanılarak kişiselleştirildikten sonra hüküm kurulması yerine, 158/1-e maddesindeki temel cezanın asgari haddenden uzaklaşarak tayin olunmamasındaki isabetsizlik, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılamamıştır” (Gündel: Dolandırıcılık Suçları, s. 477); 11. CD., 22.09.2010, E. 2008/3102, K. 2010/9694: “Dolandırıcılık suçunda, sağlanan haksız menfaatin pek fahiş olması halinde cezanın artırılması gerektiğine ilişkin 765 sayılı Yasanın 522. maddesine benzer bir düzenlemenin 5237 sayılı Yasada yapılmayıp bu hususun anılan yasanın 61/1-e maddesi uyarınca, temel cezanın tayininde nazara alınması gerekirken alt sınırdan ceza tayin edilmesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılamamıştır.” (UYAP veri tabanından alınmıştır).

zarar veya tehlikenin ağırlığı, teşebbüs nedeniyle hesaplanacak indirim oranının belirlenmesinde kullanılacak; temel cezanın belirlenmesinde ise TCK'nın 61. maddesinde yer alan diğer ölçütlerin kullanılması uygun olacaktır. Yargıtay uygulaması da benzer şeklidir¹²¹³.

Dolandırıcılık suçunun kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak (TCK m.158/1-e), bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle (TCK m.158/1-f), banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla (TCK m. 158/1-j) işlenmesi durumunda, hükmedilecek adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz (TCK m. 158/1,son). Yasa koyucu bu halde, suçtan elde edilecek yararı göz önüne alarak, adli para cezasının tespitinde bir alt sınır öngörmüştür.

E. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka uygunluk nedenleri, fiilin hukuka aykırı olmasını önler ve dolayısıyla onun hukukten meşru bir eylem olarak ortaya çıkmasını sağlarlar¹²¹⁴. Türk Ceza Kanununda yer alan hukuka uygunluk nedenlerini, kanunun hükmünü yerine getirme (m. 24/1), meşru savunma (m. 25/1), zorunluluk hali (m. 25/2), hakkın kullanılması (m. 26/1) ve ilgilinin rızası (m. 26/2) olarak sayabiliriz.

Dolandırıcılık suçunun mahiyeti itibariyle hukuka uygunluk nedenlerinden kanunun hükmünü yerine getirme, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hallerinin uygulama yeri bulunmadığını düşünüyoruz¹²¹⁵. Zira hiçbir hukuk düzeni başkasına karşı hileli davranışlar sergileyerek, bu kişiyi aldatarak, kişinin zararına yarar elde edilmesini içermez. Yine herhangi bir kişiye başka birisini dolandırma hakkı verilemez ve mağdurun rızası dâhilinde dolandırıcılık suçunun işlenmesi olanaksızdır.

Hukuka uygunluk nedenlerinden sadece zorunluluk (zaruret, ıztırar) halinin dolandırıcılık suçu kapsamında sınırlı şekilde uygulanma alanı olduğu söylenebilir. Örneğin, failin çocuğunun çok acil olarak ameliyat olmasının gerekmesi¹²¹⁶ ve bunun için

¹²¹³ 11. CD., 22.3.2007, 5059/2035 (Taşdemir: s. 54).

¹²¹⁴ Toroslu: Genel Kısım, s. 135.

¹²¹⁵ Hafızogulları/Özen: s.405.

¹²¹⁶ 15. CD., 27.09.2012, E: 2011/16198, K: 2012/42284: "...5237sayılı TCK'nın 25/2.maddesinde, gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu

paraya ihtiyacı bulunması nedeniyle failin, ayağı kesik olmamasına karşın, ayağını kesikmiş gibi göstererek hayır kurumlarından yardım toplaması halinde, failin zaruret halinde dolandırıcılık suçunu işlediğinden bahsedilebilecektir¹²¹⁷.

IV. ZAMANAŞIMI

Dolandırıcılık suçu zamanaşımına tabi suçlardandır. Dava zamanaşımı süreleri TCK'nın 66/1. maddesinde belirtilmiştir. Bu sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulacak; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınacaktır (TCK m. 66/4).

Dolandırıcılık suçunun basit şeklini düzenleyen TCK'nın 157/1. ve hafif şeklini düzenleyen TCK'nın 159. maddelerindeki cezaların türü ve üst sınırları gözönüne alındığında dava zamanaşımı sürelerinin 8'er yıl; nitelikli halini düzenleyen TCK'nın 158. maddesindeki cezalar incelendiğinde dava zamanaşımı süresi 15 yıldır.

Dava zamanaşımı sürelerinin hesabında failin fiili işlediği sıradaki yaşı önemlidir. Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında zamanaşımı süresi, belirlenen sürenin yarısı; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler için ise üçte ikisidir.

ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyeceğinin hüküm altına alındığı, Somut olayda; sanığın, beyin kanaması geçiren ablası S'yi İ.Ü. Turgut Özal Tıp Merkezine tedavi amacıyla götürdüğü, burada beyin cerrahi yoğun bakım ünitesinde tedaviye alındığı, ablasının aciliyet gösteren bu tedavisi sırasında sanığın kendisine ait yeşil kartı kullandığı anlaşılmakla, sanığın eyleminin TCK'nın 25/2 maddesi kapsamında kalması nedeniyle 5271 sayılı CMK'nın 223/3-b maddesi gereğince sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, Bozmayı gerektirmiş, sanık ve müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 27.09.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.” (UYAP veri tabanından alınmıştır).

¹²¹⁷ Centel/Zafer/Çakmut: s. 462; Zorunluluk (ızdırar) haline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nevzat Toroslu: Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara, 1968; 15. CD., 27.09.2012, E: 2011/16198, K: 2012/42284; “...5237sayılı TCK'nın 25/2.maddesinde, gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyeceğinin hüküm altına alındığı, Somut olayda; sanığın, beyin kanaması geçiren ablası S'yi İ.Ü. Turgut Özal Tıp Merkezine tedavi amacıyla götürdüğü, burada beyin cerrahi yoğun bakım ünitesinde tedaviye alındığı, ablasının aciliyet gösteren bu tedavisi sırasında sanığın kendisine ait yeşil kartı kullandığı anlaşılmakla, sanığın eyleminin TCK'nın 25/2 maddesi kapsamında kalması nedeniyle 5271 sayılı CMK'nın 223/3-b maddesi gereğince sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi” (UYAP veri tabanından alınmıştır).

Dava zamanaşımı sürecinin başlangıcı suçun tamamlandığı, yani hileli davranışlar sonucunda aldanan mağdurun faile veya üçüncü bir kişiye yarar sağladığı andır. Süre yararın elde edildiği veya elde edildiğinin kabul edildiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Dolandırıcılık suçunun teşebbüs halinde kalmış olması halinde süre, son hareketin yapıldığı günden itibaren işleyecektir. Yine dolandırıcılık suçunun zincirleme olarak işlendiği durumlarda, işlenen son dolandırıcılık suçunun tamamlandığı andan itibaren dava zamanaşımı süresi hesaplanacaktır (TCK m. 66/6).

Dava zamanaşımı sürelerinin durmasına neden olan hallerin varlığı halinde süre, durma sebebinin ortadan kalkması halinde kaldığı yerden işlemeye devam edecektir (TCK m.67/1). Dava zamanaşımını kesen sebeplerden (TCK'nın 67/2. maddesinde sayılan hallerden) birinin varlığı halinde süre kesilecek ve süre yeniden işlemeye başlayacaktır. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar (TCK m. 67/3). Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar (TCK m. 67/4).

V. DOLANDIRICILIK SUÇU İLE MÜCADELE ÇERÇEVESİNDE BAZI DEĞERLENDİRMELER

A. Dolandırıcılık Suçunun Ölçülmesinde Yaşanan Güçlükler

Dolandırıcılık, mahiyeti ve yoruma açık muallak unsurları itibariyle ölçülmesi, değerlendirilmesi ve ispatı zor suçlardandır. Bundan dolayıdır ki suçun gerek birey ve gerekse ülke ekonomisi açısından meydana getirdiği doğrudan ve dolaylı zararın miktarını, oluşturduğu mağduriyetin vahametini tam olarak ortaya koymak güçtür.

Önceki bölümlerde izah edildiği üzere, suça rengini veren ve onu diğer suçlardan ayıran hileli davranışların çerçevesinin ve tanımının objektif olarak ortaya konulamaması, dolandırıcılık suçunun ispatını da güçleştirmektedir. Tanımlanması ve çerçevesinin çizilmesindeki zorluk, esasında dolandırıcılık bağlamında değerlendirilmesi gereken bir çok eylemin yaptırımsız kalmasına ve bu suçun ekonomik sonuçlarının doğru şekilde ölçülememesine de neden olmaktadır¹²¹⁸. İletişim ve bilgi teknolojilerinin

¹²¹⁸ Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.27-28; Dolandırıcılık suçunun anatomisi yani takip edilmesi gereken yasal süreç incelendiğinde, bu suçun mağdurları tarafından neden adli makamlara bildirilmek istenilmediği anlaşılabacaktır. Dolandırıcılık suçunun anatomisini şu şekilde belirtmek mümkündür; 1)

gelişmesine paralel olarak, dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilecek hileli davranışların sayısı ve türü artmış, şekli ve niteliği ise tahminlerin ötesinde başkalaşmıştır. Yine bu gelişmeler ile doğru orantılı olarak dolandırıcılık suçların tespiti ve takibi ile bu eylemler neticesinde meydana gelen zararın tam olarak belirlenmesi de zorlaşmıştır¹²¹⁹.

Dolandırıcılık eylemlerinin ve oluşturduğu mali zararların tam ve doğru olarak hesaplanamamasındaki diğer önemli bir engel ise, kayıtlı ekonomik bir sistemin var olmaması, bu sistemin gerekli kıldığı kurum ve kuruluşların fonksiyonel şekilde faaliyette bulunmamaları, muhasebe kayıt sisteminin tam oluşturulmaması ve elde edilen belge ve bilgilerin yorumlanmasındaki hatalardır. Örneğin, bazı büyük ekonomik organizasyonların mali yapılarındaki karmaşıklık ve büyüklük, hesaplama ve değerlendirme usullerinin uzun ve detaylı olması, bu kurum tarafından gerçekleştirilen veya bu kuruma karşı işlenen dolandırıcılık eylemlerinin nitelendirilmesini güçleştirmekte ve oluşan zararın hesaplanmasını zorlaştırmaktadır¹²²⁰.

Dolandırıcılık suçunun sonuçlarının tam ve doğru şekilde ölçülmesi önündeki üçüncü engel ise, bu suçun mağdurlarının mağduriyetlerinin farkında olmamaları veya mağduriyetlerini ifade ve ispat etmelerindeki güçlük ve çekince(çekingenlik)leridir. Büyük bütçeli bir şirkete karşı işlenen dolandırıcılık suçunun, şirketin yetkili birimleri tarafından incelenerek tespit edilmesi ve uğranılan zararın ortaya konulması uzun zaman alabilmekte ve bu süreç teknik incelemeleri zorunlu kılmaktadır. Bundan dolayıdır ki bu tür ticari oluşumlar dolandırıcılık eyleminin mağduru olduklarını çoğu kez fark etmemekte, fark ettikleri hallerde ise maruz kalınan zararı tam ve doğru şekilde hesaplayamamaktadır. Yine sosyal hayatta bir çok bireyin, hileli davranışlarla aldatılarak zarara uğramalarına karşın, bunun farkında olmadıkları veya yasal yollara başvurmadıkları da bir gerçektir. Bu bağlamda, toplum nezdinde itibarları bulunan şirketlerin, şöhretlerini korumak amacıyla

hileli davranışlar ve buna bağlı olarak mağdurun aldanmasının gerçekleşmesi, 2) mağdur tarafından kendisine karşı gerçekleştirilen eylemin hukuka aykırı olduğunun anlaşılması, 3) şüpheli veya şüphelilerin kimliklerinin belirlenmesi, 4) eyleme ilişkin delillerin toplanması, 5) toplanan delillerin mağdur tarafından adli makamlara ulaştırılması, 6) mağdurun beyanının ve ileri sürdüğü delillerin soruşturmanın başlamasına ve kovuşturma açılmasına yeter nitelikte ve güçte bulunması, 7) fail hakkında kovuşturma açılması, 8) failin suçlu bulunması. Görüldüğü üzere suçun işlenmesi ile cezalandırılması arasındaki süreç, mağdurların isteksiz davranmasına neden olmaktadır. (Andrew Higson: “The Fraud advisory Panel Working Party Paper: Why is Management Reluctant to Report Fraud?” , 1999, (https://www.fraudadvisorypanel.org/pdf_show_28.pdf, E.T. 21.06.2014), s.3). Bu aşamalardan herhangi birinde süreç kesilebilir ve dolandırıcılık eylemi cezasız kalabilir.

¹²¹⁹ Brenner: s.5-27; Chawki/Abdel Wahab: s.3).

¹²²⁰ Stanton Wheeler/Mitchell Lewis Rothman: “The Organization as Weapon in White-Collar Crime”, Michigan Law Review, Cilt: 80, Sayı: 7, 1982, The Michigan Law Review Association, s. 1413-1419; Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.29; Higson: s.1-19;

dolandırıcılık eylemine maruz kaldıklarını gizledikleri, bu suç nedeniyle oluşan zararı kabul ederek kendi işlerinde gidermeye çalıştıkları bilinmektedir. Böyle bir tavır gösterilmesindeki diğer neden ise, dolandırıcılık eylemini soruşturmakla görevli adli kolluk ve savcılık birimlerinin gerekli uzmanlık donanımına sahip olmamaları nedeniyle soruşturmanın uzaması ve sonuçsuz kalması ihtimalidir¹²²¹.

B. Toplumsal ve Politik Alanda Dolandırıcılık Suçuna Karşı İlgisizlik ve Tepkisizlik

Bireyler, toplum, politikacılar, medya ve sivil toplum kuruluşları tarafından hırsızlık, yağma, cinsel saldırı veya kişilerin vücut bütünlüklerine karşı işlenen suçlara karşı gösterilen tepkinin bir benzeri dolandırıcılık eylemlerine gösterilmemektedir. Bu tepkisizlik söz konusu suçun yaygınlaşmasına sebep olmakta, faillerinin cezasız kalmalarını sonuçlamakta ve bu tür eylemlere karşı tedbir almakla görevli siyasi, idari ve adli birimlerde görevli kişi ve kurumların konu üzerinde gerekli hassasiyeti göstermemelerine neden olmaktadır. Kanun yapıcılar ve uygulayıcılar terörist faaliyetler, insan kaçakçılığı, yağma, adam öldürme ve cinsel istismar gibi toplum barışı/güvenliği açısından öncelikli olan suçlara gösterdikleri önemi/hassasiyeti, aynı seviyede değere sahip dolandırıcılık ve benzeri suçlara göstermemektedirler.

Dolandırıcılık suçunun fark edilmesindeki güçlük, ispatının uzun ve teknik bir çalışmayı gerekli kılması nedeniyle topluma ekonomik ve sosyal maliyetinin zaman içerisinde ortaya çıkması, bu tür eylemlere karşı bireysel ve toplumsal dinamiklerin gerekli tepkiyi göstermelerinin ve gündem oluşturmalarının önüne geçebilmektedir. Dolandırıcılık ve benzeri suçların ülke ekonomisine getirdiği yük ile, diğer suçların topluma maliyeti karşılaştırıldığında, ilk grupta yer alan suçların üzerinde durulmasının gerekçeleri daha iyi anlaşılabilir.

¹²²¹ Chawki/Abdel Wahab: s. 10-11; Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.30-34; Higson: s. 1-19; Mağdur tarafından kendisine karşı işlenen bir suçun adli makamlara bildirilmemesinin bir çok sebebi vardır. Mağdurun kişisel özellikleri ve cinsiyeti, kendisine karşı işlenen eylemin ciddiyetine ve önemine ilişkin mağdurun kişisel değerlendirmesi, daha önceden benzeri veya farklı bir suçtan dolayı yaşamış olduğu mağduriyet, fail ile arasındaki kişisel ve hukuki ilişki/bağ, suç nedeniyle meydana gelen zararın fail veya üçüncü bir kişi tarafından karşılanmış olması, adli makamlara duyduğu güven ve bakış açısı, mağdurların kendisine karşı gerçekleştirilen ve suç niteliğinde olan eylemleri rapor edip etmemelerinde etkili olabilmektedir (Carlos Carcach: “Reporting Crime to the Police. Trends and Issues, Australian Institute of Criminology”, Sayı. 68, Mart 1997 (http://www.aic.gov.au/media_library/publications/tandi/ti68.pdf, E.T. 21.06.2014), s.3-4).

Konusunda uzman ve yeterli kapasiteye sahip etkin sivil toplum örgütlerinin eksikliği ile bağımsız ve tarafsız yazılı ve görsel medyanın bulunmaması da, bireylerin ve kamu otoritelerin dolandırıcılık ve benzeri suçlara karşı harekete geçerek, bilinçlenmesinin ve gerekli tedbirleri almasının önündeki en önemli engellerden biridir. Zira politikacılar, kanun yapıcılar ile kamu kurumlarının öncelikleri, siyasal karar alma süreçlerindeki uzun ve teknik bürokratik kurallar, karar vericilerin ekonomik ve siyasi güç odakları ile kurdukları ilişki ve bunun sonucunda etkilenmeye açık bulunmaları herhangi bir sosyal olay ve olgu karşısında beklenen gündemin oluşmasını ve tedbirlerin alınmasını engelleyebilmektedir. Bireyler ile tüzel kişiliğe sahip özel ve kamu kurum ve kuruluşlarına karşı, menfaat elde etmek amacıyla hileli davranışlar sergilenerek işlenen özel veya genel dolandırıcılık suçlarının önemli bir kısmı, sosyal hayatta önemli konuma sahip birey veya birey toplulukları tarafından işlenmektedir. Bu kişiler, sahip oldukları ün, konum ve güçlerini kullanarak sivil toplum örgütleri ve medya ile yakın ilişkiler kurmakta, onları etkileyip kontrol etmekte ve bazen de bunlara sahip olmaktadır. Bu ilişki sarmalı içerisinde faaliyetlerini yürüten sivil toplum örgütleri ile medya organlarının bağımsız ve toplum yararına hareket ederek, özellikle ekonomik açıdan topluma maliyeti yüksek olan dolandırıcılık ve benzeri suçlara karşı toplum farkındalığını arttıracak eylemlerde bulunmaları beklenemez¹²²².

Toplum menfaatlerini gözeten ve bu menfaatleri tehlikeye atacak tehditleri önceden fark ederek bu konuda bireyleri ve sorumlu kişi ve kurumları uyarıcı bir yayın politikası izlemekle görevli medya organlarının, diğer suçlarda gösterdiği hassasiyeti ve dikkati, dolandırıcılık suçları açısından gösterdiğini söylemek zordur. Örneğin ulusal medya tarafından cinsel suç faillerine gösterilen reaksiyon, bu faillerin ağır yaptırımlara maruz kalması talebi, bu talep ve isteklerin sürekli olarak gündemde tutularak toplumsal farkındalığın ve tepkiselliğin arttırılması çabaları, dolandırıcılık suçu açısından yok denecek kadar azdır.

Akademik camiada dolandırıcılık alanında uzman akademisyen sayısının azlığı ve bu konuda ihtisaslaşmış merkezlerin bulunmaması dolandırıcılık eylemleri üzerinde

¹²²² Amerika ve İngiltere’de dolandırıcılık eylemlerine karşı mücadele etmek amacıyla kurulmuş bir çok sivil toplum kuruluşu bulunmaktadır. Söz konusu sivil toplum kuruluşları tarafından bireyler ve kurumlara yönelik eğitimler düzenlenmekte ve çeşitli farkındalık arttırıcı faaliyetler yürütülmektedir. Bu sivil toplum kuruluşları adli ve idari makamlar ile sürekli işbirliği ve iletişim halindedirler. Bazı sivil toplum örgütleri faaliyetlerini “fikir kulüpleri” şeklinde yürütmektedirler. Bu bağlamda söz konusu kulüpler konferanslar düzenlemekte, yüksek lisans dersleri vermekte, yazılı ve görsel yayınlar hazırlamaktadırlar (Smith/Buton/Johnston/Frimpong: s.73).

ayrıntılı, dikkat çekici, çözüm üretici ve kapsamlı bilimsel çalışmalarını nitelik ve niceliksel olarak olumsuz etkilemektedir. Bu tür çalışmaların yapıl(a)mamış olması, dolandırıcılık eylemlerinin kısa, orta ve uzun vadeli zararlı sonuçlarının bilimsel olarak ortaya konulmamasının önüne geçtiğinden, dolaylı olarak sivil toplum örgütlerinin oluşmasını engellemekte, medyanın konuya yönelik ilgisini azaltmakta ve karar mercilerinin harekete geçmesini engellemekte veya geciktirmektedir. Dolandırıcılık eylemlerinin önüne geçmek için ne tür yasal değişikliklerin yapılması gerektiği, bu tür eylemlerin hangi araçlarla daha etkin şekilde araştırılıp soruşturulabileceği, bu alanda bilinç arttırmaya yönelik olarak verilecek eğitim ve öğretim ile metodlarının ne olacağı gibi hususlarda yapılacak bilimsel çalışmalar, hem toplumun bilinçlenmesine neden olacak ve hem de sorumlu ve yetkili otoritelerin harekete geçmesine zemin hazırlayacaktır.

C. Dolandırıcılık Suçu İle Mücadele Bağlamında Karşılaşılan Sorunlar

Başta dolandırıcılık olmak üzere, bünyesinde hileli davranışları, yalanı ve aldatmayı barındıran suçlarla mücadele konusunda etkin ve etkili bir mücadele için, sorunlu alanların tespit edilip, yasal mevzuatın gözden geçirilerek eksikliklerinin giderilmesi gerekmektedir. Bu yapılırken suçla ve suçlulukla mücadelede sorumlu kişi ve kurumların işlerini basitleştirip kolaylaştıran, kazuistik bir üsluptan uzak, bütünleştirici ve sadeleştirici yaklaşımı benimseyen ve bireylerin hak ve yükümlülüklerini kolayca anlamasına yardımcı olacak bir yöntem hedef alınmalıdır. Dolandırıcılık ve benzeri suçların çeşitli kanunlarda, birbirlerinden ayrı unsurları içerir şekilde ve farklı soruşturma ve kovuşturma usullerinin benimser tarzda düzenlenmesi, suça sebebiyet veren “hileli davranış” ile mücadeleyi zafiyete uğratacaktır.

Mahiyeti itibariyle hileli davranışlar ile muhatabını aldatıp yarar elde etmeyi amaç edinen suçlar, bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişmesi ile birlikte çok hızlı ve sık şekil ve yöntem değiştirmektedirler. Bu gerçeklik karşısında dolandırıcılık ve benzeri suçlarla mücadele usul ve yöntemlerinin de, bu değişime ayak uydurabilecek şekilde ve kıvraklıkta dizayn edilmelidir. Günümüz dünyasında “bilgi” önemli bir güçtür. Bilginin elde bulundurulması tek başına yeterli olmamakta, söz konusu bilginin yorumlanmasına, değerlendirilmesine ve bundan çıktılar elde edilmesine olanak sağlayan sistemin varlığı gerekir. Bunları gerçekleştirmek için yine günümüzün bize sunduğu teknolojik olanaklardan yararlanılmalıdır. Amacı parasal değerler ve malvarlığına ait diğer unsurları ele geçirerek menfaat temin etmek olan dolandırıcılık ve benzeri suçlarla mücadelede

ekonomik hayatın tüm girdi ve çıktılarının kayıt altına alındığı, buradan elde edilen bilgilerin depolandığı ve otomatik değerlendirmeye tabi tutulduğu bir sistemin oluşturulması hayati öneme sahiptir.

Kayıtlı ekonomik sisteme paralel olarak, doğrudan veya dolaylı olarak bu sistem ile ilintili bulunan yan kurum ve kuruluşlar ile bunlar tarafından sunulan hizmetlerin disipline edilmesi, kayıt altına alınması, standartlarının oluşturulması ve bunların denetlenmesi gerekir. Örneğin iletişim teknolojileri alt yapısı ile bu sistemler vasıtasıyla verilen haberleşme hizmetlerinin, iletişim, sağlık ve ulaşım sektörlerinin çalışma usul ve prensipleri doğru şekilde belirlenmeli; buralardan elde edilen verilerin sağlıklı şekilde depolanıp değerlendirileceği teknik bir alt yapı oluşturulmalıdır. Günümüzde işlenen dolandırıcılık suçlarının çoğunun cep telefonu hatları, internet bağlantıları ve bankacılık sistemi üzerinden işlendiği düşünüldüğünde, yukarıda belirtilen hususların önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Dolandırıcılık ve benzeri suçlar ile mücadele de kurum içi ve kurum dışı özel veya resmi denetim mekanizmalarının oluşturularak, etkin şekilde çalışmaları sağlanmalı ve bunların adli makamlarla ortaklaşa çalışmalarını zorunlu kılan yasal bir ortam tesis edilmelidir. Ekonomik hayatta doğrudan veya dolaylı olarak ilişki içerisinde bulunan resmi ve özel ticari tüzel kişiler kendi kurum içi teftiş mekanizmaları ile denetlenmeli, bağımsız ve özel denetleme kuruluşlarının incelemelerine açık olmalıdır. Bu denetleme ve teftiş sistemi/mekanizması çerçevesinde elde edilen verileri bir araya getirecek, ilgili olanları irtibatlandırarak, bilgileri değerlendirerek ilgili kişi ve kurumlarla paylaşacak ve bu çerçevede dolandırıcılık eylemleri ve bunlara karşı geliştirilecek politikaları tespit edip uygulamayı denetleyecek sektörel bazlı merkezi kurumlar/birimler oluşturulması yararlı olacaktır.

Verilerin oluşturulması, depolanması, değerlendirme ve yorumlanmasında insan unsurunun önemi tartışmasızdır. Bu nedenle konusunda uzman ve yeterli teknik bilgiye sahip elaman eksikliği tespit edilerek giderilmelidir. Bu çerçevede soruşturma ve kovuşturma aşamasında görev yapacak başta adli kolluk olmak üzere, konu ve sektör bazlı uzman hakim ve savcı yetiştirilerek istihdamı sağlanmalıdır. Bilişim ve teknoloji suçları, siber suçlar, sigorta dolandırıcılığı ve bankacılık suçları gibi, hileli davranışların yoğun olarak kullanıldığı, soruşturma ve kovuşturması hukuk bilgisi yanında daha çok teknik

bilgiyi gerektiren suçların yargılamasını yapacak, alanında uzmanlaşmış yargı birimleri tesis edilmelidir.

Toplumu ilgilendiren sorunların çözümünde, soruna doğrudan muhatap olan bireylerin aktif olarak rol almaları, yetkili ve sorumlu kişi ve kurumları harekete geçirmeleri, dolandırıcılık ve benzeri suçlar ile mücadelede önemlidir. Bu nedenle konu veya sektörel bazlı oluşturulacak, mali, teknik ve insani alt yapısı ile yeterli sivil toplum örgütlerinin oluşturulması gerekir. Bu örgütler bir tür özel denetleme ve teftiş kurumu gibi çalışabilecekleri gibi, zaten var olan veriler ışığında uygulama yapılması ve politika geliştirilmesi için de faaliyette bulunabilirler. Yine bu örgütler bireylerle daha yakın ve sıcak temas kurabileceklerinden, kişi ve kurumlara yönelik eğitimler düzenleyip, konuya dikkatleri çekebilecek araştırmalar yaparak, yayınlar hazırlayabilirler. İyi organize olmuş ve verimli çalışan bir sivil toplum örgütünün, suç ve suçlulukla mücadelede idari ve adli birimlere sağlayacağı katkı hiç kuşkusuz önemlidir.

SONUÇ

Dolandırıcılık, kronolojik açıdan gerek karşılaştırmalı hukukta ve gerekse Türk hukukunda yeni sayılabilecek, ancak zekâ seviyesi nedeniyle zamana ve şartlara kolayca uyum sağlayabilen, içerdği unsurlar dolayısıyla nitelendirilmesi ve yorumlanması zor olmakla birlikte hâkime geniş bir takdir alanı sağlayan, malvarlığı unsurlarına karşı en çok işlenen suçlardandır.

Günümüzde sahip olduğu anlamı ve tanımıyla dolandırıcılık suçu hukukumuzda 1926 yılında yürürlüğe giren mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 503. maddesi ile girmiş, gerek doktrindeki tartışmaların yönlendirmesi ve gerekse çağın gelişen şartlarının zorlaması ile söz konusu yasal düzenlemede zaman içerisinde çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 157. Maddesindeki hali ile son şeklini almıştır. Yapılan yeni düzenleme ile yasa koyucu, önceki yasa zamanında var olan bir kısım tartışmaları karşılamayı amaçlamış ise de, bunu kısmen başarmış ancak önemli sayılabilecek güncel tartışmaların doğmasına da sebebiyet vermekten kurtulamamıştır. Bunun önemli nedenleri arasında, dolandırıcılık suçunu düzenleyen yasa maddesinin metni ile yasa gerekçesi arasında önemli çelişkilerin bulunması, maddede yer alan bazı ibarelerin hangi düşünce ve yaklaşım doğrultusunda oluşturulduğunun yasa sistematığından anlaşılamaması, ceza mevzuatımızda yer alan ve benzer unsurları içeren bir kısım özel suçlar ile dolandırıcılık suçu düzenlemesi arasında hakkaniyetli bir ceza dengesinin kurulamamış olması gösterilebilir.

765 sayılı Yasa’nın 503. maddesinde dolandırıcılık suçunun hareket alt ögesi “*bir kimseyi kandırabilecek nitelikte hile ve desise yapmak*” şeklinde düzenlenmiş iken bu 5237 sayılı TCK’nın 157/1. maddesinde “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatma*” olarak değiştirilmiştir. Yine önceki düzenlemede fail tarafından mağdur aleyhine olarak elde edilecek yararın “*haksız bir yarar*” olması aranmakta iken, yeni düzenlemede yararın niteliğine vurgu yapmayı gerek görmeyen yasa koyucu sadece “*yarar sağlama*”yı suçun oluşumu açısından yeterli görmüştür. Yeni düzenleme ile suçun nitelikli halleri genişletilmiş, önceki düzenlemede yer verilmeyen yeni bir kısım nitelikli hallere yer verilmiş, bazılarına ise yer verilmemiştir.

Dolandırıcılık suçunun sadece malvarlığına ait unsurları değil, bunun yanında kişilerin irade serbestisini de içerdği öğretide ileri sürülmüş bu yaklaşım Yargıtay

tarafından da kabul görmüştür. Ancak kanun koyucunun öncelikli amacı, yasal düzenleme ile kişilerin irade serbestîlerini korumak olmayıp malvarlığına ait unsurları korumaktır. İrade serbestîsi, yasa koyucu tarafından düşünülen ancak açıkça öngörülme, göz ardı edilip perdelenen tali bir hukuki menfaattir. Malvarlığına karşı işlenen suçlarda etkin pişmanlık hükümlerini düzenleyen TCK'nın 168. maddesi incelendiğinde yasa koyucunun, dolandırıcılık suçu ile korumayı amaçladığı hukuki menfaatin malvarlığına ilişkin olanlar olduğu anlaşılabilecektir. Söz konusu maddede failin pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri vermesi veya tazmin etmesi suretiyle tamamen gidermesi durumunda cezasında hafifleme olabilecektir. Aynen geri verilebilen veya tazmin edilen zararlardan kasıt, malvarlığının aktifinde azalmaya ve pasifinde artmaya neden olabilenlerdir. İrade özgürlüğüne müdahalenin bu bağlamda değerlendirilemeyeceği açıktır. Bunun aksine bir yaklaşım hâkime, kanun metninin lafzının dışına çıkılarak, ruhunu araştırmaya ve bunu gerçekleştirmeye yönelik yetki verilmesini sonuçlayacaktır. Uygulamacılara ucu açık, kontrolü ve denetimi zor böyle bir yetkinin verilmesi, suç ve cezalara hâkim olan *kanunilik ilkesine* aykırı olup, sofistike ve komplike bir suç olan dolandırıcılığı daha da karmaşık hale getireceğini düşünmekteyiz.

Suçun maddi konusu içerisine sadece taşınır mallar değil, taşınmaz mallar ve alacak hakları da girer. Bununla birlikte objektif olarak maddi değeri olmayan, ancak sahibinin atfettiği sübjektif değer itibarıyla maddi bir değere sahip nesnelerin dolandırıcılık suçuna konu olup olmayacağı tartışmalıdır. Sahibi açısından manevî ve buna paralel kendi nezdinde maddi bir değeri bulunan, ancak piyasa şartları açısından objektif bir kıymeti bulunmadığından fail veya üçüncü kişinin yarar sağlamasına uygun olmayan eşyaların dolandırıcılık suçuna konu olabilmesi gerekir.

Dolandırıcılık suçunun mağduru, kendisine karşı hileli harekette bulunularak aldatılan gerçek kişi; suçtan zarar gören ise aldanan kişinin tasarrufta bulunmasıyla malvarlığında azalma meydana gelen gerçek veya tüzel kişidir. Çoğu kez mağdur ile suçtan zarar gören aynı kişi olmakla birlikte; mağdur ve zarar görenin farklı kişiler olması mümkündür. Ancak aldatılan ve malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunan kişinin aynı olması gerekir. Aldatılan kişinin üzerinde tasarrufta bulunduğu malvarlığı kendisine ait olabileceği gibi; üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine haiz olduğu başkasına ait malvarlığı unsuru da olabilir. Dolandırıcılık suçu açısından mağdurun gerçek kişi olması zorunlu iken, suçtan zarar görenin gerçek kişi olması zorunlu değildir. Tüzel kişiler suçun mağduru değil suçtan

zarar göreni konumunda olabilirler. Mağdurun taşıdığı özellikler dolandırıcılık suçu açısından genel olarak önemli olmamakla birlikte, bazı durumlarda mağdurun kişisel durumu nitelikli halin oluşmasına neden olabilmektedir (TCK m. 158/1-b,c)

TCK'nın 157/1. maddesinde *hileli davranışlarla* bir kimsenin aldatılmasından ve aldanan bu kişinin kendisi veya başkasının zararına ve fakat faile veya başka bir kişiye yarar sağlamasından bahsedilmektedir. Kanun maddesinde açıkça bir kimsenin aldatılması arandığından, mağdurun *belirli* bir kişi olması gerektiği hususu tartışmasızdır. Bununla birlikte failin hileli davranışlarını, belirsiz kişilerden oluşan bir topluma veya topluluğa karşı yöneltmesi halinde dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Yasada bu hususta yer alan boşluğun öğreti ve uygulamada karmaşıklığa neden olabileceği gözönüne alınarak bu durumun, İngiltere Dolandırıcılık Kanunu paralelinde bir düzenleme yapılarak, belirsiz kişilere karşı yöneltilen hileli davranışların da dolandırıcılık suçuna sebebiyet vereceğinin kabulünün faydalı olduğu kanaatindeyiz. Hileli davranışların cezalandırılması için belirli bir kişinin aldanarak zarara uğramasını beklemek, kişilerin malvarlıklarını ve dolayısıyla ekonomik hayatı düzenlemeyi amaçlayan dolandırıcılık suçunun konuluş amacına aykırıdır.

Farklı görüşler bulunmakla birlikte kanaatimizce temyiz kudreti olmayan tam akıl hastaları ve yaşı küçük (7 yaş ve altı) çocuklara karşı dolandırıcılık suçu işlenemez. Bu kişilere karşı hileli davranışlar kullanılarak yarar sağlanmış ise, bu grupta yer alanların aldatılmaya müsait iradelerinin olmadığı kabul edilmeli ve failin eylemi hırsızlık veya olayın özelliklerine göre yağma olarak değerlendirilmelidir. Buna karşın kısmi akıl hastaları ile temyiz kudreti olmayan ancak irade beyanında bulunabilecek yaşa gelmiş küçüklere karşı hileli davranışlar kullanılarak yarar temin edilmesi durumunda ise, failin eylemi dolandırıcılık suçunun nitelikli (TCK m.158/1-c) halinin oluşumuna sebebiyet verecektir. Zira bu kişilerin sahip oldukları bilinç ve irade seviyesi, kendilerine yöneltilen hileli davranışları anlama veya algılama kapasitesine sahip olup, ancak yeterli düzeyde değildir/zayıftır.

Önceki yasada dolandırıcılık sunun unsurları içerisinde yer verilen “desise” kavramından vazgeçilmiş ve hilenin “kandırabilme” özelliğine özel bir vurgu yapılmamıştır. Bununla yasa koyucunun suçun oluşumunu kolaylaştırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Artık açıkça yalan olduğu sabit olmayan her türlü hileli davranış dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilir. Somut olayın şartları gözönüne alınmaksızın,

laboratuvar ortamında bir hile tanımı yapılmasının, yeni düzenleme karşısında mümkün olmadığını düşünüyoruz. Bu nedenle önceki yasa döneminde Yargıtay tarafından verilen ve hangi hareketlerin hileli sayılabileceği, hangilerinin hileli sayılmayacağına dair önceden yaptığı belirlemeleri ile bir kısım davranışların hile unsuru taşıyıp taşımadığına ilişkin bilirkişi raporu düzenlenmesini isteyen yaklaşımının yeni yasa döneminde geçerliliğini yitireceği kanaatindeyiz.

Şunu da belirtmek isteriz ki dil ve buna paralel olarak hukuk literatürü yaşayan bir organizmadır. Hukuksal her kavram bir tür kültür elçisi olup, kendisine has tarihi ile kültürel hazinesini içerisinde barındırmaktadır. Yine, hukuksal kavramların çeşitlendirilmesi ve muhtevalarının zenginleştirilmesi, hukukun yorumu ve uygulanması açısından önemli bir kolaylaştırıcı araçtır. Belirli ibarelerin üzerlerine kelime anlamlarının çok üzerinde kavramsal manalar yüklenmesi, o terimin zaman içerisinde yıpranmasına ve kendisinden beklenen sonucun alınmamasına neden olur. Bundan dolayıdır ki, yasanın dilini sadeleştirmek amacı ile, daha önceki yasal düzenlemede dolandırıcılık suçunun unsurları içerisinde var olan “desise kavramı”nın, kendine yeni düzenlemede yer bulamamasının, bu kavram üzerine bina edilen hukuk kültürünü ortadan kaldıracağını; desisenin içerdiği tam anlamı “hile” ibaresine yüklemenin ise söz konusu kavrama haksızlık olacağını ve dolandırıcılık suçunun yorumlanmasında çeşitli sıkıntılara sebebiyet vereceğini düşünüyoruz.

“Hileli davranış” kavramının belirsizliği, bu kavramın yasa koyucu tarafından net ve açık olarak tanımlanmamış olması, zamana ve yere göre değişkenlik göstermesi dolandırıcılık suçunu yorumlayacak uygulayıcılar açısından büyük bir zorluğu (tehlikeyi) içermekle birlikte (yasallık ilkesini zedeleme ihtimali), kanaatimizce önemli bir fırsatı da içerisinde barındırmaktadır. Zira bu ortam sayesinde “hileli davranış” kavramı yaşayan bir organizma gibi, içerisinde bulunduğu sosyal, ekonomik ve kültürel hayata kolayca adapte olabilen, teknolojik alanda meydana gelen değişimler ve gelişmeler karşısında kendini yenileyebilen, kendini sürekli olarak geliştirebilen bir terim halini olabilecektir. Bu kavrama bu özelliklerini kazandırabilecek en önemli aktörlerin akademisyenler ile uygulamacılar olduğu tartışmasıdır.

765 sayılı TCK döneminde öğretti ve uygulamada var olan *hukuki hile-cezaî hile* ayrımına yönelik ölçütler belirleme çabasının temel gerekçesi bu kanunda yer alan “*kandırabilecek nitelikte hile ve desise*” ibarelerini açıklama gayreti idi. Yasa koyucu 5237

sayılı TCK'da bu ibarelere yer vermeyerek, var olan tartışmaları sona erdirmeyi amaçlamıştır. Bundan dolayıdır ki olayın sübjektif şartları gözönüne alınarak yapılan bir değerlendirme sonucunda hileli davranışın varlığı belirlenecektir. Bu nedenle Yargıtay'ın 5237 sayılı TCK döneminde vermiş olduğu bir kısım kararlarına yansıyan ve hileli davranışların objektif olarak kandırma niteliğine sahip olması gerektiğine vurgu yapan ve bunu arayan görüşlerine (örneğin tapu ve trafik kayıtları incelenmeden, aldaticılık özelliği bilirkişiler tarafından saptanmayan belgeler ile kandırılarak zarar görülmesi durumlarında dolandırıcılık suçu oluşmayacağına değinen kararlarına) katılmıyoruz.

Önceki yasal düzenlemeden farklı olarak 5237 sayılı TCK'da açık bir düzenlene bulunmamasına ve konu tartışmalı olmasına karşın, kural olarak icraî hareketler ile gerçekleştirilebilen hileli davranışların, ihmali olarak ta gerçekleşmesinin mümkün olduğunu; ihmali bir davranışla, icraî davranış ile elde edilebilen bir sonuç meydana geldiği takdirde, ihmali davranışın icraî davranışa eş kabul edilmesi gerektiğini ve bu tür davranışların dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceği kanaatindeyiz.

Basit bir yalanın “hileli davranış” olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu öğreti ve uygulamada tartışmalıdır. Ancak bu konudaki değerlendirmenin olaysal olarak yapılması gerektiği, “basit bir yalan” ibaresinin kişilere ve şartlara göre farklılık gösterebileceği açıktır. Yalanın her türlüşünün cezaî bir müeyyide ile yaptırım altına alınması sosyal ve ekonomik hayata zarar verebilir. Yeni düzenlemede öncekinden farklı olarak hilenin kandırıcılık niteliğine özel bir vurgu yapmayan yasa koyucu, bu yaklaşımıyla hilenin gerçekleşme ağırlık alt eşliğini düşürmüş, ancak bu sınırı tamamen ortadan kaldırmamıştır. Dolayısıyla “açıkça yalan olan” söz ve davranışların dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermemesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak Yargıtay uygulaması ve öğretide ileri sürülen bir kısım görüşlerin aksine yalanın hile olarak kabul edilmesi için, belirli bir sahne içerisinde sergilenmiş olması aranmamalıdır. Bu düşüncelerin temelini “sahneye koyma teorisi” oluşturmaktadır. Ancak bu teorinin gelişmesine ve yasal zemin bulmasına olanak sağlayan Fransa ve Belçika'da var olan yasal zeminin Türkiye'de olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır.

Susmanın tek başına “hileli davranış” olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesi de üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu konuda yapılan tartışmaların ayrıntısını ilgili bölüme havale ederek, hukukun kendilerine belirli sorumluluklar yüklediği kişilerin, pasif davranıp beklenen yükümlülükleri yerine getirmemelerinin bir tür davranış

olduğunu, bununla aldanarak birilerinin zarar görülmesi ve paralelinde fail veya üçüncü bir kişinin yarar sağlanması durumunda dolandırıcılık suçunun oluşabileceği kanaatindeyiz.

Yasa koyucu 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, karşılıksız yararlanma suçunun kapsamını daraltmıştır. Hangi sosyal veriler ışığında ve ne tür toplumsal gerçeklere dayanarak böyle bir düzenleme yapıldığı yasanın gerekçesinden ve Meclis tutanaklarından tam olarak anlaşılamamaktadır. TCK'nın 157. maddesinden açıkça anlaşılmayan, ancak madde gerekçesinde yer verilen ibareler incelendiğinde, ödeme yeteneği olmadığı halde konaklamaya ayrılmış yerlerde kalma, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında seyahat etme, lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içme gibi, bedelinin hizmetin sunulmasından sonra ödenmesi gereken durumlarda, ödeme yeteneğinin gizlenerek yarar sağlanmış olmasının dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. İhmali hareketlerin cezalandırılacağına dair ceza kanunumuzda genel bir hüküm bulunmadığı gözönüne alındığında, “ihmali davranış” olarak değerlendirilebilecek bu davranışların nasıl cezalandırılacakları, “yasallık ilkesi” çerçevesinde tartışma konusudur. Bu nedenle sosyal ve ekonomik hayatta hatırı sayılır derecede karşılaşılan ve toplumsal düzeni bozabilecek karşılıksız yararlanma eylemlerinin özel bir düzenleme ile suç olarak veya kabahat olarak yaptırım altına alınmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Yargı dolandırıcılığı (usul hilesi) bir kişinin, haklı olduğu iddiası ile açtığı bir davada hâkimi aldatarak, verilmemesi gereken ve yürütme yeteneği olan lehe bir hükmün verilmesini sağlayıp, davanın diğer tarafının zarar görmesini temin etmesi olarak tanımlanabilecek karşılaştırmalı hukukta doğup var olan bir kavramdır. Karşılaştırmalı hukukta bu eylemi ayrı bir suç sayarak cezalandıran yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Mevzuatımızda buna ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Hâkimin aldatılarak lehe bir kararın verilmesinin temin edilmesi ile, elde edilen bu kararın hileli davranış olarak kullanılması birbirinden ayrılmalıdır. Hukuk mahkemelerinde tarafların talepleri ile bağlı bir yargılama yürütüldüğü gözönüne alındığında (örneğin anlaşmalı boşanma davaları) hâkimin bazen gerçeği araştırma ve inceleme olanağı bulunmamaktadır. Bu tür davalarda gerçek durumu yansıtmayan kararlar verilmesi mümkündür. Böyle bir kararın başka bir kişiyi aldatmak ve bunun sonucunda yarar sağlamak için kullanılması durumunda dolandırıcılık suçu oluşabilecektir.

Hileli davranışlar ile mağdurun aldatılarak kendisi veya başkası zararına hukuki tasarrufla bulunması dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından önemlidir. Bununla

birlikte failin, mağdurun var olan aldanma halinden yararlanarak menfaat temin etmesi durumunda dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı, 765 sayılı TCK'nın 503/2. maddesinde yer verilen düzenlemeye 5237 sayılı TCK'da yer verilmediğinden dolayı, tartışmalıdır. Kanaatimizce, hareket kavramının icraî ve ihmali hareketleri kapsadığı kabul edilerek, şartların oluşması halinde ihmali bir davranışın icraî davranışa eşit sayılması gerektiği kabul edilmelidir. Bu halde failin, mağdurun içerisinde bulunduğu hatalı bir durumdan kurtulmasına yardım etme, onu bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu halde; bu yükümlülüğe aykırı hareket edip, bu durumdan faydalanarak yarar sağlaması halinde, failin davranışının icraî davranışa eş değer olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Failin bu konudaki aydınlatma ve izah etme yükümlülüğü yasadan, sözleşmeden veya teamüllerden kaynaklanabilir. Bununla birlikte bu tür bir mükellefiyet altında bulunmayan bir kişinin, herhangi bir hileli davranışa başvurmaksızın, yalnızca mağdurun içinde bulunduğu hatadan yararlanmış olması dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermez.

Dolandırıcılık suçunun konusunu malvarlığının herhangi bir unsuru oluşturabilir. Bu kapsamda taşınır ve taşınmaz mallar ile alacak haklarına karşı bu suç işlenebilir. Suçun oluşabilmesi için mağdurun ispatlanabilir şekilde bir zarar görmüş olması ve bu zararının malvarlığı unsurları ile ilgili olması gerekir. Failin hileli hareketleri neticesinde mağdurun sırf manevi yönden zarar görmesi, dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermez. Yine kişisel hizmetlerde bu suçun konusunu teşkil edebilir. Mağdurun zararının hukukça korunmayan bir ilişkiden kaynaklanması da mümkündür. Mağdurun içerisinde bulunduğu hukuki statü suçun oluşmasına engel değildir.

Mağdurun uğradığı zararın süreklilik göstermesi ve zarar miktarı dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından gerekli değildir. Kısa bir süre dahi olsa malvarlığı unsurlarından bir kısmı failin hileli hareketleri vasıtasıyla ve yarar sağlamak amacıyla mağdur veya suçtan zarar görenin hâkimiyetinden çıkartılmışsa bu suç oluşacaktır. Elde edilen yararın daha sonra sahibine iade edilmesi suçun oluşumu açısından değil, faile verilecek cezanın bireyselleştirilmesi bağlamında önem ifade edecektir.

Neticesi itibariyle tehlike değil bir zarar suçu olan dolandırıcılığın oluşması için doğrudan failin veya fail vasıtasıyla bir üçüncü kişinin mağdur veya suçtan zarar gören kişi aleyhine ve uğranılan zarara paralel bir yarar elde etmesi gerekir. Yarar sağlama malvarlığındaki aktiflerde bir artış şeklinde olabileceği gibi pasiflerden kurtulma türünde

de olabilir. Yarar elde etmenin imkânsız olduğu durumlarda işlenemez suçun varlığından veya teşebbüs aşamasında kalan bir suçtan bahsedilebilecektir.

Yarara konu olacak malvarlığı değerinin haklı veya haksız olması dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından önemli değildir. Yasa koyucu “haksız” şekilde bir yarar temini halinde TCK’nın 157 veya 158. Maddelerinde tanımlanan suçun; “haklı” bir alacağın tahsili amacıyla işlenmesi durumunda da TCK’nın 159. maddesinde tanımlanan suçun oluşacağını öngörmüştür. Buna paralel olarak rehin olarak verilen bir malın hileli yollarla geri alınması eylemi TCK’nın 290/2. maddesi ile yaptırım altına alınmıştır.

Kullanma hırsızlığı suçuna benzer bir düzenleme dolandırıcılık suçu açısından öngörülmemiştir. Ancak yasa koyucunun malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından güttüğü suç politikası açısından benzer bir düzenlemenin dolandırıcılık suçu için de öngörülmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Dolandırıcılık suçu genel kastla işlenebilen özel kastın aranmadığı bir suçtur. Bu, suçun tabiatı gereği zorunlu bir durumdur. Zira hileli davranış sergileme, öncesinde zihni bir planlamayı, bu planlama doğrultusunda hal ve hareketlerde bulunmayı zorunlu kılar. Suçta bulunması gerekli olan kasıt, dolandırıcılık suçunun maddî unsurunu oluşturan öğelerin tamamının fail tarafından bilinmesini ve istenmesini ifade eder. Yani fail, gerçekleştirdiği davranışların hile teşkil ettiği ve başka birini aldatıcı nitelikte oldukları bilincinde olmalı; bu hileli davranışların etkisiyle hileye maruz kalan kişinin veya başkasının malvarlığında bir eksilme meydana geleceğini ve zarar göreceklərini, buna karşılık kendisinin veya başka bir kişinin malvarlığında bir artma meydana geleceğini bilmeli ve istemelidir. Bu itibarla fail, mağdurun malvarlığındaki eksilmenin, mağdurun gördüğü zararın kendi hileli davranışları sonucunda meydana geldiğini bilip istemeli; hileli davranışları ile mağdurun zararı arasındaki illiyet bağının varlığının bilincinde olmalı ve yarar sağlamayı amaçlamalıdır.

Failde bulunması gereken kast, suçu oluşturan hareket unsurundan önce veya en azından onunla aynı anda birlikte bulunmalıdır. Sonradan ortaya çıkan bir kasıt dolandırıcılığın değil, şartları oluştuğu takdirde başka bir suçun oluşumuna sebebiyet verir.

TCK'nın 157. maddesinin gerekçesinde her ne kadar dolandırıcılık suçunun hem doğrudan ve hem de dolaylı kastla işlenebileceği belirtilmiş ise de, teorik olarak tartışılıp kabul edilebilecek bu hususun, dolandırıcılık suçunun pratiği açısından geçerli olmadığını düşünüyoruz. Zira dolandırıcılık suçunda failin amacı mağdura bedeni bir zarar vermek değil, kendisi veya başkasına menfaat temin etmektir. Fail bu amacını gerçekleştirmek için hileli davranışlar sergilemekte ve muhatabını aldatmaya çalışmaktadır. Bir kişinin olası kastla hareket ederek, olursa olsun düşüncesi ile hileli davranışta bulunması ve yarar sağlamayı istemesi olanaklı değildir. Hileli davranışların olası kast ile sergilenmesi mümkün değildir. Bu nedenlerle dolandırıcılık suçunun olası kastla işlenemeyeceği düşüncesindeyiz.

Yasa koyucu tarafından dolandırıcılık suçunun işlenmesi ile meydana gelen zararın ağırlığı, failin sahip olduğu sıfat ve bu sığata duyulan güvenin kötüye kullanılması, fail tarafından kullanılan hileli davranışların niteliğı, mağdurun psikolojik durumu ve bir kısım tüzel kişiliklerin ekonomik ve sosyal hayatta sahip oldukları önem dikkate alınarak, dolandırıcılık suçunun basit şekline göre daha ağır cezaî müeyyide gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir. Suçun nitelikli halleri zaman içerisinde çeşitlenmiştir. Bunun sebebi sosyal ve ekonomik hayat ile teknolojik alandaki gelişmeler ve değişimler nedeniyle suçun işlenme alanının genişlemesi ve işlenmesinin kolaylaşması, yasa koyucunun güttüğü suç siyaseti kapsamında belirli yapı, kurum ve kuruluşları ekonomik ve sosyal amaçlar çerçevesinde özel bir koruma altına almak istemesi ve bir kısım çıkar guruplarının yasa yapım çalışmaları sırasında kendilerine karşı işlenecek dolandırıcılık suçlarının daha ağır yaptırım altına alınma noktasında yasa koyucuyu etkilemesi olarak gösterilebilir.

Banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla (TCK m.158/1-j) dolandırıcılık suçu işlenmesi (kredi dolandırıcılığı), bu kurumların ekonomik hayatta sahip oldukları önem nedeniyle suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır. Bankadan kasıt *mevduat bankaları, katılım bankaları ve kalkınma ve yatırım bankalarıdır*. Kredi kurumu ibaresinden ise, banka olmamasına karşın kanunen borç para vermeye yetkili kılınan kurumlar anlaşılmalıdır. Kredi kavramının kapsamına ilişkin tanım yine Bankacılık Kanunu'nun 48. maddesinde yapılmıştır.

Kredi dolandırıcılığı suçu üçüncü bir kişi tarafından işlenebileceğı gibi kredi tahsisi konusunda görevli banka çalışanlarınca da işlenebilir. Bu halde eylem 5411 sayılı

Bankacılık Kanunu’nun 160. maddesinde tanımlanan zimmet suçuna sebebiyet verebilecektir. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nu kapsamında usulüne uygun olarak kredi kartı sözleşmesi imzalanma aşamasında sahte belgeler kullanılmış olması, aynı Yasa’nın 37/2. maddesinde tanımlanan özel sahtecilik suçunu oluşturacaktır. Bununla birlikte bu sahte belgeler doğrultusunda düzenlenen kredi kartına tahsis edilmemesi gereken bir kredinin tanımlanmış olması halinde, sahtecilik suçu ile birlikte TCK’nın 158/1-j maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun nitelikli halinin gerçekleşeceğini düşünüyoruz.

Sigorta şirketlerinin yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplarının, görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetimleri ve sorumlulukları altında bulunan, kuruluşa ait para veya sair varlıkları mal edinmeleri durumunda cezalandırılacaklarına dair 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 35/3 maddesinde özel bir düzenleme bulunmaktadır. Belirtilen suçun, kuruluşa aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmesi halinde, belirlenen cezanın arttırılacağı hükme bağlanmıştır (5684 sayılı Yasa m. 35/4).

Dolandırıcılık suçunun; mağdurun dini amaç ve duygularının istismar edilmesi suretiyle, kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum ve zor şartlardan faydalanmak suretiyle, kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle veya kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olacak şekilde işlenmesi suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır. Söz konusu nitelikli hallerin ortak özelliği mağdur veya suçtan zarar gören kişilerin ve kurumların durum ve konumlarıdır. Söz konusu nitelikli hallerin gerçekleşmesinden bahsedilebilmesi için failin mağdurun bu özelliğini bilmesi ve eylemlerini bu doğrultuda örgülemesi gerekir. Failin sadece mağdurun bulunduğu durumu bilmesi değil, bu durumdan istifade ederek yarar elde etmiş olması da gerekir.

Söz konusu nitelikli hallerin yorumu açısından hâkime geniş bir takdir hakkı verilmiştir. Zira yasa koyucu mağdurun içinde bulunduğu “*tehlikeli durum*” ve “*zor şartlar*”ın neler olduğunu; “*dini amaç ve duygular*”ın neleri kapsadığını; “*algılama yeteneğinin zayıflığı*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğini belirlememiştir. Bu durum olayın şartlarını değerlendirerek hüküm kuracak olan uygulayıcıya önemli bir hareket serbestisi sağlamaktadır. Maddede geçen ibareler iyi yorumlandığı takdirde yasa koyucunun sağlamayı ümit ettiği toplumsal fayda tesis edilecek; aksi durumda ise sosyal barışa zarar verebilecek kararlar verilebilecektir.

Failin hileli davranışları içerisinde mağduru aldatmak için kullandığı bazı araçların, sosyal ve ekonomik hayattaki rollerini ve inandırıcılıklarını gözönüne alan yasa koyucu, bunların kullanılması ile işlenen dolandırıcılık suçlarını da nitelikli kabul ederek daha ağır bir yaptırım ile müeyyide altına almıştır. Bu bağlamda failin kamu kurum ve kuruluşlarını, kamu meslek kuruluşlarını, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerini; bilişim sistemlerini, banka veya kredi kurumlarını; basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylığı kullanarak dolandırıcılık suçunu işlemesi, suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır. Bu araçlar doğrudan veya dolaylı olarak suçun işlenmesi sırasında kullanılabilir. Önemli olan failin hileli davranışları içerisinde bu araçlara yer vermesidir. Bu düzenleme ile yasa koyucu mağdurların malvarlıklarını korumayı amaçlamakla birlikte, söz konusu araçların toplum içerisindeki önemlerini gözönüne alarak, dolaylı olarak bu araçların itibarlarını ve güvenilirliklerini de muhafaza etmeyi amaçlamaktadır. Hileli davranışlar içerisinde kullanılan bu araçlar, yasal mevzuatlarında belirtilen şartları yerine getirerek hukuk dünyasında var olmamışlar ise, dolandırıcılık suçunun işlenmesinde vasıta olarak kullanılmaları suçun nitelikli değil basit şeklinin oluşumuna sebebiyet verecektir.

Belirli mesleklerin faaliyetleri sırasında dolandırıcılık suçunun işlenmesindeki kolaylığı gözönüne alan yasa koyucu, bu faaliyetleri yürüten kişiler karşısında daha zayıf ve korunaksız konumda olan bireyleri korumak ve söz konusu mesleklerin toplum nezdindeki itibarlarını muhafaza etmek amacıyla, bu mesleklerin faaliyetlerinin araç olarak kullanılarak dolandırıcılık suçunun işlenmesini de suçun nitelikli halleri arasında saymıştır. Bu bağlamda dolandırıcılık suçunun tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında veya serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi suçun nitelikli halleri arasında kabul edilmiştir. Bu mesleklerden kapsam ve tanımları ilgili yasal mevzuatlarında ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

Telefon, posta veya internet erişimi aracılığıyla işlenen dolandırıcılık sayılarının hızla artması, suç ve suçlulukla mücadele kapsamında takip edilen suç siyaseti gözönüne alındığında, bu araçlarla işlenen dolandırıcılık eylemlerinin suçun nitelikli halleri arasında sayılmasını zaruri kılmaktadır. Bu düzenlemeye önceki dönemlerden daha fazla ihtiyaç bulunmakta olup, bir çok hukuk sisteminde (İngiltere, ABD vs.) benzer düzenlemeler yer almaktadır.

Nüfuz ticareti (TCK m.255) ve nüfuz dolandırıcılığı (TCK m.158/2) suçları arasındaki sıkı ilişki, unsurlarının bir birine yakınlığı ve korudukları hukuki konuların benzerliği birlikte değerlendirildiğinde, öğreti ve uygulamada bir çok sorunları beraberinde getireceği gözönüne alınarak, her iki suçun tek bir madde ile düzenlenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Önceki Yasa döneminde öğreti ve uygulamada yer alan, haklı bir alacağın temini amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenip işlenemeyeceğine dair tartışmayı sona erdirmeyi amaçlayan yasa koyucu, 5257 sayılı TCK'nın 159. maddesinde, 765 sayılı TCK'da yer almayan, *“dolandırıcılığın, bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi”* halini daha hafif bir cezayı gerektiren ve şikâyete tabi olan ayrı bir suç olarak düzenlemiştir. Maddede geçen *“hukuki ilişkiye dayanan alacak”* kavramının çok iyi tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi önemlidir. *“Hukuki ilişki”* ibaresi yasal bir tabir olmayıp, teorik bir kavramdır. Hukuki ilişkinin, hukuk sistemi tarafından korunup tanınması gerektiğini düşündüğümüzden kumar ve bahis alacaklarının tahsili amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde, diğer şartları olduğu takdirde TCK'nın 157. maddesinde düzenlenen basit şeklinin oluşacağını düşünüyoruz.

Dolandırıcılık suçu mahiyeti itibariyle hırsızlık, güveni kötüye kullanma, yağma, zimmet, irtikâp, yetkili olmadığı iş için yarar sağlama, bilişim suçları ve banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması vs. gibi suçlarla benzerlik gösterebilmektedir. Bu suçlardan ayrıştırılabilmesi açısından dolandırıcılık suçunun maddi ve hukuki konusu, suçun fail ve mağdurunun birbirleri ile ilişkisi ile suçun işlenmesinde kullanılan ve dolandırıcılık suçuna kimliğini veren *“hileli davranış”* kavramının çok iyi bilinmesi ve yorumlanması gerekir.

Dolandırıcılık suçunun maddi unsurlarından olan hileli davranışların, sahte olarak düzenlenmiş veya sahte hale getirilmiş özel veya resmi belgeler kullanılarak oluşturulması durumunda, TCK'nın 212. Maddesindeki açık düzenleme nedeniyle, fail hakkında gerçek içtima hükümleri uygulanacak, hem sahtecilik ve hem de dolandırıcılık suçlarından dolayı ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte dolandırıcılık suçu ile çok sıkı bir ilişki içerisinde bulunan ve çoğu kez bu suçun özünü oluşturan sahtecilik eylemleri arasında gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasının Yasa koyucunun suç ve ceza politikası açısından uygun olmadığını ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğunu; bu sakıncaların önüne geçmek açısından dolandırıcılığın sahtecilik sayılabilecek eylemler

gerçekleştirilerek işlenmesi halinin suçun nitelikli halleri arasında sayılarak buna yönelik bir yasal düzenleme yapılmasının uygun olacağını ve sakıncaların bertaraf edilebileceği kanaatindeyiz.

Fail tarafından sergilenen hileli davranışların birden fazla kişiye karşı aynı anda yöneltilmesi mümkündür. Bu halde failin eylemleri arasında TCK'nın 43/2. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Kanaatimizce teorik olarak bu hükmün malvarlığına karşı işlenebilen suçlar açısından genel olarak uygulanabileceği savunulabilir ise de, mahiyeti gereği dolandırıcılık suçuna uygulanamayacağı düşüncesindeyiz. Zira tek bir hileli davranışın birden fazla kişiye yöneltilmesi ve birden çok kişinin aldatılması mümkündür. Ancak mağdurların zarar görme anları ve yarar temin etme zamanları çoğu kez farklılık gösterecektir. Dolandırıcılık suçunun tamamlandığından bahsedebilmek için mağdurun aldanmasına paralel olarak, kendisi veya üçüncü bir kişi zararına tasarrufta bulunması ve buna paralel olarak failin veya üçüncü bir kişinin yarar elde etmesi gerekir. TCK'nın 43/2. maddesinde tanımlanan halin gerçekleşmesi açısından, tek bir hareket ile aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi gerektiğinden, dolandırıcılık suçu açısından bu hüküm uygulanamaz. Zira dolandırıcılık suçlarının tamamlanma anları birbirlerinden farklı olacaktır. Yargıtay'ın, düşüncemizin aksine olarak gelişen uygulamasına, açıkladığımız gerekçelerle katılmıyoruz.

Dolandırıcılık suçu ile mücadelede medya ve sivil toplum örgütlerine önemli görevler düşmektedir. Dolandırıcılık suçunun tespit ve ispatındaki güçlük, bu suç ile ilgili yürütülen soruşturma ve kovuşturmaları olumsuz etkilemektedir. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki değişimler suçun işlenmesini kolaylaştırıp yaygınlaştırmakla birlikte, bu suç ile savaşmakla görevli kişi ve kurumlara bir çok olanak da sunmaktadırlar.

Kamu ve özel kurum ve kuruluşların çalışma usul ve esaslarının disipline edilerek kayıt altına alınması, kurum içi ve dışı denetim mekanizmalarının etkin şekilde çalışmasının sağlanarak adli makamlarla işbirliklerinin sağlanması, kayıtlı ekonomik sistemin tüm kurum ve kuralları ile işlerlik kazandırılması dolandırıcılık ve benzeri eylemlerin sayısının en aza indirilmesini sonuçlayacaktır.

Dolandırıcılık suçunun tespit ve ispatının çoğu kez teknik bilgiyi ve uzmanlaşmayı gerektirmesi nedeniyle, bu suçları incelemek, araştırmak, soruşturmak ve

kovuşturmakla görevli-yetkili birimlerin yetişmiş eleman ihtiyaı karşılanmalı ve ihtiyaı duydukları teknik alt yapı sağlanmalıdır.

Sektörel bazlı olarak kurulup, bölgesel ve ülke düzeyinde faaliyet gösterecek, dolandırıcılık ve benzeri iş ve işlemleri takip etmek, incelemek, değerlendirmek ve bunlardan sonuı çıkarmakla görevli-yetkili birimler oluşturulması, dolandırıcılık eylemlerinin sayısının azaltılması ve sonuçlarının hafifletilmesi açısından önemlidir. Örneğin, bankacılık, sigortacılık, muhasebe, otomotiv, iletişim veya internet sahalarında bu konuda bir yapılanmaya gidilebilir.

ÖZET

Dursun, Hasan, Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Doktora Tezi, Danışman: Prof.Dr. Metin Feyzioğlu, 504 s.

Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu konulu tez çalışmam altı bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde suçun tarihsel gelişimi ele alınmış ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenleniş şekilleri incelenmiştir. İkinci bölümde ise suç genel teorisi çerçevesinde dolandırıcılık suçu ele alınmıştır. Üçüncü bölümde suçun nitelikli halleri irdelenmiş, dördüncü bölümde benzer suçlarla benzer ve farklı yönleri üzerinde durulmuştur. Beşinci ve altıncı bölümde ise genel hükümler nezdinde suçun görünümü ve ilgili usul hükümleri incelenmiştir.

Dolandırıcılık zekâ seviyesi en yüksek suçlardandır. Bu nedenle gelişen şartlara hızlı şekilde uyum sağlar ve ispatı zordur. Birçok olayda mağdur dahi dolandırıldığının farkında değildir.

Türk Ceza Kanunu'nun 157 ilâ 159.maddelerinde düzenlenen dolandırıcılık suçu, kişilerin malvarlıklarına karşı işlenen suçlardandır. Bu suçlar herkes tarafından işlenebilir. Suçun hukuki konusunu kişilerin malvarlığı oluşturmaktadır. Suçun maddi konusu ise taşınır ve taşınmaz mallar ile alacak hakkıdır.

Dolandırıcılık suçu tipik bir hile suçudur. Hileli davranışlarla bir kişinin aldatılması ve sonrasında yarar elde edilmesi ile suç tamamlanır. Genel olarak suçun oluşması için failin genel kastı yeterli olup, özel bir kastının bulunmasına gerek yoktur. Bununla birlikte suçun nitelikli hallerinin oluşması açısından failde özel bir kastın arandığı hallerde bulunmaktadır.

Dolandırıcılık suçunun oluşması açısından ortaya konulan hilenin objektif özelliklerinden daha çok, mağdurun subjektif özellikleri daha önem arz etmektedir. Suç ile korunmak istenen şey kişilerin malvarlığı unsurları yanında, bireyler arasında varlığı zorunlu olan karşılıklı güvendir.

Dolandırıcılık suçuna ilişkin yasal düzenleme uygulamacılara geniş bir takdir alanı bırakmıştır. Böylece söz konusu suçun zamanın gelişen şartlarına uygun olarak yorumlanmasının yolu açılmıştır.

SUMMARY

Dursun, Hasan, The Fraud in Turkish Criminal Law, Doctoral Thesis, Advisor: Prof. Metin Feyzioğlu, 504 p.

The subject of the thesis is The Fraud in the Turkish Criminal Law. It consists of six parts. In the first part, its historical development and arrangements of the crime in comparative law has been examined. The fraud has been discussed within the framework of the general theory of crime in the second section. In the third section, major forms of the crime has been analyzed, has been focused on the similarities and differences with similar offenses in the following part. Within the final two parts, as a crime the fraud has been examined in the context of the general provisions of criminal code and relevant criminal procedural provisions.

Intelligence level of fraud is very high. Therefore it adapts quickly new conditions. It is very hard to prove it. In most cases the victims of the fraud are not even aware that deceived.

The Fraud is arranged Turkish Criminal Code Articles 157 to 159. It is one of the crimes that committed against property. This crime can be committed by anyone. Rights and interests of property form the legal aspects of that crime. Movable and immovable property and right to receive have been created the material aspect of the fraud.

The Fraud is a typical trick/cheat crime. A person must be deceived by fraudulent behavior for the occurrence of fraud. In addition, victim must provide benefits misled to the perpetrator or third party.

In general, the overall intent of the perpetrator to the crime is sufficient, it is not required to have a special purpose. However, there is some special situations that required the special purpose of the perpetrator in some major forms of the crime.

The subjective characteristics of fraud victims are more important for completion of the crime than specific features of fraudulent behaviors. Elements of the individual property are aimed to protect by the fraud. In addition, mutual trust between peoples in social life has been protected via that crime.

Legal regulations relating to the fraud left a large area for the legal practitioner. This opportunity open the way to interpret this crime in accordance with conditions.

KAYNAKÇA

Abrams, Kerry: “Marriage Fraud”, Colifornia Law Review, Cilt: 100, Sayı: 1, Şubat 2012, s.1-68.

ABD Sermaya Piyasası Kurulu (U.S. Securities and Exchange Commission) internet sayfası (<http://www.sec.gov>).

Akın, Mustafa: “Suça Teşebbüs”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.I, Ankara, 2008, s.319-331.

Akipek, Jale G.: Mülkiyet, Ankara 1971.

Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Karaman, Derya Ateş: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişi Hukuku, C.I, 7. Bası, İstanbul 2009.

Alacakaptan, Uğur: İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 223, Ankara (**İşlenemez Suç**).

Alacakaptan, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara 1970 (**Suçun Unsurları**).

Albayrak, Mustafa: “Şikayete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, TBB Dergisi, 2008, S.77, s.281-306.

Antolisei, Francesco: (Çev: Uğur Alacakaptan) “Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar”, AÜHFD, 1962, S.XIX, S.1-4, s.65-94.

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 14.Baskı, Ankara 2010.

Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Bası. Ankara 2004.

Artuç, Mustafa: Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara 2007.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2007 (**Genel Hükümler**).

Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, C.4, Ankara 2009 (**Özel Hükümler**).

Atamer, Yeşim: İnternet ve Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004.

Ateş, Turan: Demokrasi, Siyasi Partiler ve Seçim, İstanbul 2007.

Avcı, Mustafa: Osmanlı Ceza Hukuku'na Giriş, Konya 2008 (**Osmanlı Ceza Hukuku**).

Avcı, Mustafa: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004 (**Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar**).

Ayan, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2002.

Aybay, Aydın/Aybay, Rona: Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2009.

Aycı, Emrullah/Bıçkın, İnci/Artuç, Mustafa: Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Ankara 2006.

Aydın, Devrim: “Suça Teşebbüs”, AÜHFD, 2006, C. 55, S. 1 s. 85-114.

Aydın, Mehmet Akif: Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2007.

Aydın, Süleyman/Yılmazer, Yakup: Yolsuzluk ve Mali Suçlar, Ankara 2007.

Ayhan,Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, 1. Baskı, Ankara 2009.

Aykaç, Mehmet: Adli Tıp, İstanbul, 1993.

Bakıcı, Sedat: 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C.1, Ankara 2008 (**Özel Hükümler**).

Battal, Ahmet: Hukukun Temel Kavramları, 5. Bası, Ankara 2007.

Baydemir, Mehmet: “Kredi Kartı ve Hukuksal Niteliği”, Vergici ve Muhasebeci ile Diyalog Dergisi, 1998/1.

Bayraktar, Köksal: “Faal Nedamet”, İHFM, 1968, C. 33, s. 120-154 (**Faal Nedamet**).

Bayraktar, Köksal: “Teşebbüs, İştirak ve İçtima, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Türk Ceza Hukuku Derneği (TCHD) Yayınları, No:10, İstanbul 2008, s. 137-147 (**Teşebbüs, İştirak ve İçtima**).

Bayraktar, Köksal: Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul 1977 (**Tahrik Cürmü**).

Bilge, Necip: Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Ankara 2008.

Bozdoğan Akbulut, Berrin: “Bilişim Suçları”, SÜHFD, 2000, C.8, S. 1-2.

Bradley Craig M.: “Mail Fraud after “Macnally” and “Carpenter”: The Esence of Fraud”, The Journal of Criminal Law and Criminology, Cilt: 79, Sayı: 3, Sonbahar 1988, s. 573-622.

Brenner, Susan W.: “Cybercrime Metrics: Old Wine, New Bottles”, Virginia Journal of Law and Technology, University of Virginia, Cilt: 9, S.13, 2004, s.1-52.

Briscoe, Alexa: “Wire and Mail Fraud”, American Criminal Law Review, Cilt: 50, Sayı: 4, Sonbahar 2013, s.1245-1270.

Buell, Samuel W.: “Novel Criminal Fraud”, New York University Law Review, Cilt: 81, Aralık 2006, s.1971-2043.

Bulutoğlu, Kenan: Emniyeti Suistimal Cürümleri, İstanbul, 1965.

Bunt, Henk van de/Huisman, Wim: “Organizational Crime in the Netherlands”, Crime and Justice, Cilt: 35, Sayı: 1, 2007, s.217-260.

Carcach, Carlos: “Reporting Crime to the Police. Trends and Issues”, Australian Institute of Criminology, No. 68, March 1997 (http://www.aic.gov.au/media_library/publications/tandi/ti68.pdf, E.T. 21.06.2014).

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I, İstanbul 2007 (**Kişilere Karşı Suçlar**).

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Karşılaştırmalı Tablolı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, 6. Bası, İstanbul 2006 (**Mevzuat**).

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.B., İstanbul 2006 (**Ceza Hukukuna Giriş**).

Centel, Nur: “Mala Karşı Suçlarda Artışın Kriminolojik Bakımdan Açıklanması ve Nedenleri”, Mala Karşı İşlenen Suçlarla Mücadele Semineri, 24 Mayıs 2000 İstanbul, Emniyet Genel Müdürlüğü Asayiş Dairesi Başkanlığı Yayını, s. 56-68 (**Mala Karşı Suçlarda Artışın Nedenleri**)

Centel, Nur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996 (**Hâkimin Tarafsızlığı**).

Chawki, Mohamed/Abdel Wahab, Mohamed S.: “Identity Theft in Cyberspace: Issues and Solutions”, Lex Electronica, Cilt: 1, Sayı: 1, Bahar 2006, s. 1-41 (http://www.lex-electronica.org/docs/articles_54.pdf, E.T. 26.6.2014),

Cihan, Erol: “Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Cürümlerin 50 Yılı ve Geleceği”, İÜHFM, C. XLII, S. 1-4, s. 119-152.

Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet: Türk-İslâm Hukuk Tarihi, 1.Cilt, İstanbul 1990.

Consumer Fraud in Australasia: Results of the Australasian Consumer Fraud Taskforce online Australia surveys 2008 and 2009, Australian Institute of Criminology, (<http://www.aic.gov.au/documents/C/4/8/%7bC48D3EB8-86DC-41E2-90D9DF3D3D107D%7dtbp043.pdf>, E.T. 20.06.2014).

Çetin, Muharrem: Mala Karşı İşlenen Suçlarda İndirim Nedeni Olarak İhkak-ı Hak, İstanbul 2006 (**yüksek lisans tezi**).

Dean, Dwane Hal: “Perceptions of the Ethicality of Consumer Insurance Claim Fraud”, Journal of Business Ethics, Cilt: 54, Sayı: 1, 2004, s.67-79.

Değirmenci, Olgun: “Bilişim Suçları Alanında Yapılan Çalışmalar ve Bu Suçların Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi”, Legal Hukuk Dergisi, 2003, C.1, S.11, s.2750-2758.

Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.B., Ankara 2007 (**Genel Hükümler**).

Demirbaş, Timur: Kriminoloji, Ankara 2001 (**Kriminoloji**).

Depoorter, Ben/De Mot, Jef: “Whistle Blowing”, Gerorge Mason University School of Law, Working Paper Series, Yıl: 2004, Sayı: 13, s.1-26, (<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=gmulwps>, (E.T. 06.07.2014).

Deryal, Yahya/Genç, Cemal: Borçlar Hukuku, Trabzon 2005.

Develioğlu,, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara 1993.

Donay, Süheyl: Son Değişiklikler Açısından Çek, Türk Ticaret Bankası Yayınları, No:4, 1990 (**Çek**).

Donay, Süheyl: Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007 (**Şerh**).

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, İstanbul 1997 (**Genel Kısım C.I**).

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, İstanbul 1997 (**Genel Kısım C.II**).

Dönmezer, Sulhi: “Dolandırıcılık Cürmü”, İstanbul Barosu Mecmuası, 1943, C.XVII, S.9, s.513-565 (**Dolandırıcılık**).

Dönmezer, Sulhi: “Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki”, İÜHFM, 1942, C. VIII, s.433-456 (**Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri**).

Dönmezer, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 17. Bası, İstanbul, 2004 (**Mala Karşı Cürümler**).

Dönmezer, Sulhi: Sosyoloji, Ankara, 1982 (**Sosyoloji**).

Eker, Ö.Umut: “Türk Ceza Hukuku’nda Bilişim Suçları, Eski TCK Bağlamında Hukukumuzda Yer Alan İlk Düzenlemeler ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nun İlgili Hükümlerinin Yorumu”, TBB Dergisi, 2006, S.62, s.101-131.

Ekinci, Mustafa: Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Uygulamasında Banka Kartları ve Kredi Kartları, Ankara, 2002.

Eralp, Özgür: Hukukçular İçin Bilişim Terimleri Sözlüğü, Ankara 2007.

Erdem, Mustafa Ruhan: Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları, Ankara 1996 (**Karşılıksız Yararlanma Suçları**)

Erdem, Mustafa Ruhan: “Karşılıksız Yararlanma Suçları”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sonbahar 2004, S.2 (**Karşılıksız Yararlanma**).

Erdem, Mustafa Ruhan: “Yeni TCK’da Faillik Ve Suç Ortaklığı”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Aralık 2005, S.5, s.204-214 (**Faillik ve Suç Ortaklığı**).

Erdem, Mustafa Ruhan: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc>. E.T.: 08.02.2010 (**Malvarlığına Karşı Suçlar**).

Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005 (**Özel Hükümler**).

Erem, Faruk: “Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması”, AÜHFD, 1956, C.13, S.1, s. 19-30 (**Açığa İmza**).

Erem, Faruk: “Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin”, AÜHFD, 1968, C.25, S.3, s. 1-21 (**Nedensellik Bağı**).

Erem, Faruk: “Suça İştirak”, AÜHFD, 1946, C.3, s. 63-107 (**Suçta İştirak**).

Erem, Faruk: “Suçlu- İnsan Psikolojisi”, AÜHFD, 1943, C., S.4, s. 506-524 (**Suçlu İnsan Psikolojisi**).

Erem, Faruk: “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, AÜHFD, 1968, C.25, S.1 (**Suçun Konusu**).

Erem, Faruk: Dolandırıcılık, Ankara 1956 (**Dolandırıcılık**).

Erem, Faruk: Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi, Ankara 1997 (**Adalet Psikolojisi**).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10.B, İstanbul 2008.

Ergün, Güneş Okuyucu: Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara 2008.

Erman, Hasan: “Türk Ceza Kanununda Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Yetersizliği”, İÜHFM, 1975, C.XLI, S.1-2, s. 133-149.

Erman, Sahir/Özek, Çetin : Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992.

Erman, Sahir: “Sahtekârlık Suçları”, Ticari Ceza Hukuku, C.III, 5. Bası, İstanbul 1987.

Ersoy, Yüksel: “Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları”, AÜSBFD, 1994, C.49, S.3-4.

Esen, Sinan: Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara 2007.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 2.B., İstanbul 1976 (Borçlar Hukuku).

Feyzioğlu, Metin: “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması”, http://www.turkhukusitesi.com/makale_43.htm, Erişim Tarihi: 08.02.2010 (Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler).

Feyzioğlu, Metin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996 (Tanıklık).

Fisher, Arthur: Popular Sociology: Gambling, Swindling, Speculating Rendered Impossible, LSE Selected Pamphlets, 1890, Published by LSE Library.

Fraud Advisory Panel: “Fraud Facts, Information for Individuals”, Sayı: 7, Aralık 2010, Fraud Advisory Panel, (https://www.fraudadvisorypanel.org/pdf_show.php?id=149, E.T. 28.06.2014).

Franko, Nisim.İ.: Dolandırıcılık (Türk-Fransız-Alman-İsviçre Kanunlarında), İzmir BD, 1954, S.46-1.

Gill, Martin: “Learning from Fraudsters: Reinforcing the Message”, Perpetuity and Consultancy International, 2007, s.40-44 ([http://www.knowledgeleader.us/KnowledgeLeader/Content.nsf/Web+Content/WPA_LearningfromFraudsters2/\\$FILE/Learning%20from%20Fraudsters%202%20-%20Reinforcing%20the%20Message.pdf](http://www.knowledgeleader.us/KnowledgeLeader/Content.nsf/Web+Content/WPA_LearningfromFraudsters2/$FILE/Learning%20from%20Fraudsters%202%20-%20Reinforcing%20the%20Message.pdf), E.T. 23.6.2014).

Gilmore, Harvey: “This is not A Symposium on How To Commit Fraud- But, If It Were...”, Journal of Business and Securities Law, Cilt: 11, Sayı: 2, Bahar 2011, s. 199-224.

Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun: İdare Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2008.

Gökcan, Hasan Tahsin: Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, 2008.

Gökcen, Ahmet/Balcı, Murat: “Dolandırıcılık Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2008, C.14, S.1-2, s.1-55.

Gözübüyük, A. Şeref: Yönetim Hukuku, 26. Bası, Ankara 2008.

Gren, Stuart P.: “Deceit an the Classification of Crimes: Federal Rule of Evidence 609 (a) (2) an the Origins of Crimen Falsi”, The Journal of Criminal Law and Criminology, Cilt: 90, Sayı: 4, 2000, s. 1087-1124.

Gündel, Ahmet: 5237 Sayılı TCK'da Zimmet, Sahtecilik, Dolandırıcılık, Yağma, Hırsızlık, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2009 (**Dolandırıcılık Suçları**).

Güngör, Devrim: “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, TBB Dergisi, 2007, S.68, s.135-160 (**Kural Üzerinde Hata**).

Güngör, Devrim: 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Ankara 2009 (**Şikayet Kurumu**).

Gürçam, Ufuk: İnteraktif Dolandırıcılık, Eskişehir, 2008 (**yüksek lisans tezi**).

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 3.B., Ankara 2013.

Hafizoğulları, Zeki/Güngör, Devrim: “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, TBB Dergisi, 2007, S.69, s.21-50.

Hafizoğulları, Zeki: “Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı”, (<http://www.baskent.edu.tr/zekih/ogrenci/mal.doc>, Erişim Tarihi: 08.02.2010). (Malvarlığına Karşı Suçlar).

Hafizoğulları, Zeki: “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, ABD, 1998, Y.54, S.1.

Hafizoğulları, Zeki: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008 (**Genel Hükümler**).

Hakeri, Hakan: “Zincirleme-Piramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu”, Yargıtay Dergisi, C. 27, Ocak-Nisan 2001, S. 1-2 (**Piramitsel Oyunlar**).

Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 2. B., Ankara 2006 (**Temel Bilgiler**).

Hancı, İ. Hamit: Adli Tıp ve Adli Bilimler, Ankara 2002.

Haris, David/O’Boyle, Michael/Bates, Ed/Bucley, Carla: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Çevirenler: Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan), Oxford Üniversitesi Yayınları, 2009.

Healy, William/Healy, Tenney: “Pathological Lying, Accusation, and Swindling”, Criminal Science Monographs, 1915, s. 1-278.

Higson, Andrew: “The Fraud Advisory Panel Working Party Paper: Why is Management Reluctant to Report Fraud?” , 1999, (https://www.fraudadvisorypanel.org/pdf_show_28.pdf, E.T. 21.06.2014).

İçel, Kayıhan/Ünver, Yener: Kitle Haberleşme Hukuku, 8.Bası, İstanbul 2009.

İçel, Kayıhan: “Fikri İhtima Üzerinde Bir İnceleme”, İHFM, C. XXX, S. 1-2, s. 171-200 (**Fikri İhtima**).

İçel, Kayıhan: Suçların İhtimai, İstanbul 1972 (**Suçların İhtimai**).

İnal, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004.

Jacoby, Gerard: (Çeviren: Naci Şensoy): “Fransız ve Alman Hukukunda Dolandırıcılık”, İÜHFM, 1941, C.VII, S.1, s. 667-687.

Jescheck, Hans-Heinrich: Alman Ceza Hukuku, Kusur İlkesi (Çev.: Feridun Yenisey), İstanbul 2007.

Kaaryn Gustafson: “The Criminalization of Poverty”, The Journal of Criminal Law and Criminology, Cilt: 99, Sayı: 3, 2009, Northwestern University, s. 643-716.

Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara, 2001.

Kalyan, Keskin: “765 ve 5237 Sayılı Türk Ceza Yasalarında Düzenlenen Dolandırıcılık Suçlarının “Dönmezer Tasarısı” Işığında Karşılaştırılmalı Bir İncelemesi”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara, 2008, s. 945-956.

Kanbur, Mehmet Nihat: “Kendiliğinden Hak Alma Fiillerinin Yeni Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuk Dergisi, Aralık 2006, Y.1, S.2.

Kanık, Tahir: “Dolandırıcılık Cürmü”, Adalet Dergisi, 1963, S. 3-4, s.318-319;

Kapardis, Andreas/Krambia-Kapardis, Maria: “Enhancing Fraud Prevention and Detection by Profiling Fraud Offenders”, Journal of Criminal Behaviour and Mental Health, 2004, 14 (3), s. 189-201.

Karaasalan, Haşim: Mala Karşı İşlenen Suçlarla Mücadele Semineri, 24 Mayıs 2000 İstanbul, Emniyet Genel Müdürlüğü Asayiş Dairesi Başkanlığı Yayını, s. 26-55.

Kayıhan, Şaban: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

Keskinsoy, Ömer: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Müteselsil Suçla Alakalı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, S.61, 2005, s. 340-351.

Keyman, Selâhattin: “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, AÜHFD, C.XL, 1988, S.1-4. s.121-172 (**Hareket**).

Keyman, Selâhattin: “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, AÜHFD, 1980, C.37, S.1-4, s.59-106. (**Tipiklik**).

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2008

Kısagün, Adil: “Ceza Hukukunda ve Medeni Hukukta Zilyetlik Mefhumu”, Adalet Dergisi, Eylül-Ekim 1962, Y.53, S. 9-10, s. 990-1026.

Kızmaz, Zahir: “Ekonomik Yapı ve Suç: Bazı Araştırma Bulguları Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2003, C.13, S.2, s.279-304.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008.

Kohler-Hausmann, Julilly: “The Crime of Survival: Fraud Prosecutions, Community Surveillance, an the Original Welfare Queen”, Journal of Social History, Cilt: 41, Sayı: 2, 2007, Oxford Üniversitesi Yayınları, s. 329-354.

Köprülü, Timuçin: “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, TBB Dergisi, 2007, S.71, s. 254-263.

Krause, Joan H.: “Skilling and the Pursuit of Healthcare Fraud”, University of Miami Law Review, Cilt: 66, Sayı: 2, Kış 2012, s. 363-392.

Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008.

Kunter, Nurullah: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954.

Kurt, Levent: Açıklamalı İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Ankara 2005.

Kuyu, Cemil: Adli Psikiyatri, Ankara, 1998.

Kwan, Joseph: “The Pyramid Schemes Prohibition Ordinance Cap 617”, http://www.deacons.com.hk/eng/knowledge/knowledge_457.htm, (E.T. 28.6.2014).

Laville, Roger: New fraud offences in the Fraud Act 2006, http://www.addleshawgoddard.com/view.asp?content_id=2448&parent_id=2439 (E.T. 24.6.2014).

Lennon, Jonathan/Rahman, Aziz: “Fraud Under The Fraud Act 2006”, Insidetime Newspaper, November 2012, http://www.insidetime.org/articleview.asp?a=1346&c=the_fraud_act_2006, (E.T. 24.6.2014).

Lunsford, Lauren D.: “Fraud, Fools, and Phishing: Mail Fraud and the Person of Ordinary Prudence in the Internet Age”, Kentucky Law Journal, Cilt: 99, Sayı. 2, 2010-2011, s. 379-400.

Mahmutoğlu, Fatih Selami: Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara, 2003.

Malkoç, İsmail: Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C.1, Ankara 2008. **(Yeni Ceza Kanunu).**

Malkoç, İsmail: Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Ankara 2007 **(Banka Kartları Kanunu).**

Meran, Necati: Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları İle Ekonomi Ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara, Eylül 2005.

Miles, Thomas J.: “Dupes and Losers in Mail Fraud”, The University of Chicago Law Review, Cilt: 77, Özel Sayı: Commemorating Twenty-Five Years of Judge Frank H. Easterbrook, 2010, s. 1111-1137.

Moore, Tyler/Clayton, Richard: “An Empirical Analysis of the Current State of Phishing Attack and Defence”, Workshop on the Economics of Information Security, 2007, (<http://www.cl.cam.ac.uk/~rnc1/weis07-phishing.pdf>, E.T. 26.6.2014).

Murray, J.G.E.: “Some Aspects of Fraud, Control and Investigation”, The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Cilt: 49, Sayı: 1, Mayıs-Haziran 1958, s. 78-88.

Muşul, Timuçin: Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2012.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer: Eşya Hukuku, İstanbul 2002.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, 2003.

Oğuzman, M. Kemal/Selici, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 9. Bası, İstanbul 2009.

Ormerod, David: "The Fraud Act 2006 - Criminalising Lying?", Criminal Law Review, 2007.

Öden, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları, Ankara 2003.

Önder, Ayhan: "Mütemadi Suç", İÜHFM, 1963, C. XXIX, S. 1-2, s. 75-120 (**Mütemadi Suç**).

Önder, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994 (**Mala Karşı Cürümler**).

Özbek, Veli Özer: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, 3.B., Ankara 2006.

Özen, Muharrem: "Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış", AÜHFD, 2003, C.52 (**Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**).

Özen, Mustafa: "5237 Sayılı Ceza Kanunu'na İlişkin Eleştiriler", TBB Dergisi, S.65, 2006, s.200-213 (**Eleştiriler**).

Özen, Mustafa: "Ceza Hukukunda Fikri İçtima", TBB Dergisi, 2007, S.73, s.132-145 (**Fikri İçtima**).

Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhur: Uygulamaları Ceza Hukuku 3. Baskı, Ankara 2001.

Özgenç, İzzet: "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", SÜHFD, 1994, C.4, S.1-2, s.159-190 (**Müşterek Faillik**).

Özgenç, İzzet: "Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler", Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 319-344 (**Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti**).

Özgenç, İzzet: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002 (**Ekonomik Çıkar Suçları**).

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, 3. Bası, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2006 (**Gazi Şerhi**).

Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1999.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin: Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Kavramlar, Turhan Kitabevi, 2006.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler, Ankara 2007 (**Ceza Hukuku**).

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9.B., Ankara 2006 (**Uygulamalı Ceza Hukuku**).

Palmer, H.A: “İngiliz Hukukunda Hırsızlık, Emniyeti Suistimal ve Dolandırıcılık Suçları”, (Çev.: Selâhattin Atalay), Adliye Dergisi, Mart 1960, Yıl:51, S.1, s.30-47.

Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer: 5237 Sayılı Yeni Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, 2006 (**Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar**).

Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer: Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007 (**Asliye Ceza Davaları**).

Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I ve C. II, Ankara 2007 (**Ceza Kanunu Yorumu**).

Parlar, Ali/Parlar, Aynur: Son Değişikliklerle Açıklamalı- İçtihatlı Çek Bankacılık ve Döviz Suçları: Ankara 2004.

Parlar. Ali./Hatipoğlu, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2 ve 3, Ankara 2008 (**Türk Ceza Kanunu Yorumu**).

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usul Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2011.

Podgor, Ellen S.: “Criminal Fraud” American University Law Review, Cilt. 48, Sayı.4 (Nisan, 1999), s. 729-768.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticarî İşletme Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007.

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku, Temel Esaslar, 7. Baskı, Adana 2008.

Rothschild, Donald P./Throne, Bruce C.: “Criminal Consumer Fraud: A Victim-Oriented Analysis”, Michigan Law Review, Vol. 74, No.4, 1976, s. 661-707.

Rowe, Jennifer I.: “Future of Honest Services Fraud”, Albany Law Review, Cilt: 74, Sayı: 1, 2010-2011, s. 421-474.

Saban, Nihal: “Bir Analiz: Türk Hukukunda Hile Kavramının Unsurları”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı.31, Temmuz 2006.

Sancar, Türkan Yalçın: Çok Failli Suçlar, Ankara 1998 (**Çok Failli Suçlar**).

Sancar, Türkan Yalçın: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda “Zincirleme Suç””, TBB Dergisi, 2007, S. 70, s.244-259; (**Zincirleme Suç**).

Sancar, Türkan Yalçın: Müteselsil Suç, Ankara 1995 (**Müteselsil Suç**).

Savirimuthu, Anne/Savirimuthu, Joseph: “Identity Theft and Systems Theory: The Fraud Act 2006 in Perspective”, Scripted, Cilt: 4, Sayı: 4, Eylül 2007, s.436-461, (http://research-archive.liv.ac.uk/726/1/Identity_theft_and_systems.pdf, E.T. 26.6.2014).

Schur, Edwin M.: “Sociological Analysis of Confidence Swindling”, The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Cilt: 48, Sayı: 3, Eylül-Ekim 1957, Northwestern University, s. 296-304.

Selçuk, Sami: “Dolandırıcılık Cürmünün Konusu”, Adalet Dergisi, Eylül-Ekim 1981, Y.72, S.5, s.708-719 (**Dolandırıcılık Cürmünün Konusu**).

Selçuk, Sami: Çek Suçları, Ankara 1993 (**Çek Suçları**).

Selçuk, Sami: Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara 1986 (**Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı**).

Selçuk, Sami: Dolandırıcılık, Ankara 1982 (**Dolandırıcılık**).

Seven, Vural: “Çek Keşidecisinin TTK m. 711/3’e Göre Verdiği Ödemedi Men Talimatının Hukukî Niteliği ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi”, www.turkhukuksitesi.com/makale_585.htm, Erişim Tarihi: 06.02.2010).

Slapper, Gary/Tombs, Steve: Corporate Crime, 1999, London: Longman.

Smith, Geoffrey/Buton, Mark/Johnston, Les /Frimpong, Kwabena: Studying Fraud as White Collar Crime, 2011, Palgrave Macmillan.

Smith, Stephen F.: “Overcoming Overcriminalization”, Journal of Criminal Law and Criminology, Sayı: 102, Sayı: 3, Symposium on Overcriminalization, Yaz 2012, s. 537-591),

http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1641&context=law_faculty_scholarship, E.T. 07.07.2014).

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. B., Ankara 2005 (**Genel Hükümler**).

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2005, (**Özel Hükümler**).

Soyaslan, Doğan: Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), Ankara 2003 (**Kriminoloji**).

Soyaslan, Doğan: Teşebbüs Suçu, Ankara 1994 (**Teşebbüs Suçu**).

Sözüer, Adem: Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.

Standen, Jeffrey: “An Economic Prespective On Federal Criminal Law Reform”, Buffalo Criminal Law Review, Cilt: 2, Sayı: 1, Nisan 1998, University of California Press, s. 249-295 (<http://www.jstor.org/stable/10.1525/nclr.1998.2.1.249>, E.T. 06.07.2014).

Steel, Alex: “The Harms and Wrongs of Stealing: The Harm Principle and Dishonesty in Theft”, University of New South Wales Faculty of Law Research Series, 2008, Paper 65, (<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1140&context=unswwps-flrps08>, E.T. 25.6.2014), pp: 709-737.

Stephen, James Fitzjames: A History of the Criminal Law of England, 1973, New York: Burt Franklin.

Summers, Ben: The Fraud Act 2006: Has it Had Any Impact? (http://sas-space.sas.ac.uk/1783/1/Amicus75_summers.pdf, E.T. 20.06.2014).

Sutherland, Edwin H.: White Collar Criminality, American Sociological Review, Vol. 5, No. 1 (Feb., 1940).

Şen, Ersan: “Etkin Pişmanlığın Dolandırıcılıkta Kullanılan Sahteciliğe Etkisi”, (www.adalet.org, E.T. 03.12.2013).

Şen, Ersan: Çevre Ceza Hukuku (Ceza Hukuku Açısından Sağlıklı ve Düzenli Çevrede Yaşama Hakkı), İstanbul 1994 (**Çevre Hukuku**).

Tadros, Victor: “Crimes and Security”, The Modern Law Review, Vol. 71, No.6, 2008, s.940-970.

Tahiroğlu, Bülent: Roma Hukukunda Furtum, İstanbul 1975.

Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan: 5237 Sayılı TCK'da Açıklamalı-İçtihatlı Sahtekarlık Suçları, Ankara 2009.

Taşdemir, Kubilay: Bilişim, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları, Ankara 2009.

Taşkın, Şaban Cankat: Bilişim Suçları, Beta Yayınları, Bursa, 2008.

Tekinalp, Ünal: Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2008.

The Fraud Act 2006- İngiltere Dolandırıcılık Kanunu 2006, (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga_20060035_en.pdf, E.T. 04.07.2014).

The Fraud Act 2006, http://www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/fraud_act/#a22, E.T. 24.6.2014) (İngiltere Kraliyet Savcılığı Bilgi Notu).

Theoharis, Mark: “Laws on Fraud”, <http://www.criminaldefenselawyer.com/crime-penalties/federal/Fraud.htm>, (E.T. 06.07.2014).

Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2007 (**Genel Kısım**).

Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007 (**Özel Kısım**).

Toroslu, Nevzat: Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara, 1968 (**Zaruret Hali**).

Toroslu, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu, Ankara 1970 (**Suçun Hukukî Konusu**).

Tozman, Önder: “Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları”, Erciyes ÜHFD, Haziran 2008, C.III, S.1, s.117-145.

Turabi, Selami: İrtikâp Suçları, Ankara 2009 (**İrtikap**).

Turabi, Selami: Mala Zarar Verme Suçu, İstanbul 2007 (**Doktora tezi**).

Tümerkan, Somay: Dolandırıcılık Suçu, Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri, İstanbul 1987.

Türk Ceza Kanunu: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004 (**Türk Ceza Kanunu Gerekçesi**).

Türkçe Sözlük: Türk Dil Kurumu, 9. Baskı, Ankara 1998.

Ünsalş, Oskay: Kitle Haberleşme Teorilerine Giriş, Ankara, 1969

Ünsalş, Oskay: Kitle Haberleşme Teorilerine Giriş, Ankara, 1969.

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.

Ünver, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

Ünver, Yener: “Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK.’nın İncelenmesi”, İHFM, C: LV, 1996, s.183-218.

Üzülmez, İlhan: “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, EÜHFD, 2006, C. X, S.3-4, s. 203-235.

Wells, Joseph T.: Occupational Fraud and Abuse, 1997, Dexter, MI: Obsidian,

Wheeler, Stanton/Rothman, Mitchell Lewis: “The Organization as Weapon in White-Collar Crime”, Michigan Law Review, The Michigan Law Review Association, Cilt: 80, Sayı: 7, 1982, s. 1403-1426.

Withey, Carol: “Fraud Act 2006- Some Early Observations and Comparisons with the Former Law”, Journal of Criminal Law, Cilt: 71, Sayı: 3, Haziran 2007, s. 220-237.

Yalkut, Necdet: “Türk, Fransız ve İtalyan Ceza Hukuku Açısından Dolandırıcılık Suçu”, Adalet Dergisi, 1979, Y.70, S. 3-4, s. 231-242.

Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal: “Teşebbüs ve İştirakin Genişlemesi”, Suç ve Ceza Crimen e Poena, Ceza Hukuku Dergisi, 2008, S. 1, s. 87-116.

Yarsuvat, Duygun: “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s. 889-918.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa: Türk Ceza Kanunu, Cilt. 6, Ankara, 2014.

Yavuz, Hakan A.: “Yeni Türk Ceza Kanununda Basit Dolandırıcılık Suçu”, Ceza Hukuk Dergisi (CHD), 2006, Y.1, S.1.

Yazıcıoğlu, R. Yılmaz: Sosyolojik, Kriminolojik ve Hukuki Boyutlarıyla Bilgisayar Suçları, İstanbul 1997.

Yazıcıoğlu, Yılmaz: “Dialler, Key Logger Programları-İnternet Bankacılığı Dolandırıcılığı”, Bilişim Hukuku (Türkiye II. Bilişim Hukuk Sempozyumu, Bilişim Hukuku Toplantıları, Makaleler, Bilişim Yazıları, Mahkeme Kararları, Ulusal ve Uluslararası Mevzuat) (Derleyen Mete Tevetoğlu), Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.

Yenidünya, Ahmet Caner/Değirmenci, Olgun: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, İstanbul, 2003.

Yenidünya, Ahmet Caner: “Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Karşılıksız Çek Keşidesi Suçu Üzerine Bir İnceleme”, Legal Hukuk Dergisi, 2003, C.1, S.4, s. 835-846.

Yıldırım, Mustafa Fadıl: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002.

Yılmaz, Orhan: “Dolandırıcılık”, İstanbul Barosu Dergisi, 1949.

Yılmaz, Sacit: “Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu”, TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 262-298.

Yılmaz, Sacit: “5237 Sayılı TCK’nın 244. Maddesinde Düzenlenen Bilişim Alanındaki Suçlar”, TBB Dergisi, S. 92, 2011.

Yılmaz, Zekeriya/Ergün, İsmail: Yeni Türk Ceza Kanununda Dolandırıcılık Suçları, Ankara 2005.

Yiğit, Uğur: Bankacılık Suçları, İstanbul 2006.

Yurtcan, Erdener: “Malvarlığına Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No: 10, İstanbul 2008, s. 345-364 (**Malvarlığına Karşı Suçlar-makale**).

Yurtcan, Erdener: Yargıtay Kararlarının Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar, İstanbul 2008 (**Malvarlığına Karşı Suçlar**).

Zingale, Mark: “Fashioning a Victim Standard in Mail and Wire Fraud: Ordinarily Prudent Person or Monumentally Credulous Gull?”, Colombia Law Review, Cilt: 99, Sayı 3, Nisan 1999, s. 795-832.

Adalet Bakanlığı UYAP Mevzuat Programı

The Law Commission (Law Com No 276), July 2002 (http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc276_Fraud.pdf, E.T. 07.07.2014), (İngiltere Parlamentosu Kanun Komisyonu tarafından ‘dolandırıcılık’ konusunda hazırlanan rapor).

U.S. Federal Judicial Center (<http://www.fjc.gov>).

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Karar Özetleri, Yargıtay Yayınları, Yayın No: 26, Ankara 1999.