

T.C.
DİCLE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

DOLANDIRICILIK SUÇU

Ülkü KURU TAŞ
(23402)

TEZ DANIŞMANI
Doç. Dr. Mustafa AVCI

DIYARBAKIR
2006

ÖZET

Bu çalışmada 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanununun 503 ve devamı maddelerinde ve Yeni Türk Ceza Kanununun 157 ve devamı maddelerinde yer alan Dolandırıcılık suçu karşılaştırmalı olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde suçun tarihi gelişimi, suçun ceza kanunundaki yeri, malvarlığı kavramı ve Alman Ceza Dolandırıcılık suçu açıklanmıştır. İkinci bölümde suçun unsurları, suçun özel görünüş şekilleri, suçun diğer suçlardan ayırımı, suçun nitelikli halleri açıklanmıştır. Üçüncü bölümde cezayı azaltan sebepler, yaptırım ve mahkumiyetin kanuni neticeleri, görevli mahkeme ve yargılama şartları, erteleme, tekerrür, zamanaşımı gibi konular açıklanmıştır.

ABSTRACT

In this study, the crime of Swindling that takes place in the 503 rd and following articles of the 756 numbered Former Turkish Criminal Law, and in the New Turkish Criminal Law's 157 th and following articles have been tried to explain comperatively.

The study consists of three parts.

In the first part, the historic development of the crime, the place of the crime in the Criminal Law, the concept of wealth , and German Criminal Swindling Offense have been explained. In the second part, the components of the crime, the private visual shapes of the crime, the differing of the crime from the other ones, and the qualified situations of the crime have been described. In the third part, the causes which decrease the fine, the legal results of the sanction and the subjects like being under sentence, the conditions of the court on duty and judging, postponing, repetition of the crime, prescription have been explained.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne

Bu çalışma jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan:

Üye :

Üye :

Üye :

Üye :

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

...../...../.....

.....

ÖNSÖZ

Dolandırıcılık suçu malvarlığına karşı işlenen suçlardan biridir. Mal aleyhine işlenen suçlar bilinen suçların temel kısmını oluşturur. Ancak dolandırıcılık suçunun sahtecilik ve hırsızlık suçundan ayrılıp bağımsız bir nitelik kazanması yüzyıllar almıştır.

Günümüzde dolandırıcılık suçu en çok işlenen suçlardan biridir. Ekonomik krizler, gelir dağılımındaki eşitsizlikler, insanların kolay yoldan para kazanma hırsları, toplumdaki ahlaki ve sosyal çöküntü, kişinin eğitim durumu, aile ve sosyal çevresi, bilişim sistemindeki gelişmeler bu suçun işlenme oranını belirleyen faktörlerdir.¹ “GARRAUD’ un da ifade ettiği gibi dolandırıcılık, çağdaş hukukun yönü ve içeriği öylesine belirsiz bir değişkendir ki, yargıç bu suça ilişkin araştırmalarında bir hukukçunun kılı kırk yaran titizlik, beceri ve dürüstlüğü ve bir ahlakçının tüm önsezişini kullanmak zorundadır. Söz konusu suçun özü, bir kimseyi failin veya başkalarının yararına kendi malvarlığında bir azalmayı gerektirecek aktif veya pasif bir davranışa sevk eden aldatmadan ibarettir.”²

Bu çalışmada Eski Türk Ceza Kanunu ile Yeni Türk Ceza Kanunundaki Dolandırıcılık suçları karşılaştırmalı olarak açıklanmaya çalışılmıştır. Her ne kadar yeni kanunla ilgili kaynak sıkıntısı yaşanmış olsa da eski kanuna dayanılarak yeni kanundaki kavramlar şekillendirildi ve bu çalışma ortaya çıktı.

¹ Zekeriya, Yılmaz - Ergün, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanununda Açıklamalı İctihatlı Dolandırıcılık Suçları, Ankara 2005, s.4

² Sarı, Yaşar- Demirel, Sevgi Malvarlığına Karşı Suçlarda Dolandırıcılık
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>

İÇİNDEKİLER

I

BİRİNCİ BÖLÜM

I.GİRİŞ.....	1
II. SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ.....	1
III.ALMAN CEZA KANUNUNDA DOLANDIRICILIK.....	4
IV. DOLANDIRICILIK SUÇU.....	5
V.SUÇUN CEZA KANUNUNDAKİ YERİ.....	5
VI. MALVARLIĞI KAVRAMI.....	6

İKİNCİ BÖLÜM

I.SUÇUN UNSURLARI

GENEL OLARAK.....	7
A)KANUNİ UNSUR(TİPİKLİK).....	8
B)MADDİ UNSUR	
1-Fiil.....	8
a)Fiilin icrai hareketle yapılması.....	8
aa)Yalan.....	11
ab)Özel hukukta hile – Ceza hukukunda hile kavramı.....	12
ac)Mağdurun bir tasarrufta bulunması.....	13
ad)Mağdurun hukuka aykırı bir hareketi nedeniyle aldatılması.....	13
ae)Kandırmaya elverişlilik.....	14
af)Hataya düşürmek.....	15
ag)Merhamet çekerek dolandırıcılık.....	15
ah) Yargılama yoluyla dolandırıcılık.....	16
b)Fiilin ihmali hareketle yapılması.....	16
2-Netice.....	18
3- Suçun oluşum anı.....	20
4-Nedensellik bağı.....	21
5-Fail.....	21
6-Konu.....	22

7-Mağdur.....	22
C)MANEVİ UNSUR(KUSURLULUK)	
KUSUR TÜRLERİ	
1-Doğrudan kast.....	24
2-Olası kast.....	25
3-Amaç veya saik.....	26
D)HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	26
HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	27
1-Hakkın Kullanılması.....	28
a) Zilyedliğin korunması.....	29
b) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmesi.....	29
ba) Gazetecilik mesleğini icrası.....	30
bb) Hekimlik mesleğinin icrası.....	30
bc) Spor faaliyetleri.....	30
2-Mağdurun Rızası.....	31
a) Rızaya ehliyet.....	31
b) Rıza açıklaması.....	31
c) Rızanın konusu.....	31
3-Görevin İfası.....	33
a) Kanun hükmünü yerine getirme.....	33
b)Yetkili merciin emrini yerine getirme.....	34
4-Meşru Müdafaa (Haklı Savunma).....	35
5- Zorunluluk (Zaruret, İztırar) Hali.....	36
II.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	
1-Teşebbüs.....	39
2-Gönüllü Vazgeçme.....	42
3-İştirak.....	43
4-İçtima.....	47
a)Bileşik suç.....	47

b)Zincirleme suç.....	47	III
c)Aynı neviden fikri içtima.....	50	
d)Farklı neviden fikri içtima.....	50	
III.DOLANDIRICILIĞIN DİĞER SUÇLARDAN AYIRIMI		
1-Dolandırıcılık ve Hırsızlık.....	51	
a)Maddi konu açısından.....	51	
b)Hukuki konu açısından.....	51	
c)Manevi unsur açısından.....	51	
d)Teşebbüs açısından.....	52	
e)Suçun oluşumu açısından.....	53	
2-Dolandırıcılık ve Güveni Kötüye Kullanma (Emniyeti Suistimal).....	54	
a)Korunan hukuki yarar ve konu açısından.....	54	
b)Önşartlar açısından.....	54	
c)Maddi unsur açısından.....	54	
d)Manevi unsur açısından.....	55	
3-Dolandırıcılık ve İrtikap		
a)Korunan hukuki yarar ve konu açısından.....	58	
b)Fail açısından.....	59	
c)Hareket açısından.....	59	
d)Suçun oluşumu açısından.....	59	
4-Dolandırıcılık ve Rüşvet		
a)Korunan hukuki yarar açısından.....	60	
b)Fail açısından.....	60	
c)Hareket açısından.....	61	
d)Suçun oluşumu açısından.....	61	
5-Dolandırıcılık ve Kumar.....	61	
6-Dolandırıcılık ve Yağma.....	62	
7-Dolandırıcılık ve Karşılıksız Çek Düzenleme Suçu.....	62	
8-Kredi Kartıyla İşlenen Dolandırıcılık Suçları.....	64	
9-Dolandırıcılık ve Karşılıksız Yararlanma Suçu.....	66	

IV.NİTELİKLİ HALLER

Suçun nitelikli halleri:

- a) Dinî inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle işlenmesi.....68
- b) Kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle işlenmesi.....68
- c) Kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle işlenmesi.....69
- d) Kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasî parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi.....69
- e) Kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak işlenmesi.....70
- f) Bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi.....71
- g) Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi.....72
- h) Tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenmesi.....72
- i) Serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi.....73
- j) Banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla işlenmesi.....73
- k) Sigorta bedelini almak maksadıyla işlenmesi.....75

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

I.CEZAYI KALDIRAN VEYA AZALTAN ŞAHSİ SEBEPLER

- 1-Daha az cezayı gerektiren hâl..... 81
- 2-Şahsî cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebep..... 81
- 3-Etkin pişmanlık.....84

II.YAPTIRIM VE MAHKUMİYETİN KANUNİ NETİCELERİ

- 1-Müeyyide.....87

a)Hapis cezası.....	88
b) Para cezası.....	89
2-Cezanın belirlenmesi.....	92
3-Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma.....	92
4-Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması.....	94
III.GÖREVLİ MAHKEME VE YARGILAMA ŞARTLARI	
1-Görevli mahkeme.....	96
2- Yargılama şartları.....	98
IV.ERTELEME.....	100
V.TEKERRÜR.....	100
VI.ZAMANAŞIMI.....	101
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME.....	103

KISALTMALAR

Bkz.	:Bakınız
C.	:Cumhuriyet
CD.	:Ceza Dairesi
E.	:Esas
ETCK.	:765 Sayılı Türk Ceza Kanunu
K.	:Karar
s.	:Sayfa
TCY.	:765 Sayılı Türk Ceza Yasası
vd.	Ve devamı
Y.	:Yargıtay
YCGK	:Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD.	:Yargıtay Kararları Dergisi
YTCK.	:5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu

BİRİNCİ BÖLÜM

I.GİRİŞ

Dolandırıcılık malvarlığına karşı işlenen bir suçtur.¹ Mağdurun şahsına bir zarar vermekle bu suç oluşmaz.

Kişiler arasındaki ekonomik ilişkilerde karşılıklı güvenin korunması gerekir. Bu güven sağlam bir toplumun temelini oluşturur. Dolandırıcılık hem insanların malvarlığı değerini hem de toplumdaki bu güven ortamını korumayı sağlamaya yönelik oluşturulmuş bir suçtur.

Dolandırılarak ferdin malvarlığı hakkını kaybetmesini önleyecek hükümlerin ceza kanununda yer alması, anayasal bir zorunluluktur.² Kanunlar dolandırıcılığı suç saymakla hem malvarlığını, hem de maddi ilişkilerde rıza serbestisini korumak istemiştir.³

II. SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ

Dolandırıcılık suçunun bağımsız bir nitelik kazanması uzun bir zaman almıştır. Bu suç eski dönemlerde hırsızlığın bir türü olarak düşünülmüştür.

Eski toplumların ilk yasalarında (Yunan, Hitit, İran, Mısır gibi uygarlıklarda) hırsızlık ve mala zarar verme suçları cezalandırılmış iken dolandırıcılık ve inancı kötüye kullanma suçları tanımlanmamıştır. Roma Hukukunda bugün dolandırıcılık olarak adlandırığımız suç tipine tam karşılık olan bir suça rastlanmamaktadır. Ancak bununla ilgili iki kavram vardı. Bunlardan birincisi “furtum”dur. Bir görüşe göre dolandırıcılık, furtum olarak adlandırılan hırsızlık suçundan doğmuştur.⁴

¹ Yılmaz, Zekeriya- Ergün, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanununda Açıklamalı İçtihatlı Dolandırıcılık Suçları, Ankara 2005, s.4.

² Erem, Faruk; Dolandırıcılık, Ankara 1956, s.3

³ Erem, Faruk; Ceza Hukuku Hususi Hükümler, Ankara 1968, s.450

⁴ Yılmaz-Ergün; s.4.

Eski Roma'da kullanılan ikinci kavram "stellionatus" tur. Bu kavram tüm aldatma eylemlerini kapsayan bir terimdir. "Stellionatus" dolandırıcılık suçunun en eski tarihi kaynağıdır. "Stellionatus" kavramı bugünkü dolandırıcılığa en yakın olan kavramdır. Bu kavramdan hile ve desise gibi aldatıcı hareketlerin unsur olarak kabul edildiği suçlar anlaşılmaktaydı. Roma Hukuku daha sonra dolandırıcılık suç tipini geliştiremedi. Praetorların tanıdığı haksız filer içinde dolus, bir kimsenin normal olarak yapmayacağı bir işlemi, zihninde yanlış kanılar uyandırarak yapmaya sevk etmek için kullanılan bütün aldatıcı söz ve hareketleri ifade etmekteydi. İlk defa pretor Aquilius Fallus tarafından tanınmış olan actio doli klasik devirde bir ceza davasıydı, yalnız hileyi yapana (dolandırıcılık yapan faile) karşı açılabilir, mahkumiyet halinde failin şerefsizliği (infamia) ile sonuçlanıyor, fakat onun mirasçılara karşı açılmıyordu.⁵

Kanonik hukukun egemen olduğu orta çağda her türlü hile eylemi hırsızlık sayılmıştır.

Germen hukukunda bu suç tipine bağımsız olarak rastlanmaz. Dolandırıcılık sahteciliğin yardımcı kavramlarından biri olarak görülmüş, geniş anlamda sahtecilik suçunun içinde düşünülmüştür.

Fransız hukukunda başlangıçta dolandırıcılık hırsızlıktan ayrılmıyordu. Dolandırıcılık ustalıklı hırsızlık eylemleri için kullanılıyordu. Dolandırıcılık, sahtecilik ve hırsızlık eylemleri arasında gidip gelen bir eylem olmuştur.

Türklerin İslamiyet'i kabul etmeden önce yaşadığı dönemde hırsızlık suçuna ağır cezalar verilmekteydi. Dolandırıcılık o dönemin toplumlarında olduğu gibi tanımlanmamıştı.

İslam hukukunda gizlice ve zorla hırsızlık suçları tanımlanmış olmasına rağmen, dolandırıcılık suçunun tanımlanmadığı, İslam hukukunun egemen olduğu Osmanlı devletinde de durumun aynı olduğu iddiası vardır.⁶ Ancak Hambeli Mezhebi hukukçuların-

⁵ Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul1980, s.198-199.

⁶ Selçuk, Sami; Dolandırıcılık, Ankara, 1982, s.39vd.

dan İbn Kayyım'a göre dolandırıcılık suçu, hırsızlık haddini gerektirir. Çünkü Hz. Ali, hür arkadaşını köle diye satıp, alıcıdan parayı alarak başka bir şehre birlikte kaçmış olan iki kişinin ellerini kestirmiştir.⁷

Klasik dönem Osmanlı uygulamasında dolandırıcılık suçuna da kürek cezası verilmiştir.⁸ Yine bu suç karşılığında kalebentlik cezası da verilmiştir. "*Mehmed nam kimesne, ilm-i kimya öğretiyim ve defne buluveresin diye Müslümanların mal ü rızıklarını alıp ve nicesinin iyaline fitil-i şenia edip... haramzade kimesne olmağın kal'a-i Kastamonu'da habs olunmuş iken bazı mücrimler ile bendlerin bozup urgan ile bedenlerden inip gaybet etmeğın adamlar gönderilip geri ele getirilip kal'a-i Kangırı'da... habs olunup asla tılak olunmamasını emredip...*"⁹

Dolandırıcılık suçu işleyen esnaftan biri meslekten men edilmiştir. "*Topkapı'da sakin sahib-i arz-ı hal Osman'ın hasımları Mahmiye-i İslambol'da camcı esnafının ket-hüdaları İslam ve yiğitbaşları İbrahim dai-hanede ihzar ettirdikleri mezbur Osman ile terafularında mezbur Osman esnafımızdan pir-i perver usta olmayıp ham dest ve dolandırıcı olmakla müsliminin yapılarında "ben camcı ustasıyım, noksan baha ile cam yaparım" diyerek akçelerin alıp yedimizde olan ferman-ı alişanın mazmununa muhalif kendi menzilinde destgah ihdas ve kalb ve redi camlar yapmakla... ibadullahı hile ve hud'a ile ızrar etmekle mezburun hilaf-ı ferman-ı alişan hareketi men ve bugüne camcılık sanatına taarruz etmeyip ahar kâr ile meşgul olmak üzere tenbih olunmak... 2 Rebiulahir 1180"*¹⁰

⁷ İbn Kayyım, et-Turuk, s.70, akt. Avcı, Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İst.2004, s.232.

⁸ "Mezkur, Müslümanları dolandırıp akçesin ve altınların aldığı müseccel oldukta küreğe buyruldu." İpşirli, s.220, akt. Avcı, s.232 vd.

⁹ BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1301, akt. Avcı, s. 232 vd.

¹⁰ İŞSA, İstanbul Kadılığı, 25, s.148-149, akt. Avcı, s. 232 vd.

1858 tarihli Osmanlı CK m.233'te yer almış bulunan dolandırıcılık suçu için 3 aydan 3 seneye kadar hapis ve para cezası öngörülmüştür.¹¹

1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun 233.maddesinde tanımlanan suç ilk defa dolandırıcılık şeklinde adlandırılmıştır.¹² Şuğun ağırlaştırıcı sebepleri 1935-1945 yılları arasında belirlenmiştir. Bu gelişim aşamalarına göre dolandırıcılığın hırsızlık suçundan türediğini ve 18.yüzyılın sonlarından itibaren özel bir suç tipi olarak kabul edilmeye başladığını söyleyebiliriz.

Bu suç ticaret ve sanayinin gelişmiş olduğu toplumlarda daha çok işlenmektedir. Ayrıca gelir dağılımındaki adaletsizlikler, ekonomik krizler, toplumdaki ahlaki çöküntü, kişilerin eğitim durumu, çevresel ve ailesel etkiler bu suçun işlenmesini etkileyen faktörlerdir.¹³

III.ALMAN CEZA KANUNUNDA DOLANDIRICILIK

Alman ceza kanununa göre dolandırıcılık suçunun oluşması için dört şart gereklidir. Birinci şart bir kandırma hareketinin olmasıdır. Bu hareketin hile veya sania gibi özel bir şekil alması gerekmez. Basit bir kandırma bile yeterlidir.

Kandırma sonucu aldatılan kişi hataya düşmeli veya mağdurda bulunan hatalı görüş devam ettirilmelidir. Kandırılan kişi bu aldatılma neticesinde malvarlığında azalmaya yol açan bir tasarrufta bulunmalıdır. Bu tasarruf sonucu fail kendi veya başkası yararına bir menfaat elde etmiş olmalıdır.

Dolandırıcılığın subjektif unsuru failin kendisi veya bir başkası için hukuka aykırı bir menfaat elde etme özel kastıdır. Failin kastı elde edilecek menfaatin hukuka aykırı olduğunu bilmesini de kapsamalıdır.

¹¹ Kanun metni için bkz. Gökçen, Ahmet; Tanzimat Dönemi Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989, s. 158

¹² Kara, Adem – Okan, Gökhan, Dolandırıcılık ve Karşılıksız Çek Keşidesi

www.turkhukuk sitesi.com.tr

¹³ Yılmaz-Ergün; s.4

Alman ceza kanununda dolandırıcılıkla bağlantılı bazı özel suç tipleri de yer almaktadır. “Mali yardım yapan yetkili makamı dolandırma suçu”, “Kredi veren makamı dolandırma suçu”, “Sigortanın dolandırılması suçu”, ve “karşılıksız yararlanma suçu” bu suç tipleri arasında yer alır.¹⁴

IV. DOLANDIRICILIK SUÇU

765 sayılı TCK m.503: “Bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlayan kişiye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve sağladığı haksız menfaatin bir misli kadar ağır para cezası verilir.”

Fili mağdurda esasen var olan hatadan, hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanarak gerçekleştirilen kişi hakkında da birinci fıkrada yazılı ceza uygulanır.”

5237 sayılı TCK m.157- (1) *Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir.*

V.SUÇUN CEZA KANUNUNDAKİ YERİ

765 sayılı eski TCK’da dolandırıcılık, kanunun mal aleyhine cürümler başlıklı onuncu babının, dolandırıcılık ve iflas başlıklı üçüncü faslında yer almaktaydı. Bu faslında m.503: Dolandırıcılık, 504- Ağırlatıcı sebepler, 505-Ehliyetsizleri dolandırma, 506-Hileli iflas, 507-Taksiratlı iflas gibi suçlar yer almaktaydı.

26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı yeni TCK’da dolandırıcılık, kanunun ikinci kitabının ikinci kısmının malvarlığına karşı suçlar başlıklı onuncu bölümünde yer alır. Bu bölümde 157-Dolandırıcılık, 158-Nitelikli dolandırıcılık, 159-Daha az cezayı gerektiren hal, 161- Hileli iflas, 162-Taksirli iflas, 163- Karşılıksız yararlanma, 167-Şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep, 168- Etkin pişmanlık, 169-Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulaması yer almaktadır.

¹⁴ Jescheck, Hans Heinrich, Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Çeviren Feridun Yenisey, İstanbul, 1989 s.92-93

VI.MALVARLIĞI KAVRAMI

Kişinin tüm aktif ve pasifleri malvarlığını oluşturur. Hukuki açıdan kişinin sahip olduğu ekonomik değeri olan hukuki ilişkileri (alacak-borç) tamamı malvarlığıdır. Ceza hukukunda malvarlığı ekonomik değeri olan ekonomik değişime konu olan malların yanında duygusal değer olan şeyler de (örneğin bir saç parçası, sevilen birinden gelip de saklanan bir mektup, uğur getirdiğine inanılan bir nesne gibi) şeyler de teşkil ederler.¹⁵

Malvarlığına karşı suçlar Anayasanın 35. maddesinde ifadesini bulan mülkiyet hakkını ve zilyetliği korur.¹⁶ Dolandırıcılık malvarlığına karşı işlenen bir suç olduğundan bu kavramın açıklanması gerekir. Malvarlığı ekonomik değer taşımayan hakları kapsamına almayan bir kavramdır. Ancak özel hukuk açısından ekonomik değeri olmayıp da duygusal manevi açıdan değeri bulunan mektup gibi şeyler ceza hukuku açısından malvarlığı kavramına girer.

Malvarlığına karşı suçlarda fail, malik ve zilyedin malvarlığından sağladığı faydalanmayı ortadan kaldırmakta veya azaltmaktadır.

Malvarlığına yönelik suçlar, mülkiyeti korumaya yönelik suçlar ve bir bütün olarak malvarlığını korumaya yönelik suçlar olarak ikiye ayrılır. Mülkiyeti korumaya yönelik suçlar, hem mülkiyeti hem de mülkiyet üzerindeki tasarruf özgürlüğünü korumaktadır. Bir bütün olarak malvarlığını koruyan suçlarda ise ekonomik nitelikteki menfaat üzerinde tasarrufta bulunmaya karşı bir koruma sağlamaktadır. Bu arada mülkiyetin malvarlığını içine alan bir kavram olduğu unutulmamalıdır.¹⁷

¹⁵ Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2005, s.277

¹⁶ Soyaslan, Özel, s.276

¹⁷ Sarı, Yaşar- Demirel, Sevgi: Malvarlığına Karşı Suçlarda Dolandırıcılık, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>

İKİNCİ BÖLÜM

I. SUÇUN UNSURLARI

GENEL OLARAK

Bir eylemin suç sayılabilmesi için bazı şartlar gereklidir. Öncelikle bu eylem, ceza içeren bir kanunda tanımlanmış olmalı, eylemin yapılması hukuka aykırı olmalı, failin bu eylemini ortaya koymuş olması ve bu eylem için bir ceza ve / veya güvenlik tedbiri konmuş olması gerekir. Sayılan bütün bu gerekliliklere "suçun unsurları" denir. Bu unsurları kanuni unsur (tipiklik), maddi unsur (hareket), manevi unsur (kusurluluk) ve hukuka aykırılık (haksızlık) unsuru olarak dört grupta toplamak mümkündür. Bu dört unsurdan herhangi biri olmazsa suç oluşmaz.¹⁸

A) KANUNİ UNSUR (TİPİKLİK)

Suçun kanuni unsuru, suç ve cezaların kanuniliği prensibine dayanır. Bu prensibin anlamı şudur: Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. Hiç kimse kanunda yazılı olandan farklı ve daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaz.¹⁹ İtalyan Ceza Kanununun 1. maddesi tipiklik unsuruna yer vermiştir: "Kanunen suç olarak açık bir surette öngörülmeleyen bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez."²⁰ "Tipiklik yapılan fiilin kanundaki tanıma uymasıdır." Tipiklik suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucudur. Suçun bu temel unsuru YTCK m.2 de: "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz." şeklinde belirtilmiştir. Buna göre bir fiilin suç sayılabilmesi için ceza içeren bir kanunda yer alan

¹⁸ Tosun, Öztekin; Suç Hukuku El Kitabı İstanbul 1982, s.110

¹⁹ Alacakaptan, Uğur ;İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi Ankara 1958, s.6

²⁰ Pısapia, Gian Domenico; İtalyan ceza hukuku müesseseleri Padova 1965, (Çeviren Akgüç, Atıf) Ankara 1971, s.54

belli maddedeki tanımlamaya uygun olması gerekir. İşlenen fiil ile kanun arasında bir uygunluk yoksa belki haksız fiil olabilir ama suç oluşmaz.²¹

Failin kanundaki tanıma tıpatıp uyan hareketi yapmasıyla tipiklik unsuru da gerçekleşmiş olur.²² Suçun tipiklik unsurunu ortadan kaldıran sebep, kanunda tipi tespit eden bir ceza normu olmamasıdır.²³

B)MADDİ UNSUR

Bir suçun tanımı yapıldığında failin yapacağı eylemler o suçun maddi unsurudur. Bu unsur “fiil” olarak da adlandırılır. Maddi unsurun hareket ve netice olmak üzere iki yönü vardır.²⁴

1-FİİL

Fiil dış dünyada değişiklik meydana getirmeye yönelmiş iradi insan hareketi demektir. Ancak fiilin dar ve teknik bir anlamı da vardır. O da insan fiilin sadece maddi dış yönünü ifade eden hareket ve neticedir. Hareket, netice ve ikisi arasındaki nedensellik bağı hep birlikte dar anlamda fiili meydana getirir. Maddi unsur olarak fiilden bahsedildiğinde bu üç öge anlaşılır. Fiilin psikolojik (sübjektif) unsuru manevi unsur olarak ayrıca ele alınmaktadır.²⁵ Dolandırıcılık suçuna ilişkin kanuni düzenlemelerde birden fazla fiilden (hileli davranış ve yarar sağlama) söz edilmektedir. Bu sebeple dolandırıcılık çok hareketli suçlardandır.²⁶

a) Fiilin icrai hareketle işlenmesi

İcrai hareket suç tipinde belli bir hareketin yapılması şeklinde belirtilen harekettir. İcrai hareket yasak normun ihlali olduğuna göre her zaman müspet bir hareket şek-

²¹ Alacakaptan, s.8

²² Demirbaş, Timur;Ceza Hukuku Genel Hükümler Ankara 2002,s.186

²³ Kunter, Nurullah; Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s.75

²⁴ Tosun, s.112

²⁵ Kunter, Nurullah;Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s.9

linde oluşur.²⁷ YTCCK’da suçun maddi unsurunda bir değişiklik yapılmamıştır. Dolandırıcılık suçunun maddi unsuru hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamaktır.

Eski madde metni mağdurun hile ve desiselerle aldatılmasından bahsetmekteydi. Yeni metinde desise kavramı yer almamaktadır. Desise anlam olarak hile kavramının içine girmektedir. Bu açıdan gereksiz ve çoğu kimse tarafından anlamı bilinmeyen bu kelimenin madde metninden çıkarılması uygun olmuştur.

Eski madde metninde “*hile ve desiseler yaparak*” dediği için dolandırıcılık suçu seçimlik hareketli suçtu.²⁸ Yeni madde metni sadece hileler yaparak demiştir. Hileli hareketleri saptama konusunda iki sistem vardır. Kimi kanunlar hileyi oluşturan hareketler konusunda başvurulacak araçları sayarlar. Kimi kanunlar ise bu araçları saptamaz ve hileyi tarif etmezler.²⁹ Kanunumuz bu ikinci sistemi tercih ederek hileyi tarif etmiş değildir. Zaten hileye tam bir tanım vermekte mümkün değildir.³⁰ Hilenin kelime anlamı “oyun, aldatma, düzen”dir. Genel bir tanım vermek gerekirse maddi olmayan yollarla kişiyi hataya düşüren her türlü eylemdir. Bu eylemler gösteriş yapmak veya gerçeği gizlemek şeklinde olabilir. Hile ile mağdurun doğru karar verebilme iradesi bertaraf edilmektedir.³¹

Her hileli hareket dolandırıcılık suçunu oluşturmaz. Hile belli bir nitelik ve yoğunluğa ulaşmalı ve hilenin yapılmasındaki asıl ve son amaç malvarlığı zararına çıkar sağlamak olmalıdır. “Abartılı ifadeler dolandırıcılık suçunun hile unsurunu oluşturmazlar.” Hile belli bir olay karşısında kişinin yanılma düşürülmesidir. Hileli hareketlere

²⁶ Özgenç, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara, 2005, s.207.

²⁷ Kunter, Maddi Unsurlar, s.53

²⁸ Özgenç, İzzet; Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s.16

²⁹ Dönmezer, Ceza Hukuku, s. 291.

³⁰ Erem-Toroslu, s.598

³¹ Önder, Ayhan; Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İst.1994 s.368

maruz kalan kişi bu yanılğı nedeniyle, yanılğıya düşmeseydi yapmayacağı tasarrufu yapmaktadır. Hile üç şekilde gerçekleşebilir:

1. Gerçekte olmayan bir durumu varmış gibi göstermek,
2. Gerçek olan bir duruma başka unsurlar ekleyerek gerçeğı değiştirmek,
3. Gerçek olan bir durumu tamamıyla veya bir kısmıyla gerçekleşmemiş gibi göstermek.

Fail bu üç durumdan birini kullanarak mağdurun iradesini etkilemekte ve kendi yararına çıkar sağlamaktadır.

“Hile bir vaktıya münhasır olmalıdır.” Vakıta geçmişte olmuş veya halen olan, insanın iç ve dış dünyasında varolan bütün olay ve durumları ifade eder.

Kişinin dini veya batıl inançlarının istismar edilmesi yoluyla hataya düşürülmesi de hile sayılır.³² Bir inanç veya tahminle ilgili açıklama hile sayılmaz. Örneğin ileride değerleneceğini söyleyerek, kişiye değeri az olan hisse senetlerinin satılması dolandırıcılık suçunu oluşturmaz.

“Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, hile ve desisenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı, olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli ayrı ayrı nazara alınmalıdır.

3679 sayılı Yasayla madde metninden çıkarıldığı halde "mağdurun hulus ve saf-fetinden faydalanılmak suretiyle "dolandırıcılık suçu işlendiğinden bahisle mahkumiyet kararı verilmesi doğru değildir. Suçu birlikte işleyen sanıklardan yargılama giderinin müteselsilen alınması kararıyla yetinilmesi yerine, müştereken de tahsiline denilmesi yasaya aykırıdır. (765 s. TCK. m. 503, 522, 81647 s. CİK. m. 6)

1- Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiselerle hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisi veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlaması gerekmektedir.

³² Önder, s.369

Hile nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Desise ise, maddi nitelikteki fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmek için kullanılan aldatıcı vasıtalarıdır. Kullanılan hile ve desiseler ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu kandırıcı davranışlara ve yalanlara inanan mağdur tarafından sanığa veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır.

Hile ve desisenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi kullanılan hilenin şekli ayrı ayrı nazara alınmalıdır.” (YKD Ocak 2004, s.157 E:1991/6-127, K:1991/000156 Tarih 13.05.1991)³³

aa) Yalan: Yalan bilerek gerçek olmayan bir durumu ifade etmektir. Yalan, toplumdaki güvenin kötüye kullanılmasıdır.³⁴

Soyut yalanın dolandırıcılıktaki hile kavramını oluşturup oluşturmayacağı çok tartışılan bir konudur. “Carrara’ya göre yalan suç değildir.”³⁵ Bir kimse başkasının sözüne kolayca inanmamalıdır. Eğer inanırsa kusur kendisindedir.³⁶ Basit yalan hile sayılmaz. Destekleyici hareketler yafana eşlik etmelidir.³⁷

Ülkemizdeki yaygın görüş; yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olduğunda, güven ortamı içinde failin denetleme imkanını ortadan kaldırdığında hile sayılır. “ Ancak yalana mutlaka bir sahneye koymanın eşlik etmesi gerekmez.”³⁸

“ Kendisi öğretmen olmadığı ve o köyde oturmadığı halde Çakraz Köyü öğretmeni olduğunu söyleyerek televizyon karşılığında özel senetler veren sanığın eyleminin

³³ Kaynak Corpus

³⁴ Önder, s.369

³⁵ Erem-Toroslu, s.599

³⁶ Erem- Ceza Hukuku, s.455

³⁷ Erem-Toroslu, s.599

TCY' nin 79. maddesi delaleti ile aynı yasanın 503. maddesinde öngörülen dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden beraatına karar verilmesi...” (6.C.D 1.10.1996, 8311/8994) ³⁹

ab)Özel hukukta ve ceza hukukunda hile kavramı: Dolandırıcılık suçunun unsuru ve bir ceza hukuku kavramı olan hile ile medeni hukuk kavramı olan hilenin aynı olup olmadığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre ikisi arasında hiçbir fark yoktur. Manzini de bu fikri savunanlardan biridir. Hatta o'na göre böyle bir farkın varlığını kabul etmek karışıklıklara neden olacaktır. Bu görüşün pratik sonucu sadece yalanın bile dolandırıcılıktaki hile unsurunu oluşturacağıdır. Buna karşılık hukukta ve cezada hilenin farklı olduğunun ileri süren yazarlar çoğunluktadır. ⁴⁰

Hile kişiyi yanılgıya düşüren her türlü harekettir. Bu durumda özel hukuktaki hile ile ceza hukukundaki hile arasında bir nitelik farkı yoktur. Ancak iki tür hile arasında bir yoğunluk ve nicelik farkı vardır. Her hile özel hukuktaki hile kavramına girdiği halde, her zaman dolandırıcılık suçunu oluşturmaz.

Bu suçun oluşabilmesi için hilenin belli bir yoğunlukta olması ve kişiyi hataya düşürüp mal varlığında bir zarar meydana getirmesi gerekir. Her hile ahlaka aykırı bir davranıştır. Ancak ceza kanunu her ahlaka aykırı davranışa bir ceza vermemiştir. ⁴¹

Özel hukuktaki hilenin cezalandırılmaması gerektiği fikri savunulmaktadır. Çünkü özel hukuktaki hile ile bir kişi zarara uğramışsa; bu zararını tazminat alarak veya sözleşmeyi feshederek karşılayabilir. Ayrıca özel hukuktaki her hilenin cezalandırılması ticari hayatta huzursuzluk yaratabilir. ⁴²

³⁸ Önder, s.369

³⁹ Şafak, Engin; Hırsızlık Yağma ve Dolandırıcılık Suçları İle Müşterek Hükümler, Ankara, 2002, s.202

⁴⁰ Dönmezer, Ceza Hukuku, s.285, Soyaslan, Özel, s.343.

⁴¹ Önder, s.70

⁴² Erem-Toroslu, s.601-602

Özel hukuka ilişkin bir hilenin varlığı için herhangi basit bir yalan bile yeterli olabilir.⁴³

ac) Mağdurun bir tasarrufta bulunması: Dolandırıcılıkta failin hileli hareketleri sonucu mağdurun bir tasarrufta bulunması –örneğin bir borç yüklenmesi veya bir hakından vazgeçmesi gibi- gerekir.⁴⁴ Eğer mağdur böyle bir tasarrufta bulunmadan mal fail tarafından alınır, dolandırıcılık değil hırsızlık suçu oluşur.⁴⁵ Dolandırıcılık fiiliyle ilgili olarak öğretilerde tartışılan diğer bir nokta da aldatılanın hukuka aykırı bir amaç gütmesi halinde dolandırıcılık suçundan söz edilip edilemeyeceğidir. Bir anlayışa göre, meşru olmayan amaca ulaşmak için faaliyette bulunan kimse bir zarara uğrarsa kendisini suçlamalıdır. Devlet hukuka aykırı hareket edenini korumaz. Son zamanlarda hakim olan anlayışa göre ise mağdurun hukuka aykırı amaç gütmüş olması dolandırıcılık suçunu ortadan kaldıramaz. Burada devletin cezalandırması, aldatılanın yasak olanı elde etmeye hakkı olduğu anlamına gelmez. Devletin yaptığı, hileli davranışlarla başkasının malvarlığına zarar veren kimseleri cezalandırmaktan ibarettir .

ad)Mağdurun hukuka aykırı hareketi nedeniyle aldatılması

Eğer mağdur hukuka aykırı bir şey yapmayı düşünerek aldatılmışsa durumun ne olacağı tartışmalıdır. Bazı yazarlar mağduru aldatan failin cezalandırılmaması gerektiğini savunurlar. Bunlara göre hukuka aykırı hareket eden kişi bunun karşılığını aldatılmayla ödemiştir. Hukuka aykırı hareket edenini devlet korumamalıdır. Ancak konuya sosyal menfaat açısından bakarsak fail yine de cezalandırılmalıdır. Dolandırıcılık toplumdaki güveni koruyan bir suçtur. Aldatılanın hukuka aykırı hareket etmesi, failin hareketini hukuka uygun hale getirmez.⁴⁶

⁴³ Savaş, Vural- Mollamahmutoğlu, Sadık;Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara, 1999, s.5462

⁴⁴ Soyaslan, s.341.

⁴⁵ Önder,s.377

⁴⁶ Savaş-Mollamahmutoğlu, s.5465

ae)Kandırmaya elverişlilik:

Dolandırıcılığın maddi unsurunu oluşturan hile mağduru kandırmaya elverişli olmalıdır. ETCK bunu “Bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak” ifadesi ile belirtmiştir.⁴⁷ YTCK’nın madde metninde bu durum açıkça ifade edilmese de hilenin kandırıcılık niteliğinin olması gerektiği muhakkaktır. Bu durumda failin kullandığı hilenin kandırmaya elverişli olup olmadığının nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkar. Bu konuda iki kriter vardır:

Objektif kritere göre kullanılan hilenin objektif olarak kandırmaya elverişli olup olmadığı incelenir. Hile ve desise orta zekada birini aldatıyorsa bu unsur var kabul edilir.

Sübjektif kriterde ise hilenin sadece mağduru kandırabilecek nitelikte olup olmadığına bakılır. Ülkemizdeki uygulama sübjektif kriteri kullanma yönündedir.⁴⁸ Hakim her somut olayda mağdurun akıl, zeka, yaş, sosyal konum, faille olan ilişkisi, hile ve desisenin niteliği ve olayın özelliğine göre değerlendirme yapacaktır. Böylece daha çok kandırılabilir nitelikteki insanlar da hukuki korumadan yoksun kalmayacaktır.⁴⁹

“İddia, ikrar ve oluşa göre sanığın, 5-6 yaşlarındaki mağdur Engin Demirel, Milay Pektemur, Esra Güner ve Ceyda Karaman’ın sokakta oynadıkları sırada kollarındaki künye ve bilezikleri alıp kaçmış olmasının mağdurların yaşlarının küçüklüğü karşısında kandırma ögesinin gerçeklemeyeceği ve eylemin hırsızlık suçunu teşkil edeceği gözetilmeden yazılı şekilde unsurları oluşmayan dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş ve yerel C. Savcısının temyiz itirazları ile tebliğnamedeki düşünce bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün açıklanan

⁴⁷ Taşdemir-Özkepir, s.1305

⁴⁸ Önder, s.372

⁴⁹ Taşdemir-Özkepir, s.1305

nedenlerle BOZULMASINA oybirliğiyle karar verildi.” (Y.6.CD.3.12.1985, E.1985/11508, K.1985/12083)⁵⁰

af)Hataya Düşürmek:

ETCK suçun oluşumu için hile ve desise kullanarak mağdurun hataya düşürülmesini suçun oluşumu için şart koştur.⁵¹YTCK ise “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp*” diyerek bu şartı tekrarlamıştır. Hata kişinin düşüncesi ile gerçeğin örtüşmemesidir. Kişinin, durumun gerçekliği ve doğruluğu konusunda yanlgı içinde olmasıdır. Yasa “bir kişinin” hataya düşmesinden bahsettiği için umuma açık yerlerde halkı aldatma durumunda ETCK 548 (*Her kim, umumi bir mahalde yahut umuma açık yerlerde yalan uydurarak başkasını zarara sokacak veya halkın huzurunu bozacak suretlerle saffetinden istifadeye kalkarsa mahkum edilir*) düşünölmelidir.

Fail hilelerle mağduru hataya düşürmelidir. Bunu çeşitli şekillerde yapabilir. Mağdurda var olan bir şüphenin kuvvetlendirilmesi de hataya düşürmek olarak kabul edilir. Hile mağduru hataya düşürecek nitelikte olmalıdır. Temyiz kudreti olmayan biri sağlıklı düşünemeyeceğinden, bu kişilere karşı dolandırıcılık suçu işlenemez.⁵²

Mağdurun menfaat elde edilmeden önce hataya düşürölmüş olması gerekir. Aksi durumlarda olayı emniyeti suiistimal suçu açısından değerlendirmek gerekir.⁵³

ag)Merhamet çekerek dolandırıcılık:

Merhamet dolandırıcılığı her zaman kanuni manadaki dolandırıcılık suçunu oluşturmaz. Sadaka veren kişi dilencinin sözlerine inandığı için değil kendi istediği için verir.⁵⁴ Ancak dilenci, kişilerin merhamet duygularını kullanıp maddi bir çıkar elde et-

⁵⁰ Şafak, Engin-Gündel, Ahmet; En Son Yargıtay İctihatlarıyla Zimmet, Sahtekarlık, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık ve Emniyeti Suiistimal Suçları, Ankara, 1993, s.382

⁵¹ Erem-Toroslu, s.604

⁵² Önder, s.371

⁵³ Erem, s.16

⁵⁴ Erem, s.8

mek için gerçek bir sahneye koymaya başvurursa dolandırıcılık suçunu işlemiş olur. Örneğin hasta olmadığı halde hastaymış gibi sahte raporları kullanarak para istenmesinde olduğu gibi.⁵⁵

ah) Yargılama yoluyla dolandırıcılık:

Haklı olduğundan bahisle bir kimse hakkında dava açıp, hakimi yanıltarak lehine hüküm tesis ettirmeye yargılama yoluyla dolandırıcılık denir. İsviçre ve Fransa'da benzer durumlar dolandırıcılık olarak kabul edilmektedir. Ancak davayı kötü niyetle yürütmek için basit yalan söylemek dolandırıcılık sayılmaz. Davadaki yalanlar sahte belgelerle desteklenmişse sahteciliğe ilişkin hükümler uygulanmalıdır.⁵⁶

b) Fiilin ihmali hareketle yapılması

Dolandırıcılık suçu ihmal davranışla da işlenebilir.⁵⁷ Hile icrai bir hareketle gerçekleştirilebileceği gibi ihmali bir davranışla da gerçekleşebilir. Fiili oluşturan hareketin bir şeyi yapmamak şeklinde tecelli etmesine "ihmali hareket" denir.⁵⁸ Eski TCK bunu 503. maddenin ikinci fıkrasında şöyle belirtmiştir: "*Fiili, mağdurda esasen var olan hatadan, hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanarak gerçekleştiren kişi hakkında da birinci fıkrada yazılı ceza uygulanır.*" Fail mağdurda esasen var olan bir yanılığdan faydalanarak onu zarara uğratmaktadır. Eylemin dolandırıcılık olarak kabulü için ihmali hareket yeterli değildir, fail bu hatayı devam ettirecek veya kuvvetlendirecek icrai hareketlerde bulunmalıdır. Ayrıca bu durumda kişinin karşı tarafın bir yanılığ içerisinde olduğunu bildirme hususunda hukuki bir yükümlülüğü olmalıdır. Eğer fail ve mağdur arasında hukuki bir ilişki varsa bu yükümlülüğün var olduğu kabul edilir. Fail mağdurdaki mevcut hatadan,

⁵⁵ Dönmezer, Ceza Hukuku s.291

⁵⁶ Dönmezer, Ceza Hukuku s.298

⁵⁷ Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa R.- Özer, Veli Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2005, s.123.

⁵⁸ Alacakaptan, s.36

bu hatayı devam ettirecek hiçbir hareket yapmadan ve hatayı bildirme konusunda hukuki yükümlülüğü olmadan faydalanırsa dolandırıcılık suçu oluşmaz.⁵⁹

Failin belli hareketlerle olaydaki gerçeği ortaya çıkmasını engelleyici hareketlerde bulunmasında hile tabi ki vardır.⁶⁰ Ancak failin sadece susması hile sayılabilir mi? Gerçeği gizlemenin (sükut) bir hile sayılabilmesi için sadece mağduru hataya düşürmüş olması yeterli değildir. Fail susmakla hukuki bir yükümlülüğü de ihlal etmiş olmalıdır.⁶¹ Bu hukuki yükümlülüğün kaynağı kanun, sözleşme hatta iyi niyet kuralları olabilir.⁶²

Eski TCK'nın 503. maddesinin ikinci fıkrasındaki durum yeni madde metninde yer almamaktadır. Eski metin failin, fiili mağdurda esasen var olan hatadan faydalanarak hile ve desise kullanmak suretiyle işlenmesinden bahsetmekteydi. Yeni kanunda sadece hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılmasından bahsedilmiştir. Fail tarafından hileli davranışlara başvurulmadığı sürece sadece mağdurun hatasından faydalanmak dolandırıcılık suçunu oluşturmaz. Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, failin aldatılan kişideki mevcut hatayı güçlendirmesi veya onun farkına varmasını engelleyici veya güçleştirici davranışlarda bulunması gerekir.⁶³

Yani mağdurun önceden bir hata hali içinde olup olmaması önem arz etmez. Sadece hilenin yapılması yeterlidir. Sonuç olarak maddi unsur açısından bir değişiklik olmamıştır.

YTCK'nın 250. maddesinde düzenlenen irtikap suçunda ETCK'nın 503/2 fıkrasındaki benzer bir durum vardır. Bu maddeye göre *"(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

⁵⁹ Önder, s.369, 377

⁶⁰ Dönmezer, Ceza Hukuku, s.290

⁶¹ Erem-Toroslu, s.599

⁶² Savaş- Mollamahmutoğlu, s.5464

⁶³ Erdem, www.adalet.gov.tr

(2) 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, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Bu maddenin üçüncü fıkrasına göre kamu görevlisi, kişinin içinde bulunduğu hatalı durumu devam ettirecek şekilde hileli davranışlarda bulunur ve kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna ederse cezalandırılacaktır.

2-Netice

Netice fiilin bir alt unsuru değil, fiilden ayrı olarak suçun maddi unsurlarından biridir ve kanuni tarifte yar alan dış dünyadaki değişikliktir.⁶⁴ Netice icrai veya ihmali insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği ve hukuken önem arz eden sonuçtur. Kişinin fiiliyle dış alemde birden fazla değişiklik meydana gelebilir. Ancak ceza hukuku açısından, hareketle arasında illiyet bağı olan ve suçun tanımında yer alan neticeler önem taşır.⁶⁵

Suçlar ortaya koydukları netice açısından zarar veya tehlike suçu olarak iki gruba ayrılırlar. Aslında tüm suçlar bir yasağı ihlal ettikleri için bir bakıma zarar suçudur. Ancak bazı suçlarda fail, suçun koruduğu özel menfaate zarar vermekte, bazılarında bu menfaati tehlikeye koymaktadır. Dolandırıcılık suçunda suçla korunan özel menfaate yani malvarlığına bir zarar verilmektedir ve bu suç zarar suçudur.⁶⁶

Dolandırıcılık suçunun neticesi failin kendisine veya başkasına bir yarar sağlamasıdır. Dolandırıcılık suçunda failin sağladığı yarar konusunda bir değişiklik yoktur. Fail tarafından elde edilen menfaat kendi yararına veya başkasının yararına olabilir.

⁶⁴ Özgenç, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara, 2005, s.211

⁶⁵ Alacakaptan, s.45

⁶⁶ Soyaslan, Doğan;Teşebbüs Suçu, Ankara, 1994 s. 12, Özgenç, TCK Gazi Şerhi, s.233.

Ancak eski metinde failin elde edeceği menfaat için “haksız menfaat” ibaresi kullanılmıştı. Böylece suçtaki hukuka aykırılık unsuru açıkça belirtilmişti. Dolandırıcılığın suç olarak kabulü için elde edilen menfaatin haksız olması tabii ki gereklidir ancak, madde metninden “haksız” kelimesinin çıkarılmasının gerekçesi açıklanmamıştır.

Fail yaptığı hileler sonucu bir menfaat elde etmelidir. Dolandırıcılık suçu mal varlığına karşı işlenen suçlardan olduğu için elde edilen menfaatin mal varlığına ilişkin maddi bir menfaat olması gerekir. Buradaki menfaat kavramını geniş yorumlamak gerekir. Para, senet, mevcut borçtan kurtulmak da maddi menfaat kavramına girer.⁶⁷ “Bedeni veya fikri bir hizmet de menfaat kavramına girer. Hileyle elde edilen cinsel ilişki diğer şartlar mevcutsa dolandırıcılığı oluşturur.⁶⁸ Hileyle manevi bir yarar elde edilmişse dolandırıcılık suçu oluşmaz.⁶⁹

Kullanma hırsızlığı gibi kullanma dolandırıcılığı da mümkündür. Failin bir şeyi mal edinmek için değil de sadece kullanmak için ele geçirmiş olmasında da dolandırıcılık oluşur.⁷⁰

Dolandırıcılıkta hilelerle hataya düşürülen kişinin tasarrufuyla kendisinin veya başkasının mal varlığında bir eksilme olur, yani bir zarar meydana gelir.⁷¹ Zarar suçu unsuru olan netice ile cezaen korunan menfaat arasındaki ilişki hakkında verilen bir değer hükmüdür.⁷²

Failin kendine veya başkasına elde ettiği yarar da bu zararın karşılığı olan yarar-
dır. Bu durumda yarar ve zarar bir madalyonun iki yüzü gibidir. Ancak yarar ve zararın aynı nitelikte olması gerekmez. Mağdurun mal varlığında ortaya çıkan zarara karşılık

⁶⁷ Özgenç, s.28

⁶⁸ Erem-Ceza Hukuku, s.462

⁶⁹ Önder, s.381

⁷⁰ Erem-Ceza Hukuku, s.462

⁷¹ Önder, s.381

⁷² Kunter, Suçun Maddi Unsurları, s.118.

fail herhangi bir yarar elde etmiş olabilir. Yarar gerçekleştiği anda suç tamamlanır. Zararın sonradan giderilmesi suçu ortadan kaldırmaz.⁷³

Zarar fiilen meydana gelmiş olmalıdır. Bir kimsenin malvarlığındaki herhangi bir haktan yoksunluk zarar kavramına girer.⁷⁴ Gelecekte oluşması beklenen bir kârdan mahrumiyetin zarar sayılıp sayılmayacağı duruma göre değişir. Eğer kârın elde edileceği kesin ise zarar var sayılır ve suç oluşur. Eğer kâr sadece muhtemel kâr ise, henüz kişinin malvarlığında değildir ve suç oluşmaz.⁷⁵

Çalınmış bir malın dolandırılarak kaybedilmesi durumunda zarar oluşur mu? Hırsızlıkta kişinin malın zilyedliğini ele geçirmiş olduğunu göz önüne alarak dolandırıcılık suçunun varlığını kabul etmek gerekir.⁷⁶

“Müştekiye telefonla kendisini Dr. Abdullah Öztürk olarak tanıtip yurt dışına gönderilecek hasta bir kişi için para istemekten ibaret eylemde TCK'nun 503. maddesinde öngörülen zarar ögesi bulunmadığı halde dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş, sanık İrfan Güzel'in temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan tebliğnamedeki onama düşüncesini reddiyle hükmün açıklanan nedenle BOZULMASINA oybirliğiyle karar verildi.” (Y.6. CD. 9.6.1987, E.1987/4933, K.1987/6236)⁷⁷

3- Suçun oluşum anı

Dolandırıcılık suçu fail tarafından yapılan hileli hareketler sonucu mağdurun veya bir başkasının zararına failin veya bir başkasının yararına menfaatin elde edildiği anda oluşur. Bu suçun, neticesi harekete bitişik suç olduğunu söyleyebiliriz.⁷⁸

⁷³ Önder, s.381

⁷⁴ Dönmezer, Ceza Hukuku, s.300

⁷⁵ Erem-Toroslu, s.607

⁷⁶ Dönmezer, Ceza Hukuku s.300

⁷⁷ Şafak-Gündel, s.384

⁷⁸ Yılmaz-Ergün, s.18

4- Nedensellik bağı

Bir kişinin neticeden sorumlu olması için o kişinin hareketi ile meydana gelen netice arasındaki bulunması gerekli ilişkiye nedensellik bağı denir. Nedensellik bağı kişiyi yaptığı hareketten sorumlu tutabilmemiz için bulunması zorunlu bir unsurdur.⁷⁹

Suçun oluşumu için hilenin kullanımı ile hataya düşme arasında nedensellik bağı olmalıdır. Failin mağduru hataya düşürmek için bir fırsattan yararlanmış olması, bu nedensellik bağı ortadan kaldırmaz.⁸⁰ Dolandırıcılık gibi neticesi harekete bitişik suçlarda, hareket ile netice arasında zaman olmadığından nedensellik bağı sorunu fazla yaşanmaz.⁸¹

5-Fail

“Fail, bir fiili işleyen kimsedir.”⁸² Dolandırıcılık suçunun faili herkes olabilir.⁸³ Ancak suçun maddi unsurunu oluşturan hileyi yapan kişi ile haksız menfaati elde eden kişi aynı kişi olmayabilir. Kanunumuz bunu “kendisine veya başkasına bir yarar temin eden” ifadesiyle belirtmiştir. Bu durumda faillerden biri mağduru hataya düşürmüş, diğeri ise menfaati elde etmiştir.⁸⁴

Failin kişisel durumu bazen suçun ağırlatıcı sebebi olur. ETCK m.504/8 Dolandırıcılık suçunun “meslek ve görevlerini yaptıkları sırada avukatlar, dava vekilleri, vekiller veya kurum yöneticileri tarafından işlendiği durumlarda...” faile daha ağır ceza verilir.⁸⁵ YTCK m.158/h “Tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faali-

⁷⁹ Demirbaş, s.208

⁸⁰ Malkoç, İsmail; Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Ankara 1990 s.434

⁸¹ Demirbaş, s.208

⁸² Öztürk, Bahri; Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 1992, s.223

⁸³ Gündel, Ahmet; Açıklamalı İçtihatlı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suiistimal Suçları, Ankara 2002, s.1009

⁸⁴ Önder, s.365

⁸⁵ Özgenç, s.29

yetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenmesi" durumunda ceza arttırılır.

Eğer fail ticaret yapan kimse ise suçun ETCK'ya göre 363.(ticarete hile karıştırmak suçu) maddeye girip girmediği göz önüne alınmalıdır.⁸⁶

6-Konu

Suçun hukuki konusu suçtan doğrudan doğruya zarar gören şahsa ait özel bir varlık veya menfaattir. Bu varlık veya menfaat her suç türü için farklılık gösterir. Her suçun vasfı, bu suçun doğrudan doğruya zarar verdiği veya tehdit ettiği varlıktan anlaşılır.⁸⁷ Suçun işlenmesiyle suçun konusuna zarar verilir veya bu konu tehlikeye maruz kalır. Dolandırıcılık suçunun konusu malvarlığına ilişkin herhangi bir değerdir. Taşınır mallar, taşınmaz mallar, alacak hakları gibi.

Korunan hukuki değer suçun işlenmesiyle ihlal edilen değerdir.⁸⁸ YTCK'da bu suç malvarlığına karşı suçlar başlığı altında onuncu bölümde düzenlenmiştir. Bu suçta korunan hukuki değer özellikle malvarlığıdır. Ancak hilelerle mağdurun aldatılması da söz konusu olduğundan irade özgürlüğünün de korunduğu söylenebilir.⁸⁹

7-Mağdur

Dolandırıcılık suçundaki mağdurunu belirtmeden önce mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarını açıklamak gerekir. Her suçun doğal ve zorunlu mağduru devlettir. Ancak suçun asıl mağduru da unutulmamalıdır. Suçun mağduru veya suçtan zarar gören kişi, belirli bir suçla hakları veya yararı zarara uğratılan kimselerdir. Suçun işlenmesiyle hakları ihlal edilen kişi mağdurdur. Örneğin adam öldürme suçunda öldürülen kişinin yaşam hakkı ihlal edilmiştir. Ancak belirli bir suçun işlenmesiyle suçun mağdurundan başka diğer bir kimsenin de hukuken korunan bir hakkı ihlal edilmiş olabilir. Yani bu

⁸⁶ Gündel, s.1009

⁸⁷ Toroslu, Nevzat; Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s.166

⁸⁸ Özgenç, İzzet; Yeni TCK'nın Hazırlanmasında Esas Alınan Suç Teorisi, www.adalet.gov.tr

⁸⁹ Erdem, Mustafa Ruhan; Yeni TCK'da Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, www.adalet.gov.tr

kişi suçtan zarar görmüştür. Hukuk düzeni mağdura ve suçtan zarar görene bazı haklar tanımıştır. Örneğin bir hukuka uygunluk sebebi olan “rıza” sadece mağdur tarafından beyan edilebilir. Bu hakların kullanılabilmesi için mağdurun ve suçtan zarar görenin tespit edilmesi önemlidir.⁹⁰

Yeni kanun dolandırıcılık suçu için mağdur konusunda eski metindeki gibi kimse tabirini kullanmıştır. Bu durumda mağdurda bir değişiklik yoktur. Herhangi bir kimse bu suçun mağduru olabilir. Ancak mağdurun belirli olması gerekir.⁹¹ “Toplumun geneline yönelik hileli davranışlar, belirli bir veya birden fazla kişiyi aldatmış ise, yine dolandırıcılığın varlığı kabul edilmektedir.”⁹² Suçun mağduru ve suçtan zarar gören aynı kişi olabileceği gibi farklı kişilerde olabilir.⁹³ Yeni kanun metninde bu durum “..... onun veya başkasının zararına” ifadesiyle açıkça belirtilmiştir.⁹⁴ Mustafa Ruhan Erdem’e göre dolandırıcılık suçunda mağdur, zarara uğrayan malvarlığının sahibi olan gerçek veya tüzel kişidir. Bu suçun oluşması için aldatılan ve zarara uğrayanın aynı kişinin olması gerekmez. Ancak aldatılan kişiye malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin verilmiş olması gerekir.⁹⁵ Aldatılan kişi zilyed veya malik değilse hırsızlık veya güveni kötüye kullanma suçu oluşur.⁹⁶

Suçun mağdurunun akıl, zeka ve yaş durumu itibari ile aldatılmaya elverişli olması gerekir. Mağdur mümeyyiz değilse, yaşı küçükse veya zeka geriliği varsa dolandırıcılık değil hırsızlık suçu oluşur.⁹⁷

⁹⁰ Öztürk, s.238-241

⁹¹ Gündel, s.1010

⁹² Erdem, www.adalet.gov.tr

⁹³ Gündel,s.1010

⁹⁴ Özgenç, s.30

⁹⁵ Erdem, www.adalet.gov.tr

⁹⁶ www.turkhukuksitesi.com/fag/dolandiricilik.shtml

⁹⁷ Malkoç, Sahtecilik suçları,s.433

“Sosyal Sigortalar Kurumu prim alacaklarına ilişkin kayıtlar esas olup, anılan kurumun malvarlığına ilişkin herhangi bir eksilme meydana gelmediği gibi, hileli söz ve davranışlarla kandırılıp haksız çıkar elde edilen bu olayın gerçek mağdurunun Ş olduğu, üç milyar Türk lirası ve kırkbin DM karşılığını alan sanık H'nin ise eyleminin TCK.nun 503/1. maddesindeki suçu oluşturduğunu gözetilmemesi. Sanık Ş'nin diğer sanık H'nin kendisini Ö olarak tanıtan ve hakkında suç duyurusu yapılan A tarafından kandırılıp dolandırıldığı ve olayın mağduru olduğu gözetilmeden sahtecilik ve dolandırıcılık eylemlerinden beraatı yerine mahkumiyetlerine karar verilmesi,”(6.CD. 12.06.2002, 3878/8083)⁹⁸

C) MANEVİ UNSUR(KUSURLULUK)

KUSUR TÜRLERİ

1-Doğrudan kast

Kast, hareketin ve neticenin bilerek ve istenerek yapılmasıdır. 5237 sayılı TCK m.21'e göre: *“Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”* İtalyan ceza Kanununun 43. maddesinde kastlı cürüm şu şekilde tanımlanmıştır. *“Fîil veya ihmalin neticesi olan ve kanunun suçun mevcut olması için şart kıldığı zararlı veya tehlikeli hadiseyi, failin kendi fiilinin veya ihmalinin neticesi olarak önceden görmüş ve istemiş ise, suç kasten işlenmiş demektir.”*⁹⁹ YTCK'da dolandırıcılık suçunun manevi unsurunda bir değişiklik yoktur.

Dolandırıcılık suçu kasten işlenir. Fail, hem hareketi hem neticeyi bilerek ve isteyerek yapmaktadır.¹⁰⁰ Fail yaptığı hareketin hile olduğunu, bu hareket dolayısıyla birinin aldandığını, aldanan kişinin hataya düştüğünü bilmelidir. Ayrıca aldanan kişinin veya başkasının zararına kendisinin veya başkasının yararına haksız bir yarar elde ettiğini bilmeli ve bu sonucu istemelidir.

⁹⁸ Erol, Haydar; Türk Ceza Kanunu, Ankara 2003, s.1354

⁹⁹ Pısapıa, s.77-78

¹⁰⁰ Önder, s.384

Dolandırıcılıktaki Kastın Zorunlu Unsurları:

1-Hileli hareket bilinç ve iradesi: Fail hile oluşturan bir hareket yaptığının farkında olmalıdır. Eğer fail yaptığı hareketin hileli olduğunu bilmiyorsa kast oluşmaz.

2-Yarar sağlama kastı: Failin dolandırıcılık suçunu işlemesinin nihai amacı menfaat temin etmektir. Bu menfaat aldatılan veya başka birinin zararına, failin veya başkasının yararına olmalıdır.

Hile teşkil eden hareketleri yapan kişide çıkar elde etme amacı yoksa manevi unsur oluşmayacaktır. Geri verme amacıyla sırf şaka olsun diye hileli hareketlerle bir kimsenin malını alan kişide çıkar elde etme kastı yoktur.

Dolandırıcılık suçunda zararın sonradan giderilmesi suçu ortadan kaldırmaz. Bu nedenle failin kastını tespit ederken, failde gerçekten çıkar elde etme kastı yok muydu, yoksa zarar sonradan mı ortadan kaldırıldı; bunun iyi değerlendirilmesi gerekir. Hile menfaat elde etmeye elverişli değilse işlenemez suç olduğundan kastın incelenmesine gerek yoktur.¹⁰¹

3-Zarar bilinci: Dolandırıcılıktaki kast menfaatin başkası zararına elde edildiğini de kapsmalıdır. Fail kendi hakkını koruyorsa, karşı tarafta bu bağlamda bir zarar oluşmayacağından suç kastı yok demektir.¹⁰²

2-Olası kast

Kast suçu oluşturan ve birbirine bağlı bu aşamaların hepsinde olmalıdır. Kast doğrudan doğruya veya olası kast olabilir. Fail yaptığı hilelerle mağduru hataya düşüreceğini ve bu durumda haksız bir yarar elde edeceğini tahmin ediyorsa olası kast vardır ve suç oluşur.¹⁰³

¹⁰¹ Selçuk, Dolandırıcılık, s.149-151

¹⁰² Selçuk, Dolandırıcılık,s.152

¹⁰³ Özgenç, s.30-31

“Yeni TCK’nın sisteminde, suçun olası kastla işlenmesi halinde; temel cezada belli bir oranda indirim yapılmaktadır (m.21/2; m.61/1,2).”¹⁰⁴

3-Amaç veya saik

Saik sanığı harekete geçiren ve iradesini suç işlemek yolunda kullanmaya iten nedendir ve çoğu zaman maksatla birleşir. Kıskançlık intikam gibi duygular saiki oluşturabilir. Saik kural olarak suç tipinde yer almışsa incelenir. Aksi durumlarda failin saiki önemli değildir.¹⁰⁵ Dolandırıcılık suçunda kanun failin kastından ayrı olarak suçu belli bir amaçla işlemesini öngörmüştür. Bu amaçta failin suçu kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla işlemesidir. ETCK’da bu durum özel kast olarak adlandırılıyordu. YTCK’da özel kast-genel kast ayırımı kaldırılmıştır.¹⁰⁶ “Dolandırıcılık suçunda saike yer verilmemiştir.”¹⁰⁷

D)HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

İşlenen bir fiilin cezalandırılabilmesi için failin tipikliğe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde davranmış olması gerekir. Hukuka aykırılık unsuru sadece ceza kanunu ile değil bütün hukuk düzeni ile çatışmayı içerir.¹⁰⁸

Hukuka aykırılık belli bir normda belirtilen emir ve yasağa uygun davranılmamasıdır. Bu davranış karşısında ceza hukukuna özgü bir yaptırım varsa suç oluşur.¹⁰⁹ Hukuka aykırılık unsuru bazı suç tanımlamalarında “hukuka aykırı olarak”, “hukuka aykırı başka bir davranışla”, “hukuka aykırı yolla”, gibi ifadelerle belirtilmiştir. Kişi işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunun bilincinde olmalıdır. Yani fail işlediği fiilin hu-

¹⁰⁴ Özgenç, www.adalet.gov.tr

¹⁰⁵ Artuk, M.Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner; Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 1999, s.125

¹⁰⁶ Özgenç, www.adalet.gov.tr

¹⁰⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.125

¹⁰⁸ Hakeri, Hakan;Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 2005 s.124

¹⁰⁹ Demirbaş, s.221

kuka aykırı olduğu hususunda doğrudan kastla hareket etmelidir.¹¹⁰ Fail yaptığı hareketin hileli olduğunu ve bu hareket sonucu hukuka aykırı bir menfaat elde edeceğinin bilincinde ise dolandırıcılık suçu açısından hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olur.

HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Bir suçun varlığı için, maddi ve manevi unsurların yanı sıra suçun kanunda tanımlanmış olması ve fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Fiilin hukuka aykırı olması onu hukuka uygun hale getiren sebeplerin olayda bulunmaması şeklinde oluşur. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebepleri fiilin hukuka aykırı olarak doğmasını engeller.¹¹¹ Hukuka uygunluk nedenleri fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır. Bu yönüyle objektif cezalandırılabilme şartları ve kişisel cezasızlık sebebinden farklıdır. Bunlarda fiil hukuka aykırı olmaya devam etmekte ancak faile bazı nedenlerle ceza verilmemektedir. Hukuka uygunluk nedenleri fail açısından hem cezaya hem de emniyet tedbirlerine hükmedilmesini engeller. Bu açıdan kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerden farklıdır. Kusursuz faile ceza verilmez ise de bazı durumlarda emniyet tedbirlerine hükmedilir. Hukuka uygunluk nedenleri suçta iştirak edenlerin de cezalandırılmasını engeller. Çünkü iştirak için asıl failin kastlı ve hukuka aykırı hareket etmesi gerekir.¹¹²

Hukuka uygunluk nedenlerinin ortak özellikleri:

1-Hukuka uygunluk nedenleri varsa eylem hukuka aykırı değildir.

2-Hilelerle hukuka uygunluk nedenleri yaratılıp bu durumdan yararlanarak haksız bir eylem gerçekleştiren kişi bu hukuka uygunluk nedeninden faydalanamaz.

3- 3. kişiler lehine yapılan savunma da hukuka uygundur.

¹¹⁰ Özgenç, www.adalet.gov.tr

¹¹¹ Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2003, s.357-358

¹¹² Öztürk, Bahri-Erdem, M. Ruhan-Özer, Veli; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 2002, s.145

4- Hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanan kimse ölçülü olmak koşuluyla saldırıyı defedebilir. Kişinin bu eylemine karşı hukuka uygunluk nedeni içinde olunamaz.

5-İştirakte asli fail hukuka uygunluk nedeninden faydalanyor ise diğer şeriklerde ceza almaz.

6- Hukuka uygunluk nedenleri için “numerus clausus”(sınırlı sayı ve tipe bağlılık) ilkesi yoktur.

7- Hukuka uygunluk nedenleri kanunda yazılı olabileceği gibi olmayabilirde. Kanunda yazılı olmaması kanunilik prensibiyle çelişmez.¹¹³

8- Hukuka uygunluk nedenleri arasında bir dereceleme yapılamaz. Bunlar birbirinden bağımsızdır. Olayda birden fazla hukuka uygunluk nedeni varsa bunlar birlikte göz önünde bulundurulur.

Hukuka uygunluk nedenlerinin bazıları kanunlarda düzenlenmiş, bazıları düzenlenmemiştir. Kanunlarda düzenlenmiş olanların bir kısmı TCK’da, bir kısmı da TCK dışındaki kanunlarda düzenlenmiştir. Bu çalışmada sadece YTCK madde 24, 25, 26 da düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri incelenecektir.¹¹⁴

YTCK madde 24 ve 25’de görevin ifası, meşru müdafaa ve ıztırar hali; YTCK madde 26’da hakkın icrası ve mağdurun rızası düzenlenmiştir.¹¹⁵

1-Hakkın Kullanılması

YTCK madde 26/1 “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” diyerek hakkın kullanılmasını açıklamıştır. Hakkın kullanılması ETCK’da düzenlenmemiştir. Kişinin hukuk düzeninin kendisine tanıdığı bir hakkı kullanması hukuka uygundur. Böyle bir fiil suç olamaz. Ancak hakkın kullanılmasının fiili hukuka uygun hale getirmesi için bazı

¹¹³ İçel, Kayıhan-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Mahmutoğlu, Fatih S.-Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler, Suçun Özel Görünüş Biçimleri, İstanbul 1999, s.125

¹¹⁴ Hakeri, s.127-128

¹¹⁵ Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s.232

şartlar gereklidir. Öncelikle hukuk düzenince tanınmış subjektif bir hakkın varlığı şarttır.¹¹⁶ Bu hakkın kaynağı ceza kanunu, kamu veya özel hukuk, idari tasarruf, yargı kararı, örf ve adet olabilir.¹¹⁷

İkinci şart kişinin kendisine tanınmış bu hakkı, kaynağında öngörölmüş sınırlar içinde kullanmasıdır. Üçüncü şart kişinin bu hakkı doğrudan doğruya kullanabilme imkanına sahip olmasıdır. Eğer hakkın kullanılabilmesi için bir yargı kararı gerekiyorsa, bu karar olmaksızın yapılan fiil hukuka uygun olmaz.¹¹⁸

Dolandırıcılık suçu açısından hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk sebebi olabilir mi? Örneğin alacaklı borcunu ödemeyen borçludan alacağını hile ile alsa suç oluşacak mıdır? Bu durumda kişi hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz. Çünkü YTCK böyle durumlar için özel bir hüküm koymuştur. YTCK m. 159 “Dolandırıcılığın, bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi hâlinde, şikâyet üzerine, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.” hükmüne göre dolandırıcılığın daha az cezayı gerektiren hali oluşacaktır.

Hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk nedenleri şunlardır:

a) Zilyedliğin korunması: Zilyedliğin korunması Medeni Kanununun 981. maddesinde açıklanmıştır. “Zilyed her türlü gasp ve saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. Zilyed rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyedliğini koruyabilir. Ancak zilyed durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır.” Zilyedin elindeki malı korumakla ilgili durumun haklı gösterdiği derecede kuvvet kullanarak yapacağı fiiller hukuka aykırı olmayacaktır.¹¹⁹

b) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmesi: Bir mesleğe mensup kişiler mesleklerini kurallarına uygun yerine getirirlerse hukuka uygunluk sebebinden yararlanırlar.

¹¹⁶ İçel, s.174

¹¹⁷ Demirbaş 2005, s.234

¹¹⁸ İçel, s.174

¹¹⁹ Demirbaş 2005, s.235

Sanatsal ve bilimsel faaliyetlerde de hakkın kötüye kullanılması söz konusu değilse hukuka uygunluk sebebi söz konusu olur.¹²⁰

ba)Gazetecilik mesleğini icrası: Basının haber verme, eleştiride bulunma, kamuoyu oluşturma görevleri basın için aynı zamanda bir haktır.Bu nedenle basının bu çerçevede yapacağı faaliyetler hakkın kullanılmasını oluşturur.¹²¹ Bir gazeteci rüşvet skandalını delilleriyle ortaya çıkarmış ve bunu halka haber olarak sunmuşsa hakkında hakaret veya başka suçlardan ceza kovuşturması yapılamaz.Burada hukuk düzeni tarafından tanınan gazetecilik mesleğinin icrası söz konusudur.¹²² Ancak hakkın kötüye kullanılması söz konusu ise (örneğin haberin gerçek olmaması ve bir kimsenin onur kırıcı eleştirilere maruz bırakılması gibi) hukuka uygunluk sebebi oluşmayacaktır.¹²³

bb)Hekimlik mesleğinin icrası: Tıbbi müdahaleler kişinin hastalığını teşhis ve tedavi etmek amacıyla tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından yapılan ve cerrahi müdahalelere kadar uzanan faaliyetlerdir.¹²⁴

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun hekimlik mesleğinin yapılması konusunda belli koşulları taşıyan kişilere bir hak tanımıştır.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için;

- 1-Müdahale tıp mesleğini uygulamaya yetkili bir kimse tarafından yapılmalı,
- 2-Tıbbi müdahale konusunda geçerli bir rıza olmalı,
- 3-Hekim tıp meslek ve sanatının gereklerine uygun hareket etmelidir.

bc)Spor faaliyetleri:Spor faaliyetleri devlet tarafından desteklenmekte ve spor müsabakalarına kanun zımnen müsaade etmektedir. Boks, karate gibi sporları yapan kişilerin fiilleri müessir fiil suçunu oluşturmaz; hakkın kötüye kullanılması durumu ol-

¹²⁰ Hakeri, s.145

¹²¹ İçel, s.176

¹²² Öztürk-Erdem- Özer 2002, s.169

¹²³ Hakeri, s.147

¹²⁴ Demirbaş 2005, s.238

madığı sürece. Çünkü bu sporu yapan kişiler bakımından hakkın icrası söz konusudur.¹²⁵

2-Mağdurun Rızası

İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi, ETCK'da genel hükümlerde açıkça düzenlenmemiştir. YTCK madde 26/2 de "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez." şeklinde düzenlenmiştir.

Mağdurun veya hak sahibinin rızası fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir sebeptir. Rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için geçerli olması gerekir. Rızanın geçerliliği için gerekli şartlar şunlardır:

a) Rızaya ehliyet: Kendisine karşı suç işlenen kimsenin buna razı olabilmesi için ilk olarak rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibi olması gerekir. Suçun mağduru bu hakkın sahibidir. Örneğin yalan tanıklık adliye aleyhine işlenen bir suçtur. Bu suçun mağduru aleyhine yalan tanıklık yapılan kişi değildir. Dolayısıyla hiç kimse aleyhine yalan tanıklık yapılmasına rıza gösteremez. Rızaya ehliyet konusunda ikinci şart kişinin rıza açıklamaya yetkili olmasıdır. Kişi temyiz gücüne sahip değilse (akıl hastalığı, yaş küçüklüğü,sağırılık-dilsizlik veya geçici sebepler gibi nedenlerle) rıza açıklayamaz.¹²⁶

b) Rıza açıklaması: Rıza açık veya örtülü,yazılı veya sözlü herhangi bir şekilde açıklanabilir. Önemli olan icra hareketlerinden önce veya icra hareketleri esnasında açıklanmış olmasıdır. Suç işlendikten sonra açıklanan rıza geçerli olmaz.Rıza hile, ikrah, şaka veya yanılma ile açıklanmışsa geçerli olmaz.¹²⁷

c) Rızanın konusu: Rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için suçun rızanın olduğu konuda işlenmesi¹²⁸ ve kişinin rıza konusu üzerinde mutlak tasarruf yetkisi-

¹²⁵ Öztürk-Erdem- Özer 2002, s.172

¹²⁶ Hakeri, s.150

¹²⁷ Öztürk-Erdem- Özer 2002, s.176

¹²⁸ Hakeri, s.152

ne sahip olması gerekir. YTCK m.26/2 de bu durum “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere” şeklinde açıklanmıştır.¹²⁹

Bireyin tasarruf yetkisinin bulunduğu haklar:

1-Malvarlığı hakları üzerinde kanunun yasaklamadığı biçimlerde rızanın bulunması hukuka uygunluk sebebi olur. Ancak YTCK m. 170 deki gibi kişilerin hayatları açısından tehlike yaratabilecek şekilde bina çökmesine neden olunması suçtur. Bu nedenle böyle bir durumda kişinin kendine ait olan binanın çökmesine rıza göstermesi geçerli olmaz.

2-Şeref üzerindeki haklarda kişilerin tasarruf yetkisinin bulunduğu haklardır. Ancak kamu görevlilerine görevleri gereği hakaret edildiğinde (YTCK m.125/3-a) kamu görevlisinin rızası hukuka uygunluk sebebi olmaz.¹³⁰

3-Kişi özgürlüğü üzerindeki rızada geçerlidir. Ancak bu özgürlükten tamamen feragat etmek düşünülemez.

4-Cinsel özgürlük üzerindeki rızada geçerlidir. Ancak kişi özgürlüğü gibi bu haktan da tamamen feragat edilemez.¹³¹

Bireyin tasarruf yetkisinin bulunmadığı haklar:

1-Aile düzenine ilişkin suçlarda kişisel yarar değil aile kurumunun korunması ön planda olduğundan bu haklar üzerinde kişinin mutlak tasarruf yetkisi yoktur. Örneğin eşlerden birinin diğerinin zinasına önceden rıza göstermesi geçerli değildir.¹³²

2-Yaşam hakkından vazgeçmeye ilişkin rıza hukuka uygunluk sebebi değildir. Bu konuda en çok tartışılan konu ötenazidir. Ötenazi iyileşmesi mümkün olmayan has-

¹²⁹ Demirbaş 2005, s.247

¹³⁰ Hakeri, s.153

¹³¹ Demirbaş 2005, s.248

¹³² Hakeri, s.155

taların acılarını dindirmek amacıyla öldürülmesidir. Bu konuda kanunumuzda açıklık olmadığından ötenazi yapan hekim hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz.¹³³

3-Vücut bütünlüğü ile ilgili haklarda kişinin mutlak tasarruf yetkisi yoktur. Örneğin, 10 haftadan fazla gebelikte çocuk düşürmeye razı olmak (YTCK m.99/2), düello, kişinin organlarını satması halinde verilen rıza geçerli değildir.¹³⁴

Dolandırıcılık suçu açısından mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni olamaz. Çünkü rızanın geçerli olabilmesi için hile ile elde edilmemiş olması kişinin gerçek iradesini yansıtması gerekir. Dolandırıcılık suçunda mağdur faile malvarlığına giren bir değeri rıza ile vermektedir. Ancak bu rıza hile ile elde edildiğinden geçerli değildir. Suç tamamlandıktan sonra mağdurun dolandırıldığını anlamasına rağmen bu duruma rıza göstermesi durumunda da rıza geçerli değildir. Çünkü suç işlendikten sonraki rıza açıklaması hukuka uygunluk sebebi olmaz.

3-Görevin İfası

ETCK'da m. 49/1. de düzenlenmişti. YTCK madde 24 kanunun hükmü ve amrin emri başlığı altında "(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur." şeklinde görevin ifasını düzenlemiştir.

Görevin ifası iki şekilde ortaya çıkar:

a) Kanun hükmünü yerine getirme:

Kanun hükmünü yerine getirmenin hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için bir kural veya hüküm bulunmalı ve fail bu kuralın gereğini yerine getirmelidir. Kanun kavramına tüzük yönetmelik gibi düzenlemelerde girer. Kanun hükmünü yerine getirme

¹³³ İçel, s.195

¹³⁴ Hakeri, s.155

görevi memurlara verilmiştir ancak özel şahıslarda görevlendirilmiş olabilir. Polis durumun gerektirdiği cebir ve şiddet kullandığında kanun hükmünü yerine getirmektedir. Aynı şekilde haciz işlemi yapan memur yağma suçunu işlemiş olmaz.¹³⁵

Kanun hükmünü yerine getirme dolandırıcılık suçu açısından hukuka uygunluk nedeni olamaz. Çünkü dolandırıcılık suçu işlemek kanun hükmü olamaz.

b) Yetkili merciin emrini yerine getirme:

YTCK m.24/2 de “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.*” şeklinde açıklanmıştır.

Emir, yetkili merci tarafından görevle ilgili bir işin yapılması için ast durumundaki kişiye yöneltilmiş bir irade beyanıdır. Emrin bağlayıcı olması için idari işlemlerde bulunması gerekli yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarının bulunması gerekir. Emri veren kişinin emir verilen konuda yetkili olması gerekir. Emri alan kişinin de emri yerine getirmeye yetkili olması gerekir.¹³⁶ Emir şekil açısından (yazılı veya sözlü) kanunun aradığı şartları taşımalıdır. Ayrıca emrin sadece şekli olarak meşru olması yetmez, içerik olarak da meşru olması gerekir. “Emri alan memur emrin şekil ve muhteva açısından meşruluğunu araştırmak zorundadır.” Ancak, emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.¹³⁷

Yetkili merciin emrini yerine getirme dolandırıcılık suçu açısından hukuka uygunluk nedeni olamaz. Çünkü YTCK m.24/3 e göre “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*”

¹³⁵ Soyaslan, Ceza Hukuku, s.377

¹³⁶ İçel, s.131

¹³⁷ Demirbaş 2005, s.253-254

4-Meşru Müdafaa (Haklı Savunma)

ETCK'da m. 49/2 de düzenlenmiştir. YTCK m. 25/1 "*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*"

Meşru müdafaa hükümleri hayata, vücut bütünlüğüne, cinsel özgürlüğe, hürriyete ve malvarlığı haklarına yönelik saldırılarda uygulanabilir. YTCK m.25/1 de "*gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş*" dediği için üçüncü kişi lehine meşru müdafaa olabilir. Meşru müdafaa halinde üçüncü kişilerin zarar görmesi durumunda hukuka uygunluk sebebi söz konusu olur. Meşru müdafaa halinde saldırgana verilen zarardan dolayı tazminat yükümlülüğü yoktur.

Meşru müdafaa'nın şartlarını iki grupta toplamak mümkündür.

1-Saldırıya ilişkin şartlar

a) Bir saldırının varlığı: Kişiye yönelik zarar verecek veya tehlike oluşturacak şekilde bir saldırı mevcut olmalıdır. Saldırı bir insan hareketi olmalıdır. Doğa olayları ve hayvanlardan gelen saldırılarda zorunluluk hali düşünülebilir.

b) Saldırının fil hal olması: Saldırı ve savunma aynı anda olmalıdır. Yani savunma yapıldığında saldırı mevcut olmalıdır. Saldırı bittikten sonra veya başlamadan savunma düşünülemez. Saldırının başlaması veya tekrarlanması kesin ise fil hal olduğu kabul edilir.

c) Saldırının haksız olması: Saldırının haksız olması yapılan harekete hukuk düzeninin izin vermemesidir. Haklı bir harekete karşı haklı savunma olmaz. Örneğin suçluların saklandığı bir eve baskın yapan polise karşı meşru müdafaa olmaz.¹³⁸

2- Savunmaya ilişkin şartlar

a) Savunmada mecburiyet bulunması: Saldırı meşru müdafaa teşkil eden fiiller olmaksızın önlenemiyorsa bu koşul oluşmuştur. Savunma mecburiyeti somut olayın

¹³⁸ Hakeri, s.132-140

özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Yargıtay'ın kaçma imkanı varken kaçmayıp saldırıya karşılık vermeyi meşru müdafaa olarak kabul eden kararları vardır.

b) Savunma ile saldırı arasında nedensellik bağının bulunması: "Savunma saldırının sonucu olmalı ve saldırana karşı yapılmalıdır."

c) Savunma ile saldırı arasında oran bulunması: Savunma saldırıyı ortadan kaldıracak ölçüde olmalıdır. Saldırı ile savunma arasındaki oran araç ve konu bakımından olmalıdır.¹³⁹ Araç açısından mutlak eşitlik gerekmez. Önemli olan aracın saldırıyı bertaraf edecek ölçüde kullanılmasıdır. Örneğin güçlü kuvvetli birinin saldırısına karşı zayıf bir kişi bıçak kullanabilir. Konu açısından da mutlak eşitlik aranmaz. Örneğin kişi kendisine tecavüz etmeye çalışan birini öldürürse meşru müdafaa hükümlerinden yararlanır. Burada cinsel bütünlük ve yaşam hakkı konuları aynı olmadığı halde meşru müdafaa vardır.¹⁴⁰

Dolandırıcılık suçu açısından meşru müdafaa'nın hukuka uygunluk nedeni olması nadir rastlanılabilecek bir durumdur. "Örneğin çocuğu kaçırılan bir tacirden bu tecavüze son verilmek için para istense, tacirde karşılıksız çek vererek çocuğu geri alsın, karşılıksız çek verme suçunda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu kabul edilmek gerekir." Bu örnek dolandırıcılık suçu açısından da uygulanabilir.¹⁴¹

5- Zorunluluk (Zaruret, İztırar) Hali

ETCK'da m.49/3 de düzenlenmişti. YTCK'da zorunluluk hali başlığı altında "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 verilmez." şeklinde düzenlenmiştir.

Zorunluluk halinde bir kimse bilerek meydan vermediği bir tehlikeden kurtulmak için suç teşkil eden bir eylemi yapmaktadır. Ancak bu fiil saldırıda bulunana karşı

¹³⁹ Öztürk-Erdem- Özer 2002, s.158

¹⁴⁰ Demirbaş 2005, s. 265-266

¹⁴¹ Erman, Sahir; Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım İstanbul 1992, s. 69

değil üçüncü bir kişiye yönelmektedir. Örneğin dağda yollarını kaybedip aç kalan dağcıların bir kulübenin kapısını kırarak sahibinden zorla yiyecek almaları gibi.¹⁴²

Zorunluluk hali ile meşru müdafaanın farklarını şöyle sıralayabiliriz:

- 1-Meşru müdafaada savunma saldırıya karşı, zorunluluk halinde tamamen masum üçüncü bir kişiye karşı yapılır.
- 2-Meşru müdafaada saldırı insan kaynaklıdır, zorunluluk halinde tehlike insan, hayvan veya doğa kaynaklı olabilir.
- 3-Meşru müdafaada bulunan kişi kusurlu olabilir, zorunluluk halinde kişi tehlikeye bile rek sebebiyet vermemiş olmalıdır.
- 4-Meşru müdafaada korunan ve savunulan değerler arasında mutlak eşitlik aranmaz, zorunluluk halinde korunan ve zarar verilen değerler eşit olması aranır.
- 5-Meşru müdafaada tazminat sorumluluğu yokken, zorunluluk halinde zarar verilen üçüncü kişiye hakkaniyete uygun bir tazminat ödemek gerekir.¹⁴³

Zorunluluk halinin koşulları şunlardır:

a)Tehlikeye ilişkin koşullar

aa) Halen mevcut bir tehlikenin varlığı: Zorunluluk halinde özgürlük, şeref, malvarlığı gibi değerlere yönelmiş bir tehlike olmalıdır. Tehlikenin kaynağı doğal afetler, insan gereksinimleri (açlık gibi), kazaların yol açtığı panik, hayvan saldırısı veya insan hareketi olabilir.Varolan bu tehlike halen mevcut olmalıdır. Meydana gelmesi büyük olasılık içinde görülen tehlike de halen var kabul edilir.

ab) Tehlikenin kişiye yönelik ve ağır olması koşulu: Zorunluluk halinde yaşama, namusa, hürriyete, sağlığa, şerefe yönelik tehlike olmalıdır ve bu tehlike ağır olmalıdır. Tehlikenin ve zararın ağırlığını hakim her somut olayda objektif ölçütlere göre değerlendirmelidir.¹⁴⁴

¹⁴² İçel, s.161

¹⁴³ Demirbaş 2005, s.269-270

¹⁴⁴ İçel, s.167

ac) Tehlikenin oluşumuna bilerek sebebiyet verilmemiş olma koşulu: Zorunluluk halindeki kişinin bu tehlikeye bilerek neden olmamış olması gerekir. Bilerek deyiminden kast ve bilinçli taksir anlaşılır. Kişi tehlikeye taksirle sebebiyet vermiş ise zorunluluk halinin varlığı kabul edilir.

ad) Tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünün bulunmaması: Kişinin o tehlikeye katlanma yükümlülüğü varsa zorunluluk halinden söz edilemez. Bu yükümlülük kanundan veya sözleşmeden doğabilir. Ahlaki yükümlülük bu kapsama girmez.¹⁴⁵

b)Korunmaya ilişkin koşullar

ba) Başka türlü korunma olanağının bulunmaması: Kişinin zorunluluk halinde olması için, başkasının hakkına tecavüzde bulunmaksızın tehlikeden korunma olanağının bulunmaması gerekir. Kaçma veya gizlenme gibi imkanlar varsa zorunluluk hali oluşmaz.

bb) Tehlike ile korunma hareketi arasında oran bulunması: Zorunluluk halinde korunmak istenen değer, feda edilen değere en azından eşit veya üstün olmalıdır. Değerler arasındaki dereceleme somut olaya göre değerlendirilmelidir.¹⁴⁶

Zorunluluk hali dolandırıcılık suçu için hukuka uygunluk nedeni olabilir mi? Öğretide aç olan birinin yiyecek bir şeyler çalması halinde zorunluluk halinin bulunduğu kabul edilmektedir. Hırsızlık suçu için kabul edilen bu durum dolandırıcılık suçu içinde kabul edilebilir. İkisi de malvarlığına karşı işlenen suçlardandır. Ancak somut olayda zorda kalış durumunda bulunduğunu iddia eden kişinin özellikle tehlikeden başka türlü kurtulma olanağının olmaması şartı yönünden değerlendirilmesi gerekir. Örneğin kişinin yaşadığı şehirde yoksullara ücretsiz yemek verilen aşevi varsa kişi bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanamamalıdır.

¹⁴⁵ Demirbaş 2005, s.274-275

¹⁴⁶ İçel, s.162-163

İL.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1-Teşebbüs

Fail bir suç işlemeye karar verdikten sonra birtakım hazırlıklar yapar ve suçun icrasına koyulur. Eğer amacına ulaşırsa ve bu ulaştığı amaç kanunun suç olarak tanımladığı neticelerden biri ise suç tamamlanmıştır. Ancak fail suçu her zaman tamamlayamayabilir. Bu durumda ceza hukukunda teşebbüs denilen durum devreye girer.¹⁴⁷ Teşebbüs, failin bir suçu elverişli araçlarla işlemeye başlamasından sonra elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamamasıdır. Teşebbüs ceza kanunlarının genel kısımlarında tamamlanamamış suçun da cezalandırılacağına ilişkin hükümler olduğu için cezalandırılmaktadır. Teşebbüsle ilgili hükümler suçla ilgili hükümleri tamamlayan hükümlerdir. Suçun teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda toplumsal barış ve düzen tehlikeye girmektedir.¹⁴⁸

Eski TCK'da teşebbüs tam ve eksik teşebbüs şeklinde bir ayırımı tabiydi. ETCK'da dolandırıcılık hususunda özellikle tam teşebbüs açısından çelişkili durumlar vardı. Dolandırıcılık neticesi harekete bitişik (ani suç) suçlardandı.¹⁴⁹ Suçun işlendiği yer hilenin yapıldığı yer değil, çıkarın elde edildiği yerd.¹⁵⁰

Dolandırıcılık suçuna tam teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmalıydı.¹⁵¹ Suç yararın elde edilmesiyle tamamlanmakta ayrıca failin bu yarar üzerinde fiilen bir tasarrufta bulunması gerekmekteydi.¹⁵² Bu nedenle bu suç tam teşebbüse elverişli değildi. Yargıtay'ın son yıllardaki kararlarında bu görüş yaygındır. Ancak daha önceki yıllarda suça tam teşebbüsü imkan dahilinde gören kararları vardır.

¹⁴⁷ Soyaslan, s.17

¹⁴⁸ Demirbaş, s.379

¹⁴⁹ Gündel, s.1012

¹⁵⁰ Taşdemir-Özkepir, s.809

¹⁵¹ Savaş-Mollamahmutoğlu, s.5467

¹⁵² Özgenç, s.46

“Sanık dolandırıcılık kastıyla çekmek istediği paranın kendisine ödenmesi için bankaca aranan bütün işlemleri yaparak ilgili kağıtları imzalamış, bu burretle işlemeyi kast ettiği cürmün icrasına taalluk eden bütün fiilleri bitirmiş ve fakat banka memurlarının para nakli için yaptıkları yazışmada sanığın parasının olmadığı öğrenilmesi üzerine para verilmediğine göre, dolandırıcılık suçu tam teşebbüs aşamasında kalmıştır.” (6.CD.12.3.1965, 4448/1494)

Eski TCK’da bu suçun maddi unsuru hem parçalara bölünebilir hem de birbirine bağlı hareketlerden oluşmaktadır. Bu nedenle suç eksik teşebbüse elverişlidir. Yargıtay’ın da aynı görüşü benimseyen kararları vardır.

“Sanığın, Gülnur Ş. adına sahte olarak düzenlenmiş nüfus cüzdanı ile başvurarak T. A.Ş. den bu şahıs adına iki adet cep telefonu hattı almaktan ibaret eyleminin, TCK.nun 503/1 ve 80. maddelerinde yer alan müteselsil dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, telefonun vasıta olarak kullanıldığı gerekçesiyle aynı yasanın 504/3. maddesi ile cezalandırılmasına karar verilmesi hatalıdır.” (CD 11, E: 2002/003750, K: 2002/004974, Tarih: 30.05.2002)

“Sanığın on gün gibi kısa bir sürede şikayetçiyi dolandırma eyleminde, TCK.nun 80. maddesinin uygulama olanağı tartışılmadan ayrı suç olarak benimsenmesi doğru değildir.Sanık, malın teslimine ilişkin bir işlemde bulunmadan yakalandığından, eylemi eksik derecede kalkışma niteliğindedir. (765 s. TCK. m. 503, 61) Ayrı ayrı tarihlerde dolandırıcılıktan sanık Halil ve Hasan haklarında yapılan duruşma sonunda gereği görüşülüp düşünüldü: Sair itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak:

1 - 10 gün gibi kısa bir süre içerisinde sanık Halil'in müstekilerden Türkan'a karşı işlediği dolandırıcılık eylemlerinden dolayı TCK'nun 80. maddesinin uygulama olanağı tartışılmadan eylemlerin ayrı ayrı suç kabulü ile yazılı maddelerle tecziyesine karar verilmesi, 2- Sanık Halil'in müstekilerden Selahattin'e karşı işlediği eyleminden malın teslimine yönelik herhangi bir işlemde bulunmadan yakalanmış olmasına göre

teşebbüsün eksik derecede kaldığı gözetilmeden tam olarak kabulü, bozmayı gerektirmiş” (CD 06, E: 1990/008678, K: 1990/010541, Tarih: 28.12.1990)¹⁵³

Fail muhatabını aldatmak maksadıyla hileli hareketlerde bulunmuş, ancak muhatap hataya düşmemiş olabilir. Bu durumda icra hareketleri başlamış olduğundan suç eksik teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Hileli hareket gayri muayyen kişilere yöneltilebilir. Kitle iletişim araçlarına verilen reklamlarda gerçeklerle bağdaşmayan, yanıltıcı ifadeler kullanılmış olabilir. Bu durumda da yanıltıcı hareketler başladığından suça eksik teşebbüs vardır. Çünkü muhatapların hataya düşme ihtimalleri vardır. Eğer kişiler bu ilanlarla hataya düşüp kendilerinin veya başkalarının zararına bir tasarrufta bulunmuşlarsa suç zaten tamamlanmış olacaktır.¹⁵⁴

Yeni TCK’da suça teşebbüs m.35 de düzenlenmiştir. Buna göre :

“(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2) Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.”

Teşebbüsün şartlarını şöyle sıralayabiliriz:

Teşebbüs kurallarının uygulanabilmesi için gereken birinci koşul, kastın varlığıdır. YTCK (ve ETCK'nın 61 ve 62. maddeleri) "...işlemeyi kastettiği bir suçu..." demek suretiyle, bu koşulu açıkça belirtmiştir. Buradaki kast tamamlanmış suçu işleme iradesidir. Teşebbüs kurallarının uygulanabilmesi için gereken ikinci koşul, "icra hareketlerinin başlaması"dır. Teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için gereken üçüncü koşul, elverişli araçlar kullanılmasıdır. YTCK'da bu koşul sadece araçlar için değil, konu ba-

¹⁵³ Kaynak Corpus

¹⁵⁴ Gündel, s.1012

kımından da gereklidir. Teşebbüs hükümlerinin uygulanması için gereken dördüncü koşul, icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da neticenin meydana gelmemesi, failin elinde olmayan bir sebepten kaynaklanmalıdır. Buna göre icranın bitmesine ya da neticenin meydana gelmesine, failin iradesine bağlı sebepler engel olmuş ise teşebbüs hükümleri uygulanmaz, gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.¹⁵⁵

YTCK teşebbüs konusunda esaslı bir değişiklik yapmış, eski kanunda bulunan tam ve eksik teşebbüs ayırımını ortadan kaldırmıştır. Buna göre failin cezası yapılan hareketlerin geldiği aşamaya göre değil failin verdiği zarar ve tehlikenin ağırlığına göre tespit edilecektir. Hakim bu kritere göre kanunda belirtilen cezanın alt ve üst sınırı arasında hüküm kuracaktır. Bu değişiklik tam ve eksik teşebbüs ayırımının zor olduğu bazı suçlar açısından uygun olmuştur.

2-Gönüllü Vazgeçme

YTCK'da gönüllü vazgeçme m.36 da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; "*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.*"

Gönüllü vazgeçme suçun icra hareketleri aşamasında veya suçun icra hareketleri tamamlandıktan sonra failin kendi rızasıyla suçu işlemekten vazgeçmesini ifade eder.

Gönüllü vazgeçme icra hareketlerinin tamamlandığı ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından söz konusu olur. ETCK'da gönüllü vazgeçme sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul ediliyordu. Ancak icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçmenin uygulanabilmesi için failin neticenin gerçekleşmesini önlemeye yönelik ciddi çabalarının olması gerekir. Suçtan gönüllü vazgeçen kişiye ceza verilmez. Ancak o gönüllü olarak vazgeçilen zamana kadar yapılmış hareketler ayrıca bir suç oluşturuyorsa fail o suçtan dolayı ceza alır. Fail hileli hareketleri yaparken kendi

¹⁵⁵ Darende, M. İhsan; YTCK da Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme,

http://www.turkhukuksitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=5b0c7e3824a23970570ca6ea7c7262f6&id=182

rızasıyla bu hareketleri yapmaktan vazgeçerse veya hileler yapıldıktan sonra örneğin haksız olarak elde edilecek olan malı almazsa dolandırıcılık suçu açısından gönüllü vazgeçme uygulanabilir. Ancak failin suçu işlemekten vazgeçmesinin gönüllü olup olmadığının olayın durumuna göre tespit edilmesi gerekir.

3-İştirak

İştirak bir suçun iki veya daha fazla kimse tarafından birlikte işlenmesidir.¹⁵⁶ İştirakin şartlarını şöyle sıralayabiliriz:

Birinci şart birden fazla fail tarafından birden fazla hareketin yapılmış olmasıdır. Bu hareketler icrai nitelik taşıyabileceği gibi ihmali nitelik de taşıyabilirler. İkinci şart hareketlerin nedensellik değeri taşımasıdır. Ancak nedenselliğin şerikin hareketiyle netice arasında doğrudan doğruya olması zorunlu değildir. Üçüncü şart şerikler arasında iştirak iradesinin bulunmasıdır. En geç icranın gerçekleştirildiği sırada kendisinden başka kişilerin bir fiil işlediğini bilip bu fiile katılma iradesini taşıyan kişide iştirak iradesi vardır. Dördüncü şart suçun icrasına başlanması ve bunun bütün şerikler için aynı olmasıdır. İştirak kurallarının işleyebilmesi için failer tarafından işlenen suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir.¹⁵⁷

YTCK, ETCK'daki asli ve ferî iştirak sistemini kaldırmıştır. Onun yerine faillik ve şeriklik esasına dayanan bir sistem kurmuştur. Buna göre faillik doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik olmak üzere üçe ayrılır. Şeriklik ise azmettirme ve yardım etme olarak iki gruba ayrılır. Yardım etme maddi yardım veya manevi yardım şeklinde olabilir.

Normal olarak bir suç bir kişi ile işlenebiliyorsa bu suça yukarıda belirtilen şekillerde iştirak mümkündür. Dolandırıcılık suçu da bu tür suçlardan biridir.

Faillik durumu YTCK'da 37. maddede düzenlenmiştir. 37. maddenin 1. fıkrasına göre; "suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur." Buna göre müşterek fail, fail gibi cezalandırılır.

¹⁵⁶ Yekebaş, Vehbi, Suçun ve Suçunun Taaddüdü ve Cürme İştirak, Ankara 1952, s.5

¹⁵⁷ Darende, www.türkhukusitesi.com, YTCK da iştirak

Fail kanunda belirtilen haksızlığı gerçekleştiren kişidir. Eğer fail suçun unsurlarının tamamını doğrudan doğruya kendi gerçekleştirmiş ise doğrudan faillik söz konusudur. Kanunda belirtilen suç birden fazla kişi tarafından birlikte işlenirse müşterek faillik söz konusudur. Müşterek faillikte failler arasında kast birliği zorunludur.¹⁵⁸ Suçun işlenmesine bulunulan katkı suçun başarıyla tamamlanması açısından zorunluluk arz ediyorsa, bu suç ortağı müşterek faildir.¹⁵⁹ Fiil üzerinde hakimiyet sahibi olan, fiili tamamlama konusunda söz sahibi olan her fail, fiili diğerleriyle birlikte işlemiş demektir ve müşterek fail olarak fiilen eşit derecede sorumludur. Dolandırıcılıkta hileli hareketleri birden fazla kişi birlikte yapar ve elde edilen menfaatten birlikte yararlanırlarsa failler arasında müşterek faillik durumu olur.

YTCK dolaylı faillik müessesesine yer vererek büyük bir eksikliği gidermiştir. Faillik temel kategorisi içinde yer alan "dolaylı faillik" 37. maddenin 2. fıkrasında şöyle tanımlanmıştır: *"Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur."* Dolaylı faillik iştirak kurallarıyla çözülemeyen iki durumda işlemeye başlar. Bunlardan birincisi asli maddi failin isnad yeteneği olmaması veya başka sebeplerle cezalandırılmamasıdır.¹⁶⁰ Eğer kişi suçu başkasını kullanarak işlerse dolaylı faillik durumu oluşacaktır. Bu durumda arka plandaki kişi suçu işleyen kişinin hareketleri üzerinde hakimiyet kurmakta, onu suçta araç olarak kullanmaktadır. İkincisi ise özgü suç için gerekli niteliğe sahip kişiye iradesi fesada uğratarak suç işletilmesi halidir.

Şerik suçun işlenmesine iştirak eden ancak kanundaki haksızlığı birebir gerçekleştirmeyen kişidir. Şeriklik azmettirme ve yardım etme şeklinde gerçekleştirilebilir.¹⁶¹

Azmettirme YTCK'da 38. maddede düzenlenmiştir. 38. maddenin 1. fıkrası uyarınca; *"Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır."* Azmet-

¹⁵⁸ Özgenç, www.adalet.gov.tr

¹⁵⁹ Özgenç, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s.262

¹⁶⁰ Darende, YTCK da iştirak, www.türkhukuk sitesi.com

¹⁶¹ Özgenç, www.adalet.gov.tr

tirmenin tanımı, bu hükmün gerekçesinde yapılmıştır: "Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir". Azmettiren söz edebilmek için fiili işleyen kişide daha önce hiçbir suç işleme düşüncesi olmamalıdır.¹⁶² Azmettiren kişi suçu işleyen asli faille aynı cezayı alır. Ancak, üstsoy-altsoy ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kullanılmak suretiyle gerçekleşen azmettirmede, ceza artırılır (YTCK 38/2). Eğer fail çocuk ise [18 yaşını ikmal etmemişse (YTCK 6/1-b)], altsoy-üstsoy ilişkisi bulunmasa da azmettirenin cezası artırılır (YTCK 38/2 son cümle). Eski TCK'da bulunmayan bu hükümler uygun olmuştur. Çünkü, altsoyunu ya da herhangi bir çocuğu suça azmettiren kişinin toplumsal düzene karşı gelme, iradesi yoğundur. Bu sebeple cezasının diğerinden fazla olması makûldür. Böylece aynı zamanda, genel önleme amacı da daha yüksek oranda hayata geçmektedir. Kanun'un bu hususta getirdiği bir yenilik de, azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağının cezasının azaltılmasıdır (madde 38/3). Ceza siyaseti ve failin ortaya çıkartılması açısından yararlı bir düzenleme olduğu açıktır.¹⁶³

Şerikliğin ikinci şekli olan yardım etme başkasının kasten işlediği bir suça kasten destekte bulunmayı ifade eder. Yardım etme hükümlerinin uygulanması için asıl failin, şerikin kendisine yardım ettiğinin bilincinde olması gerekmez.¹⁶⁴

Genel olarak yardım eden kategorisi, eski Kanun'un fer'i faillik hallerine karşılık gelir. ETCK'nın 65. maddesi son fıkrası hükmü ise YTCK'ya alınmamıştır.

Zorunlu fer'i faillikle ilgili bu hükmün muhafazasına gerek bulunmuyordu. Çünkü zorunlu fer'i failin, fiil üzerinde hakimiyet sahibi olduğu açıktır. Bu durumda ise zaten fail sıfatıyla cezalandırılacaktır.¹⁶⁵

¹⁶² Öztürk, Bahri-Erdem, M. Ruhan-Özer, Veli; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 1998, s.302

¹⁶³ Darendel, YTCK da İştirak, www.türkhukuksitesi.com.

¹⁶⁴ Özgenç, www.adalet.gov.tr

YTCK'da yardım etme 39. maddede düzenlenmiştir. Buna göre yardım etme maddi yardım ve manevi yardım şeklinde olabilir. Maddi yardım;

a)Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak,

b)Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak şeklinde yapılabilir.

Manevi yardım ise suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek şeklinde yapılabilir.

Suç işlemeye teşvik, suç işleme düşüncesi bulunan fakat henüz bu kararı vermemiş bulunan kimsenin suça yöneltilmesidir. Azmettirmeden farkı, azmettirmede kişide suç işleme fikrinin hiç olmamasıdır.

Suç işleme kararını kuvvetlendirmek, suç işlemeye karar vermiş kişinin bu fikrini pekiştirmektir. Suç işlemeye teşvikten farkı burada kişinin suçu işlemeye karar vermiş olmasıdır.

Suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunacağı vaadinde bulunmak, faile suçu işlemek konusunda cesaret veren ve tereddütlerini yenmesini sağlayan bir davranıştır.¹⁶⁶YTCK suça yardım etme durumunda yardım eden kişiye esas suçun cezasına göre belli miktarlarda indirim yapılarak ceza verileceğini öngörmüştür.

Sadece haksız menfaatten yararlanan kişi suça iştirak etmiş sayılmaz.¹⁶⁷Dolandırıcılık suçuna iştirakin her şekli mümkündür.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Darende, YTCK da İştirak, www.turkhukuk sitesi.com

¹⁶⁶ Öztürk-Erdem-Özer, s.302-306

¹⁶⁷ Dönmezer, s.398

¹⁶⁸ www.turkhukuk sitesi.com/fag/dolandiricilik.shtml

4-İçtima

Kural olarak işlenen fiil sayısınca suç ve suç sayısınca da ceza vardır.Bu kural gerçek içtima hükümleri olarak uygulanır. Sahte resmi veya özel belgenin dolandırıcılık suçunun işlenmesi sırasında kullanılması durumunda faile her iki suçun cezası ayrı ayrı verilir. Bu gerçek içtima uygulamasıdır. Ancak bunun istisnaları kanunda belirtilmiştir.Bu istisnalar bileşik suç, zincirleme suç, aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtimadır.¹⁶⁹

a)Bileşik suç:

YTCK'nın 42. maddesinde düzenlenmiştir. ETCK'da mürekkep suç olarak adlandırılıyordu. Bileşik suç iki ayrı suçtan oluşur. Ancak işlenen suçlardan biri diğerinin unsurunu veya ağırlatıcı nedenini oluşturmaktadır. Bu durumda her iki bağımsız suçun cezası ayrı ayrı verilir.¹⁷⁰ Dolandırıcılıkla bileşik suç oluşturan başka bir suç yoktur.

b)Zincirleme suç:

Zincirleme(müteselsil) suç, aynı suç işleme kararının etkisi altında yasanın aynı hükmünün birden fazla ihlal edilmesidir. Zincirleme suçta birden fazla suç olduğu halde bunlar tek suç sayılır, ancak faile ceza arttırılarak verilir.¹⁷¹

ETCK'nın 80. maddesinde " Bir suç işleme kararının icraası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlal edilmesi muhtelif zamanlarda vaki olsa bile bir suç sayılır" denilerek müteselsil suç açıklanmıştır.

Müteselsil suçun oluşumu için ortada birden fazla suç bulunmalı, bu suçlar kanunun aynı hükmünü ihlal etmeli ve aynı suç işleme kararının etkisi altında işlenmiş olmalıdır. Müteselsil suçu tam olarak belirleyebilmek için fiillerin sayısı, işlenme za-

¹⁶⁹ Özgenç, www.adalet.gov.tr

¹⁷⁰ Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005, s.509

¹⁷¹ Centel-Zafer-Çakmut, s.497

manları, failin kastı, fiilin icra biçimi ve somut olaya bakılarak hep birlikte değerlendirilmelidir. Teselsülün uygulanmasındaki değişik durumlar:

- 1.Durum: Aynı ayrı kişilere karşı işlenen dolandırıcılık suçu ayrı ayrı cezalandırılır.
- 2.Durum: Birden fazla kişi aynı yer ve zamanda dolandırılmışsa müteselsil suç vardır.
- 3.Durum: Bir kişi aynı suç işleme kararının etkisi altında olarak değişik zamanlarda birden fazla dolandırılmışsa müteselsil suç vardır.¹⁷²

ETCK'nın 504/4 bentte sayılan yurt dışında iş bulmak, ikamet izni veya vize almak gibi yalanlarla birden fazla kişi aynı yer ve zamanda bulunarak toplu halde dolandırılmışlar ise ETCK m.80 uygulanmalıdır. Eğer mağdurlar aynı yer ve zamanda aynı bahanelerle dolandırılmış ise mağdur sayısı kadar ayrı suç vardır ve gerçek içtima kuraları uygulanmalıdır. Hakim her somut olaya göre durumu ayrı ayrı değerlendirmelidir.

173

“Sanıkların, gerçekte var olmayan Paşa Turizm ve Otomotiv San. Tic. Ltd. Şti’ni sahte isimlerle kurmuş gibi, büro kiralayıp, tabela astıkları, oto kiralama ve satış sözleşmeleri adı altında matbu evrak ve kaşe bastırıp, sekreter çalıştırdıkları, oto kiralamak ve satmak için gazete ilanları verip, müracaat eden müşterilerde ve bu arada şikayetçilerde ciddi bir şirket intibasını oluşturacak şekilde hile ve desiseler kullanarak, müşteriler Muhlis, S.A.M ve A.’dan otomobillerinin kendilerine teslimini sağladıkları, bu otomobilleri kendilerine ait olduğundan bahisle diğer müşteriler H. N. Ve O.’a satmak suretiyle her mağdura karşı dolandırıcılık suçunu işledikleri anlaşılıp subuta erdiği halde, kiralayan müşteri ile satın alan müşteri ile satın alan müşteriye karşı olan ey-

¹⁷² Taşdemir, Kubilay-Özkepir, Ramazan; Son Değişikliklerle Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2002, s.1308

¹⁷³ Dönmezer, s.215

lemelerinin müteselsil suç oluşturduğunun kabulü ile 765 sayılı TCK'nın 80. maddesinin uygulanması," (11. CD.16.04.2002, 2522/3294)¹⁷⁴

YTCK madde 43- "(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak, bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. (3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz."

YTCK müteselsil suç kavramı yerine zincirleme suç kavramı kullanılmıştır. Zincirleme suçun oluşumu için,

1. durum:

- 1-Fail aynı suç işleme kararının etkisi altında olacak,
- 2- Fail değişik zamanlarda aynı suçu işleyecek,
- 3-Suç aynı kişiye karşı işlenmiş olacaktır.

2.Durum:

- 1- Fail aynı suç işleme kararının etkisi altında olacak,
- 2-Suç birden fazla kişiye karşı işlenmiş olacak,
- 3-Suç bu kişilere karşı tek fiille işlenmiş olacaktır.

"Tek borç için bir kişiye karşı iki ayrı tarihli karşılıksız çeki, başkasının hesabına aynı anda düzenleyerek vermek suretiyle dolandırıcılık yapılması durumunda ortada birden çok değil tek suç bulunduğundan zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanmaz. Ancak aynı anda değil de muhtelif zamanlarda, örneğin, "şikayetçinin iyi niyetinden faydalanarak ve ödeyeceğini söyleyerek, mal karşılığında keşide yeri olmadığından,

¹⁷⁴ Yılmaz-Ergün, s.59

hususî senet sayılan çekleri verme”(YCGK , 23.05.1988-7-137/224) eylemleri zincirleme dolandırıcılık sayılmıştır.”¹⁷⁵

Bir insan grubunun toplu olarak dolandırılmasında veya bir kişinin değişik zamanlarda birden fazla dolandırılmasında zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. YTCK daki zincirleme suç ETCK daki üç durum ile birebir örtüşmektedir.

c) Aynı neviden fikri içtima:

YTCK’da madde 43/2 de düzenlenmiştir. Buna göre bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi durumunda söz konusudur. Aynı neviden fikri içtimanın zincirleme suç gibi cezalandırılacağı belirtilmiş ve zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükümlerle, uygulamamızda karşılaşılan tereddütlerin önüne geçilmek amaçlanmıştır. Örneğin bir sözle birden fazla kişiye sövülmüş olması durumunda, her bir mağdur bakımından ayrı sövme suçları değil, bir sövme suçu oluşur.(madde gerekçesi) Gazeteye verilen ve hile unsuru içeren bir ilanla birden fazla kişinin dolandırılması durumunda aynı neviden fikri içtima düşünülebilir.

d) Farklı neviden fikri içtima:

YTCK’nın 44.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre işlediği tek bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Tek fiil ancak birden fazla farklı suç vardır.

Karşılıksız çek verme suçu ile ETCK’daki dolandırıcılık suçunun içtima yönünden incelenmesinde; sahte olarak düzenlenen çek yasal unsurları taşııyorsa ETCK m.345 uyarınca özel evrakta sayılır. Özel evrakta sahtecilik suçu kullanma ile oluşur. Bu tür bir belge ile dolandırıcılık suçu işlenirse ETCK m.79 uygulanır. Fikri içtima kurallarına göre iki suçtan cezası ağır olana göre hüküm kurulacaktır.345 ve 503. maddedeki hürriyeti bağlayıcı cezalar eşit fakat 503 te ayrıca para cezası öngörüldüğünden dolandırıcılık suçunun cezası daha ağırdır.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Centel-Zafer-Çakmut, s.499-500

¹⁷⁶ Gündel, s.1014

III.DOLANDIRICILIĞIN DİĞER SUÇLARDAN AYIRIMI

1- Dolandırıcılık ve Hırsızlık

YTCK m. 141/1 deki düzenlemede hırsızlık, "*failin, zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alması*" olarak tanımlanır.

a) Maddi konu açısından

Hırsızlık suçunun maddi konusu "taşınabilir bir mal" dır. Bu suç tek maddi konudur. Dolandırıcılığın iki maddi konusu vardır. Birinci insanın irade özgürlüğüdür. Çünkü fail hareketleriyle kişinin iradesini etkilemektedir. Yani mağdurun iradesi ifsat edilmektedir. İkincisi malvarlığına ilişkin menfaatlerdir.

Menfaat kavramına taşınır ve taşınmaz mallar, alacak hakları gibi pek çok kavram girer. Hırsızlıktaki gibi sadece taşınır mallarla sınırlı değildir. Ancak bu iki maddi konu her zaman bir arada bulunmayabilir. Dolandırıcılıkta her zaman aldatılan bir insan olduğu halde ikinci maddi konu bir eşyaya ilişkin olmayabilir.

b) Hukuki konu açısından

Suçun hukuki konusu suçla korunan hukuki değerlerdir. Hırsızlıkla dolandırıcılığın ortak hukuki konuları malvarlığıdır.¹⁷⁷ Ancak dolandırıcılık, hırsızlık gibi tek taraflı işlenebilen bir suç değildir.

c) Manevi unsur açısından

Hırsızlık suçunun manevi unsuru kasttır. Bu suç genel veya olası kastla işlenebilir. Ancak kanun koyucu bazı suçlarda suçun temel manevi unsurunun yanında suçun belli amaçla işlenmesini öngörmüştür. Hırsızlık suçunda da bu amaç failin başkasının

¹⁷⁷ Selçuk, Sami; Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayırımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara 1986, s.1-15

taşınır malını kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla almasıdır.¹⁷⁸ Dolandırıcılık da kastla işlenebilen bir suçtur. Kast, başkasını aldatarak çıkar elde etmektir.¹⁷⁹

d)Teşebbüs açısından

Hırsızlık suçu malın zilyedin egemenlik alanından alınmasıyla, alınan malın failin egemenlik alanına girmesiyle tamamlanır. Hırsızlık hem tam teşebbüse hem de eksik teşebbüse elverişlidir. Malın alınmasıyla suçun tam teşebbüs durumu başlamıştır. Fail malı kendi egemenlik alanına sokmadan örneğin malı aldığı evden henüz çıkmadan yakalanırsa suç tam teşebbüs aşamasında kalmış olur. Çalınmak istenen malın alınmasına kadar olan eylemler eksik teşebbüsü oluşturur. Çalmak için bir yere yönelen fail düşündüğü şeyi bulamamışsa gene eksik teşebbüs vardır.¹⁸⁰

Bu açıklamalar ETCK döneminde bir anlam ifade ediyordu. YTCK'da tam ve eksik teşebbüs ayırımı olmadığı için artık bir önemi yoktur. Yeni sistemde hakim failin tehlike durumuna göre teşebbüste cezayı belirleyecektir.

Dolandırıcılık suçu failin kendisine veya başkasına menfaat sağlandığı anda oluşur. Dolandırıcılık neticesi harekete bitişik suçtur. Bu nedenle tam teşebbüse elverişli değildir. Ancak hırsızlık gibi eksik teşebbüse elverişlidir.¹⁸¹ Hırsızlık gibi bu açıklamaların bir anlamı yoktur. Failin yaptığı hilenin yarattığı tehlike durumuna göre hakim cezayı belirleyecektir.

“ mevcut delillere göre , müşteki sanığa inanmayarak onu yalnız bırakmayıp izlemiş ve suça konu soğanlar üzerindeki zilyedliğini bırakmayıp izlemiş bulunması karşısında, eylemin kesin olarak devir ve terk eylemiş bulunması karşısında eylemin hırsızlık suçunu teşkil edeceği gözetilmeden dolandırıcılıktan hüküm kurulması” (6.C.D 11.6.1985, 23360-7128)

¹⁷⁸ Özgenç, www.adalet.gov.tr.

¹⁷⁹ Selçuk, s.17

¹⁸⁰ Malkoç, İsmail; Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2002, s.1119

¹⁸¹ Gündel, s.1012

e)Suçun oluşumu açısından

“Hırsızlıkta diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın yararlanmak için almak şart olduğu halde, dolandırıcılıkta temin edilen yararlanma bakımından, mağdurun başlangıçta malın verilmesinde rızası vardır. Ancak bu rıza hile ve sania kullanılarak sağlanır.

Gündüzün Zeki'nin kuyumcu dükkanına giderek ve güven yaratıcı sözler söyleyerek hazırlattığı cem'an 16.000 lira tutarındaki altın eşyayı bir paket yaptırıp el çabukluğu ile çantanın içerisine altın bulunan paket yerine içerisinde bir kolonya şişesi ile boş bir kavanoz bulunan paketi koyarak, bu çanta sizde kalsın biraz sonra gelir parasını öder çantayı alırım deyip altınları alıp gitmek suretiyle dolandırıcılıktan sanık Z. Koyuncu hakkında yapılan duruşma sonunda .gereği düşünülüp görüşüldü:

İzah olunan şu duruma göre altınları ihtiva eden paketin dükkandan götürülmesinde müştekinin rızası bulunmadığı gibi bu rızanın temini için sanık tarafından hile ve sania kullanıldığına dair bir delil mevcut değildir.

Mala karşı işlenen hırsızlıkla dolandırıcılık suçları arasındaki fark da bu noktaya inhisar etmektedir. Yani, hırsızlıkta diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için almak şart olduğu halde, dolandırıcılıkta temin edilen menfaat bakımından, mağdurun başlangıçta malın verilmesinde rızası vardır. Ancak bu rıza hile ve sania kullanılarak temin edilmiştir. Buna nazaran sanığın eylemi TCK.nın 491/4. maddesine uygun hırsızlık suçunu teşkil ettiği halde dolandırıcılık kabul edilerek yazılı madde ile ceza tayini,”(YKD. Ağustos - 1976 s: 12425, CD 06, E: 1976/006430, K: 1976/006546, Tarih: 22.11.1976)¹⁸²

“sanıkların bankadaki hesaplarında ilgililerin gafletinden yararlanarak 20.874 lira yerine 80.874 lira çekmeleri ve bunu yadsımaları dolandırıcılık değil hırsızlıktır. (6.C.D 10.2.1981, 632/624) ¹⁸³

¹⁸² Kaynak Corpus

¹⁸³ Selçuk, s.13

“Müştekinin şoförü tarafından anahtarı bekçiye verilerek otoparka bırakılan otomobilin sahibi olduğunu söyleyip park ücretini de ödemek suretiyle bekçiden aldığı anahtarla aracı çalıştırarak götüren sanığın eyleminin bekçinin iradesini hileyle fesada uğratarak teslimin sağlamış olması karşısında dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözletilmeden, suç vasfında hataya düşülerek hırsızlık kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması,”(6.CD. 18.11.1999, 6716/6811)¹⁸⁴

2-Dolandırıcılık ve Güveni Kötüye Kullanma (Emniyeti Suistimal)

ETCK m.508 *“Her kim başkasına ait olup ta iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim olunan bir şeyi kendisinin veya başkasını menfaatine olarak satar veya rehnedir veya sarf ve istihlak eder,yahut ketim ve inkar eder veyahut tahvil ve tağyir ederse mutazarrır olan kimsenin şikayeti üzerine cezalandırılır.”*

Buna karşılık YTCK m. 155 uyarınca *“başkasına ait olup da, belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi şikayet üzerine..... cezalandırılır”.*

a)Korunan hukuki yarar ve konu açısından

Emniyeti suistimal, kişilerin malvarlığı haklarını korumaktadır. Amaç mülkiyetin korunmasıdır.¹⁸⁵ Bu yönüyle tek hukuki konulu bir suçtur. Dolandırıcılık hem kişilerin özgür iradelerini hem de malvarlığını koruyan bir suçtur. Bu yönüyle iki hukuki konulu bir suçtur. Dolandırıcılık taşınır, taşınmaz mallar, alacak hakları gibi birçok malvarlığı haklarına karşı işlenebildiği için bazen tek bazen de çift maddi konulu suçtur.¹⁸⁶

b)Önşartlar açısından

Bu suçun ön şartı *“iade veya belirli şekilde kullanmak üzere bir şeyin faile mağdur tarafından teslim edilmiş olmasıdır.”* Suçun maddi konusunu oluşturan şey, fail tara-

¹⁸⁴ Erol, s.1363

¹⁸⁵ Dönmezer, s.423

¹⁸⁶ Selçuk, s.18

findan mağdura tevdi ve teslim edilmektedir. Bu teslim iki taraf arasında hukuken geçerli bir sözleşmeye dayanır. Mağdur şeyi kendi iradesiyle teslim eder. Mağdur, fail lehine ferî zilyedlik tesis etmektedir.¹⁸⁷ Dolandırıcılıkta zilyedliğin kuruluşu güveni kötüye kullanmanın aksine sakatlanmış, özgür olmayan bir irade ile oluşmaktadır. Bu yüzden teslim hukuka aykırıdır.

c) Maddi unsur açısından

Emniyeti suistimal suçunun maddi unsuru failin belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak veya bu devir olgusunu inkar eden hareketlerden herhangi birini yapmaktır. Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Madde metninde belirtilen hareketlerden herhangi biri veya hepsi yapılırsa bile ortada tek suç vardır.¹⁸⁸

Emniyeti suistimal suçu failin kendisine teslim olunan şeyler üzerinde madde metninde belirtilen hareketleri yaptığı zaman tamamlanır. Malın teslimiyle henüz oluşmuş bir suç yoktur.

Dolandırıcılık birbirine bağımlı hareketleri içeren karmaşık yapılı bir suçtur. Hilelerle haksız yararın elde edildiği, mağdura zarar verildiği an suç tamamlanır.¹⁸⁹

“ sanık- gümrükte yardımcı olurum- diyerek mağdurdan para alıp uzaklaşmıştır ve sonra olaya el konunca geri vermiştir. Mağdur sanığın parayı bozmak için aldığını ancak geri vermediğini ileri sürmesine göre eylem dolandırıcılık değil, inancı kötüye kullanmadır.” (6.C.D 7.11.1978, 6485/6659)¹⁹⁰

¹⁸⁷ Özgenç, s.73

¹⁸⁸ Özgenç, s.76

¹⁸⁹ Selçuk, s.21

¹⁹⁰ Selçuk, s.154

“ *sanığın diplomasız ve ruhsatsız olarak dişçilik sanatını icra ederken kızına takmak üzere müştekinin ağzından söktüğü altın dişleri erittikten sonra bunları kendi yararına nezdinde alıkoyup müştekinin ağzına değersiz madenden imal edilen dişleri taktığı böylece başlangıçta bir hile ve sania sözkonusu olmadan muayyen bir suretle istimal etmek suretiyle hizmete dayalı emniyeti suistimal suçunu işlediği gözetilmeden bu yöne matuf fiilin dolandırıcılık kabulü ile yazılı şekilde (TCK nın 503/1 maddesiyle) uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir.*” (6.C.D. , 24.2.1981, 988/1114) ¹⁹¹

d) Manevi unsur açısından

Emniyeti suistimal suçu (dolandırıcılık gibi) hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebilen bir suçtur. ¹⁹² Ancak kastın oluşma anı iki suçta farklıdır. Dolandırıcılıkta haksız menfaati elde etme kastı başlangıçtan beri vardır. Fail bunun için hileli hareketlerde bulunur. Güveni kötüye kullanma suçunda ise fail kendisine mal teslim edilirken suç işleme kastına sahip değildir. Fail mal hukuken geçerli bir sözleşmeye dayalı olarak teslim edildikten sonra oluşan kastla malik gibi davranmaya başlar. ¹⁹³

Suç konusu şeyin tevdi ve tesliminden sonra iade yükümlülüğünde kurtulmak için fail hile kullanırsa güveni kötüye kullanma suçu oluşur. Çünkü eşya failin eline hileyle geçmemektedir. Buna karşılık malın tevdi ve teslimini sağlamaya yönelik hileli hareketler varsa dolandırıcılık suçu oluşur. ¹⁹⁴

“*Sanığın, kiraladığı otomobili kira süresi bitiminde iade etmemekten ibaret eyleminde süre itibariyle mal edinme kastının belirlenemediği ve atılı suçu satma, rehnetme, sarf ve istihlak etme, ketim ve inkar etme ve tahvil ve tağyir etme unsurlarının da mevcut olmadığı, anlaşmazlığın taraflar arasında hukuki mahiyette olduğu göze-*

¹⁹¹ Selçuk, s.149

¹⁹² Özgenç, s.85

¹⁹³ Selçuk, s.22

¹⁹⁴ Özgenç, s.96

tilmeden, sanığın beraatı yerine kiraladığı otomobili iade etmediğinden bahisle mahkumiyetine karar verilmesi,” (11.CD. 13.11.2000, 4902/5084)

“Olay tarihinde müezzin olarak görev yapan sanığın, şikayetçinin cami için bağış yapacağını söylemesi üzerine, yetkisi olmadığı halde kullanımdan kaldırılan makbuzu düzenleyerek aldığı parayı dernek kasasına intikal ettirmemesi şeklindeki eyleminde, suça konu paranın verilmesini temin için başlangıçta hile ve desiseler kullanılmayıp, rızaen bağış olarak verilmesi nedeniyle dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığı, sanığın dernek adına aldığı parayı kendisinde alıkoymak suretiyle, TCK.nun 508. maddesindeki takibi şikayete bağlı güveni kötüye kullanmak suçunu işlediği ve mağdurun şikayetinden vazgeçtiği anlaşıldığından, kamu davasının TCK.nun 99. maddesi gereğince düşürülmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın mahkumiyetine hükümolunması,” (11. CD. 17.06.2002, 4278/5893)

“Olay tarihinde vergi dairesi muhasebe servisinde evrak memuru olan ve aynı zamanda yetkili memur Ahmet’e makbuz ve fiş düzenlemede yardımcı olarak şifai emirle görevlendirilen sanığın; Aliye’nin vergi borcunu yatırmak üzere gelen öğretmeni Mehmet’e bu konuda yardımcı olduğu ve 29.930 lira tutan verginin yatırılması işlemini üstlendiği, aldığı 26.930 liraya karşılık bu miktarı kapsayan bir makbuz düzenleyerek adı geçene verdiği, makbuzun dairede kalması gereken nüshalarını ise 6.930 lira olarak düzenleyerek bu miktarı vezneye yatırarak arada kalan 20.000 lirayı kendisine mal ettiği, bilahare bu hesaba göre adı geçen mükelleften bakiye borç istendiğinde, makbuzların karşılaştırılması sonucu durumun ortaya çıktığı, vergi dairesindeki kayıtlarda esas olup mağdura verilen makbuzun sonuç doğurucu bir belge niteliğinde bulunmadığı anlaşılmaya göre, sanığın eyleminin Burhan’a karşı işlenmiş emniyeti suistimal suçu niteliğinde olduğu, sahtecilik suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden yazılı biçimde (TCK.nun 339/1. maddesiyle) hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.” (6. CD. 08.11.1985, 10470/11010)

“772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanununun 41. maddesinde, çarşı ve mahalle bekçilerinin hizmet görevleri dışında her ne suretle olursa olsun çalıştırılama-

yacakları açıklanmış bulunmasına ve temellük edilen paranın sanığa görevi gereği teslim edilen ve tevdi edilmiş olmadığına anlaşılmamasına nazaran eyleminin emniyeti suistimal suçunu teşkil edeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi,” (5.CD. 01.03.1994, 107/689) ¹⁹⁵

3-Dolandırıcılık ve İrtikap

a)Korunan hukuki yarar ve konu açısından

İrtikap suçu YTCK’da 250. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) 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, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” (3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

İrtikap suçu kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlardan biridir. İrtikap suçu ile kamu görevlilerinin buldukları konumu kötüye kullanarak bir çıkar elde etmeleri önlenmek istenmiştir. Dolandırıcılık ise kişilerin malvarlığını koruyan bir suçtur. Bu iki suç korunan hukuki yarar açısından ayrılık gösterir.

İrtikap suçu ile bireysel malvarlığına ilişkin haklarda zarar görmektedir. Bu suç hem kamu yönetimine olan güveni hem de bireysel malvarlığını koruyan iki hukuki konulu bir suçtur. Dolandırıcılık ve irtikap malvarlığına ilişkin menfaatler konusunda ortak bir noktada birleşmiş olsalar bile yasa sistematığına göre irtikap suçunun kamu idaresinin güvenilirliğini koruma fonksiyonu daha ağır basmaktadır.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Ekinci, Mustafa- Esen, Sinan; Açıklamalı İçtihatlı Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal, Bilişim Alanında Suçlar ile Müşterek Hükümler, Ankara 2003 s.745-754

¹⁹⁶ Selçuk, s.46

b)Fail açısından

İrtikap suçu fail açısından mahsus suç özelliği gösterir. Suçun işlenebilmesi failin kamu görevlisi olması zorunludur. Dolandırıcılık suçu ise fail açısında bir özellik arz etmez. Herkes bu suçun faili olabilir.

c)Hareket açısından

İrtikap suçu iki şekilde işlenir. Bunlardan birincisi bu suçun icbar suretiyle işlenmesidir. Kamu görevlisi olan fail görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına mağduru zorlamaktadır. Bu şekildeki irtikap suçu içinde barındırdığı cebir ögesiyle dolandırıcılıktan ayrılır.

Suçun ikinci şekli ikna suretiyle irtikaptır. Kamu görevlisi olan fail görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna etmektedir. Görüldüğü gibi fail dolandırıcılıktaki gibi hileli davranışlarda bulunmaktadır. Ancak bu hile failin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle yapılan özel bir hiledir. Dolandırıcılıkta ise failin kullandığı hilenin özel bir biçimde yapılmasına gerek yoktur. Her türlü hile dolandırıcılık suçuna imkan verir.

d) Suçun oluşumu açısından

Dolandırıcılıkta suçun oluşumu için haksız menfaatin sağlanmış olması gerekir. Dolandırıcılık bir zarar suçudur. İrtikapta ise suç menfaatin sağlanmasıyla veya bu yolda bir vaade bulunulmasıyla tamamlanır. Menfaatin sağlanmış olması zorunlu değildir.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Yılmaz-Ergün, s.45

4-Dolandırıcılık ve Rüşvet

a)Korunan hukuki yarar açısından

Rüşvet suçu YTCK'da 252. maddede düzenlenmiştir. "(1) Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de, kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.

(4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının yada kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler yada halka açık anonim şirketlerle hukukî ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukukî ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması hâlinde de uygulanır.

(5)(29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı kanunla değişik) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.

Rüşvet suçu da irtikap gibi kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlardan biridir. Suçun kanundaki düzenleme yeri ve koruduğu hukuki yarar açısından dolandırıcılıktan farklılık gösterir.

b)Fail açısından

Rüşvet suçunu temelini kamu görevlisi ile özel kişi arasında yapılan yapılan rüşvet sözleşmesi oluşturur. Rüşvet alan ve veren kişi devlet işlerinin dürüstlikle yapılması

kuralını ihlal için birleşmektedir. Bu nedenle rüşvet suçu çok failli suçtur. Dolandırıcılık suçunda ise böyle bir sözleşme yoktur ve tek faille işlenir. Rüşvet suçunda rüşveti alan kişi kamu görevlisidir. Yani faillerin biri açısından mahsus suçtur. Dolandırıcılık suçunda failin kamu görevlisi olma gibi bir şart yoktur, herkes fail olabilir.

c)Hareket açısından

Dolandırıcılıkta sağlanan yarar ile yapılan hileli hareket arasında bir nedensellik bağı vardır. Rüşvette ise yarar veya yarar vaadi ile görev içine giren işi yapma ve yapmama arasında bir nedensellik bağı bulunur.¹⁹⁸

d)Suçun oluşumu açısından

Dolandırıcılık suçu bir zarar suçudur. Haksız menfaatin sağlandığı ve buna bağlı olarak mağdurun malvarlığına ilişkin zararın fiilen ortaya çıktığı anda suç oluşur.¹⁹⁹ Rüşvet suçu hem zarar hem tehlike suçudur. Suç rüşvetin verildiği ve alındığı anda oluşabileceği gibi (zarar suçu) rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde de suç tamamlanmış sayılır.(tehlike suçu)

5-Dolandırıcılık ve Kumar

YTCK'da m.228 de kumar oynanması için yer ve imkan sağlama başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddenin 4. fıkrası kumarı "*kazanç amacıyla icra edilen ve kâr ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlar*" olarak tanımlar. Başka bir tanımla kumar "*az çok bir para ortaya konularak, tarafların hem baht ve talihe ve hem de ustalığa bağlı bir kazanç konusunda yaptıkları anlaşmadır.*"²⁰⁰ Kumar suçunun faili kazanç sağlama amacını gütmekte ancak her zaman kazanmamaktadır. Oysa dolandırıcılık suçunun faili her zaman kazanmaktadır.²⁰¹

¹⁹⁸ Yılmaz-Ergün, s.45

¹⁹⁹ Selçuk, s.5

²⁰⁰ Yılmaz-Ergün, s.45

²⁰¹ Selçuk, s.104

Her iki suç kazanma noktasında birleşmekte, kumar kazanmanın talihe bağlı olması yönüyle dolandırıcılıktan ayrılmaktadır.

Kumarda hileler yaparak karşıdaki kişinin kazanma ihtimali tamamen ortadan kaldırılırsa fail açısından suç dolandırıcılığa dönüşür.²⁰²

Yüksek mahkememizde baht ve talihe bağlılık durumunun hilelerle ortadan kaldırılması durumunda oyunun kumar değil dolandırıcılık olacağına karar vermiştir.²⁰³

6-Dolandırıcılık ve Yağma

Yağma suçu YTCK'da 148. maddede düzenlenmiştir. Bu suç dolandırıcılık gibi malvarlığına karşı işlenen bir suçtur.

Bu iki suçu birbirinden ayıran temel fark suçun hareket ögesidir. Yağmada fail cebir ve tehdit kullanarak mağdurun malvarlığı üzerinde bir tasarrufta bulunmasını sağlar. Dolandırıcılıkta ise fail hileler kullanarak mağduru böyle bir tasarrufta bulunmaya ikna etmektedir. Her iki suçta da mağdurun iradesi fesada uğramıştır. Dolandırıcılıkta bu irade hileyle, yağmada cebir ve tehdit ile bozulmuştur.²⁰⁴ Her türlü cebir dolandırıcılığı ortadan kaldırır. "Hükümet tarafından bir emir verilmiş gibi göstermek" hilesinde bile suç yağmadır. Çünkü yapılan davranış kişiye manevi bir cebir uygulamaktır.²⁰⁵

7-Dolandırıcılık ve Karşılıksız Çek Düzenleme Suçu

3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanununun 16. maddesi karşılıksız çek verme suçunu yaptırıma bağlamıştır. Bu kanundaki karşılıksız çek verme suçunun oluşması için çekin tüm yasal unsurları taşıyor olması gerekir.

Karşılıksız çek verme suçu ile ETCK arasındaki ilişki:

²⁰² Yılmaz-Ergün, s.46

²⁰³ Selçuk, s.107

²⁰⁴ Yılmaz-Ergün, s.44

²⁰⁵ Erem, s.4

Yasal unsurların tamamını taşıyan çekler resmi evraktan sayılır. Sahte olarak düzenlenen ve yasal unsurları taşıyan çekle dolandırıcılık suçu işlendiğinde iki suç oluşur. Sahte resmi evrak tanzimi suçu ve dolandırıcılık suçu. Sahte resmi evrak tanzimi dolandırıcılığın unsuru veya ağırlatıcı sebebi değildir.

3167 sayılı kanunda belirtilen karşılıksız çek keşide etme suçu, çek yasal unsurları taşımadığı için oluşmuyorsa dolandırıcılık suçu oluşur.²⁰⁶

Ancak dolandırıcılığın oluşabilmesi için borç ile verilen çek arasında illiyet bağı olmalıdır. Örneğin önceden doğan bir borç ödenmemesi nedeniyle sonradan çeke bağlanırsa ve bu çek karşılıksız çıkarsa dolandırıcılık oluşmaz.²⁰⁷ Dolandırıcılık suçunun oluşması için karşılıksız çıkan bu çekin önceden doğan bir borca karşılık sonradan verilmiş bir çek olmaması gerekir. Yargıtay kararları da bu yöndedir.

“Önceden doğmuş borç için sonradan verilen çekin karşılıksız çıkmasında dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının ve borçla çek arasında nedensellik bağının oluşmadığı gözetilerek çekin malın teslimi sırasında mı yoksa yakınıcının C. Savcılığındaki ifadesinde belirttiği gibi sonra mı verildiği saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır.” (6.CD.12.02.1993-189/1284)²⁰⁸

“Sanığın, aldığı zeytinin bedeli olarak müştekiye verdiği bononun tahsil edilmemesi üzerine bu kere suça konu olan çek keşide ettiği oluşa uygun olarak kabul edilmiş olmasına göre, önceden doğan borç için verilen çekin karşılıksız çıkmasında dolandırıcılık suçunun aldatma unsurunun bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hükümlülük kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiş, sanık vekilinin temyiz itirazı yerinde görülmüş olduğundan hükmün tebliğname uyarınca açıklanan nedenlerle bozulmasına oybirliğiyle karar verildi.” (Y.6.CD. 3.11.1983, E. 1983/4295, K.1983/8153)²⁰⁹

²⁰⁶ Gündel, s.1014

²⁰⁷ Yılmaz-Ergün, s.46

²⁰⁸ Gündel, s.1015

²⁰⁹ Şafak-Gündel, s.378

Karşılıksız çek verme suçu ile YTCK arasındaki ilişki:

Sahte olarak düzenlenen ve yasal unsurların tamamını taşıyan çekler YTCK 210. maddesine göre resmi evrak sayılır. Bu tür bir evrakla dolandırıcılık suçu işlendiğinde iki ayrı suç oluşacak ve gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. YTCK madde 212-" (1) *Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.*" diyerek bu durumu açıkça belirtmiştir.

Sahte olarak düzenlenen ve yasal unsurların tamamını taşımayan çekler YTCK 207 maddesine göre özel evrak sayılır. Bu nitelikteki bir evrakla dolandırıcılık suçu işlendiğinde gene her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilir.²¹⁰

8- Kredi Kartıyla İşlenen Dolandırıcılık Suçları

Kredi kartıyla işlenen dolandırıcılık suçunun ETCK ile ilişkisi:

Yargıtay kararlarıyla belirlenen ve dolandırıcılık suçunu oluşturan eylemler şunlardır:

“1-Kredi kartını haksız olarak elinde bulunduran kişinin mal ve hizmet alımında kullanması

2-Sahte başvurularla alınan kredi kartının mal ve hizmet alımında kullanılması

3-Sahte olarak üretilen kredi kartları ile mal ve hizmet alınması

4-İş yerlerinin mal ve hizmet alımı olmadığı halde, mal ve hizmet alımı yapılmış gibi düzenledikleri sahte satış belgeleri ile işledikleri suçlar

5-Satış belgesi üzerinde sahtecilik yapılarak işlenen suçlar

6-Kart sahiplerinin sahte kayıp ihbarında bulunduktan sonra bu kartlar ile mal ve hizmet alımında bulunmak suretiyle işlenen suçlar

²¹⁰ Yılmaz-Ergün, s.47

7-Kredi kartları henüz sahiplerine teslim edilmeden dağıtım kurumu elemanlarınca bu kartların mal ve hizmet alımında kullanılmaları”

Eğer suçtan zarar gören kişi kart hamili ise banka bu suçta araç olarak kullanıldığından ETCK 504/3. fıkrasındaki suç oluşur. Eğer suçtan zarar gören banka ise suçun niteliğini tespit etmek için bankanın özel banka mı yoksa kamu bankası mı olduğuna bakmak gerekir. Banka özel banka ise ETCK m. 503/1 deki suç oluşur. Banka kamu bankası ise m.504/7 maddesindeki suç oluşur.²¹¹

YTCK banka ve kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanımını ETCK’den farklı olarak bağımsız bir suç haline getirmiştir. ETCK dolandırıcılık kabul edilen birçok fiil 245. maddede belirtilen suçu oluşturur.²¹²

Madde 245-)(29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı kanunla değişik)

(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Birinci fıkrada yer alan suçun;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

²¹¹ Şafak, s.169

²¹² Yılmaz-Ergün, s.49

belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.

Yeni TCK'nın 53. maddesi belli haklardan yoksun bırakılma başlığı altında, kasten işlenen suçlardan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin sonuçlarını ayrıntılı olarak açıklamıştır. Eski TCK'nın buna karşılık gelen maddesi kamu hizmetlerinden yasaklılığın açıklandığı 31. maddedir. Bu maddeye göre üç seneden beş seneye kadar ağır hapis cezasına mahkum olan kişi belli hakları kullanmaktan yasaklı olacaktı. Bu iki madde arasındaki temel fark, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmak için birinde suçun manevi unsurunun, diğ erinde ise suçun ceza unsurunun göz önüne alınmış olmasıdır. Dolandırıcılık kasten işlenebilen bir suç olduğu için fail bu suçtan mahkum olduğ unda m.58 de belirtilen hakları mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar kullanamayacaktır.

4-Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması

Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulaması her suç için değil, kanunda belirtilen özel hallerde uygulanır. YTCK'nın 169. maddesi de bu özel hallerden biridir.

Madde 169- (1) Hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Yeni Türk Ceza Kanunumuz ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini kabul etmiştir. Bu kural gereği sadece gerçek kişilere ceza yaptırımını uygulanabilir. Ancak bu ilke, özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanmasına engel değildir. YTCK'nın 20. maddesinde bu durum açıkça belirtilmiştir.

"Madde 20- (1) Ceza sorumluluğu şahsîdir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

(2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır."

²⁵⁸ Yılmaz- Ergün, s.34

Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri 60. maddede sayma yoluyla belirtilmiştir.

Madde 60- (1) 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, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır.

Özel hukuk tüzel kişileri için uygulanabilecek ilk güvenlik tedbiri faaliyet izni- nin iptalidir. Bunun için iki şart gerekir:

1- Özel hukuk tüzel kişisinin izne bağlı bir faaliyette bulunuyor olması,

2-Bu iznin sağladığı yetki kötüye kullanılarak tüzel kişi yararına kasıtlı bir suçun işlenmiş olması. Ayrıca bu iki şartın gerçekleşmesi arasında nedensellik bağı da olmalıdır. Örneğin uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretinden elde edilen gelirlere meşruiyet görüntüsü kazandırmak için bir döviz bürosunun kullanılması hâlinde, bu döviz bürosunu işleten özel hukuk tüzel kişisinin, döviz bürosu işletmek için aldığı izin iptal edilecektir. Yine, ilaç üretmek için izin alınmış olan bir laboratuarda uyuşturucu veya uyarıcı madde üretimi yapılması durumunda da, aynı sonuç doğacaktır. (madde gerekçesi)

Özel hukuk tüzel kişileri için uygulanabilecek ikinci güvenlik tedbiri müsadere- redir. Tüzel kişi yararına bir suç işlenmiş ve müsadere ile ilgili diğer koşullarda gerçekleşmiş ise suçla bağlantılı olan malın veya maddi çıkarın müsaderesine karar verilebilir.

Mahkeme bu tür güvenlik tedbirine hükmederken orantılılık ilkesini göz önünde bulundurmalıdır. Eğer güvenlik tedbiri uygulamasıyla çok ağır sonuçlar ortaya çıkacak- sa hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilecektir.

III.GÖREVLİ MAHKEME VE YARGILAMA ŞARTLARI

1-Görevli Mahkeme

Eski TCK'ya göre suçun basit şeklinde asliye ceza mahkemesi, nitelikli şeklinde ağır ceza mahkemesi görevliydi.

"Sanığın kimliği konusunda müştekiyi yanıltarak, "otomobili denemek istediğini" söyleyip kandırması karşısında; eylemin sübutu halinde dolandırıcılık suçunu oluşturacağı ve davaya bakma görevinin Asliye Ceza Mahkemesine ait bulunduğu gözetilmeyerek duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması,.....Bozmayı gerektirmiş....." (YKD. Mart-1995 s: 496, CD 06, E: 1994/012496, K: 1994/012486, Tarih: 15.12.1994)

"Sanığın, 507 Sayılı Yasanın 1.maddesi uyarınca Kamu Kurumu niteliğindeki Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federasyonu tarafından basılıp bedeli karşılığı iş sahiplerine verilen belgelerin sahtelerini satarak haksız çıkar sağladığının iddia edilmesi karşısında; eylemin TCY'nın 79.maddesi yollamasıyla aynı yasanın 504/7.maddesine uyan suçu oluşturup oluşturmadığına ilişkin kanutları değerlendirme üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine aittir.(507 s. ESK. m. 1) (765 s. TCK. m. 504/7)

Sahtecilikten sanık Mustafa Ş. hakkında yapılan duruşma sonunda: Mahkumiyetine dair Ankara 21.Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 2.3.2000 tarihli hükmün temyizen tetkiki sanık tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından bozma isteyen 23.11.2001 tarihli tebliğname ile 3.12.2001 tarihinde daireye gönderilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü:

Diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Ancak; Sanığın, 507 Sayılı Yasanın 1.maddesi uyarınca Kamu Kurumu niteliğindeki Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federasyonu tarafından basılıp bedeli karşılığı iş sahiplerine verile belgelerin sahtelerini satarak haksız çıkar sağladığının iddia

edilmesi karşısında; eylemin TCY'nın 79.maddesi yollamasıyla aynı yasanın 504/7.maddesine uyan suç oluşturup oluşturmadığına ilişkin kanıtları değerlendirmenin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilmeyerek, görevsizlik kararı yerine duruşmaya devamla yazılı biçimde karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş, sanık Mustafa Ş.'in temyiz itirazı ve tebliğnamedeki düşünce bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, diğer yönleri incelenmeyen hükmün açıklanan nedenle BOZULMASINA, CMUK.nun 326/son.maddesinin saklı tutulmasına, 5.2.2002 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”(CD 06, E: 2001/017893, K: 2002/001240, Tarih: 05.02.2002)²⁵⁹

26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge İdare Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 10, 11 ve 12. maddeleri ceza mahkemelerinin görevlerini belirlemiştir.

Bu maddelere göre 157 ve 158. maddede yer alan dolandırıcılık ve nitelikli dolandırıcılık suçlarında yargılama yapmakla görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi idi.

159. maddede belirtilen dolandırıcılığın daha az cezayı gerektiren halinde de Sulh Ceza Mahkemesi görevli idi. Adı geçen kanun Yeni TCK ile aynı anda yani 1 Nisan 2005 yılında yürürlüğe girecekti.²⁶⁰

Ancak 31.3.2005 günü kabul edilen 5328 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 10. maddesi bu görev dağılımını değiştirmiştir.

Madde 10.- 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 12 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 12.- Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m.148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m. 204), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla

²⁵⁹ Kaynak Corpus

²⁶⁰ Yılmaz- Ergün, s.17

ağır ceza mahkemeleri görevlidir.

5235 sayılı kanun 1 Haziran 2005de 5237 sayılı YTCK ile aynı anda yürürlüğe girmiştir. YTCK uygulanmasında ETCK da olduğu gibi basit dolandırıcılık suçunda Asliye Ceza mahkemesi, nitelikli dolandırıcılık suçunda Ağır Ceza Mahkemesi görevli olacaktır.

2- Yargılama Şartları

ETCK ya göre dolandırıcılık toplumsal düzeni bozan bir suçtur bu nedenle kamu davasıyla takip edilir.

Ancak ETCK'nın 524. maddesinin son fıkrası bir kısım akraba yönünden koğuşturma şartı getirmiştir. *“..... haklarında ayrılık kararı verilmiş karı veya kocanın yahut faille beraber aynı çatı altında yaşamayan erkek veya kız kardeşin veya faille beraber aynı çatı altında yaşamakta olan amca dayı hala teyze yeğen veya ikinci dereceden sıhrî akrabasının zararına olarak işlenmiş ise fail hakkında takibat şikayete bağlıdır. Bu taktirde failin göreceği ceza üçte bir miktarı azaltılır.”*

Şikayet gerekmeksizin soruşturulması gereken bir suç olan dolandırıcılık suçuna madde metninde belirtilen kişilerin zararına işlenirse suçun takibi şikayete bağlı olacaktır. Maddenin bu bendi yargılama şartı gerektirmekle kalmış bu kişiler açısından soruşturma yapılırsa cezada üçte bir oranında indirim yapılabileceğini de belirtmiştir.

Yani 524. madde şahsi cezasızlık sebebini, yargılama şartını ve cezada indirim sebebini tek madde altında toplamış olan TCK'nın karmaşık ve ilginç maddelerinden biridir.

YTCK'da dolandırıcılık suçuna kamu davasıyla takip edilir. Ancak dolandırıcılık suçunda iki durumun takibi şikayete bağlıdır. Bunlardan birincisi 159. maddede düzenlenen dolandırıcılığın daha az cezayı gerektiren halidir.

Madde 159- (1) Dolandırıcılığın, bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi hâlinde, şikâyet üzerine, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

İkinci durum ise şahsî cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebepleri açıklayan 167. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu madde bir kısım akrabalar zararına işlenecek dolandırıcılık suçunun takibini şikayete bağlı kılmıştır.

Madde 167. - (1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu 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.

(2) Bu suçların, 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.

Maddede geçen bu bölümde yer alan suçlar ifadesiyle YTCK'nın 10. bölümünde yer alan malvarlığına karşı işlenen suçlar kastedilmektedir. Bu madde ETCK'nın 524. maddesi gibi şahsi cezasızlık sebebini, yargılamaya şartını ve cezada indirim sebebini tek madde altında toplamıştır.

Şikâyet konusu YTCK'da m.73 de düzenlenmiştir.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar, uzlaşma

Madde 73. - (1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.

(2) Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.

(3) Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez.

(4) Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.

(5) İştirak hâlinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar.

(6) Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez.

(7) Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsî haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz.

(8) Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.

IV.ERTELEME

Erteleme, hükümden sonra cezanın infazından belli koşullarla vazgeçilmesidir.²⁶¹ YTCK'da erteleme 51. maddede düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından, üç yıldır. Basit dolandırıcılık suçu da hapis cezasının alt sınırı iki yıl, nitelikli dolandırıcılık suçunda hapis cezasının alt sınırı iki yıldır. Eğer dolandırıcılıktan ceza alan sanık 51. maddede belirtilen diğer şartları da taşıyorsa cezası ertelenebilir. Erteleme sadece hapis cezası bakımındandır.

V.TEKERRÜR

Tekerrür bir kez suç işleyen ve bu suçtan ve mahkumiyeti kesinleşen kişinin yeniden suç işleme durumudur.²⁶² YTCK'da tekerrür 58. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre :

(1) Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi hâlinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.

(2) Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı;

²⁶¹ Centel-Zafer-Çakmut, s.674

²⁶² Centel-Zafer-Çakmut, s.615

a) Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl,

b) Beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl, geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz.

Dolandırıcılık suçunda mahkum olan bir kişiye tekerrür hükümlerinin uygulanması için yukarıda belirtilen sürelerle bakılması gerekir.

VLZAMANAŞIMI

“Zamanaşımı devletin belli sürelerin geçmesi durumunda davaya devam etmeyi veya cezalandırmaktan vazgeçmeyi önceden kabul etmesidir. Zamanaşımının davayı düşüren türüne dava zamanaşımı ve cezayı engelleyen türüne de ceza zamanaşımı denir.”²⁶³ YTCK’da dava zamanaşımı konusu 66.ve devam maddelerinde açıklanmıştır.

Madde 66- (1) Kanunda başka türlü yazılmış olan hâller dışında kamu davası;

- a) *Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,*
- b) *Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl,*
- c) *Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,*
- d) *Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,*
- e) *Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, geçmesiyle düşer.*

Buna göre dolandırıcılığın basit şeklinde dava zamanaşımı beş yıl, dolandırıcılığın nitelikli şeklinde dava zamanaşımı süresi onbeş yıldır.

Dolandırıcılık suçundaki ceza zamanaşımı hükümlünün aldığı cezaya ve 68. madde hükümlerine göre belirlenir.

Madde 68- (1) Bu maddede yazılı cezalar aşağıdaki sürelerin geçmesiyle infaz edilmez:

- a) *Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl,*
- b) *Müebbet hapis cezalarında otuz yıl,*

²⁶³ Centel-Zafer-Çakmut, s.636

- c) *Yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında yirmidört yıl,*
- d) *Beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl,*
- e) *Beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl.*

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bireysel mülkiyet çağdaş toplumun temellerinden biridir ve devlet tarafından korunmalıdır. Bireyler malvarlıklarını nasıl kullanacakları konusunda serbestçe karar verebilmelidir. Bireylerin ekonomik ilişkilerinde karşılıklı güvenin ve irade serbestisinin korunması sosyal menfaatler açısından önemlidir. Bu nedenle ceza kanunları malvarlığını ve irade özgürlüğünü koruyan hükümleri içerir. Dolandırıcılık suçu hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kişinin kendisine veya başkasına bir yarar sağlamasıdır. Bu suç ile hem kişinin sahip olduğu malvarlığı değeri hem de toplumdaki iyi niyet ve güven ortamının korunması amaçlanmıştır. Hilelerle haksız kazanç elde etmek hiçbir zaman cezasız kalmamalıdır. Dolandırıcılık suçu çok fazla işlenen suçlardan biridir. Toplumdaki ekonomik ve ahlaki çöküntüler, insanların kolay yoldan para kazanma istekleri, haberleşme ve iletişimin kolaylaşması ve teknolojinin gelişmesiyle suçun çok farklı şekillerde ve kolaylıkla işlenebilmesi bunun sebepleri arasında sayılabilir. Bu suç yapısı itibariyle çok çeşitli şekillerde işlenebilir. Hayatta hemen her gün yeni dolandırıcılık türleriyle karşılaşmaktayız. Bu suçun failleri suçu zekice, ustalıklı ve planlayarak işlemektedir. Mağdurlar dolandırıldıklarını anladıklarında failer çoğu zaman ortadan kaybolmuştur. Bu nedenle potansiyel dolandırıcılara karşı her zaman dikkatli olmak gerekir.

Dolandırıcılığın tarihçesine bakıldığında, suçun çağdaş bir suç olduğu söylenebilir. Dolandırıcılık çağlar boyunca hırsızlık ve sahtecilik suçları arasında düşünülmüştür. Dolandırıcılığın bağımsız bir suç olarak ceza kanunlarında yerini alması 18.yüzyılın sonlarında olmuştur. Suçun ağırlaştırıcı nedenleri ise ancak 1935-1945 yılları arasında tespit edilmiştir.

Dolandırıcılık çok hareketli suçlardandır. Suçun oluşumu için öncelikle fail hileli bir harekette bulunmalıdır. Hile kişiyi hataya düşüren her türlü eylemdir. Hile icrai veya ihmali bir hareketle gerçekleşebilir. İhmali harekette fail mağdurda var olan bir hatadan yararlanmaktadır. Eylemin dolandırıcılık olarak kabulü için ihmali hareket yeterli değildir, fail bu hatayı devam ettirecek veya kuvvetlendirecek icrai hareketlerde

bulunmalıdır. Ayrıca bu durumda kişinin karşı tarafın bir yanılığında olduğunu bildirme hususunda hukuki bir yükümlülüğü olmalıdır. Eğer fail ve mağdur arasında hukuki bir ilişki varsa bu yükümlülüğün var olduğu kabul edilir.

Bu suçun neticesi failin kendisine veya başkasına yarar sağlamasıdır. Sağlanan bu yarar hileye maruz kalan kişinin veya bir başkasının zararına olmaktadır.

Dolandırıcılık suçunun manevi unsuru kasttır. Fail yaptığı hareketin hile olduğunu, bu davranışı sonucu birinin aldandığını, aldanan kişinin veya başkasının zararına, kendisinin veya başkasının yararına haksız bir menfaat elde ettiğini bilmeli ve bu sonucu istemelidir. Suç olası kastla da işlenebilir. Ancak bu durumda cezada belli oranda indirim yapılmaktadır.

YTCK teşebbüs konusunda esaslı bir değişiklik yapmış, eski kanunda bulunan tam ve eksik teşebbüs ayırımını ortadan kaldırmıştır. Dolandırıcılık suçuna teşebbüste ceza yapılan hareketlerin geldiği aşamaya göre değil, failin verdiği zarar ve tehlikenin ağırlığına göre tespit edilecektir. Hakim bu kritere göre kanunda belirtilen cezanın alt ve üst sınırı arasında hüküm kuracaktır.

Dolandırıcılık suçunun bazı suçlardan ayırımında uygulamada sıkıntı yaşanmaktadır. Bu nedenle bu suçu benzer suçlardan ayırmaya yarayacak temel kriterlerin açıklanması gerekir. Hırsızlık ve dolandırıcılık suçu için; hırsızlık suçunun konusu taşınabilir mallardır. Dolandırıcılığın konusu ise tüm malvarlığıdır. Hırsızlıkta mal zilyedin rızası olmadan alınmaktadır. Dolandırıcılık da ise mağdur malvarlığı değerini rızayla verir ancak bu rıza hile ile elde edilen bir rızadır. Dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma suçlarını ayıran en önemli unsur faydalanma kastının oluşma zamanıdır. Güveni kötüye kullanma suçunda faydalanma kastı mal teslim alındıktan sonra oluşur. Dolandırıcılık da bu kast baştan beri vardır. Güveni kötüye kullanma suçunda teslim hukuka uygundur, geçerli bir sözleşmeye dayanır. Dolandırıcılık da teslim irade fesadı nedeniyle hukuka aykırıdır. İrtikap ve dolandırıcılık suçu için; irtikap suçu kamu güvenliğine karşı işlenen mahsus bir suçtur. Dolandırıcılık malvarlığına karşı işlenen ve herkesin fail olabileceği bir suçtur. İrtikapta özel hile vardır. Fail görevin sağladığı güveni kötüye kullanmaktadır. Rüşvet ve dolandırıcılık suçu için; rüşvet suçu kamu güvenine karşı

işlenen, çok failli, mahsus ve hem tehlike hem zarar suçudur. Dolandırıcılık ise malvarlığına karşı işlenen, tek failli ve herkesin fail olabileceği bir zarar suçudur. Kumar ile dolandırıcılığı ayıran en önemli öge failin kazanma durumudur. Kumar suçunda failin kazanması baht ve talihe bağlıdır. Dolandırıcılık suçunun faili ise her zaman kazanır. Dolandırıcılık ve yağma suçlarını ayıran en önemli öge yağmada cebir ve şiddetin dolandırıcılıkta hilenin kullanılmasıdır. Dolandırıcılık ve karşılıksız çek verme suçları için; çek yasal unsurları taşıyorsa ETCK ya göre resmi evraktan sayılır. Bu çekle dolandırıcılık suçu işlenirse hem 3167 sayılı kanunda belirtilen suç hem de dolandırıcılık suçu oluşur ve gerçek içtima uygulanır. 3167 sayılı kanunda belirtilen karşılıksız çek keşide etme suçu, çek yasal unsurları taşımadığı için oluşmuyorsa dolandırıcılık suçu oluşur. Çek yasal unsurları taşıyorsa YTCK m.210 a göre resmi evrak,yasal unsurları taşımıyorsa m.207 ye göre özel evrak sayılır.Bu tür çeklerle dolandırıcılık suçu işlendiğinde ceza gerçek içtimaya göre hesaplanır. Dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçu için; karşılıksız yararlanma suçu ETCK dan çok farklı düzenlenmiştir. ETCK belirtildiği gibi bedelini ödemededen otel, lokanta veya taksi gibi hizmetlerden yararlanmak YTCK'ya göre dolandırıcılık olarak kabul edilir.

YTCK ile birlikte suçun nitelikli şekillerinde yenilikler yapılmıştır. Suçun dinî inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle işlenmesi, kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle işlenmesi, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi, tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenmesi, serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi gibi nitelikli haller ETCK'da olmayıp YTCK'da yerini almıştır. Suçun banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla işlenmesi, sigorta bedelini almak amacıyla işlenmesi şeklindeki nitelikli haller değişikliğe uğramadan yeni kanunda da yer almıştır. Suçun kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle işlenmesi, kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasî parti, vakıf veya dernek tüzel kişi-

liklerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi, kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak işlenmesi, bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi şeklindeki nitelikli haller bazı değişikliklerle ETCK'dan YTCK'ya alınmıştır. Suçun yurt dışında iş bulmak, ikamet izni veya vize almak bahanesiyle işlenmesi, bir kimseyi askerlikten kısmen veya tamamen kurtarmak bahanesiyle işlenmesi, meslek ve görevlerini yaptıkları sırada avukatlar, dava vekilleri, vekiller ve kurum yöneticileri tarafından işlenmesi şeklindeki nitelikli haller YTCK'da yer almamıştır.

YTCK'nın 158. maddesinde belirtilen nitelikli hallerin iki veya daha fazlasının birleşmesi durumunda ETCK'dan farklı olarak cezada bir değişiklik öngörülmemiştir. ETCK'nın 278. maddesinde nüfuz ticareti adı altında düzenlenen suç YTCK'da nitelikli dolandırıcılık olarak kabul edilmiştir. Buna göre kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat temin eden kişi nitelikli dolandırıcılığın cezasıyla cezalandırılacaktır.

YTCK'nın 159. maddesi eski kanunda olmayan bir cezada indirim sebebi ihdas etmiştir. Dolandırıcılık suçunun hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi hâlinde, şikâyet üzerine, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilecektir. Bu maddede failin taşıdığı özel kast cezadaki indirimin sebebinin oluşturur. Burada ETCK'nın 308. maddesinde yer alan "ihkakı hak" suçuna benzer bir durum yaratılmıştır.

Bu suçtaki en büyük değişiklik suçun müeyyide kısmında olmuştur. Hapis cezası bir yıldan üç yıla kadar iken, bir yıldan beş yıla kadara çıkarılmıştır. Cezadaki bu artışın sebebinin dolandırıcılık olaylarının artmasıyla ilgili olduğunu düşünüyorum. Yasama organı genelde ilk olarak, suç oranını azaltmak için cezayı arttırma yoluna gitmektedirler. Eski TCK'daki para cezası "nispi para cezası" niteliğindedeydi. Nispi para cezası fail tarafından elde edilen miktara bağlı olduğu için alt veya üst sınırı yoktu. Yeni TCK'da nispi para cezasının yerini adli para cezası almıştır. Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yediyüzotuz günden fazla

olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesidir. Ancak 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı kanun ile nitelikli dolandırıcılığın (e), (f) ve (j) bendlerinde sayılan hallerde (Kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak işlenmesi, bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi, banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla işlenmesi) para cezasının miktarının suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamayacağı belirtilmiştir. Bu ek, kanunun kabul ettiği adli para cezası sistemini bozmuş yani nispi para cezasını kanuna tekrar sokmuştur.

YTCK bu suçla ilgili olarak yapılan önemli yeniliklerden biri de dolandırıcılık suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat elde edilen tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecek olmasıdır. Bu suçla ilgili yapılan değişikliklerin faydalı olup olmayacağı uygulamayla birlikte ortaya çıkacaktır.

KAYNAKLAR

- ALACAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara, 1967
- ALACAKAPTAN, Uğur: İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensi-
bi, Ankara, 1958
- ARTUK, Mehmet Emin- GÖKÇEN, Ahmet- YENİDÜNYA, A. Caner: Uygulamalı
Ceza Hukuku, Ankara, 1999
- AVCI, Mustafa: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul, 2004
- CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstan-
bul, 2005
- DARENDE, M. İhsan: Yeni TCK da İştirak,
[http://www.turkhukuk sitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=5b0c7e
3824a23970570ca6ea7c7262f6&id=182](http://www.turkhukuk sitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=5b0c7e3824a23970570ca6ea7c7262f6&id=182)
- DARENDE, M. İhsan: Yeni TCK da Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme,
[http://www.turkhukuk sitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=5b0c7e
3824a23970570ca6ea7c7262f6&id=182](http://www.turkhukuk sitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=5b0c7e3824a23970570ca6ea7c7262f6&id=182)
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005
- DÖNMEZER, Sulhi- ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul, 1997
- DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul, 1998
- DÖNMEZER, Sulhi: Ceza Hukuku Özel Kısım, İstanbul, 1974
- EKİNCİ, Mustafa- ESEN, Sinan: Açıklamalı İçtihatlı Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Do-
landırıcılık, Emniyeti Suistimal, Bilişim Alanında Suçlar ile Müşterek Hü-
kümler, Ankara, 2003

- ERDEM, Mustafa Ruhan: Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları, Ankara, 1996
- ERDEM, Mustafa Ruhan: Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makaleler
- EREM, Faruk-Toroslu, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 1987
- EREM, Faruk: Dolandırıcılık, Ankara, 1956
- EREM, Faruk: Ceza Hukuku Hususi Hükümler, Ankara, 1968
- ERMAN, Sahir: Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım, İstanbul, 1992
- EROL, Haydar: Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2003
- GÖKÇEN, Ahmet: Tanzimat Dönemi Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989
- GÜNDEL, Ahmet: Açıklamalı İçtihatlı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları, Ankara, 2002
- GÜNGÜN, Mehmet: Uygulamada Ağır Ceza Davaları, Ankara, 1996
- HAKERİ, Hakan: Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara, 2005
- İÇEL, Kayıhan- ÖZGENÇ, İzzet- SÖZÜER, Adem- MAHMUTOĞLU, Fatih S. Mahmutoğlu-ÜNVER, Yener: Suç Teorisi Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler Suçun Yapısal Unsurları Suçun Özel Görünüş Biçimleri, İstanbul, 1999
- JESCHECK, H. Heinrich: Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş: (Çev: F. Yenisey), İstanbul, 1989
- KARA, Adem- OKAN, Gökhan: Dolandırıcılık ve Karşılıksız Çek Keşidesi, www.türkhukuk sitesi.com.tr
- KUNTER, Nurullah: Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1949
- KUNTER, Nurullah: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1955
- MALKOÇ, İsmail: Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Ankara, 1990

- MALKOÇ, İsmail: Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2002
- ÖNDER, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994
- ÖZGENÇ, İzzet: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara, 2002
- ÖZGENÇ, İzzet: Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, 1996
- ÖZGENÇ, İzzet: Yeni TCK'nın Hazırlanmasında Esas Alınan Suç Teorisi
www.adalet.gov.tr
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara, 2005
- ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa R.- ÖZER, Veli: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 1998
- ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa R.- ÖZER, Veli: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2002
- ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa R.- ÖZER, Veli: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2005
- ÖZTÜRK, Bahri: Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 1992
- PISAPIA, Gian Domenico: İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, Padova 1965 (Çeviren AKGÜÇ, Atıf) Ankara, 1971
- RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, 1980
- SARI, Yaşar- DEMİREL, Sevgi: Malvarlığına Karşı Suçlarda Dolandırıcılık,
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>
- SAVAŞ, Vural- MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara, 1999
- SELÇUK, Sami: Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayırımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986
- SELÇUK, Sami: Dolandırıcılık, Ankara, 1982

- SOYASLAN, Doğan: Teşebbüs Suçu: Ankara, 1994
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2003
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2005
- ŞAFAK, Engin: Hırsızlık Yağma ve Dolandırıcılık Suçları ile Müşterek Hükümler, Ankara, 2002
- ŞAFAK, Engin-GÜNDEL, Ahmet: En Son Yargıtay İçtihatlarıyla Zimmet, Sahtekarlık, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık ve Emniyeti Suiistimal Suçları, Ankara, 1993
- TAŞDEMİR, Kubilay- ÖZKEPİR, Ramazan: Açıklamalı İçtihatlı Ağır Ceza Davaları ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2002
- TAŞDEMİR, Kubilay- ÖZKEPİR, Ramazan: Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2000
- TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, 1970
- TOSUN, Öztekin: Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1982
- ÜLKÜ, Muhammed Murat: 5237 sayılı TCK'nın 157-159. Maddelerinde Yer Alan Dolandırıcılık Suçları, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/162.pdf>
- www.turkhukuk sitesi.com/fag/dolandiricilik.shtm
- YEKEBAŞ, Vehbi: Suçun ve Suçlunun Taaddüdü ve Cürme İştirak, Ankara, 1952
- YILMAZ, Zekeriya-ERGÜN, İsmail: Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanununda Dolandırıcılık Suçları, Ankara, 2005

Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükümlenmez.

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 sağlamaktadır.

Kredi kartları ise, banka ile kendisine kart verilen kişi arasında yapılmış bir sözleşme gereğince, kişinin bankanın belirli koşullarla sağladığı kredi olanağını kullanmasını sağlayan araçtır.

Maddeye göre, aşağıdaki şekillerde gerçekleştirilen hareketler bu suçu oluşturmaktadır:

1. Başkasına ait bir banka veya kredi kartının, her ne suretle olursa olsun ele geçirilmesinden sonra, sahibinin rızası bulunmaksızın kullanılması veya kullandırılması ve bu suretle failin kendisine veya başkasına haksız yarar sağlaması.

2. Aynı fiilin, aynı koşullarla sahibine verilmesi gereken bir banka veya kredi kartının bunu elinde bulunduran kimse tarafından kullanılması veya kullandırılması; sözcülemi kartı sahibine vermekle görevli banka memurunun kartı kendi veya başkası yararına kullanması.(madde gerekçesi)

9-Dolandırıcılık ve Karşılıksız Yararlanma Suçu

Karşılıksız yararlanma suçu ETCK'da 1991 yılında yapılan bir değişiklikle bağımsız suç haline getirilmiştir. ETCK m. 521a "Ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde;

1.Ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan,

2.Ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen,

3.Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden bir yere taşıyan

ve ödemedeki bulunmayan kimseye.....ceza verilir. Bu maddedeki suçların kovuşturması şikayete bağlıdır. "

521b "ancak bedeli ödendikten sonra hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanan kimse..... cezalandırılır."

ETCK'daki dolandırıcılık ile ETCK'daki karşılıksız yararlanma suçunu ayırmak için çeşitli kıstaslar vardı. Dolandırıcılıkta fail hile ve desiselerle haksız bir menfaat elde etmekteydi. Oysa karşılıksız yararlanma suçunda hile ve desise kullanılmamakta, fail sadece ödeme gücünden yoksunluğunu gizlemekteydi. Zarar dolandırıcılık suçunun zorunlu bir unsuru olduğu halde karşılıksız yararlanma suçunda ayrıca bu unsura yer verilmemişti. Dolandırıcılık suçunun hukuki konusu malvarlığına ilişkin varlık ve menfaatler ve insanın irade özgürlüğüdür.

Karşılıksız yararlanma suçunun hukuki konusunu iki taraflı ve geçerli bir sözleşmeden doğan alacak hakları oluşturmaktaydı.²¹³YTCK karşılıksız yararlanma başlığı altında ETCK'daki karşılıksız yararlanma suçundan çok farklı bir düzenleme getirmiştir. YTCK m. 163 "(1) otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır" şeklindedir.

"YTCK ödeme yeteneği olmadığı halde, konaklamaya ayrılmış yerlerde kalma, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında seyahat etme, lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içme gibi, örf ve adet gereği bedelin hizmetin sunulmasından sonra ödenmesi gereken eylemler bakımından ayrı bir düzenlemeye yer vermemiştir. Dolandırıcılık suçunu düzenleyen YTCK m. 157'nin gerekçesinde yer verilen anlatımlardan, bu tür eylemlerin esasen dolandırıcılık suçunu oluşturacağı düşüncesinden hareket edildiği izlenimi uyanmaktadır." Bu durumda YTCK.'ya göre bu tür davranışların dolandırıcılık olarak değerlendirilmesi için hangi kriterlere bakılacaktır? Karşılıksız yararlanma niteliğindeki davranışlarda eğer failde başlangıçtan beri ödememe niyeti varsa dolandırıcılık olarak değerlendirilebilir. Failin bu konudaki kastının nasıl ispat edileceği de ayrı bir sorundur. YTCK'da bu

²¹³ Erdem, Mustafa Ruhan; Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları, Ankara 1996, s.20-

tür davranışları cezalandıran ayrı bir hükmün olmaması uygulamada sıkıntı yaratacak gibi görünmektedir.²¹⁴

IV.NİTELİKLİ HALLER

Nitelikli dolandırıcılık

MADDE 158- (1) Dolandırıcılık suçunun;

a) Dinî inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle işlenmesi

Eski madde metninde yer almayan bu hükmün ağırlatıcı sebep olarak gösterilmesi isabetli olmuştur. İnsanların en çok hassasiyet gösterdikleri konulardan biride dini inançlarıyla ilgili konulardır. Dolayısıyla kötü niyetli kişilerin insanların dini duygularını kullanarak çıkar elde etmeleri daha kolaydır. Bu tür kişileri daha fazla cezayla cezalandırmak gerektiği için suça ağırlatıcı sebep olarak eklenmiştir.

b) Kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle işlenmesi

Kişinin içinde bulunduğu tehlikeli veya zor şartlar insanlara güven duymaya en çok ihtiyaç hissettikleri zamanlardır. Bu zamanlarda insanların kötü niyetli kişiler tarafından aldatılmaları daha kolaydır. Bu nedenle bu durumda bulunan kişilere karşı işlenen dolandırıcılık suçlarını daha fazla cezayla cezalandırmak gerekmiştir.

Eski TCK'nın 504.maddesinin 5. bendinde buna benzer bir hüküm vardı. Dolandırıcılık suçunun bir kimseyi içinde bulunduğu tehlikeli veya zor durumdan kurtarmak bahanesiyle işlenmesi ağırlatıcı sebep sayılmıştı. Bu madde yapılması gereken hileli hareket tehlikeli veya zor durumdan kurtarılmak bahanesiyle olması gerektiği şeklinde sınırlanmıştı. Zor durumda olanın mağdur veya bir başkası olması önem arz etmiyordu. Yeni medde metni hileli hareketteki bu sınırlamayı iyice genişletmiştir. Buradaki hileli hareket bağlı hareketten serbest harekete dönüşmüştür. Harekette yapılan bu genişleme mağdur konusunda sınırlanmıştır. Eski metindeki mağdurun veya herhangi birinin (bir kimsenin ifadesi) yerini, sadece mağdur almıştır. Yani bu ağırlatıcı sebebin uygulan-

²¹⁴ Erdem, www.adalet.gov.tr.

bilmesi için sadece mağdurun tehlikeli veya zor bir durumda olması gerekecektir. Örneğin failin kişiyi uzun süredir görmediği kardeşinin zor durumda olduğundan bahsederek aldatması durumunda bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır.

c) Kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle işlenmesi

Dolandırıcılık suçunun bir unsuru mağdurun hileyle aldatılmasıdır. Mağdurun kandırılabilir nitelikte olması bu suçun ön şartıdır. Mağdur akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü gibi bir sebeple temyiz kudretinden yoksunsa bu kişilere karşı bu suç işlenemez. Yeni TCK temyiz kudreti tamamen yok olmayan ancak algılama yeteneği zayıf olan kişilerin aldatılmasının daha kolay olacağı gerekçesiyle, suçun bu şekline daha fazla ceza öngörmüştür. Algılama yeteneğinin zayıflığı çok objektif olmayan bir kavramdır. Bu durumu tespit etmek ve suçun nitelikli şeklinin oluştuğunu kabul etmek hakimnin takdirine kalmıştır. Mağdurun yaşı, fiziksel veya ruhsal bir hastalığının olup olmadığı, aldığı eğitim, çevresel koşullar gibi faktörler değerlendirilerek algılama yeteneğinin zayıflığı tespit edilebilir.

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi

Madde metninde sayılan tüzel kişiler toplumda geniş ve önemli yer tutan kuruluşlardır. Halk bu tüzel kişilere güven duyar. Bu kurum ve kuruluşların araç olarak kullanılıp insanların aldatılması daha kolaydır. Bu nedenle kanun koyucu suçun bu şekilde işlenmesini nitelikli durum olarak kabul etmiştir. Bentte sayılan kuruluşların "araç" olarak kullanılması nitelikli halin gerçekleşmesi için yeterli olup, bunların ayrıca suçtan zarar görmüş olmalarına gerek yoktur. Nitelikli halin uygulanması bakımından söz konusu tüzel kişiliğin yerel veya üst örgütlerinin suçta araç olarak kullanılmış olması önem taşımaz.

Eski TCK'da buna benzer bir hüküm vardı. Madde 504/3 "Posta Telefon ve Telgraf işletmesinin haberleşme araçlarını veya banka veya kredi kurumlarını veya herhangi bir kamu kurum ve kuruluşunu vasıta olarak kullanmak suretiyle" işlenmesi nitelikli durum olarak kabul edilmişti. Madde metninde sayılan kuruluşlarda hem daraltma hem genişletme

yapılmıştır. Madde metninden Posta, Telgraf ve Telefon işletmesinin haberleşme araçları çıkarılmış, yerine kamu meslek kuruluşları, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişilikleri gibi kurumlar eklenmiştir. Hangi kurum veya kuruluşların “kamusal” nitelik taşıdığı, o kurumun statüsünü düzenleyen mevzuata göre belirlenir. Her ne kadar bende te “kamu meslek kuruluşları”ndan söz edilmekte ise de, bununla anlatılmak istenen “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları”dır. Bu anlamda kamu meslek kuruluşu, eczacılar odası, tabip odası, baro, gibi “belli bir mesleğe mensup olanların ortak gereksinimlerini karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan kamu tüzel kişilikleridir”(Anyasa m.135).²¹⁵ Banka veya kredi kurumlarını araç olarak kullanmak ayrı bir bende belirtilmiştir. Madde metninde genişlemeye gidilmesi iyi bir durumdur ancak suçun Posta Telefon ve Telgraf işletmesinin haberleşme araçlarını araç olarak kullanmak suretiyle işlenmesinin nitelikli hal olmaktan çıkarılmasının sebebinin – kanunun gerekçesinde açıklanmadığı için- anlamak mümkün değildir.

e) Kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak işlenmesi

Suçun uygulamada en çok rastlanan nitelikli şeklidir. Eski TCK'nın 504/7. bendinde “kamu kurum ve kuruluşlarının veya kamu yararına çalışan hayır kurumlarının zararına olarak” işlenmesi suçun nitelikli şeklini oluşturmaktaydı. Yeni madde metninde kamu yararına çalışan hayır kurumları yer almadığı için suçun maddi unsurunda daralmaya gidilmiştir. Ancak bir önceki bende olduğu gibi bunda da gerekçe açıklanmamıştır.

ETCK'nın 504/7. maddesiyle ilgili aşağıdaki Yargıtay kararları YTCK'daki nitelikli dolandırıcılık suçunun bu bendi açısından da geçerlidir.

“Bağ-Kur Sağlık Karnesi bulunan sanığın (M.Ş) bu karneyi kardeşi diğer sanığa (M.Z) verip, onunda bu karneyle kendini M.Ş. olarak gösterip hastanede ameliyat olma

²¹⁵ Ülkü, Muhammed Murat, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/162.pdf>

ve bu hastalığa ait ilaçları almaktan ibaret sanıkların eylemleri TCK.nun 504/7,80 ve 522.maddelerinde yazılı suçu oluşturur.”(6.CD.09.10.2000-6768/6827)²¹⁶

“Bankada güvenlik görevlisi olduğu halde, personel yetersizliği nedeniyle sözlü olarak “vergi iade zarflarının teslim alınması, kontrolü ve ilgili kurum listelerine kaydedilip gönderilecek şekilde tasnifi” ile yetkilendirilen sanığın bazı vergi iade zarflarındaki fişleri alıp limiti dolduramamış kişilerin zarflarına ekleyerek fazla vergi iadesi almalarını sağlayarak karşılığında bu şahıslardan para aldığı, yine vergi iade zarfı vermeyen bir kısım emeklileri vergi iade zarfı vermiş gibi listelere kaydedip hesaplarına vergi iade bedelinin yatmasını sağladığı, yaptığı usulsüzlükler sebebiyle 136 adet SSK ve Emekli Sandığına tabi emeklilere ait vergi iade zarfını bulunmadığı anlaşılmakla eyleminin TCK.nun 504/7 maddesinde yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,” (6.CD.040.4.2002-295/4408)²¹⁷

f) Bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi

Teknolojinin gelişmesi, birçok yeni suç işleme şekillerini de beraberinde getirmiştir. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasıyla en çok işlenen suç dolandırıcılık suçudur.

Banka veya kredi kurumları toplumdaki ekonomik faaliyetlerin temelinde olan kurumlardır. İnsanlar bu kurumlara güvenirlere, para veya değerli eşyalarını emanet ederler, yatırım yaparlar, kredi alırlar. Bu nedenle bilişim sistemlerini veya banka veya kredi kurumlarını kullanıp insanları aldatmak kolaydır. Kanun koyucu bu durumu göz önüne alarak bu şekilde işlenen dolandırıcılık suçlarını daha ağır ceza ile cezalandırmıştır.

Banka ve kredi kurumları açısından dikkat edilmesi gereken husus, bu kurumlar adına hareket eden kişilerin başkalarını kolaylıkla aldatabilmeleridir. Örneğin, internetten alışveriş yaparken başkasına ait kredi kartı numarası verildiğinde malı alış-

²¹⁶ Yılmaz- Ergün, s.69

²¹⁷ Yılmaz- Ergün, s.70

verişi yapan almasına rağmen bedeli başkası ödemektedir. Burada bilişim sistemleri kullanarak yapılan bir dolandırıcılık söz konusudur.²¹⁸

ETCK'nın 504/3. maddesiyle ilgili aşağıdaki Yargıtay kararları YTCK'daki nitelikli dolandırıcılık suçunun bu bendi açısından da geçerlidir.

“Annesinin ölümüyle geçersiz kalan vekaletname ve yoklama belgesini kullanarak Ziraat Bankasını aracı kılmak suretiyle kamu kurumu olan Emekli Sandığına karşı haksız çıkar sağlayan sanığın eylemi bir bütün olarak TCK.nun 79. maddesi delaletiyle aynı kanunun 504/3-7-son, 80. maddelerine uygun dolandırıcılık suçunu oluşturur.”(6.CD.10.09.2001-10443/10407)

“Sanığın sahte çekle kamu kuruluşu olan E... Belediyesinin bankadaki hesaplarından, banka aracı kullanılmak suretiyle para çekmekten ibaret eylemi,TCK.nun 504/3-7-son,61. maddelerinde yazılı suçu oluşturur.” (6.CD. 27.11.1997-11649/11499)²¹⁹

g) Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi

Bu ağırlatıcı sebep eski TCK'da yoktu. Kanun koyucunun bu maddeyi eklemesini amacı, insanların bu yolla aldatılmasının daha kolay olmasıdır.

h) Tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenmesi

Bu ağırlatıcı sebep de eski madde metninde yer almamaktaydı. Bu maddede suçun belli grup kişiler tarafından işlenmesini nitelikli durum olarak kabul etmiştir. Bu kişiler tacir, şirket yöneticisi, şirket adına hareket eden kişiler ve kooperatif yöneticileridir. Bu kişilerin dolandırıcılık suçunu gösterdikleri faaliyet kapsamında işlemeleri halinde ceza arttırılacaktır. Örneğin bir şirket temsilcisinin ticari faaliyet yapmadığı sırada suçu işlenmesi durumunda bu ağırlatıcı sebep uygulanmaz. Madde metninde sayılan kişi-

²¹⁸ Ülkü, M. Murat, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/162.pdf>.

²¹⁹ Yılmaz- Ergün, s.66-67

lerin mesleki faaliyetleri, dolandırıcılık suçunun işlenmesini kolaylaştıran imkanları içinde barındırmaktadır.

i) Serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi

Bu ağırlatıcı sebep eski madde metninde yer almamaktaydı. Bu ağırlatıcı sebep nitelik olarak "h" şikkındaki sebebe benzemektedir. Serbest meslek sahibi kişilerin kendilerine duyulan güveni kötüye kullanarak bu suçu işlemeleri daha ağır cezayla cezalandırılmıştır.

j) Banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla işlenmesi

Eski TCK'nın 504. maddesinin 1. bendinde yer alan bu hüküm değişikliğe uğramadan yeni TCK'da da yerini almıştır.

Dolandırıcılık suçlarının banka veya diğer kredi kurumunca tahsil edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla işlenmesi durumunu açıklamaktadır. Bankalar veya diğer kredi kurumları kişilere kredi açan kuruluşlardır.

Banka, Bankalar yasasına göre kurulan, tüzel kişiliğe sahip, müşterilerine kredi verebilen kurumlardır. Diğer kredi kurumları ise, faiz karşılığında olsun ve olmasın yasal olarak borç para vermeye izinli olan özel veya resmi kuruluşlardır.

Bankalar veya diğer kredi kurumları belli koşullarda gerçek veya tüzel kişilere kredi verebilirler. Kredi vermek ticari bir işlemdir ve banka verdiği kredinin geri ödemesini güvence altına almak için kredi vereceği kişinin mali durumu hakkında araştırma yapıp bazı belgeler isteyebilir. Kredi alan kimse bazı hileli davranışlarda bulunarak normalde açılmaması gereken bir krediyi alabilir.²²⁰ Bu hileler kredi karşılığı teminat

²²⁰ Malkoç, s.1193

olarak gösterilen taşınmazların değerinin olduğundan yüksek gösterilmesi, mali durumu iyi olmadığı halde sahte bilançolarla bunu gizleme şeklinde olabilir.²²¹

Kanun metnindeki “tahsil edilmemesi gereken bir kredinin” tabirini Bankalar Kanuna göre yorumlamak gerekir.²²²

Kanunen borç para vermeye yetkili olmayan kuruluşlara karşı bu fiilin işlenmesi imkansızdır. Bu durumda dolandırıcılık suçunun basit şekli oluşur. Krediyi alan kişinin herhangi bir hileli davranışı olmaksızın, banka personelinin görevini iyi yapmaması nedeniyle tahsil edilmemesi gereken bir kredi açılmışsa dolandırıcılık suçu oluşmaz, ancak ilgili mevzuata göre bankacılık suçu oluşabilir.²²³

ETCK'nın 504/1. maddesiyle ilgili aşağıdaki Yargıtay kararları YTCK'daki nitelikli dolandırıcılık suçunun bu bendi açısından da geçerlidir.

“Hayali kişilere ait özel senet düzenleyip bankada kredi alan sanığın eyleminin TCY' nin 79. madde aracılığı ile 504/1,80,522, 81. maddelerinde yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması” (6.C.D. 22.4.1998, 3443/4038)²²⁴

“Bankadan kredi almak amacıyla izin ve muvafakatleri olmadığı halde sanıklar F. Aksoy ve S.Sivas'ı kefil gösterip yerlerine de imza atarak düzenlediği kredi sözleşmesi ile Halkbank Şubesinde kredi alan sanığın eyleminin TCK nun 504/1. maddesinde yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi,”(6.CD.30.11.1999-1999/7206-7124)²²⁵

²²¹ Malkoç, s.214

²²² Erdem, www.adalet.gov.tr

²²³ Güngün,Mehmet; Uygulamalı Ağır Ceza Davaları, Ankara 1996, s.583

²²⁴ Malkoç, s.1448

²²⁵ Yılmaz-Ergün, s.65

k) Sigorta bedelini almak maksadıyla işlenmesi

Eski TCK'nın 504. maddesinin 2. bendinde yer alan bu hüküm "j" şıkkı gibi hiçbir değişikliğe uğramadan yeni TCK'da da bulunmaktadır.

Fail bu bentte sigorta bedelini almak amacıyla hile ve desiselerde bulunmaktadır. Sigorta bedeli rizikonun gerçekleşmesiyle sigortalıya veya onun gösterdiği kişiye ödenen bedeldir. Bu suçun oluşabilmesi için kanunen geçerli bir sigorta sözleşmesi yapılmış olmalıdır.

Bentteki ağırlatıcı sebebin uygulanabilmesi için failin sigorta edilen veya sigorta bedelini alacak kimse olması şart değildir.²²⁶ Çünkü bu suç haksız yararın başkasına sağlanmasıyla da oluşabilir. Ayrıca sigortanın türü de suçun oluşumu için önemli değildir.²²⁷

Bu bentte failin hak etmediği sigorta bedelini almak için yapacağı hile ve desiseler sınırlanmamıştır. Sonuca ulaştırıcı her türlü hile ile suç oluşmuş sayılır. Bir kimsenin sigortalı malını sigorta bedelini almak amacıyla tahrip etmesi de hiledir.²²⁸

Sanık hakkı olmayan sigorta bedelini almadan yakalanırsa ETCK. m.61 uygulanır. Bedelin alınmasıyla suç tamamlanır.²²⁹

ETCK'nın 504/2. maddesiyle ilgili aşağıdaki Yargıtay kararları YTCK'daki nitelikli dolandırıcılık suçunun bu bendi açısından da geçerlidir.

"sanığın şuçta konu bonoyu kullanarak sürücü belgesi olmayan sanık M'nin sanık Cemil Pehlivan'a ait araba ile kaza yapması üzerine Anadolu sigortadan kasko parasını alabilmek amacıyla olay sırasında arabayı kullanıp kaza yapanın sürücü belgesi olan sanık Rafet Pehlivan olduğunu açıklamak ve trafik kaza saptama tutanağının buna

²²⁶ Güngün, s.582

²²⁷ Malkoç, s.1193

²²⁸ Güngün, s.583

²²⁹ Dönmezer, s.214

göre düzenlenmesini sağlayarak sigortadan parayı almaktan ibaret eyleminin TCY'nun 504/2 madde ve fıkrasına uyabileceği ve kanıtlarla eylemleri değerlendirip nitelemenin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilmeden" (4.CD 7.4.1997,2249/2694)²³⁰

"Gerçeğe aykırı kaza raporu ve trafik kaza tespit tutanağı ile sigorta şirketinden tazminat isteminde bulunulması eyleminin sübutu halinde TCK.nun504/2. maddesine uygun suçu oluşturur." (6.CD.15.12.1997-12593/12395)

Dolandırıcılık suçunun nitelikli şeklinin işlenmesi hâlinde, iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Suçun nitelikli şeklinin müeyyidesi yeni kanunla birlikte arttırılmıştır. Eski kanundaki iki yıldan beş yıla kadar hapis ve sağlanan menfaatin iki misli kadar ağır para cezasının yerini, iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası almıştır. Ancak 26.06.2005 tarih ve 5377 sayılı kanun m. 19 ile TCK m.158/1'e bir cümle eklenmiştir, bu cümle şöyledir: "Ancak, (e), (f) ve (j) bentlerinde sayılan hâllerde hapis cezasının alt sınırı üç yıldan, adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz." Bu hükme göre dolandırıcılık suçunun kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak, bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle ve banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla işlenmesi durumunda verilecek hapis cezasının alt sınırı üç yıldan az olamayacaktır. Ayrıca bu değişiklikle para cezasının miktarının alt sınırı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamayacaktır. Bu hükümle nitelikli dolandırıcılığın bu bendleri açısından para cezası nispi nitelik kazanmıştır.

Eski TCK'nın 504. maddesinin ikinci bölümü yeni kanunda yer almamıştır. İkinci bölüm suçun işlenmesinde 504. maddede belirtilen ağırlatıcı sebeplerden iki veya daha fazlasının birleşmesi durumunda hapis cezasını alt sınırını üç yıl olarak belirtmekteydi. Yeni TCK'nın 158.maddesinde belirtilen ağırlatıcı sebeplerin iki veya daha fazlasının birleşmesi durumunda cezada bir değişiklik öngörülmemiştir. Ancak böyle bir durumda TCK m.61 uygulanır.

²³⁰ Malkoç, s.1189

Madde 158/2 "Kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vadiyle aldatarak, başkasından menfaat temin eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."

Yeni TCK'nın 158. maddesi nitelikli dolandırıcılık hallerini saymış olsa da maddenin ikinci kısmıyla yeni bir suç tipi yaratılmıştır. Kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle belli bir işin gördürüleceği vadiyle aldatarak, başkasından menfaat temin eden kişinin nitelikli dolandırıcılığın cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Maddede belirtilen bu durum eski TCK'nın 278. maddesinde nüfuz ticareti adı altında bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş idi. Şimdi ise nitelikli dolandırıcılık olarak kabul edilmiştir.

ETCK'nın 278. maddesiyle ilgili Yargıtay Kararları YTCK'nın 158/2 açısından değerlendirilmelidir.

"Sanığın ,mağdurun emniyet tarafından nezarete alındıktan sonra serbest bırakılması ve sonradan nezarete alınmamasını sağlamak için emniyette hatırı sayılır kişi olduğuna inandırıp polis memuru H. adına para almaktan ibaret eylemi TCK. nun 278/1.maddesinde yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden dolandırıcılık suçundan hükümlülüğüne karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir."(6. CD. 20.03.1984-8147/2152)

Failin herhangi bir isim belirtmeden sadece tanıdıkları olduğunu söylemesi veya bir memur yanında hatırı sayıldığından bahsetmeksizin sınav kazandırmak için ilgililere para vereceği yalanıyla çıkar sağlaması YTCK m.157 deki basit dolandırıcılık suçunu oluşturur.²³¹

ETCK'nın 504.maddesinde yer alıp da YTCK'da belirtilmeyen suçun nitelikli şekilleri şunlardır:

²³¹ Yılmaz-Ergün, s.66

4.Bend Yurt dışında iş bulmak, ikamet izni veya vize almak bahanesiyle suçun işlenmesi :

Suçun faili yurtdışında iş bulmak, ikamet izni veya vize almak gibi konularda yetkisi bulunmayan kişidir.²³² Bu konularda yetkili ve görevli olan kişilerin eylemleri koşulları varsa diğer suçları oluşturabilir. Dolandırıcılığın bu bendinde hile unsuruna giren yalanın hangi konularda söyleneceği belirtilmiştir. Bu ağırlatıcı sebep bağlı hareketli suçtur.

Yurtdışında iş bulmak, ikamet izni veya vize almak gibi bahaneler birçok kimşenin kolaylıkla aldatılmasına elverişli olduğundan ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiştir.²³³

“Sanıkların işçilere iş bulmak için herhangi bir çalışma ve etkinlikte bulunmadıkları; radyo duyurusu ile başvurularını sağladıkları, yakınanları sahte yabancı deniz firması temsilcisi gibi davranıp yurt dışında çalışan gemilere işçi olarak gönderme vaa-diyle haksız çıkar elde ettiklerinin anlaşılması karşısında eylemlerinin TCK.nun 71,504/4. maddelerine uyduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,” (6.CD. 22.01.2002, 14386/246)²³⁴

“Sanığın yakınanları yurt dışına işçi olarak götürme vaa-diyle ilgili eylemini, müşteekilerin aynı yer ve zamanda toplu halde buldukları sırada gerçekleştirip gerçekleştirmedeği araştırılıp sonucuna göre 765 sayılı TCK.nun 71. maddesini uygulama ola-nağını tartışılmaması,” (6.CD. 24.09.2001, 12185/11086)

“a-TCK.nun 504/4. maddesine göre temel ağır para cezasının elde edilen haksız çıkarın iki katı olarak belirlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi,

²³² Malkoç, s.1193

²³³ Güngün, s.583

²³⁴ Erol, s.1368

b-Sanığa TCK.nun 504/4.maddesine göre hükmolunan ağır para cezası toplam haksız çıkar üzerinden belirlenmesine rağmen aynı yasanın 80. maddesi ile arttırılması,” (6.CD. 15.10.2001, 10920/12273)²³⁵

6.Bend: Bir kimseyi askerlikten kısmen veya tamamen kurtarmak bahanesiyle işlenmesi

Madde metninde kısmen veya tamamen ibaresi eklenerek maddeye açıklık getirilmiştir. “Askerlik süresinin kısaltılacağı vaadiyle yarar sağlanması halinde de suç teşekkül eder”²³⁶ Mağdurun askerlikten kurtarılmış olması suçun oluşumunu engellemez.²³⁷ “Dolandırılan kişi anlaşmanın hukuken geçersiz olması nedeniyle gayri meşru zeminde olduğu için suç failinden zararını isteyemez. Bu hüküm esasen suç ortamı durumundaki mağduru korumaktadır”²³⁸

504. maddenin bu bendi dolandırıcılıktaki hile unsurunun ne şekilde yapılacağı belirtilmiş yani hile ile askerlikten kurtarılacağı vaadi olacak, haksız yarar olacak.

8.Bend: Meslek ve görevlerini yaptıkları sırada avukatlar, dava vekilleri, vekiller ve kurum yöneticileri tarafından işlenmesi

Bu bent dolandırıcılık suçunun avukatlar, dava vekilleri, vekiller veya kurum yöneticileri tarafından işlenmesi halinde uygulanır.²³⁹ Madde metninde belirtilen meslek gruplarını tanımlamak gerekirse;

Avukatlar 1136 sayılı Avukatlık Kanununa göre kabul edilen kişilerdir.

Stajyer avukatlar ancak vekil sıfatıyla hareket edebilme aşamasında bu suça muhatap olabilirler.

²³⁵ Erol, s.1370

²³⁶ Dönmezer, s.216

²³⁷ Güngün, s.583

²³⁸ Malkoç, s.1194

²³⁹ Güngün, s.523

Dava vekilleri ise Avukatlık Kanununun yürürlüğe girmesinden önce dava vekalet ve ruhsatnamesine sahip olan kişilerdir.

Vekiller, vekalet sözleşmesine dayanarak vekalet veren adına iş yapmaya yetkili kılınmış kişilerdir. Vekil ve müvekkil arasında güvene dayalı bir ilişki vardır. Bu güvenin kötüye kullanılarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi ağırlatıcı sebeptir. Kurum yöneticileri kamu kurum ve kuruluşları kapsar.²⁴⁰ Kurum yöneticisi özel hukuka veya kamu hukuklarına göre kurulmuş olan (dernek, şirket, kit'ler) kurumların denetim ve yönetim yetkisine sahip en üst personeldir.

Bu ağırlatıcı sebebin uygulanabilmesi için suçun görev yapıldığı sırada bu sıfattan yararlanarak yapılmış olması gerekir. Fail avukat olmadığı halde kendini avukat olarak tanıtarak bu suçu işlemişse ağırlatıcı sebep uygulanmaz. Çünkü suçun görevini yaptığı sırada işlenmesi durumu asla oluşmayacaktır. (6 C.D. 11.3.1960 4935/2600)

Dönmezer ve Önder görev yapıldığı sırada suçun bu sıfattan yararlanarak işlenmesi gerektiği fikrini savunmaktadır. Bir avukatın avukat olduğunu söyleyerek hiçbir ilgisi olmayan başka bir kişiyi kandırmasında bu bend uygulanmamalıdır. Avukat görev ve yetkisi itibariyle muhatap olduğu kişiye karşı bu suçu işleyebilir.²⁴¹

²⁴⁰ Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1 İstanbul 1987, s. 217

²⁴¹ Malkoç, s1194

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

I-CEZAYI KALDIRAN VEYA AZALTAN ŞAHSİ SEBEPLER

1-Daha az cezayı gerektiren hâl

YTCK Madde 159- (1) *Dolandırıcılığın, bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi hâlinde, şikâyet üzerine, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*

Yeni TCK'nın 159. maddesi eski kanunda olmayan bir cezada indirim sebebi ihdas etmiştir. Dolandırıcılık suçunun hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi hâlinde, şikâyet üzerine, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilecektir. Bu maddede failin taşıdığı özel kast cezadaki indirimin sebebinin oluşturur. Madde başlığı daha az cezayı gerektiren hal olarak yazılmış ise de bence bağımsız bir suç tipi yaratılmıştır. Burada ETCK'nın 308. maddesinde yer alan "ihkakı hak" suçuna benzer bir durum yaratılmıştır. Suçun maddi unsuru dolandırıcılık yapmaktır. Manevi unsuru özel bir amaç içerir. Bu amaç (veya saik) de hukuki ilişkiye dayanan alacağı almaktır. Suç dolandırıcılık gibi kamu davasıyla takip edilmez. Takibi şikâyete bağlıdır. Şikâyet süresi kişinin fiili ve faili öğrendiği günden itibaren altı aydır. Şikâyetten vazgeçme halinde bu durum sanık tarafından da kabul edilirse davanın düşmesine karar verilir. Bu suçta dolandırıcılıktakinden farklı olarak seçimlik ceza öngörülmüştür. Faile ya hapis cezası yada adli para cezası verilecektir.

2-Şahsî cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebep

YTCK Madde 167- (1) *Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların;*

- a) *Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,*
 - b) *Üstsoy veya altsoyunun veya bu 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.*

(2) Bu suçların, 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.

Yeni TCK'nın 167. maddesi şahsi cezasızlık sebebi ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepleri düzenlemiştir. Bu maddenin karşılığı olan durum eski TCK'da 524.maddede yer almaktaydı.

ETCK m.524 "Bu babın birinci,üçüncü,dördüncü,beşinci ve sekizinci fasıllarında ve 516. maddenin birinci fıkrası ile 518, 519, 521. maddede beyan olunan cürümler:

1-Haklarında ayrılık kararı verilmemiş olan karı kocadan birinin,

2-Usul ve fürudan yahut bu derece sıhri akrabadan birinin veya analık,babalık veya evlatlığın,

3-Faille beraber bir dam altında yaşayan erkek veya kız kardeşin zararına olarak işlenmiş olursa fail hakkında takibat icra olunmaz."

Buna benzer şahsi cezasızlık sebepleri küçük farklılıklarla birçok ceza kanunlarında kabul edilmiştir. Bunun sebeplerini şöyle özetleyebiliriz: İlk olarak aile ilişkilerine adli mercilerin karışmasını engellemek ve aile bütünlüğünün devamını sağlamaktır. İkincisi ailenin sahip olduğu mallar üzerinde kişilerin müştereken tasarruf etmesidir. Üçüncü sebep ise, cezasızlık öngörülmüş suçların niteliğinin mala karşı işlenen suçlardan olmasıdır Bu tür suçlarda zararın giderilmesi mümkündür.

524. madde hukuki nitelik olarak şahsa bağlı bir cezasızlık halidir. Bu nedenle suça katılan diğer kişilerin cezalandırılmasını engellemez.

Bu maddelerin uygulanabileceği kişiler:

Bu maddelerin uygulanması için bu sıfatların medeni kanuna göre kazanılmış olması gerekir. Bunun haricindeki sebeplerle (örneğin yöresel alışkanlıklar kişisel saygı ve sevgi gibi) kullanılması durumunda bu madde uygulanmaz. Ayrıca 524. maddenin uygulanması sayılan bu kişilerin sadece kendileri için söz konusudur.

Karı koca: MK 138'e göre haklarında ayrılık kararı verilmemiş olan ve fiilen ayrı yaşayan kişiler hakkında kovuşturma yapılamaz. Eylemden sonra çift boşanmış olsa bile durum değişmez. Önemli olan suçun işlendiği andan karı kocanın mevcut olan hukuki durumudur. Ayrıca imam nikahı gibi hukuken batıl olan evliliklerde karı-koca bu cezasızlık halinden faydalanamaz.

Usul, fûru ve bu derece sıhri akraba: Gayri sahih nesepli çocuklar bu maddeden yararlanamazlar. Evlatlık ve babalık kavramları Medeni kanun hükümlerine göre belirlenir. *“üvey baba üvey anne ve üvey çocuklar usul ve furiyen aynı derece sıhri akrabaları sayılır.” (Y.C.G.K.30.5. 1988 6/177-238)²⁴²*

Bir dam altında yaşayan erkek veya kız kardeş: Bir dam altında yaşamak gelip geçicilik arz etmeyecek derecede uzun süre birlikte yaşamayı ifade eden bir kavramdır. Ayrıca birlikte yaşanılan yerin mesken olması gerekir. Kişi geçici olarak bir iki gece kalmak için gelmişse bu madde uygulanmaz. Örneğin kişinin kardeşinin dükkanında çalışmakta iken dolandırıcılık suçunu işlemesinde bu cezasızlık sebebi uygulanmaz.²⁴³

Yeni madde metninin “b” şikkında, eski metinde bulunan “analık ve babalık” kavramları yer almamıştır.

167. maddenin ikinci fıkrası bir kısım akraba için hem yargılama şartı hem de cezada indirim gerektiren şahsi sebepleri belirtmiştir. Buna göre bu bölümde yer alan suçları (yağma ve nitelikli yağma hariç) 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 indirilecektir. Eski TCK'ya göre, yeni kanunun 167. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen akrabalar bu tür bir indirim sebebinden yararlanamıyordu.

²⁴² Malkoç, s.1253

²⁴³ Dönmezer, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1998 s.518

3-Etkin pişmanlık

Dolandırıcılıkta suç tamamlandıktan sonra, oluşan zararın telafi edilmesi suçu ortadan kaldırmaz. Ancak burada ETCK m. 523 uygulanarak cezada indirim yapılır. “Bu durumda sadece suç oluşuktan sonra faal nedamet söz konusu olabilir.”²⁴⁴

ETCK m.523 " Bu babın birinci (TCK 503-504), üçüncü, dördüncü, beşinci fasıllarında ve 516. maddenin birinci fıkrasında ve 518 ve 519 ve 521. maddelerinde beyan olunan cürümlerden birini işleyen kimse kendi hakkında bir güne takibat icrasına başlanmadan evvel aldığı iade eylerse yahut işlenen fiilin mahiyetine ve sair ahvale nazara red ve iade kabili olmadığı takdirde mutazzarının zararını tazmin ederse göreceği ceza üçte birden üçte ikiye kadar indirilir.

Eğer bu red veya iade veya tazmin hususu takibat esnasında fakat işin mahkemeye verilmesinden evvel vuku bulunursa failin göreceği ceza altıda birden üçte bire kadar indirilir. 494. maddenin 2,3 ve 4 numaralı bentleri ile 521/e ve 521/b maddelerinde yazılı cürümlerden dolayı da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır.”

Bu indirim sebebinin uygulanabilmesi için gerekli olan kriterler;

İade veya tazminin tam olması: Dolandırıcılıkta fail bir mal elde etmişse bu malı aynen iade etmelidir. Eğer aynen iade mümkün değilse verilen zarar başka yollarla karşılanmış olmalıdır.²⁴⁵

Malın kısmen iadesi veya zararın kısmen karşılanması durumunda bu indirim sebebi uygulanamaz, ayrıca iade veya tazmin bilfiil olmalıdır. Failin zararı karşılamak için yol göstermesi veya malı elinde tutan kişiyi bildirmesi yeterli değildir.²⁴⁶

İade veya tazminin niteliği:

İade veya tazmini yerine getirecek kişinin bizzat suçu işleyen kişi olması gerekip gerekmediğini tartışılmalıdır. Yargıtay bu cezada indirim sebebinin temelini mağdurun

²⁴⁴ Özgenç, s.47-48

²⁴⁵ Malkoç, s.1249

²⁴⁶ Dönmezer, s.510

zararını karşılamak olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle zararın bir başkası tarafından karşılanması durumlarda m.523 uygulanabilecektir.²⁴⁷

İade veya tazmin rızaya dayanmalıdır. Bu rızayı gönül rızası olarak beklemek gerekmez. Fail içinden bunu istememiş olsa bile iade veya tazmin eyleminin maddi kısmını iradeye dayalı olarak yapmalıdır. İade veya tazmin doğrudan doğruya yapılabilir veya resmi veya özel kişilere verilerek de yapılabilir.²⁴⁸

“Malın iadesi veya zararın tazmini failin veya üçüncü kişilerin elinde olmayan bir sebeple meydana gelmişse m.523 uygulanmaz.”²⁴⁹

“banka zararın cebri icra yoluyla duruşma sırasında karşılandığı anlaşılıp kabul edilmesine rağmen sanık hakkında TCY 523. maddesinin uygulanması” (11.CD.10.3.97, 391/444)²⁵⁰

İade veya tazminin zamanı: Öncelikle bu iadenin veya zararın tazmininin takibat icrasına başlanmadan yani kamu davası açılmadan önce yapılmış olması gerekir. Madenin ikinci fıkrasında iade veya tazmin için ikinci bir süre belirtilmiştir. Bu süre takibat esnasında (yani kamu davası açıldıktan sonra) fakat işin mahkemeye verilmesinden önceki zamandır. Bundan hazırlık soruşturmasının başlamasından, savcı tarafından iddia-name ile davanın açılmasına ve son soruşturma safhası geçene kadar olan süreyi almak gerekir. Bu süre içerisinde yapılan iade ve tazminde ceza altıda birden üçte bire kadar indirilecektir.²⁵¹

“suça konu televizyonun sanık Hüseyin Gök’ün emaneten bıraktığı amcası Mustafa Gök gösterilmesi suretiyle bu kişinin evinden alınıp müşteriye iade edildiği zaptet-

²⁴⁷ Dönmezer, s.506

²⁴⁸ Malkoç, s.1251

²⁴⁹ Dönmezer, s.508-510

²⁵⁰ Malkoç, s.1252

²⁵¹ Dönmezer, s.511

me ve teslim tutanakları ile anlaşılması karşısında TCK'nın 523/1. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi." (6. CD 24.12.1996, 13861)²⁵²

YTCK da etkin pişmanlık

Madde 168(29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı yasa ile değişik):

(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadar indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadar indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadar indirilir.

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.

Yeni TCK'nın 168.maddesi etkin pişmanlık halini düzenlemektedir. Eski TCK'da buna karşılık gelen hüküm m.523 idi. Bu madde etkin pişmanlık halini hırsızlık, dolandırıcılık, emniyeti suistimal, eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak, başkasının arazisine hayvan sokmak ve bu maddeyle ilgili olan 519 ve 521. maddeleri için düzenlemişti.

Yeni madde metninde eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak, başkasının arazisine hayvan sokmak ve bununla ilgili iki madde etkin pişmanlık kapsamında çıkarılmış, karşılıksız yararlanma suçu ve yağma suçu (daha az indirim ile) bu kapsama alınmıştır.

Eski maddede cezada yapılacak indirim oranı için iki aşamalı bir sistem öngörülmüştü. Buna göre birinci aşamada bir güne takibat icrasına başlanmadan evvel iade veya tazmin gerçekleştiği takdirde ceza üçte birden üçte ikiye kadar indirilecekti. İkinci

²⁵² Malkoç, s.1252

aşamada ise takibat esnasında ancak işin mahkemeye verilmesinden evvel iade veya tazmin gerçekleşirse failin göreceği ceza altıda birden üçte bire kadar indirilecekti. Yeni maddede de bu iki aşama vardır. Kovuşturma başlamadan önce failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadar indirilir. Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadar indirilir.

Maddede yapılan bir değişiklik de iade veya tazmini kimin yapacağı konusunda olmuştur. Eski kanuna göre iade veya tazmini kimin yaptığı önem taşıyordu. Zararın herhangi biri tarafından karşılanması durumunda da m.523 uygulanabiliyordu. Ancak yeni madde zararı karşılayan kişileri sınırlamıştır. Bunlar sadece fail, azmettiren veya yardım eden olabilir. Bu kişilerin bizzat pişmanlık gösterip uğranılan zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle gidermesi gerekir.

Yeni madde iade veya tazminin tam olması konusunda da bir değişiklik yapmıştır. Eski kanuna göre iade veya tazmin tam olmalıydı. Zararın kısmen karşılanması cezanın indirilmesi için yeterli değildi. Yeni madde metni kısmen iade veya tazminin mağdurun rızasının olduğu durumlarda kabul edilebileceğini belirtmektedir.

II.YAPTIRIM VE MAHKUMİYETİN KANUNİ NETİCELERİ

1-Müeyyide

Bu suçtaki en büyük değişiklik suçun müeyyide kısmında olmuştur. Hapis cezası bir yıldan üç yıla kadar iken, bir yıldan beş yıla kadara çıkarılmıştır. Cezadaki bu artışın sebebinin dolandırıcılık olaylarının artmasıyla ilgili olduğunu düşünüyorum. Tabi ki sadece cezayı arttırmak suçun işlenme oranını düşürmek için tek başına yeterli bir yol değildir. Çünkü hiç kimse “bu suçun cezası çok ağır, bir daha bunu yapmayayım” diyerek suç işlemekten vazgeçmez. Ancak yasama organı genelde ilk olarak, suç oranını azaltmak için cezayı arttırma yoluna gitmektedirler.

a)Hapis cezası:

Suçun temel şeklinin cezası bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır. Madde metninde “ ve” kelimesi kullanıldığı için hem para hem hapis cezası uygulanacaktır.

Suçun nitelikli şeklinde faile iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

YTCK m. 49- (1) Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. (2) Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.

Dolandırıcılık suçunda sanığa verilen ceza hafifletici sebepler nedeniyle veya basit dolandırıcılıkta alt sınırdan hüküm kurulması nedeniyle bir yıl veya daha az ise bu kısa süreli hapis cezası olacaktır ve YTCK'nın 50. maddesinde belirtilen yaptırımlardan herhangi birine çevrilebilir.

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar:

Madde 50- (1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a) Adli para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir.

(2) Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hâllerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.

(3) Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile, fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

(4) Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı hâlinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir hâlinde uygulanmaz.

(5) Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.

(6) Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi hâlinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhâl infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(7) Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir.

b)Para cezası:

Eski TCK'daki ağır para cezası "nispi para cezası" niteliğindedir. Nispi para cezası fail tarafından elde edilen miktara bağlı olduğu için alt veya üst sınırı yoktu. Yeni TCK'da nispi para cezasının yerini adli para cezası almıştır.

YTCK m. 52- (1) Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.

(2) En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edilir.

(3) Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir.

(4) Hâkim, ekonomik ve şahsî hâllerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler hâlinde ödemesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz.

Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.

YTCK'nın 52. maddesi ile para cezası konusunda birçok Avrupa ülkesinde uygulanan gün para cezası sistemine geçilmiştir. Bu sistemin amacı kişiye verilecek para cezasının kişinin ekonomik durumunu da göz önüne alarak belirlenmesi ve haksızlıkların ortadan kaldırılmasıdır. Kural olarak adli para cezası hapis cezasına alternatif bir cezadır. Ancak kanunda belirtilen bazı suçlarda (özellikle ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlar) hapis cezasıyla birlikte verilecektir. Gün para cezası sistemi uygulanırken kanundaki sınırlar içinde kalmak üzere bir gün sayısı belirlenir. Daha sonra kişinin ekonomik durumuna göre belirlenen para miktarı, belirlenen gün ile çarpılarak verilecek ceza miktarı bulunur.(madde gerekçesi)

Madde metninde adli para cezasının miktarı beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yediyüzotuz günden fazla olamaz diye belirtilmiştir. Dolandırıcılık suçunda ise hapis cezasıyla birlikte beşbin güne kadar adli para cezasına hükmedilebileceği belirtilmiştir.Yani 157 ve 158. madde açısından adli para cezasının belirlenmesinde esas alınacak gün sayısı beş günden az ve beşbin günden fazla olamayacaktır. Ancak nitelikli dolandırıcılığın bazı şekilleri için, para cezasının niteliği değişmiştir. 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı kanun m. 19 ile TCK m.158/1'e bir cümle eklenmiştir, bu cümle şöyledir: "*Ancak, (e), (f) ve (j) bentlerinde sayılan hâllerde hapis cezasının alt sınırı üç yıldan, adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz.*"²⁵³ Bu ek, kanunun kabul ettiği adli para cezası sistemini bozmuş yani nispi para cezasını kanuna tekrar sokmuş; ancak bir olay için çıkarıldığı izlenimi veren bu değişiklik 1 Nisan 2005 tarihinden önce gerçekleşemediği için amacına ulaşamamıştır.

²⁵³ 5377 sayılı kanun ile yapılan ekin gerekçesi için bkz. Özgenç, TCK Gazi Şerhi, s.677-678, 896-897

Dolandırıcılıkta daha az ceza verilmesi gereken durumu düzenleyen 159. madde de adli para cezası hapis cezasına alternatif ceza olarak düzenlenmiştir. Maddede sadece adli para cezasına hükmedilir dendiği için belirlenecek gün miktarı beş ile yediyüzotuz gün arasında olacaktır.²⁵⁴

YTCK adli para cezasına taksitle ödeme imkanı da getirmiştir. Ancak taksitlerden biri zamanında ödenmediği takdirde geri kalan kısım tahsil edilir ve ödenmeyen kısım hapse çevrilir. Bu hapis cezası tazyik niteliğindedir. Adli para cezasının hukuki sonuçlarını devam ettirmektedir.

Adli para cezası yerine çektirilen hapis cezasının süresi üç yılı geçemez. Birden fazla adli para cezasına mahkumiyette bu süre beş yıldır. Bu hapis tazyik niteliğinde olduğundan infazı ertelenemez ve şartla salıverilme hükümleri uygulanmaz.

Hükümlü hapis yattığı günlerin dışında kalan günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkarılır. Ödenmeyen günlere karşılık gelen para Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanuna göre tahsil edilir.²⁵⁵

Adli para cezasının temel özellikleri şunlardır:

- 1-Gün para cezası sistemi kabul edilmiştir.
- 2-Maddede sadece adli para cezası verilir denilmişse belirlenecek gün 5 ile 730 arasında olacaktır.
- 3-Sadece üst sınır belirlenmişse alt sınır 5 günden az olamaz.
- 4-Adli para cezasına yargılama sonunda mahkeme karar verir.
- 5-Bu para cezası ertelenemez.
- 6-Adli sicile kaydedilir.

²⁵⁴ Yılmaz- Ergün, s.21-s.81

²⁵⁵ Hakeri, s.345

7-Kısa süreli hapis cezasına seçenek bir yaptırım olarak öngörüldüğü durumlar vardır.

8-Tekerrüre esas olabilir.

9-YTCK'da adli para cezasının hapis cezası ile birlikte verildiği, hapis cezası ile seçimlik ceza olarak belirtildiği ve tek başına ceza olarak öngörüldüğü durumlar vardır.²⁵⁶

2- Cezanın belirlenmesi

ETCK'daki dolandırıcılık suçunun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis ve sağlanan haksız menfaatin bir misli kadar ağır para cezası idi.

YTCK'daki dolandırıcılık suçunun cezası bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır. Hakim her somut olayda YTCK m.61 de belirtilen suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.

Sanığa verilecek para cezası belirlenirken ETCK'da sağlanan haksız menfaatin değerine bakılıyordu. Ancak gün para cezası sisteminde bu kriter uygulanamamaktadır. Dolandırıcılık gibi maddi çıkar elde etmenin birincil amaç olduğu suçlarda sanığın verdiği maddi zarar büyük boyutlara ulaşabilmektedir. Hakimin adli para cezasının miktarını belirlerken sanığın ekonomik durumu yanında suçtan elde ettiği maddi yararı da göz önünde bulundurması uygun olur. Aksi halde verilecek para cezasının caydırıcılık özelliği kalmaz.²⁵⁷

3-Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma

YTCK Madde 53- (1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

²⁵⁶ Yılmaz- Ergün, s.83

²⁵⁷ Yılmaz- Ergün, s.21

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,

c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,

e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır.

(2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz.

(3) Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.

(4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(5) Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükümlenen cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet hâlinde, hükümlenilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir.

Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

(6) Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü