

**T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

DOLANDIRICILIK SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

FIRAT TÜYSÜZ

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. ZEKİ HAFİZOĞULLARI

ANKARA - 2017



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 15 / 01 / 2018

Öğrencinin Adı, Soyadı : Fırat Tüysüz

Öğrencinin Numarası : 21610223

Anabilim Dalı : Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Programı : Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. Zeki HAFİZOĞULLARI


Tez Başlığı : Dolandırıcılık Suuru

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 142 sayfalık kısmına ilişkin, 30 / 11 / 2017 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 12'dir.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

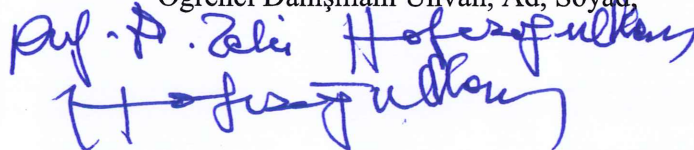
“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....


Onay

16 / 01 / 2018

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad


Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları

Fırat TÜYSÜZ tarafından hazırlanan “Dolandırıcılık Suçu” adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul (sınav) Tarihi : 22/12/2017

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI (Başkent Üniversitesi) 

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniversitesi) 

Jüri Üyesi : Yrd. Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ (Başkent Üniversitesi) 

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.

ENSTİTÜ MÜDÜRÜ
Prof. Dr. Doğan TUNCER

TEŞEKKÜR

Kendisini tanıma fırsatı yakaladığım günden bu yana, gerek eğitim hayatım süresince ve gerekse meslek hayatımda, engin bilgi ve tecrübeleri ile her zaman yanımda olan değerli hocam Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI'na, tez yazım sürecinde, yoğun çalışma temposuna rağmen, nezaket ve samimiyetle öngörülerini, tecrübelerini ve yardımlarını esirgemeyen Yrd. Doç. Dr. Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR'e, yine tez yazım sürecinde emeği ve ayrıca manevi desteğiyle yanımda olan dostum Dış Ticaret Uzmanı Onur BİLGEN'e saygı ve sevgilerimi sunar, kendilerine teşekkür ederim.

ÖZET

Dolandırıcılık, malvarlığına karşı işlenen suçların uygulamada en çok karşılaşılan örneklerindedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 157.maddesindeki tanıma göre dolandırıcılık; "Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına yarar sağlamak" eylemidir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, bu suça ilişkin olarak bazı değişiklikler yapılmıştır. Fakat kanunda hilenin tanımına yer verilmemiştir. Bu önemli bir sorundur. Yargıtay ise kanun değişikliğine rağmen, büyük ölçüde, eski kanun döneminde uygulanmakta olan görüşünde sabit kalmıştır. Ancak bunun yanı sıra Yargıtay, dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak yakın zamanda vermiş olduğu kararlarında sıklıkla, kanunun ve doktrinin aksine, suçun unsurlarının oluşmadığından ve eylemin hukuki ihtilaf kapsamında kaldığından bahisle beraat yönünde bozma kararları vermeye başlamıştır. Böylece, mevzuata göre dolandırıcılık suçunun tek bir tanımı olmasına rağmen, kanun, uygulama ve doktrin üçgeninin her bir köşesinde, farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Birbiriyle çelişen ve sürekli değişen yargı kararlarının verilmesi nedeniyle, bu suç yönünden, genel anlamda hukukta birlik sağlanamamıştır.

Bu çalışmada; dolandırıcılık suçunun tarihsel gelişimine, suçun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki yasal düzenlemesine, suçun maddi ve hukuki konusuna, suç ile korunan menfaate, suçun failine, mağduruna, unsurlarına ve özel görünüş biçimlerine, suçun benzer suçlarla karşılaştırılmasına, suçun cezasına, yargılama usulüne ve nitelikli dolandırıcılık suçlarına yer verilmiştir. Belirtilen çelişkiler, yakın zamanda verilen Yargıtay kararları ile aynı konudaki kanun hükümleri ve doktrin görüşleri de belirtmek suretiyle ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler :

Dolandırıcılık, nitelikli dolandırıcılık suçları, Türk Ceza Hukuku'nda hile kavramı, malvarlığına karşı suçlar.

ABSTRACT

Fraud, is one of the most common examples of crimes committed against property. According to the definition that is laid out in the Article 157 of Turkish Penal Code No.5237; fraud is an action that aims to yield benefit for oneself or other, at the expense of the another person or the victim, through deceiving somebody by fraudulent conduct.

Turkish Penal Code No.5237 has brought about some amendments regarding this crime. However, aforementioned law does not define deception. This is an important issue. Despite the law amendment, Supreme Court has to a great extent held on to its view that was applied in the period of the old law. On the other hand; Supreme Court in its recent verdicts on fraud crimes, in contrast with the law and doctrine, has frequently ruled to overturn the decision in favour of acquittal on the grounds that the element of the crime did not occur, and the action remained within the scope of the legal dispute. Therefore, in every edge of the law, practice and doctrine triangle different views came into existence, despite the fact that there is only one definition of fraud crime in the legislation. Regarding this crime, in general terms unity has not yet been achieved in law, due to conflicting and ever-changing rulings.

In this thesis; historical trajectory of fraud crime, legislative arrangement of this crime in Turkish Penal Code No. 5237, material and subjective elements of the crime, interest protected by the crime; perpetrator, victim, and special appearance forms of the crime, comparison of this crime with similar crimes; penalty and criminal proceedings of the crime, and aggravated fraud is examined. An attempt will be made to set forth/reveal the abovementioned contradictions, by putting forward recent Supreme Court rulings, and provisions of law, and views of the doctrine on the same subject.

Keywords :

Fraud, aggravated fraud crimes, concept of deception in Turkish Penal Code, crimes against property.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	I
ÖZET.....	II
ABSTRACT.....	III
İÇİNDEKİLER.....	IV
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM I. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ, GENEL OLARAK DOLANDIRICILIK SUÇU VE NİTELİKLİ HALLERİ.....	5
1.1. Dolandırıcılık Suçunun Tarihsel Gelişimi.....	5
1.1.1. Batı Hukuk Sistemlerinde Dolandırıcılık Suçu.....	7
1.1.2. Cumhuriyet Öncesi Türk Hukuk Sisteminde Dolandırıcılık Suçu.....	16
1.2. Genel Olarak Dolandırıcılık Suçu ve Nitelikli Halleri.....	18
BÖLÜM II. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN MADDİ KONUSU, HUKUKİ KONUSU, SUÇUN FAİLİ, MAĞDURU, SUÇUN UNSURLARI VE ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	26
2.1. Dolandırıcılık Suçunun Maddi Konusu.....	26
2.2. Dolandırıcılık Suçunun Hukuki Konusu.....	26
2.3. Dolandırıcılık Suçunun Faili.....	27
2.4. Dolandırıcılık Suçunun Mağduru.....	28
2.5. Dolandırıcılık Suçunun Unsurları.....	30
2.5.1. Fiil.....	30
2.5.1.1. Failin Hileli Davranışlarda Bulunması.....	31
2.5.1.1.1. Hile Kavramı.....	31
2.5.1.1.2. Hileli Davranışın Aldatıcı Nitelikte Olması.....	36
2.5.1.2. Mağdurun Hileli Davranışla Aldanmış Olması.....	44
2.5.1.3. Mağdurun Malvarlığında Zarar Doğması ve Buna Karşılık Fail veya Bir Başka Kişi Yönünden Menfaat Elde Edilmesi.....	50
2.5.2. Hukuka Aykırılık.....	54
2.5.3. Kusurluluk.....	55
2.5.3.1. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler.....	57
2.5.3.2. İsnat Yeteneği.....	61
2.6. Dolandırıcılık Suçunun Özel Görünüş Biçimleri.....	63
2.6.1. İştirak.....	63

2.6.2. İçtima.....	64
2.6.3. Teşebbüs.....	65
BÖLÜM III. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN NİTELİKLİ HALLERİ.....	68
3.1.Dini İnanç ve Duyguların İstismar Edilmesi Suretiyle Dolandırıcılık.....	70
3.2.Kişinin İçinde Bulunduğu Tehlikeli Durum veya Zor Şartlardan Yararlanmak Suretiyle Dolandırıcılık.....	73
3.3.Kişinin Algılama Yeteneğinin Zayıflığından Yararlanmak Suretiyle Dolandırıcılık.....	75
3.4. Kamu Kurum ve Kuruluşlarının, Kamu Meslek Kuruluşlarının, Siyasi Parti, Vakıf veya Dernek Tüzel Kişiliklerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık.....	78
3.5. Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Zararına Olarak Dolandırıcılık.....	82
3.6. Bilişim Sistemlerinin, Banka veya Kredi Kurumlarının Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık.....	85
3.7. Basın ve Yayın Araçlarının Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle Dolandırıcılık.....	90
3.8. Tacir veya Şirket Yöneticisi Olan ya da Şirket Adına Hareket Eden Kişilerin Ticari Faaliyetleri Sırasında; Kooperatif Yöneticilerinin Kooperatifin Faaliyeti Kapsamında Dolandırıcılık.....	92
3.9. Serbest Meslek Sahibi Kişiler Tarafından Mesleklerinden Dolayı Kendilerine Duyulan Güvenin Kötüye Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık.....	96
3.10. Banka veya Diğer Kredi Kurumlarınca Tahsis Edilmemesi Gereken Bir Kredinin Açılmasını Sağlamak Maksadıyla Dolandırıcılık.....	99
3.11. Sigorta Bedelini Almak Maksadıyla Dolandırıcılık.....	101
3.12. Kişinin, Kendisini Kamu Görevlisi veya Banka, Sigorta ya da Kredi Kurumlarının Çalışanı Olarak Tanıtması veya Bu Kurum ve Kuruluşlarla İlişkili Olduğunu Söylemesi Suretiyle Dolandırıcılık.....	104
3.13. Kamu Görevlileriyle İlişkisinin Olduğundan, Onlar Nezdinde Hatırı Sayıldığından Bahisle ve Belli Bir İşin Gördürüleceği Vaadiyle Aldatarak Dolandırıcılık.....	105
3.14. Üç veya Daha Fazla Kişi Tarafından Birlikte veya Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde Dolandırıcılık.....	109
BÖLÜM IV. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI, SUÇUN CEZASI VE YARGILAMA USULÜ.....	112

4.1. Dolandırıcılık Suçunun Benzer Suçlarla Karşılaştırılması.....	112
4.1.1. Dolandırıcılık Suçunun Hırsızlık Suçundan Ayrımı.....	112
4.1.2. Dolandırıcılık Suçunun Yağma Suçundan Ayrımı.....	115
4.1.3. Dolandırıcılık Suçunun Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Ayrımı..	117
4.1.4. Dolandırıcılık Suçunun Karşılıksız Yararlanma Suçundan Ayrımı.....	120
4.1.5. Dolandırıcılık Suçunun Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçundan Ayrımı.....	122
4.1.6. Dolandırıcılık Suçunun Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçundan Ayrımı.....	124
4.2. Dolandırıcılık Suçunun Cezası ve Yargılama Usulü.....	128
4.2.1. Daha Az Cezayı Gerektiren Haller.....	130
4.2.2. Etkin Pişmanlık.....	132
4.2.3. Görevli Mahkeme ve Dava Zamanaşımı.....	132
4.2.4. Uzlaştırma.....	134
BÖLÜM V. SONUÇ.....	140
KAYNAKÇA.....	143

GİRİŞ

Hukuk devletinde, devlet yalnız hukuk kuralları koyan bir varlık değil, koyduğu hukuk kurallarına uyan, onlarla kendini bağlı sayan bir varlıktır (Gözübüyük, 2005:1). İnsan haklarına saygılı bir hukuk devletinde yaşayan kişilerin, yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı gibi hayati önem arz eden haklarının korunması ve teminat altına alınması gerektiği kadar, kişinin malvarlığına ilişkin haklarının da aynı şekilde devlet tarafından korunması ve teminat altına alınması gerekmektedir. Zira mülkiyet hakkı da diğer haklar gibi, kişinin sosyal yaşantısı için oldukça önemlidir.

Artık çağımızda, demokrasinin ulusal egemenlik ve insan hakları olmak üzere iki boyutu olup, insan hakları egemenliği sınırlamakta ve bütün hukuk sistemi buna göre kurulmaktadır. Uluslararası insan hakları kuralları, devletlerin egemenliklerine ve ulusal yetki alanlarına sınırlamalar getirebilmektedir. Çünkü artık bu yeni demokrasi düzeninde hiçbir devlet, kendi ülkesindeki insan hakları ihlallerinin salt ulusal bir sorun olduğunu öne sürememektedir (Önok, 2006:59).

1950 yılında imzalanan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'yi müteakiben, 1952 yılında imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek Protokol'ün 1.maddesinde mülkiyetin korunması gerektiği belirtilmiştir. Anılan maddeye göre; “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.” O halde, insan haklarına saygılı bir hukuk devletinin, bu düzenleme gereğince, kişinin mülkiyet hakkının korunmasını ve devletçe teminat altına alınmasını, kendi ülkesinde uygulanan hukuk ile sağlaması zorunluluğu bulunmaktadır.

Alman Anayasası, “Temel Hakları” iki kümeye ayırmıştır. Bunlardan ilki “Devletüstü Temel Haklar”dır. Bu haklara dokunulamaz. Kişi güvenliği, inanç, vicdan, basın, dernek kurma hakları gibi “Devletüstü Temel Haklar”a, “Özgürlük” denilmektedir. İkinci küme ise “Devletçe Tanınan Temel Haklar”dır. Mülkiyet, miras, dolaşım, konut hakları gibi haklar ise bu

haklardan olup, bunlara “bir ölçüde” dokunulabilir. Bizim anayasamızda da bu görüşün etkisi olmuştur (Mumcu ve diğerleri, 2012:15).

Nitekim mülkiyet ve miras haklarını tanıyan Anayasa'nın 35.maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları, 1961 Anayasası'nın 36.maddesine paralel olarak, bu hakların kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğini ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağını belirtmiştir (Özbudun, 2005:124).

O halde, mülkiyet hakkı, her ne kadar belirli şartların varlığında kullanılması sınırlanabilir nitelikte ise de hukuk devletinin bir gereği olarak vatandaşlara tanınmış olan bir temel haktır.

Mülkiyet hakkının düzenlendiği Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasası'nın 35.maddesine göre; “Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” Dolayısıyla mülkiyet hakkı, devletimizin anayasasında düzenlenerek teminat altına alınmış bir haktır.

Ayrıca Anayasa'nın 76. maddesinin ikinci fıkrasında; “En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.” hükmü yer almaktadır. Ayrıca bu kişiler 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48.maddesine göre devlet memuru da olamazlar. Görüldüğü gibi dolandırıcılık suçu Anayasa'da ve diğer bazı kanunlarda yüz kızartıcı suçlardan sayılmaktadır. Bu nedenle, bu suç gereğince kişiye yaptırım uygulanması, yani kişinin bu suçtan mahkûm edilmiş olması halinde, bu mahkûmiyet gerek sosyal hayatta ve gerekse hukuki alanda da önemli neticeler ve kısıtlılıklar doğurmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler başlıklı ikinci kitabının, ikinci kısım, onuncu bölümünde malvarlığına karşı suçlara yer verilerek, bu hakkın korunması ve bu hakka

yöneltilen saldırıların cezalandırılması öngörülmüştür. Ancak anılan bölümde “mülkiyet” kavramı yerine, “malvarlığı” kavramına yer verildiği görülmektedir. Malvarlığı, kelime anlamı itibariyle; bir kişiye ait para ile ölçülebilen hakların bütünü, mamelek anlamına gelmektedir¹.

Dolayısıyla malvarlığı kavramı, mülkiyet kavramını da kapsayan, kişinin sahip olduğu maddi şeylerin yanı sıra, onun hak, alacak ve borçlarından oluşan ekonomik değerlerinin tamamını ifade eden bir kavramdır. Bu nedenle kanun koyucunun, bölüm başlığında mülkiyet kavramı yerine, malvarlığı kavramına yer vermiş olması isabetlidir. Öyleyse, bölüm başlığından hareketle, bu bölümde yer alan suçlarla, sadece maddi bir varlık olan mal (mülkiyet) değil, kişilerin bir bütün olarak malvarlığına ilişkin haklarının korunmak istediği söylenebilir (Koca ve diğerleri, 2013).

Kişiye yönelik diğer suçlardan farklı olarak, malvarlığına karşı işlenen suçların konusu bireysel bir değer değil, maddi bir değerdir (Centel ve diğerleri, 2007:269).

Dolandırıcılık ise malvarlığına karşı suçların tipik örneklerinden birisidir. Suç, ekonomik hayata dair uygulamaların zaman içerisinde değişmesi, teknolojinin gün geçtikçe ilerlemesi ve kendini yenilemesi, bu nedenle yeni ödeme metotlarının ve ticaret platformlarının oluşması, özellikle internet kullanımının gerek gerçek kişiler ve gerekse tüzel kişiler arasında önemli ölçüde yaygınlaşması gibi nedenlerle, kendisini yenileyen ve hayatın bu hızlı akışına uyduran bir görünüme girmiştir. Yani diğer bir deyişle, dolandırıcılık suçu da sosyal hayata ilişkin bu değişimlere ayak uydurmuştur. Bu ayak uydurma, kanun koyucu tarafından suçun yeniden yorumlanması ve bu değişimleri karşılayabilmesi için nitelikli hallerinin düzenlenmesi şeklinde gerçekleştirilmiştir. Yine aynı doğrultuda, Yargıtay’ın içtihatları da bu suç tipinin yorumlanması açısından, kanun koyucu kadar etkili olmuştur. Hatta son dönemlerde bu yorum şekli kimi zaman kanun koyucunun da amacının dışına çıkarak, yerel mahkemelerin, suçun kanunda öngörülen tanımının dışında bir değerlendirmeye gitmesine sebebiyet vermiştir.

¹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5469e0b5135f74.23453799 , erişim tarihi: 16.10.2016

Toplamda üç bölümden oluşan bu çalışmada; yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 157. ve 158. maddelerinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun kısa tarihçesine, suçun günümüzdeki yasal düzenlemesine, suç ile korunan menfaate, suçun konusuna, failine, mağduruna, unsurlarına ve işleniş biçimlerine, suçun benzer suçlarla karşılaştırılmasına, suçun yargılama usulüne ve cezasına ve suçun nitelikli hallerine, Yargıtay kararları ile birlikte değinilecektir.

Çalışmanın asıl amacı, suçun kanuni düzenlemesi ile doktrindeki ve uygulamadaki yorum farklılıkları nedeniyle uygulamada yaşanan zorluklara değinmektir. Zira suçun kanundaki tanımı ile madde gerekçelerindeki eksiklikler ve çelişkiler bir yana, kanunkoyucunun suçun düzenlenmesindeki amacının doktrinsel yorumu ile Yargıtay yorumu arasında da çoğu zaman, önemli farklılıklar ve hatta çelişkiler bulunmaktadır. Böylece kanun, doktrin ve uygulama üçgeninin paralel doğrultuda ilerlemesi söz konusu olmamakta, çoğu zaman, bunlardan biri, diğerini tamamlayamamakta veya açıklayamamaktadır. Bu nedenle, bir somut olay üzerine yapılacak bir değerlendirmede, bu üçgenle ortak bir sonuca değil, çoğu zaman iki veya üç farklı sonuca varılmakta ve bu sonuçlar birbiriyle örtüşmemektedir. Hal böyle olunca, somut olayı oluşturan eylemin, dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmaması bağlamında, üçgenin her bir köşesinde başka bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DOLANDIRICILIK SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ, GENEL OLARAK DOLANDIRICILIK SUÇU VE NİTELİKLİ HALLERİ

1.1. Dolandırıcılık Suçunun Tarihsel Gelişimi

Dolandırıcılık suçu eski dönemlerde daha çok, hırsızlık suçunun bir türü olarak düşünülmüştür. Suç, daha sonra bağımsızlık kazanmıştır (Selçuk, 1982:34).

Bugün dolandırıcılık adı verilen suç tipine, Roma Hukuku'nda tam karşılık teşkil eden bir suça rastlanamamaktadır. Fakat bu hukuk sisteminde karşımıza çıkan “*stellionatus*” kavramı, açıkça düzenlenmiş olan sahtekârlık suçlarının dışında kalan bütün hileli cürümleri içine alan bir genel kavram olarak, dolandırıcılık suçunun da en eski tarihi kaynağı sayılabilir (Tümerkan, 1987:2).

Dolus (hile), bir kişiyi kandırarak gerçeği bilseydi yapmayacağı bir işlemi, zihninde yanlış kanaatler oluşturarak yapmaya sevk etmek için kullanılan tüm söz ve hareketlerdir. Roma'da Klasik Hukuk Dönemi'ne kadar hukuki işlem hile ile yapılırsa dahi geçerli sayılırdı. Kişinin gerçek iradesine bakılmaz, beyana önem verilirdi. Bu da “*ius civile*” nin katı ve şekilci anlayışından kaynaklanmıştı. Ancak M.Ö. I. Yüzyılda *Aquilus Gallus* adlı praetor, *aequitas*'a aykırı bu tip sonuçların önüne geçmek için *dolus*'u bir haksız fiil olarak *praetor edictum*' u ile tanıdı. Daha sonraki dönemlerde *dolus*'un kapsamı genişletilmiş ve dürüstlüğe (*bona fides*) aykırı tüm fiil ve davranışlar bu kapsama girmişti (Gürten, 2016:69).

Praetor bu tip fiillere karşı koruma yolu olarak üç yol tanıdı. Bunlar *actio* (dava), *exceptio* (def'i) ve *in integrum restitutio* (eski hale getirme). *Actio doli* (veya *actio de dolo*) bir ceza davası niteliğinde olup; dolandırıcılık ve hile ile kişinin malvarlığında meydana gelen zararlarda ikinci derece bir dava hakkı tanıdı. Yani başka bir hukuki yol veya dava hakkı yoksa örneğin bir *restitutio in integrum* ile zarar ortadan kaldırılamadığı zaman ya da *restitutio in integrum* uygulanamadığı zaman bu dava hakkı tanınıyordu. Bunun sebebi de *actio doli*'nin sonuçlarının ağır olması idi. Bu davada mahkûm olan aynı

zamanda *infamis* (şerefsiz) addediliyordu. Bu nedenle ikincil bir tercih idi. Bu nedenle dava açılacak olursa da davalı hile sonucu elde ettiği malı veya değeri karardan önce davacıya iade ederse mahkûmiyet kararından kurtulabiliyordu. *Actio doli* ile zararın dört katı talep edilebiliyordu. Ayrıca aldatılan kişiler aleyhine borcun ifası dava ile talep edilmişse, aldatılanların kendilerini bir def'i (*exceptio*) ile savunabilmeleri ve davanın reddini talep edebilme hakları vardı (Gürten, 2016:69).

Stellionatus yani dolandırıcılık, resmi bir suç duyurusunda bulunmayı gerektiren ve *cognitio extra ordinem* yargılama usulünün uygulandığı dönemde cezaya hükmedilen bir suçtu. *Papinianus*, *stellionatus*'un ne kamu hukukunun ne de özel hukukun alanına dahil olduğuna işaret etmiştir. *Ulpianus*'un belirttiği üzere bu fiilden mahkumiyet *infamia* ile ilgili değildi ve bu suçun yargılaması *cognitio extra ordinem*'di. Bu bağlamda yargılama yetkisi eyalet valisinde olduğundan, Roma'da da şehir valisinin yetkisi kapsamında değerlendirilmekteydi. Dolandırıcılık suçlamasını geri çekmek *senatus consultum Turpillianum* cezası gerektirmemektedir, bu durumsa muhtemelen eylemin bir kamu suçundan ziyade haksız fiil olarak değerlendirilmesinin bir sonucudur. Ancak yine de bu fiil, mahkemenin takdir yetkisine bağlı olarak cezalandırılabilir. Fiilin içeriği bütünüyle muğlak olup, *infamis* kimseler için bir geçim kaynağı olduğu görülen *dolus*'la kıyaslanabilir bir haksız fiil niteliğindedir. *Paulus*, *stellionatus*'u, birini mallarını başka birine teslim etmeye ikna etmenin bir yolu olarak tanımlamıştı. *Actio de dolo* ile, haksız fiilin yanı sıra, ceza hukuku kapsamında, hile varsa ancak hırsızlık ya da kalpazanlık ithamı yapılamıyorsa, bu kapsamda *stellionatus* ithamının yapılabileceği kabul edilmişti. Bir eşyayı iki kez rehin vermek, başkasına ait bir eşyayı kendisininmiş gibi rehin vermek, rehin verilmiş bir evrakın kendisine ait olduğu hususunda yalan yere yemin etmek gibi fiiller bu suça örnek gösterilebilir (Gürten, 2016:70).

Çok belirsiz ve değişken nitelikteki bu suça, sabit bir ceza bulmak neredeyse mümkün olmamıştır. *Ulpianus*'a göre avam sınıfından olanlar için verilecek ceza *opus metalli*'den, yüksek statüde bulunan kimseler içinse mevki düşürmek ya da *decurion*'luktan azledilmekten fazla olmamalıydı (Gürten, 2016:71).

Roma hukukundan etkilenen İtalyan hukukunda da önceleri dolandırıcılık, hırsızlık suçunun içinde değerlendirilmiştir. Daha sonra, gerek hırsızlık suçunun daha dar bir tanımla ifade edilme çabası ve gerekse bu suça verilen cezaların fazla olması nedenleriyle dolandırıcılık suçu, dolaylı hırsızlık olarak tanımlanmıştır (Majno, 1981).

Ortaçağ Cermen hukukunda ise 18.yüzyılın ikinci yarısında, yalnız yalan ile yarar sağlanması dolandırıcılık ve mameleke girenlerden başka hak ve menfaatlerin dolandırılması da suç sayılmıştır (Dönmezer, 1981:387).

Suç ancak 18.yüzyılın sonuna doğru otonom bir fizyonomi kazandı. Bugünkü dolandırıcılığın karşıtı olan kavram ilk defa 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun 405. maddesinde yer almıştır. 19. asırda yapılan kanunlara bugünkü hüviyeti ile girmiştir (Soyaslan, 2005:341).

Suç, çağdaş ticaret ve sanayi gelişmesine tabi fiillerden olduğundan, sözü edilen tarihçeyi izlemesi de tabii idi (Dönmezer, 1981:387).

1.1.1. Batı Hukuk Sistemlerinde Dolandırıcılık Suçu

Eski toplumlarda hile kavramı biçimlenmemişse de, ticari yaşam düzenini güvenceye bağlamak için, malın niteliğinde, ölçü ve tartı aletleriyle aldatmanın cezalandırıldığı görülmektedir. Örneğin; Manu ve Hamurabi yasalarında, hırsızlık adı altında, inancı kötüye kullanma gibi, dolandırıcılık suçunun da izlerine rastlanıldığı belirtilmiştir (Selçuk, 1982:35).

Dolandırıcılık cürmü hırsızlıktan menşeyi alır. Kanunkoyucular önce hırsızlığı cezalandırmışlardır (Dönmezer, 1974:284).

Roma Hukuku sisteminin, dolandırıcılığı çok belirli hatlarla olmasa da, kavram olarak ortaya koymuş bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu suçun, uzun bir tarihi gelişim sonucunda benzer suçlardan ayrılabilmiş ve asıl kimliğini bulmuş olması, Roma Hukuku döneminde öngörülmediği anlamına gelmemektedir. Sadece, somut olaylarda belirsizlikler olduğu, fakat bu tip fiillerin hangi ad

altında olursa olsun, bu hukuk sisteminde dikkate alındığı söylenebilir (Tümerkan, 1987:2).

Sanayi ve ticaretin gelişmesi ve hileli ve sahte eylemlerin cezalandırılması gereğiyle Roma Hukuku kavramlarına ve bu arada Carpoz ve onu izleyen yazarlarca *stellionatus* kavramına başvurulduğu görülmektedir. Ancak *stellionatus* ve sahtecilik birbirine karıştırılarak, abartılı ve bulanık bir dolandırıcılık anlayışına ulaşılmıştır. Gerçekten, eski Alman Hukuku'nda dolandırıcılık, sahteciliğin yan ve yardımcı kavramlarından biri olarak ele alınmış, çok daha ağır olan “*geniş anlamda sahtecilik*” suçunun içinde düşünülmüştür. Yalnızca malvarlığına verilen zararlar değil, davada tanıklık, bir mahpusu kurtarma, cinsel ilişki gibi her türlü yarara ve haklara karşı da dolandırıcılık suçunun işleneceği görüşü benimsenmiştir. Üstelik, kimi zaman zarar ögesi aranmamış, aldatma yeterli görülmüştür. Özellikle 18. Yüzyılda, Avusturya ve Prusya'da, Almanca konuşan İsviçre kesiminde, bu anlayışın egemen olduğu görülmektedir (Selçuk, 1982:40).

Fransız hukukunda da başlangıçta, dolandırıcılığın, o dönem cezacılarınca, malvarlığına karşı suçların en yetkini ve en yaygın sayılan hırsızlıktan ayrılmadığı görülmektedir. Bir malı, birkaç kişiye yahut rehnedilmiş ya da üçüncü kişiye ait malı bir başkasına satarak dolandırmak anlamına gelen “*stellionatus*” terimi, 1577'de Fransızca'ya “*stellionat*” olarak geçmekle, aynı dilde 1954'ten beri dolandırmak (*escroquer*), 1964'ten bu yana dolandırıcılık (*escroquerie*) sözcükleri bulunmaktadır. Ancak bir hukukçu olmasına karşın, Montesquieu, “*Yasaların Özü*” adlı yapıtında hırsızlık suçlarına geniş yer ayırmakla birlikte, dolandırıcılığa değinmemektedir (Selçuk, 1982:41).

Ancak eski yazarlar, ustalıkla ya da gizlice yapılan hırsızlıkla basit hırsızlığı birbirinden ayırıyorlardı. Hırsızlığın tanımı içinde, malikin zararına hileli yollarla bir şeyi ele geçirme de giriyordu. Dolandırıcılık sözcüğü ise özellikle açık ya da kapalı yerlerde, türlü nedenlerle işlenen ustalık gerektiren hırsızlık eylemleri için kullanılıyordu. Ancak o dönemin ünlü hukukçuları ve bu arada Moyart de Vouglans'a göre, bu konuda kesin kurallar koymak güç ve sakıncalıydı. Merlin'e göre, “para ya da başka şeyi hileli eylemle elde etme

alışkanlığında olana dolandırıcı, bunu işlemeye de dolandırıcılık” denilirdi. Bunun yanı sıra Normandiya’da sahte ağırlık ve uzunluk ölçüleri kullanma vb. eylemler ile Savoie’da inci taklitçiliği dolandırıcılığa yakın bir nitelik gösteriyorlardı (Selçuk, 1982:41).

Önceden geri vermeyeceğini ya da verme olanaksızlığını bilerek para alan kötü niyetli borçlulara karşı, dolandırıcılık suçu yaptırımı olarak hapsen tazyik cezası uygulanabiliyordu. Ne var ki, eski Fransız hukukunda da, dolandırıcılığın geniş anlamda sahtecilik ve hırsızlık arasında duraksamalı bir konumu olduğu, sahteciliğin başkasının zararına, onu aldatmak amacıyla işlenmiş, gerçeği bozup bulanıklaştıran tüm eylemleri içermek gibi geniş bir anlama geldiği bilinmektedir (Selçuk, 1982:41).

Bu aşamalarda dolandırıcılık suçu, geniş anlamda sahtecilik suçu içinde veya geniş anlamda hırsızlık suçu içinde yahut hırsızlık suçunun türlerinden bir suç olarak değerlendirildiği için, tam manasıyla ayrı bir karakter kazandığı, daha doğrusu suçun bağımsız bir suç olarak nitelendirildiğini söylemek mümkün değildir. Bu durumun, özellikle suça verilecek ceza bakımından uygulamada sıkıntılar doğurduğu, dönemin yazarları ve hukukçuları tarafından tespit edilerek, dolandırıcılık suçunun bağımsız bir suç olması yönünde bazı görüşler ileri sürülerek, bir geçiş sürecine girilmiştir.

Fransa’da her ne kadar dolandırıcılık (escroquerie) sözcüğü, 1964’te Fransız diline girmiş olsa da, yasal ve bağımsız bir kavram olarak pozitif hukuka ilk kez, 19-22 Temmuz 1791 tarihli yasanın 35.maddesiyle yansımış, deyimi yerindeyse resmileşmiştir. Eski hukukta şu ya da bu bahaneyle evlere ya da herkese açık yerlere sızarak, oralarda yapılan hırsızlıklara dolandırıcılık denilmesine karşın, anılan yasa, bu dönemde katı bir biçimde anlaşılan suçların ve cezaların yasallıkları ilkesinin de zorlamasıyla, ilk kez bağımsız olarak dolandırıcılık suçunu öngörmüştür (Selçuk, 1982:46).

Ancak metin, başlangıç döneminde, en hafiflerine dek uzanan çok geniş bir hile kavramı getiriyordu. O yüzden güçlükler baş gösterdi. Birincisi, metnin bulanıklığı, durulacak noktayı belirsiz kılıyordu. İkincisi, özellikle hileli sözleşmelerde, hukuk davasına oranla, ceza davası ikinci planda kaldığından,

hukuk mahkemesi sözleşmeyi geçersiz sayınca, dolandırıcılık suçu hakkında da karar veriyordu. Hileli durumların yasada sayılması da yakınmaları ve sömürmeleri durdurmuyordu. Konu, hukuki hileden ayrı bir cezai hilenin bulunup bulunmadığı sorununda düğümleniyordu. Yargıtay'ın, daha sonraki yasal düzenlemelere ışık tutan çabaları kesin bir sonuç vermeyince, 1793 yılında çıkarılan yasa cezai ve hukuki hile benzerliğini güçlendirmiş, ancak dolandırıcılığın yargılanmasını asliye ceza mahkemesine vererek, yetki konusunda önemli bir adım atmıştır. Sözleşme dışı hileler artık ceza mahkemesine gitmeye başlamıştır. Ayrıca, Fransız Yargıtayı cezai ve hukuki hile kavramlarını ayırabilmek için önemli kararlar vererek sınırlamalar koymuş ve bunlar 1810 tarihli yasanın düzenlenmesinde etkili olmuşlardır (Selçuk, 1982:46).

1810 tarihli Fransız Ceza Yasası'nın 405.maddesi, çağdaş anlamdaki dolandırıcılığı, tarihsel evrimin birikimleri ışığında tanımlayabilen ilk metindir. Bu maddenin tarihsel önemi, Türk Ceza Yasası'nın kaynağı olan Zanardelli Yasası ile bunu etkileyen önceki yasalara ışık tutmuş olmasıdır. Hukuki önemi ise, uzun geçmişte süregelen kuramsal duraksamalara son vererek, özerk bir dolandırıcılık kavramına yönelmiş olmasıdır. Gerçekten 1810 Yasası, ceza ve hukuk alanında karışıklık yaratan hile terimini bir yana iterek, cezai hilenin sınırlarını saptamak istemiştir (Selçuk, 1982:46).

Böylece dolandırıcılık suçu, bağımsızlığına kavuştuğu gibi, sınırları saptanılmış, ancak, suçun yeni gelişim biçimlerine de uyarlanabilecek, bir bakıma katı, bir bakıma esnek ama çok karmaşık bir tanıma ulaşılmıştır. Bu metin, dolandırıcılığa kalkışmayı yeniden düzenleyen 1863 tarihli Yasa ve cezaları artıran 1935 tarihli Yasa düzeyindeki kararname ve 1977 tarihli Yasa ile değişikliğe uğramışsa da dolandırıcılığın tanımı olduğu gibi korunmuştur (Selçuk, 1982:47).

Cermen hukukunda, hırsızlık içinde düşünülen suçlara, kimi zaman adam öldürme suçundan daha ağır cezalar verilmesi, hırsızlık kavramının sınırlarını daraltma eğilimine yol açmıştır. Bunun için, çağdaş anlamdaki elmenlik (ziynetlik) kavramından daha geniş olan Roma hukukundaki "*possessio*"

kavramına başvurularak, tüm hakları (mülkiyet dahil) içeren, başkasının elmenliğini hileli olarak ihlal söz konusu olduğunda, buna doğrudan (tam ve gerçek) hırsızlık (furtum proprium); bunun dışında kalan varlık veya menfaatler ihlal edildiklerinde ise, tam olmayan ya da dolaylı hırsızlık (furtum improprium) adı verilmiştir. Kuşkusuz, buradaki possessio terimi, çağdaş hukuktaki terimden daha geniş olup, elde tutmayı (possessio naturalis, vaziüyetlik) da içine almaktadır (Selçuk, 1982:43).

Furtum suçunun, günümüz ceza hukukundaki hırsızlık suçu ile beraber dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma suçunu kapsadığı da değerlendirilmektedir (Erman, 1981:10).

Fransız, İtalyan ve giderek çağdaş hukuku etkileyen bu görüş, kuşkusuz, dolandırıcılık ve inancı kötüye kullanma suçlarını, dolaylı hırsızlık içinde öngörmüştür. Dahası, kimi yazarlar, yalın (basit) dolaylı hırsızlık (furto improprio semplice) ile güveni de ihlal eden nitelikli, tam olmayan hırsızlık (furto improprio qualificato) suçlarını birbirlerinden ayırarak, dolandırıcılığı bu son suç içinde düşünmüşler; hangi eylemlerin hırsızlık, hangilerinin dolandırıcılık olduğunu kendi aralarında tartışmışlardır (Selçuk, 1982:44).

Bu tartışmalardan anlaşılacağı üzere, dolandırıcılık suçunun inancı kötüye kullanmayı da içerdiği gibi, kimi zaman günümüzdeki hırsızlıkla da karıştırıldığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, Cremani ve Renazzi, stellionatus (dolandırıcılık) kavramını, hırsızlıktan (furto) ayırmışlar; ancak dolandırıcılık suçunu, inancı kötüye kullanma suçuyla karıştırmışlardır. Dolandırıcılık cürmünün bir yönüyle de “*falsum*” kavramına uzanmasına karşın, dolaylı hırsızlık kavramıyla dolandırıcılığın, inancı kötüye kullanma suçunu da içerir biçimde ele alınmasına yol açmıştır (Selçuk, 1982:44).

Carmignani, taşınır mala karşı suçları üç bölümde incelemiştir. Birincisi, tam hırsızlıklardır. İkincisi, inancı kötüye kullanma, bulunmuş malı alma gibi tam olmayan, dolaylı hırsızlıklardır. Üçüncüsü de, sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarıdır. Bir bakıma, bunlar da tam olmayan, dolaylı hırsızlıklardır. Ancak Carmignani, çağdaş İtalyan hukukundaki “*truffa*” sözcüğünü inancı kötüye kullanma suçuna karşılık olarak kullanmakta, dolandırıcılık terimini de Roma

hukukundan esinlenerek “*stellionato*” terimiyle karşılamaktadır (Selçuk, 1982:44).

Dolandırıcılık suçunun, kaynak kanunumuz olan 1889 İtalyan Ceza Kanunu’nda 413.maddede, “*Truffa*” başlığı altında düzenlendiği görülmektedir. Bu terimin gelişmesi ve yerleşmesi 19.yüzyıl İtalya devletlerinde değişik olmuştur. 1859 Sardunya Kanunu’nun 626.maddesinde bugünkü anlamda kullanıldığı görülen “*la truffa*” terimi, 1853 Toskana Ceza Kanunu’nda “*emnietati suistimal*” suçunu belirtmek için yer almıştır. Bu kanun, genel olarak “hile” olarak çevrilebilecek olan “*frode*” kelimesini dolandırıcılık suçu için kullanmıştır. Daha önce de, aynı terime aynı anlamda 1819 tarihli Sicilya Kanunu’nda yer verildiği görülmektedir. Sicilya Kanunu 1832’de yeniden düzenlendiğinde “*truffa*” terimi, emnietati suistimal ve dolandırıcılık suçlarını birlikte kapsayacak şekilde kullanılmıştır. 1820 Parma Kanunu, bu terimi bugünkü anlamında kullanmış bulunmaktadır (Tümerkan, 1987:3).

1889 tarihli Zanardelli yasanının ikinci kitabının onuncu başlığının üçüncü bölümü, “*Dolandırıcılık ve başka hileli eylemler*” adı altında düzenlenmiştir. Yasanın özelliği, saymaca (kazuistik) yöntemden ve ayrıntılı tanımlamalardan kaçınmasıdır. Tasarı gerekçesinde, cezai ve hukuki hile ayrımının güçlüğü, dolandırıcılığı oluşturan öğelerin başka eylemlerden olabildiğince ayıklandığı, özellikle inancı kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarından ayrımının nasıl yapıldığı belirtildikten sonra, dolandırıcılık (*truffa*) sözcüğünün, yalan ve yanılgıyı içeren genel anlamdaki hile (*frode*) sözcüğünün kapsamına giren ve hileli araçlarla işlenen özel bir suç tipi için kullanıldığına değinilmektedir. Böylece hile, çeşitli yasalarda geçen bir terim, dolandırıcılık ise bu terimin ceza hukukuna yansıyan özel bir biçimi olmaktadır (Selçuk, 1982:48).

Carrara da mülkiyete karşı suçları, kazanç ve öç alma amacıyla işlenenler diye iki kesime ayırdıktan sonra, Carmignani’yi izleyerek, doğrudan ve dolaylı hırsızlık terimleri, ontolojik olarak Cermen hukukundaki gibi ele almakta, inancı kötüye kullanma (*truffa*) ve dolandırıcılığı (*stellionato*), dolaylı (tam olmayan) hırsızlık kavramı içinde incelemektedir. Böylece, Cermen

hukukundaki cezaları azaltma kaygısının bu suçlara yansıtılabileceği kanısındadır. Aslında Carrara, çağdaşı Crivellari gibi, tam suçlar (delitti propri) ve tam olmayan suçlar (delitti impropri) ayrımında, suçun kurucu öğelerinin tam olup olmaması ölçütünü temel almıştır. Ona göre, mülkiyete karşı suçlarda, genel olarak, tüm hileli eylemler ve özel olarak da dolandırıcılık, tam olmayan hırsızlık kavramı içinde düşünölmek gerekir (Selçuk, 1982:44).

Bu görüşün uygulamaya ilk yansıması, dolandırıcılık ve inancı kötüye kullanma suçlarının 22 Temmuz 1791 yasasıyla Fransa'da hırsızlıktan ayrılmaları biçiminde olmuştur. Hırsızlığın tanımındaki taşınır malı rızasız alma yani “*soustraction*” kavramının, Roma hukukundaki “*contrectatio*” kavramının tam karşılığı olduğu görüşü bir yana itilince, bu iki suç iyiden iyiye hırsızlıktan ayrılmışlardır (Selçuk, 1982:45).

20 Haziran 1853 tarihli Toskana Yasası, hilenin türlü biçimlerini cezalandırarak onu hırsızlıktan ayırmış, sahtecilik ve inancı kötüye kullanma suçları arasında keskin çizgiler çizememiş, terimleri birbirlerinin yerine kullanmıştır. 1819 tarihli Sicilya yasasında dolandırıcılık, çağdaş yasalara yakın bir tanıma ulaşmışsa da, dolaylı hırsızlık düşüncesinin etkisiyle inancı kötüye kullanma suçuyla birlikte, hileli eylemler arasında sayılmıştır. 1832 tarihli Papalık kararnamesinin 357.maddesinde ise inancı kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının birlikte ele alındığı görölmektedir (Selçuk, 1982:45).

Uygulamada yankısını bulmakla birlikte, özellikle Carrara tarafından geliştirilen bu görüş eleştirilmiştir. İlkın, öğretilde doğrudan ve dolaylı suç kavramları artık bir yana bırakılmıştır. Çünkü suçu, herşeyden önce yasalar tanımlamaktadırlar. Ayrıca, burada suçun yöneldiği hukuki konu da gözetilmektedir. O yüzden Carrara'nın, zorla kaçırma suçunu tam (gerçek, doğrudan) kaçırma, buna karşılık rızai alıkoymayı tam olmayan (dolaylı) kaçırma kavramları içinde incelemesi ve aynı anlayışı malvarlığına karşı cürümlerde de uygulayarak, hırsızlığı tam (gerçek) hırsızlık, dolandırıcılığı ise tam olmayan (dolaylı) hırsızlık kavramları kapsamında irdelemesi yerinde görölmemektedir (Selçuk, 1982:45).

26 Mart 1819 tarihli Sicilya Yasası, dolandırıcılıkla inancı kötüye kullanma suçlarını, hile maddesinde (m.430) düzenlemekle birlikte, maddenin son bendi, Fransız yasanın etkisiyle dolandırıcılığı günümüz yasalarındaki tanımlara yakın bir biçimde ele almıştır. 20 Haziran 1853 tarihli Toskana Yasası da 404. ve 405. maddelerinde, hilenin (frode) sekiz türüne hırsızlık cezasını öngörürken, kimi dolandırıcılık eylemlerini daha çok saymaca (kazuistik) yöntemiyle belirtmiştir. Ancak, 20 Kasım 1859 tarihli Piemonte-Sardo Yasası, 626-634.maddelerinde hilenin türlerini ve bu arada 626.maddesinde dolandırıcılık suçunu yasaklamış ve tanımlamıştır. Bu yasada, Roma hukukunun sahtecilik (falso) ve dolandırıcılık (stellionato) suçlarının geleneksel öğeleri ile birlikte bulunmakta, ancak 1810 tarihli Fransız Yasası'nın etkisini taşımaktadır. Ne var ki, bu yasanın 1889 tarihli yasayı etkilediği açıktır. Öte yandan, bu yasayla birlikte yargısal kararlar da hile ve sania kavramını iyice geliştirmişler ve hafif hileyi suç olmaktan çıkarmışlardır (Selçuk, 1982:47).

Zanardelli Yasası'ndaki dolandırıcılık tanımı, hemen hemen değişmeksizin 1927 tasarısına (m.659) ve oradan da 1930 tarihli İtalyan Yasası'na (m.640) yansımıştır. Çünkü 1889 tarihli Zanardelli Yasası, kuramsal olmaktan çok, gelişmelere ve uygulamadaki güçlüklerle yanıt verecek nitelikte bir çözüm getirmiştir. Örneğin, çok tartışmalara yol açan cezai ve hukuki hilelerin tanımlarından özenle kaçınılmıştır (Selçuk, 1982:48).

19.Yüzyıl, dolandırıcılık suçunun bağımsızlık çağıdır. Avrupa yasaları, özellikle 1810 tarihli Fransız ve 1813 tarihli Bavyera yasaları, bu konuda birbirlerini izlemiş ve etkilenmişlerdir. 1859 Liechtenstein Yasası (m.197); 1852 tarihli Avusturya Yasası (m.197,198); 1867 tarihli Belçika Yasası (m.496); 1897 tarihli Lüksemburg Yasası (m.496); 1874 tarihli Monako Yasası (m.403), 1810 tarihli Fransız Yasası'ndan esinlenmişlerdir. 1865 tarihli olup klasik İtalyan hukukunun görüşlerini yansıtan San Marino yasası (m.508) ile 1881 tarihli Hollanda Yasası (m.326), 1889 tarihli Zanardelli Yasası'nın doğrultusundadır. Dolandırıcılık suçu, 1870 tarihli İspanya (m.528), 1886 tarihli Portekiz (m.450) ve örnekleri verilerek çok geniş bir biçimde ve kendine özgü sistemi içinde 1889 tarihli Fin (36.bölüm, 1.prf.) yasalarında yerini

almıştır. Bu yasama etkinliği, 20. Yüzyılda da sürmüştür. Sözelimi, 1902 tarihli Norveç (m.270); 1930 tarihli Danimarka (m.279); 1962 tarihli İsveç (IX.bölüm,m.1) ve bu arada toplumcu devletlerin, örneğin; 1951 tarihli Yugoslav (m.258), 1951 tarihli Bulgar (m.193); 1960 tarihli Sovyetler Birliğı (m.147); 1961 tarihli Çekoslovakya (m.250); 1968 tarihli Romanya (m.215,229); 1980 tarihli Çin (5.bölüm) yasalarında da dolandırıcılık suçu çağdaş görüşler doğrultusunda düzenlenmiştir (Selçuk, 1982:19).

“ ‘Dolandırıcılık’ terimi, Anglo-Amerikan ceza hukukunda geniş bir yelpazede anlam ifade etmektedir. Özünde dolandırıcılık, para veya mülkün hile yoluyla zimmete geçirilmesidir (Green ve diğeri, 2012:52).”

İngiliz hukukunda dolandırıcılık, bu hukuka özgü gelişimin sonucu olarak 1916 tarihli “*The Larceny Act*” ile ve 32.maddesinde düzenlenmiştir. Ancak 1757’den beri hilelerin cezalandırıldığı görülmektedir. Bilindiğı üzere İngiliz hukukunda suçlar, jürinin yargıladığı ve yargılamadığı suçlar (sulh yargıcı yargılar) diye önce ikiye ayrılmakta; birinciler, ihanetler, bunları da içeren ağır suçlar ve daha ağır suçlar diye üçe bölünmektedirler. Bir kimseyi ya da temsilcisini, gerçek dışı sözlerle aldatarak dolandırmak amacıyla ondan, mal, para ve başka değerler, kısaca çıkarlar sağlama eylemi, işte bu üçüncü kümeden, yani az ağır suçlardan (misdemeanour) sayılarak, dolandırıcılık (obtaining by false pretences) diye nitelendirilmiştir (Selçuk, 1982:50).

Görüldüğü üzere dolandırıcılık, çağdaş bir suçtur. Çağdaş yasaların tümünde bağımsız olarak yerini almıştır. Gautier’nin vurguladığı gibi, bu suçla insanlık, kaba ve hoyratça işlenen suç alanından, ustaca işlenen bir suç alanına girmiştir. Dolandırıcılık kavramı, önceleri özgül (spesifik), daha sonraları bileşik (sentetik) bir nitelik kazanmıştır. Gerçekten, öbür suçlarla, özellikle hırsızlık ve sahteciliğı de içeren geniş anlamda hileli eylemlerle (fraude, frode) karıştırılmıştır (Selçuk, 1982:50).

Yüzyılımızın başındaki ünlü cezacılar arasında bile, dolandırıcılığı “hırsızlığın bir tür çeşitlemesi”, “aldatarak hırsızlık” diye tanımlayanlar olduğu gibi; günümüzde pretoryen bir hukuk yaratırcasına ve suçların yasallığı ilkesini

zorlama pahasına dolandırıcılıkla hırsızlığın birbirlerine yaklaştırıldıkları ileri sürülmüştür. Bu tanımlamalarda ve görüşlerde kuşkusuz gerçeklik payı vardır. O nedenle hukuk evrimi içinde dolandırıcılığın geç ve güç ortaya çıkmasını olağan karşılamak gerekir. Esasen bugün bile, bu suçun incelenmesinin, çokluk tartışmalı sorunları incelemek ve tek yanlılık tehlikesine düşmek demek olduğu belirtilmiştir (Selçuk, 1982:51).

1.1.2. Cumhuriyet Öncesi Türk Hukuk Sisteminde Dolandırıcılık Suçu

İslam hukukunun uygulandığı dönemlerde Osmanlı Devleti'nde, dolandırıcılık suçunun açıkça öngörüldüğünü söylemek mümkün değildir (Tümerkan, 1987:3).

Bazı kaynaklar tarafından verilen örnekler, hırsızlık hükümlerinin belirli durumlarda dolandırıcılık ile karışabildiğini gösteriyorsa da, diğer bazı kaynaklar daha yerinde olarak, dolandırıcılık tipi fiilleri hakkında “muayyen bir ukubet, bir haddi şer’i mevcut olmadığından, bunların taziren cezalandırılabilen fillerden olduğunu” belirtmektedirler. Dolayısıyla bu suç, İslam hukuku sisteminde sarih bir biçimde yer almamıştır (Tümerkan, 1987:4).

Fatih Sultan Mehmet'in kanunnamelerinde, Kanuni Sultan Süleyman'ın kanunnamesinde ve Sultan 4.Mehmet Kanunu'nda dolandırıcılığı düzenleyen hükümlere rastlanılmamaktadır. Hırsızlık ve benzeri fiillere ilişkin hükümlerin bu konuda da somut olaylara uygulandığı ve bu fiillerin taziren cezalandırıldığı söylenebilir (Tümerkan, 1987:4).

1256 Ceza Kanunname-i Hümayunun noksanlarını tamamlamak maksadıyla yayınlanan 1267 tarihli Kanun-u Cedit, sahtekarlık ve kalpazanlık gibi suç tiplerini kanuna eklenmiş bulunmaktaydı. Böylece hileli suçlar bakımından bir gelişim kaydedilmiş bulunuyordu (Tümerkan, 1987:4).

Osmanlı Devleti ceza mevzuatında, fragmanter mevzuat dönemini kapsayan ve 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun aşağı yukarı aynen dilimize çevrilmesi suretiyle meydana getirilmiş olan 1274 (1858) Ceza Kanunname-i Hümayunu, Türk Hukuku bakımından dolandırıcılık suçunun açıkça vaz'edildiği ilk kanundur. Bu kanunun 233.maddesinde; “Dolandırıcılık yolunda türlü hile ve

desais'i maliyle bir adamın akçe veya emlak veya tahvilat ve senedatını ve sair eşyasını bertakrip ile elinden alan şahıs, üç aydan üç seneye kadar habsolunur ve kendisinden bir mecdiye altınından elli mecdiye altınına kadar cezayı nakdi dahi alınır. Ve memirin-i devletten ise bu cezalardan başka memuriyetden tard cezasına dahi müstehak olur" hükmü yer almaktadır. (Tümerkan, 1987:4) 1274 kanunu, 1926 yılında, 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun bazı değişikliklerle alınmasıyla yürürlükten kaldırılmıştır (Tümerkan, 1987:5).

Ancak bu yasada dolandırıcılık, "türlü hile ve desais imaliyle bir adamın akça veya emlak veya tahvilat ve senedatını ve sair eşyasını bertakrip elinden alma" ifadesi ile suç, Fransız yasasından oldukça ayrı ve daha genel bir biçimde tanımlamıştır (Selçuk, 1982:50).

Maddeden de anlaşılacağı üzere bu suçu işleyen memurların, memuriyet görevine son verileceği belirtilmiş yani bu yasada dolandırıcılık suçu, o dönem için de yüz kızartıcı suçlardan sayılmıştır.

Küçükleri dolandırma suçu ise inancı kötüye kullanma bölümünde, 234.maddede yer almıştır. Böylece yasal bir metin olarak Türk hukuk yaşamına ilk kez 1858 tarihli yasasıyla giren dolandırıcılık suçunun, çağdaş hukuka uygun bir düzenlemeye ancak 1926 tarihli yasa ile ulaşmış olduğu söylenebilir (Selçuk, 1982:50).

Abdülhak Midhat, bu suçu açıklarken şunları belirtmektedir: "...Dolandırıcılığa gelince; dolandırıcılık enva'hile ve desais irtikab ederek bir kimsenin yedinden akçe, emlak ve senedat ve tahvilatını ahz eylemek fiiline denilir. Hile ve desais bazen alem-i ticaretten mal-ı mergubu rağbete şayan göstermek yolunda medhi veya kanaat husuûlu yolunda, çok iyi bir maldır, emsali başka yerde yoktur gibi hile mutazammın olduğu surette buna dolandırıcılık diyemeyiz. Dolandırıcılık bir adamın satvetinden istifade ve zimmen rızasını tahsil manasını mutazammın olmayarak ika olunacak hile ve desaise itlak olunur. Mesela sırçayı kuyumcunun biri güzelce ve bir elmas gibi traş ederek ahire bey'eylese hile ve desise ile dolandırıcılık etmiş olur." (Tümerkan, 1987:4).

1.2. Genel Olarak Dolandırıcılık Suçu ve Nitelikli Halleri

Dolandırıcılık suçu, başkasının malvarlığına karşı duyguların incelikle gizlenerek işlendiği bir suçtur (Soyaslan, 2005:341).

Suçun özü, failin hile yaparak bir şahsın pozitif veya negatif bir fiil yapmasına neden olmasıdır. Ancak bu hareket, hareketi yapanın malvarlığında azalmaya, failin veya başkasının malvarlığında çoğalmaya sebep olmaktadır. Mağdur bu hareketi isteyerek yapmaktadır. Ancak bu istem, hile ile elde edilmiştir. Suçu karakterize eden hiledir (Soyaslan, 2005:341).

Dolandırıcılık suçlarının, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yığma olmanın ötesinde, kendi kimliğinin belirlediği sistemli bir düzenlemesi yoktur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 157.maddesinde dolandırıcılık suçuna, 158.maddesinde nitelikli dolandırıcılık suçuna, 161.maddesinde hileli iflas suçuna, 162.maddesinde taksirli iflas suçuna, 163.maddesinde karşılıksız yararlanma suçuna, 164.maddesinde ise şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme suçuna yer vermiştir. Bu suçları teke tek, malvarlığına karşı diğer suçlardan ayıran ortak temel özellik, şu veya bu şekilde hileli davranışlarla işlenmeleridir (Hafızoğulları, 2013:396).

Türk Ceza Kanunu'nun paçal bir yöntem izlemiş olmasına bakmaksızın, suçların, söz konusu bu ortak özellikleri esas olmak üzere, geçerli ortak bir başlık altında sistemleştirilerek incelenmeleri, onların anlamlarının ortaya çıkarılmasını, kapsam ve sınırlarının belirlenmesini kolaylaştıracaktır (Hafızoğulları, 2013:396).

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 503.maddesinin birinci fıkrasına göre; “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.” İkinci fıkrada ise; “Fiili, mağdurda esasen var olan hatadan, hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanarak gerçekleştiren kişi hakkında da birinci fıkrada yazılı ceza uygulanır.” denilmektedir.

Günümüzde yürürlükte olan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 157.maddesinde; "hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir." denilmektedir (Yalvaç, 2015:212).

Madde gerekçesinde ise; dolandırıcılık suçunun kişilerin malvarlığına karşı işlenen bir suç olduğu, suçun tanımı ile kişilerin sahip bulunduğu malvarlığı hakkının korunmasının amaçlandığı, ayrıca bu suçun işlenişi sırasında hileli davranışlarla kişilerin aldatıldığı, aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyi niyetin ve güvenin ihlal edildiği, bu suretle mağdurun irade serbestisi etkilenerek irade özgürlüğünün ihlal edildiği belirtilmektedir².

O halde dolandırıcılık; esasen iyi niyet kuralının ihlalidir. Dolandırıcılık, bir kimsenin, hileli davranışlarla, kendisinin çıkarına olarak, başka bir kimsenin malvarlıklarına zarar vermesi eylemidir. Dolandırıcılık, günlük beşeri ilişkilerde, ticari hayatta, serbest ile yasağın ince çizgisidir (Hafızoğulları, 2013:396).

Dolandırıcılık suçunun en temel özelliği; failin sahip olduğu kurnazlık, plan yapma, uyum sağlama ve ikna kabiliyeti ile mağdurların tecrübesizliğini, dikkatsizliğini ve kolay yoldan para kazanma hırsını kullanarak gelir elde etmesidir (Bilen, 2012:6).

Kanunun 158.maddesinde ise dolandırıcılık suçunun; dini inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle, kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle, kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle, kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle, kamu kurum veya kuruluşlarının zararına olarak, bilişim sistemlerinin, banka veya diğer kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif

² <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 17.11.2016

yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında, serbest meslek sahibi kişiler tarafından mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle, banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla, sigorta bedelini almak maksadıyla, kişinin kendisini kamu görevlisi veya banka, sigorta ya da kredi kurumlarının çalışanı olarak tanıtması veya bu kurum veya kuruluşlarla ilişkili olduğunu söylemesi suretiyle işlenmesi halinde suçun nitelikli hallerinin oluşacağı belirtilerek, 157.maddede öngörülen hapis ve adli para cezasının da artırılması öngörülmüştür (Yalvaç, 2015:212).

Maddenin ikinci fıkrasında failin, kamu görevlileriyle ilişkisi olduğundan, onların nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat elde eden kişinin de birinci fıkradaki gibi cezalandırılacağı belirtilmiştir (Yalvaç, 2015:213).

Maddenin üçüncü fıkrasında ise, bu madde ve 157.maddede yer alan suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek ceza bir kat artırılır hükmü yer almaktadır³.

02.12.2016 tarihinde Resmi Gazete ile yayımlanan 6763 sayılı Kanun'un 14.maddesi ile dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği 158.maddede değişiklik yapılmıştır. 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14.maddesinde; "5237 sayılı Kanunun 158 inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiş, fıkrada yer alan "iki yıldan yedi yıla" ibaresi "üç yıldan on yıla" şeklinde, "(j) ve (k)" ibaresi "(j), (k) ve (l)" şeklinde ve "üç yıldan" ibaresi "dört yıldan" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"l) Kişinin, kendisini kamu görevlisi veya banka, sigorta ya da kredi kurumlarının çalışanı olarak tanıtması veya bu kurum ve kuruluşlarla ilişkili olduğunu söylemesi suretiyle,"

"(3) Bu madde ile 157' nci maddede yer alan suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında; suç işlemek için teşkil edilmiş bir

³ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, erişim tarihi: 18.01.2017

örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.” denilmek suretiyle, dolandırıcılığın bazı nitelikli hallerinde değişiklik yapılmak suretiyle cezada artırıma gidilmiş ve ayrıca yeni bir düzenleme getirilerek suçun üç veya daha fazla kişi tarafından iştirak ilişkisi içerisinde işlenmesi veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hallerinde cezada daha fazla bir artırıma gidilmesi gerektiği belirtilmiştir.

158.maddenin gerekçesinde; “Madde metninde, dolandırıcılık suçunun temel şekline göre cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsurları belirlenmiştir. Birinci fıkranın (a) bendinde, dolandırıcılık suçunun dini inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle işlenmesi, bu suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren bir durum olarak kabul edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, dinin bir aldatma aracı olarak kullanılmasıdır. Bu nitelikli unsurun gerçekleşebilmesi için, dini inanç ve duygular, aldatma aracı olarak kötüye kullanılmalıdır. Suçun oluşabilmesi için, dini inanç ve duyguların kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen hile ile haksız bir yarar da sağlanmış olmalıdır.

Kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlar, başkalarına güven duymaya en fazla ihtiyaç duyduğu anlardır. Kişinin, örneğin; doğal bir afete veya trafik kazasına maruz kalmasından ya da hastalığı yüzünden içine düştüğü çaresizlikten yararlanılarak aldatılması daha kolaydır. Bu nedenle, birinci fıkranın (b) bendinde, dolandırıcılık suçunun kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle işlenmesi, bu suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren bir durum olarak kabul edilmiştir.

Keza, kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanılarak aldatılması daha kolaydır. Bu nedenle, belirtilen durum birinci fıkranın (c) bendinde, dolandırıcılık suçunun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir.

Birinci fıkranın (d) bendinde, dolandırıcılık suçunun kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi, bu suçun bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Çünkü kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişilikleri toplumda güven beslenen müesseseler olarak kabul edilmişlerdir.

Fıkranın (e) bendinde, bu suçun kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak işlenmesi, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

Dolandırıcılık suçunun, bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi de, birinci fıkranın (f) bendinde bu suçun bir nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir. Bilişim sistemlerinin ya da birer güven kurumu olan banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması, dolandırıcılık suçunun işlenmesi açısından önemli bir kolaylık sağlamaktadır. Banka ve kredi kurumları açısından dikkat edilmesi gereken husus, bu kurumları temsilen, bu kurumlar adına hareket eden kişilerin, başkalarını kolaylıkla aldatabilmeleridir.

Aynı şekilde söz konusu fıkranın (g) bendinde, dolandırıcılık suçunun basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi, bu suç açısından bir nitelikli unsur olarak belirlenmiştir.

Birinci fıkranın (h) bendinde, ticari faaliyeti meslek olarak icra eden kişilerin güvenilirliğini sağlamak amacıyla, dolandırıcılık suçunun tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenmesi, bu suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir.

Aynı düşüncelerle, fıkranın (i) bendinde, dolandırıcılık suçunun serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi, bu suçun nitelikli bir unsuru olarak tanımlanmıştır.

(j) bendinde, dolandırıcılık suçunun banka veya diğer kredi kurumlarından, esasta tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla işlenmesi bir nitelikli unsur olarak tanımlanmıştır. Banka veya kredi kurumundan bir kredinin temini amacıyla hileli davranışlarda bulunulması ve buna dayalı olarak kredi adı altında bir yarar sağlanması durumunda bu nitelikli unsur oluşacaktır. Kredi kurumu deyiminden banka olmamasına karşın, kanunen borç para vermeye yetkili kılınan kurumlar anlaşılır.

(k) bendi, sigorta edenin dolandırılmasına ilişkindir. Failin sigorta edilen veya sigorta bedelini alacak kimse olması şart değildir. Keza, sigorta edilen riskin türü de önemli değildir.

Maddenin ikinci fıkrasında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bağımsız bir suç olarak tanımlanan “nüfuz ticareti”, dolandırıcılık suçunun bir nitelikli şekli olarak tanımlanmıştır. Bu hükme göre; kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat temin eden kişi, dolandırıcılık suçunun nitelikli şeklinden dolayı cezalandırılacaktır.” demek suretiyle, kanun koyucunun, hangi gereksinimlerden ötürü dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerini düzenleme yoluna gittiği ve bunlardan bazılarına, ne maksatla diğerlerine nazaran, daha fazla ceza öngörüldüğüne ilişkin bir açıklama getirilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Gerçekten, resmi dairelerin, devlet müesseselerinin veya banka gibi özel müesseselerin genel müdür veya müdürleri veya bu müessese sahiplerinin, orada çalışanlar üzerinde hüküm ve nüfuzlarının bulunduğu açıktır (Baytemir, 2009:133). Bu nedenle, dolandırıcılık bakımından bu tür ilişkilerin kötüye kullanılmaması için, bunun gibi hallerin nitelikli olarak kabul edilerek cezada artırım öngörülmesi de isabetlidir.

Para cezası, kanunda yazılı hadler arasında tayin olunan bir miktar paranın devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir (Kubat, 2011:39).

Ancak gerekçede; “Dolandırıcılık suçunun işlenmesi suretiyle elde edilen yararın miktarı çoğu zaman tam olarak belirlenememektedir.” denmesine rağmen, daha sonra eklenen “adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz.” hükmüne yer verilmiş olması bir çelişkidir. Elde edilen yarar madem çoğu zaman belirlenememektedir, miktarı belirlenemeyen bir yararın, iki kat artırılmasının nasıl olacağı anlaşılammaktadır. Ya hüküm, ya gerekçe yanlıştır. Kanun yanlış olamayacağına göre, gerekçe yanlıştır (Hafızoğulları, 2013:408).

Bazı yazarlara göre; ikinci fıkrada, 765 sayılı Kanun'un 278.maddesinde bağımsız bir suç olarak düzenlenen “nüfuz ticareti” suçu, aslı tümünden bozularak, bazılarının ifadesiyle özetlenerek, dolandırıcılık suçunun bir nitelikli şekli olarak düzenlenmiştir. Esasen kamu idaresine karşı suçlar arasında olması gereken nüfuzunu kötüye kullanma veya nüfuz ticareti suçunun, malvarlığına karşı suçlardan dolandırıcılık suçları arasında düzenlenmiş olması ayrı bir tartışma konusudur. Suçla ihlal edilen ve ceza ile

korunan hukuki değer veya menfaat göz önünde tutulduğunda, suçun yerinin, kişilere karşı suçlar kümesi içerisinde yer alan malvarlığına karşı suçlardan dolandırıcılık suçu olmasının pek isabetli olmadığını; paçal, acemice bir düzenlemenin konusu yapıldığı düşünülmektedir (Hafizoğulları, 2013:409).

02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren, 6763 sayılı Kanun'un 14.maddesiyle 158.maddeye eklenen "1" bendinde; kişinin, kendisini kamu görevlisi veya banka, sigorta ya da kredi kurumlarının çalışanı olarak tanıtmaması veya bu kurum ve kuruluşlarla ilişkili olduğunu söylemesi suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde de suçun nitelikli halinin oluşacağına yönelik düzenleme getirilmiştir. Bu durum kanaatimce, kanun koyucunun, özellikle son zamanlarda sıkça karşılaşılan, fail veya faillerin kendisini polislik, askerlik meslekleri mensubu olarak tanıtmaları suretiyle vatandaşlar hakkında esasen var olmayan soruşturma dosyalarının kapatılacağı veya kendisine kredi kurumlarınca kredi verilmeyen vatandaşlara bu kurumlarla ilişkisinin olduğundan bahisle kredi verilmesinin sağlanacağı gibi hile yöntemleriyle vatandaşların daha fazla mağdur edilmesinin önüne geçilmesi ihtiyacından ileri gelmektedir. Bu nedenle getirilen yeni düzenleme isabetlidir. Ancak bahsi geçen bu örnekler gibi, yine ülkemizde dini görev icra eden veya icra ettiği iddia edilen bazı vakıf ve dernek gibi tüzel kişiliklerin aracı olarak kullanılması suretiyle, vatandaşların dini duyguları istismar edilerek, bağış adı altında hile yollarına başvurulması suretiyle dolandırılmaları veya toplumda hoca ve benzeri sıfatlarla bilinen bazı dini figürlerin, cennetten parsel parsel arsa satmaları gibi örneklere de sıkça rastlanılmaktadır. Bu tip eylemlere kanun koyucu, fail veya faillerin 158.maddenin 1/a bendine göre; üç yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmasını öngörmekteyken, yakın tarihte getirilen "1" bendindeki düzenleme gereğince fail veya faillere verilecek hapis cezasının alt sınırının dört yıldan az olamayacağını ve verilecek adli para cezasının miktarının da suçtan elde edilecek menfaatin iki katından az olamayacağını öngörmektedir. Aradaki bu azımsanamayacak ceza miktarının ne gibi bir mantıkla farklı düzenlendiği hususu muğlaktır. Zira toplum yaşantımızda, 158.maddenin "a" bendi kapsamına giren olaylara, en az "1" bendindeki olaylar kadar rastlanılmakta ve vatandaşlar da en az aynı ölçüde mağdur edilmektedir. Bu nedenlerle kanaatimce, bu tip nitelikli hallerin, diğerlerine nazaran daha ağır bir cezayı gerektirmesi yönündeki düzenleme isabetsizdir. Cezanın alt sınırı, her iki suç tipi için de üç veya dört yıl, yani aynı miktarda olmalıdır.

Yine 6763 sayılı Kanun'un 14.maddesiyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesine eklenen üçüncü fıkrada; "Bu madde ile 157 nci maddede yer alan suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında; suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır." düzenlemesine yer verilmiştir. Benzer düzenlemelere kaçakçılıkla mücadele mevzuatında da rastlanılmaktadır. Getirilen bu yeni düzenlemeyle kanun koyucu, dolandırıcılık suçunun üç veya daha fazla kişi tarafından iştirak ilişkisi içerisinde işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında, suç işlemek için kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise verilecek cezanın bir kat artırılacağını öngörmektedir. Kanaatimce bu yeni düzenleme, uygulamada tereddüde yol açacaktır. Zira yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu'nun, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçunu düzenleyen 220.maddesine göre, öncelikle bir örgütün varlığından söz edilebilmesi için en az üç kişinin varlığı gerekmektedir. Aynı kanunda, iştirak ilişkisini düzenleyen 37 vd. maddelerinde ise bir iştirak ilişkisinden söz edebilmek için iki kişinin varlığı yeterli görülmektedir. Uygulamada üç veya daha fazla kişinin bir araya gelerek suç işlemesi halinde, iştirak ilişkisinden veya örgütsel bir bağlantıdan hangisinin uygulanacağına karar verilmesi hususu zaten zorluk teşkil etmektedir. Bu nedenle 158.maddenin 3.fıkrası ile getirilen yeni düzenlemede aranan iştirak ilişkisi için üç veya daha fazla kişinin katılımını beklemek, uygulamada sorunlara yol açacaktır. Kanunun genel hükümler düzenlemesine göre iştirak ilişkisi için zaten iki kişinin varlığı yeterliyken, bu fıkraya göre iştirak ilişkisinin cezalandırılması, ancak bu ilişkinin varlığı için ise en az üç kişinin katılımının aranmasında hukuki bir yarar bulunmamaktadır. Bu durumda iki kişinin iştirak ilişkisiyle dolandırıcılık suçunu işlemesi halinde, 158.maddeye göre değil, 157.maddeye göre yani daha az bir cezayla cezalandırılmaları gerekecektir. Özetle, şayet kanun koyucu dolandırıcılık suçunun iştirak ilişkisi halinde işlenmesi için temel cezada artırımı öngörmekteyse, iki kişilik bir iştirak ilişkisiyle suçun işlenmesi halinde de artırımı uygulanmalıdır. Suçta üç kişinin katılımını aramak isabetsizdir.

İKİNCİ BÖLÜM

DOLANDIRICILIK SUÇUNUN MADDİ KONUSU, HUKUKİ KONUSU, SUÇUN FAİLİ, MAĞDURU, SUÇUN UNSURLARI VE ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

2.1. Dolandırıcılık Suçunun Maddi Konusu

Dolandırıcılık suçunun özü; bir kimseyi, failin veya başkalarının menfaatine, kendi mamelekinde bir azalmayı gerektirecek aktif veya pasif bir davranışa sevk eden aldatmadan ibarettir (Erem ve diğerleri, 1994:551).

Suçun maddi konusu, üzerinde suçun işlendiği şahıs veya şeydir (Toroslu, 2008:93). Dolandırıcılık suçunun maddi konusu; failin hileli davranışlarının sonucunda, bu davranışın muhatabı olan kimsenin veya diğer bir kimsenin malvarlığından çıkan, failin veya diğer bir kimsenin malvarlığına giren malvarlığı değeridir (Hafizoğulları, 2013:398).

Malvarlığına ilişkin herhangi bir değer, bu suçun maddi konusunu oluşturur. Bu, taşınır veya taşınmaz olabileceği gibi, bir alacak hakkı da olabilir. Hatta failin, akrabası olduğuna inandırdığı mağdurun kendisine bakmasını sağlaması örneğinde olduğu gibi, kişisel hizmetlerin de suçun konusunu oluşturabileceği savunulmaktadır.

Öğretide, ekonomik değeri olmayan şeylerin de suçun konusunu oluşturabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, suçun oluşması için mağdur bakımından malvarlığına ilişkin bir zararın doğması gerektiğinden, bunu da öğretilerdeki egemen hukuksal-ekonomik malvarlığı teorisine göre anladığımızdan, ancak ekonomik değeri olan şeyler bu suçun konusunu oluşturabilirler (Tezcan ve diğerleri, 2014:653).

2.2. Dolandırıcılık Suçunun Hukuki Konusu

Suçun hukuki konusu, korunan hukuksal değerdir (Artuk ve diğerleri, 2009:305). Dolandırıcılık suçunun hukuki konusu; kişilerin malvarlığı değerlerinin korunmasına ilişkin kamusal çıkarıdır (Hafizoğulları, 2013:397). Ancak suçla sadece kişilerin malvarlığı değerleri teminat altına alınmamakla, aynı zamanda malvarlığı ilişkilerinde, kişilerin rızalarını serbestçe ifade etmeleri de teminat altına alınmaktadır (Hafizoğulları, 2013:398).

Gerçekten gerekçede; “suçla kişilerin malvarlığı hakkının korunması amaçlanmıştır” ve ayrıca “aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle kişiler arasında varolması gereken iyi niyet ve güven ihlal edilmektedir” denmektedir (Hafizoğulları, 2013:397).

Dolandırıcılık, malvarlığına karşı işlenen suçlardandır. Dolayısıyla bu suç tipi ile öncelikle malvarlığı hakkı korumaya alınmıştır. Diğer yandan, suçun icrası bağlamında gerçekleştirilen hileli davranışlar, iradeyi ifsat ederek hür bir şekilde irade oluşumunu engellediği için, irade serbestisini de ihlal etmektedir. Dolayısıyla dolandırıcılık fiillerinin cezalandırılmasıyla, aynı zamanda kişi hürriyetinin ayrılmaz bir cüzünü oluşturan irade serbestisi de korunmuş olmaktadır (Koca ve diğerleri, 2013:627).

Dolayısıyla, dolandırıcılık suçunda korunan hukuksal yarar, münhasıran malvarlığıdır. Türk öğretisinde bu suçta malvarlığı yanında ayrıca hileli davranışlarla mağdurun aldatılmış olması nedeniyle irade özgürlüğünün de korunduğu anlayışı yaygındır (Tezcan ve diğerleri, 2014:653) .

Ayrıca dolandırıcılık suçu, üçüncü şahısların iyiniyetlerini de korumaktadır (Dönmezer, 1981:387).

2.3. Dolandırıcılık Suçunun Faili

Genel hükümlere göre fail; hukuka aykırı fiili işleyen kimsedir (Toroslu, 2008:92). Ceza kanununda tanımlanan suçlar kural olarak, herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Kanuni tanımında fiile bağlantılı olarak, “...kişi...”, “...kimse...”, “...bir kimse...” veya “...her kim...” ifadelerinin kullanıldığı suçlar, bu nitelikteki suçlardır (Özgenç, 2014:209) .

Dolandırıcılık, faili bakımından özellik göstermeyen, herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Suçun oluşumu bakımından hileli davranışları gerçekleştiren kişi ile bu vasıta ile haksız menfaat temin edenin aynı kişi olması gerekli değildir. Bu husus madde metninde; “kendisine veya bir başkasına yarar sağlayan kişi” şeklinde ifade edilmiştir. Kural bu olmakla birlikte, suçun belli kişiler tarafından işlenmesi, cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir (Koca ve diğerleri, 2013:627).

Bu suçun mağdur ve failleri ya kişilerdir ya da kurumlardır. Fiil kurum adına işlendiği zaman, fail olarak sorumlu olan fiili icra edendir (Soyaslan, 2005:349).

Suçun; “tacir veya şirket yöneticisi ya da şirket adına hareket eden kişiler tarafından ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticileri tarafından kooperatifin faaliyeti kapsamında, serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi”, kanunun 158.maddesine göre, bu suçun nitelikli şeklini oluşturur (Tezcan ve diğerleri, 2014:654).

2.4. Dolandırıcılık Suçunun Mağduru

Mağdur, suçu oluşturan fiilden doğrudan saldırıya uğrayan kimse veya kimselerdir (Toroslu, 2008:95). Suçun mağduru, suçun konusunun ait olduğu kişidir (Özgenç, 2014:209).

Herkes, bu suçun mağduru olabilir. Bu suçun mağduru, suçla malvarlığı değeri azalan, yani zarar gören kimsedir. Türk Ceza Kanunu, “onun veya başkasının zararına olarak” dediğinden, failin hileli davranışlarının sonucu olarak zarar gören kişi, bizzat failin hileli davranışlarının muhatabı olan kimse, yani aldatılan kişi ile zarar gören kişi aynı olabileceği gibi, aldatılan başka bir kimse, zarar gören başka bir kimse olabilmektedir (Hafizoğulları, 2013:397).

Suçun mağdurunun algılama yeteneğine sahip olması şart değildir. Nitekim m.158/1-c, dolandırıcılık suçunun; “Kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle” işlenmesini ağırlatıcı sebep saymıştır. Ancak hükümde “hileli davranışlarla bir kimseyi aldatmak”tan söz edildiğine göre, mağdurun, failin hareketlerinin hileli olduğunu algılayabilecek yetenekte olması zorunlu görünmektedir. Kişinin algılama yeteneğinin hiç bulunmadığı hallerde diğer unsurlar da gerçekleşmiş ise hırsızlık suçunun oluşacağı düşünülmelidir. Nihayet dolandırıcılık eylemi ancak bir insan üzerinde gerçekleşebileceğinden tüzel kişiler bu suçun mağduru değil, zarar göreni olabilir (Özbek ve diğerleri, 2014:653).

Bununla birlikte, aldatılan kişi ile malvarlığına zarar verilen kişi veya kişilerin örtüşmediği hallerde, suçun mağdurunun kim olacağı hususunda görüş farklılığının bulunduğu görülmektedir (Koca ve diğerleri, 2013:628).

Bir görüşe göre, suçun mağduru, münhasıran malvarlığında zarara sebebiyet verilen kişidir. Buna karşılık, aldatılan ve başkasına ait malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunan kişi suçun mağduru olamaz (Koca ve diğerleri, 2013:628).

Diğer bir görüş ise hileye maruz kalan, yani aldatılan kişinin dolandırıcılık suçunun mağduru olduğunu savunmaktadır. Dolayısıyla hileye maruz kalan kişi ile malvarlığında eksilmeye sebebiyet verilen, yani zarara uğrayan kişi aynı ise esasen tartışılacak bir husus yoktur. Görüş ayrılığı, hileye maruz kalan kişi ile malvarlığında eksilme meydana gelen kişinin örtüşmediği hallerde, mağdurun kim olacağı hususunda ortaya çıkmaktadır (Koca ve diğerleri, 2013:628).

Dolandırıcılık suçuna vücut veren, haksızlığı şekillendiren hileli davranışların muhatabı olan ve sahip olduğu yetki çerçevesinde malvarlığı üzerinde, aldatanın muradına uygun olarak hareket eden kişinin suçun mağduru olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Hileye maruz kalan kişi ile malvarlığında eksilme meydana gelen kişinin örtüşmediği hallerde, hileye maruz kalan kişinin mağdur, buna karşılık zarara uğrayan kişinin ise suçtan zarar gördüğünü kabul etmek gerekmektedir. Ancak böyle bir ihtimal söz konusu olduğunda, hileye maruz kalan kişinin aynı zamanda suçun konusunu oluşturan malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisine de sahip olması gerekir (Koca ve diğerleri, 2013:628).

Katıldığım görüşe göre de; hileye maruz kalan kişi ile malvarlığında eksilme meydana gelen kişinin örtüşmediği hallerde, hileye maruz kalan kişinin mağdur, buna karşılık zarara uğrayan kişinin ise suçtan zarar gören olduğudur. Bunun öncelikli nedeni, suç nedeniyle zarara uğramamış olan bir kişinin, kanaatimce hukuken suçtan zarar gören olarak nitelendirilemeyeceği, yalnızca suçun mağduru olarak nitelendirilebileceğidir. Bununla bağlantılı olarak diğer bir nedeni ise uygulamada ortaya çıkacak karışıklığın önüne bu yöntemle daha isabetli bir şekilde geçilebileceğidir. Zira hileye maruz kalan kişinin, suçun

mağduru olacağı yönünde herhangi bir şüphe yoktur. Ancak yargılama sırasında, davaya katılma hakkı, yalnızca suçtan zarar görme ihtimali olan kişiye tanınmıştır. Suçtan maddi bağlamda zarar görmemiş bir kişinin, davaya katılma hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu ayırım pratikte özellikle davanın tarafı olabilme ve bununla beraber davayı takip, temyiz ve tazminat haklarını talep edebilme açısından son derece önemlidir.

2.5. Dolandırıcılık Suçunun Unsurları

2.5.1. Fiil

Fiil genelde, hareket, netice ve bu iki terim arasında neden-sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağından ibaret bulunmaktadır. Ancak hukukta, hareketten, mutlaka hukuki değeri haiz bir neticenin hâsıl olması zorunlu kılınmış değildir. Bazı suçlar hareketten ayrıca hukukun değer izafe ettiği bir neticenin meydana gelmesini zorunlu kılarken, bazı suçlar hukukun değer izafe ettiği bir netice aramaksızın, salt hareketten ibaret bulunmaktadır (Hafızoğulları, 2014:168).

Bununla beraber, dış dünyada meydana gelen bir değişiklik bir insan davranışından kaynaklanmıyorsa, suç teorisi bu değişiklikle ilgilenmez (Önder, 1992:160).

Hukuksal yararlar riayet edilmesi gereği iki şekilde ihlal edilebilir. İlk bir hukuki yarara tecavüz teşkil eden bir hareketin yapılması (icrai hareket), ikinci olarak da hukuki yararı koruyan hareketin yapılmaması suretiyle (ihmali hareket) mümkün olabilir (Hakeri, 2005:94).

Ancak unsur olarak fiilin yer almadığı hiçbir suç tanımı olamaz (Dönmezer ve Diğerleri, 1997:366). Fiilin haksızlık unsurunun gerçekleşmesi yani haksızlık olarak değerlendirilebilmesi için, öncelikle kanuni tipe uygun olması gerekmektedir (Hakeri, 2012:101).

Kanunda yer alan tanımdan hareketle, bu suçun fiilinin üç unsurdan oluştuğunu söylemek mümkündür. Bunlar; failin hileli davranışlarda bulunması, mağdurun aldatılması, aldatma sonucunda mağdurun malvarlığı yönünden bir zarar doğması ve buna karşılık fail veya bir başka kişi yönünden bir menfaatin elde edilmesidir (Toroslu, 2013:176).

Bu nedenle dolandırıcılık, hileli davranışlarla ve haksız bir menfaatin temin edilmesiyle işlenebilen çok hareketli bir suç özelliği taşımaktadır. Bu kapsamda hileli bir davranışın gerçekleştirilmiş olması, bu yolla muhatabın yanılığa sevk edilerek onun bir malvarlığı değeri üzerinde normal şartlarda gerçekleştirmeyeceği bir tasarrufta bulunmasının sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla suçun oluşumu bakımından öncelikle hileli bir davranışın gerçekleştirilmiş olması şarttır (Koca ve diğerleri, 2013:629).

Kanuni unsurda belirlenen hareketin yapılmasına müteakip yarar olarak nitelendirilen neticenin elde edilmesiyle tamamlanan dolandırıcılık suçu neticeli bir ani suçtur (Alacakaptan, 1975:51).

2.5.1.1.Failin Hileli Davranışlarda Bulunması

Kanunda hile kavramının herhangi bir tanımı bulunmamaktadır. Hile, sözcük anlamı itibariyle; birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika anlamlarına gelmektedir⁴.

2.5.1.1.1. Hile Kavramı

Dolandırıcılık suçunun unsurunu oluşturan hile, her halükarda bir vakiyla ilgili olmak durumundadır. Belli bir vakiyla ilgili olarak kişinin yanılığa sevk edildiği hallerde hile vardır (Koca ve diğerleri, 2013:629).

Kişinin belli bir vakiyla ilgili olarak yanılığa düşürülmesi; mevcut olmayan bir hususu mevcutmuş gibi göstermek, vuku bulmuş bir olayı bütünüyle veya belli unsurları itibariyle gerçekleşmemiş gibi göstermek ve nihayet gerçekleşmiş bir vakıanın oluşum şekline başka unsurlar ilave etmek suretiyle gerçekleştirilir (Koca ve diğerleri, 2013:629).

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 503.maddesinde; *“bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlayan”* kişinin dolandırıcılık suçunu işlemiş olacağı belirtilmekteydi. Görüldüğü gibi

⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.546ca58ab33959.85786493 , erişim tarihi: 19.11.2016

mülga kanunda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen tanımından farklı olarak hile ve desise ayırımına yer verilmişti. Desise, mağduru yanıltmak için kullanılan maddi vasıtalar olarak tanımlanmıştır. Keza Yargıtay da desiseyi maddi nitelikteki fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmek için kullanılan aldatıcı vasıtalar olarak tanımlamaktadır. Desise kavramının yeni kanundan hariç tutulması tereddüde neden olmuştur. Bugün, desiseye kanunda yer verilmemesinin bir eksiklik olmadığı öğretilde savunulmaktadır. Kanun koyucu desise kavramına bilerek 5237 sayılı kanunda yer vermemiştir. Madde metninde suçun “*hileli davranışlarla*” işlenebileceği belirtilmiştir. Şüphesiz ki hile, desiseyi de içine alan daha geniş bir kavramdır. Bu nedenle, hileli tüm davranışları suçun oluşumu için mümkün gören kanun koyucunun, desise yoluyla işlenen suçları cezalandırmaması düşünülemez. Sonuç olarak, desise kavramına kanunda yer verilmemiş olmasının pratikte bir önemi kalmamaktadır (Maviş, 2015:606).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçun hileli davranışlarla işlenebileceği belirtilmiştir. “Hile, gerçekte mevcut olmayan bir hususu mevcut göstermek veya gerçekleşmiş bir olayı olduğundan başka türlü ya da hiç gerçekleşmemiş gibi göstermek suretiyle bir insanın yanılığa düşürülmesi” olarak tanımlanmıştır. Bir başka yazar hileyi, “birtakım sahte, suni hareketler ile gerçeğin çarpıtılması, gizlenmesi ve saklanması” olarak nitelemiştir. Görüldüğü gibi, hile kavramına ilişkin ortak bir yargıya ulaşmak mümkün görünmemektedir. Hileye ilişkin bu kavram karmaşası, hangi hareketlerin bu suçu oluşturacağına ilişkin farklı görüşleri beraberinde getirmektedir. O halde, hile kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Hileye yönelik geleneksel açıklamalarda, özel hukuk hilesi ceza hukuku hilesi ayırımını zorunlu kabul eden görüşler bulunmaktadır. Bu ikili ayırımın ortaya çıkışı, özel hukuk ilişkilerine fazla müdahale edilmesinin önüne geçmek ve ceza hukukunun alanını dar tutmak amacına dayanmaktaydı. Çünkü özel hukukta soyut yalan dahi hilenin oluşması için yeterli sayılmaktadır. Öğretilde, özellikle Dönmezer tarafından savunulan sahneye koyma kuramına göre, basit yalan suçun oluşması için yeterli olmayıp yalana doğru görüntüsü verecek bir sahneye koyma gerekmektedir. Ancak, artık günümüzde özel hukuk hilesi – ceza

hukuku hilesi ayırımının bulunmadığı, hukukta aranan şartların cezada da hile oluşturmak için yeterli olacağı savunulmaktadır (Maviş, 2015:607).

Hilenin niteliği konusunda objektif ve sübjektif olmak üzere iki kıstasın varlığından söz edilmektedir. Objektif kıstasa göre; basit bir inceleme ile tespiti mümkün olan durumlarda kişinin durumu anlayarak kendini koruyamaması durumunda dolandırıcılıktan söz edilemez. Zira hukuk aptalları korumaz. Sübjektif kıstasa göre ise bütün unsurları ile incelendiği zaman, söz konusu hilenin aldatmaya elverişli olduğu saptanabiliyorsa, dolandırıcılık suçunun oluştuğundan söz edilebilir. Türk doktrin ve uygulamasında sübjektif kıstasın ağırlıklı olarak kabul edildiği görülmektedir (Yavuz, 2006:356).

Günümüzde, özel ve ceza hukukundaki hile kavramlarının önemi ortadan kalktığına göre ayırımın nasıl yapılması gerektiği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Hangi hareketlerin ceza hukuku anlamında hile olarak değerlendirilebileceğinin tespiti gerekmektedir. Özel hukuk kapsamında hilenin oluşması için yeterli sayılan basit yalan, dolandırıcılık suçunu oluşturmaya yeterli midir? Bu soruya kesin bir yanıt vermek mümkün görünmemektedir. Doktrinde, basit yalanın aldatma gücü bulunmadığı için suçun oluşmayacağını kabul eden görüşler bulunmaktadır. Başvurulan yalan belirli bir ağırlığa ulaşmalı, kandırıcı mahiyette olmalıdır. Bireylerin dikkat yükümlülüklerinin bulunduğu, söylenen her söze inanmamaları gerektiği savunulmaktadır. Gerekli özeni göstermeyen bireylerin bunun sonucuna katlanması gerektiği söylenmektedir. Daha sert bir ifadeye göre, hukuk aptalları koruma cihazı değildir. Aksi görüşü savunan yazarlara göre, soyut yalan dahi suçun oluşması için yeterli kabul edilmektedir. Somut olayda hileli davranışın karşı tarafı aldatmış olması yeterli olup hareketin aldatmaya yeterli olup olmadığını araştırmaya gerek bulunmamaktadır (Maviş, 2015:608).

Genel kabule göre, soyut yalan tek başına dolandırıcılığın oluşmasını sağlamaz. Çünkü soyut yalan, sadece söyleyen kişinin ahlaki kötülüğünü dışa vuran bir husustur. Hilenin, belli bir hukuki değere tecavüz konusunda bir araç olarak kullanılması durumu ceza hukukunu ilgilendirmektedir. Kişilerin sahip

olduğu hukuki değerler üzerinde etkisi olamayan yalan, ceza hukukunun ilgi alanı dışında kalmaktadır (Yavuz, 2006:355).

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 503.maddesinde, dolandırıcılık suçunun oluşması için “bir kişiyi kandırabilecek nitelikteki hile ve desiseler” aranmaktaydı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, dolandırıcılık suçunun tanımında hilenin kandırabilecek nitelikte olması şartını aramamaktadır. Söz konusu farklılığın, yukarıda da bahsedilen özel hukuk hilesi – ceza hukuku hilesi farkının önemini kaybetmesinden kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bahsi geçen düzenleme, suçun oluşumunun kolaylaşacağı şekilde algılanmıştı. Gerçekten de 5237 sayılı kanunun lafzı dikkate alındığında, hareketin kandırıcı niteliğe sahip olmasının şart olmadığı izlenimi ortaya çıkmaktadır. Ancak, Yargıtay, 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlarda görüşünü korumuştur. Yüksek mahkeme basit yalanı suçun oluşumu için yeterli görmemekte, mağdurun iradesini etkileyen, denetim olanağını ortadan kaldıran unsurlar aramaktadır. Yargıtay, kararlarında sık sık olaya göre değerlendirmede bulunmanın gerekliliğine vurgu yapmaya devam etmektedir (Maviş, 2015:609).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hilenin “kandırabilecek nitelikte” olması gibi bir zorunluluğa yer verilmemiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hile ve desisenin “kandırabilecek nitelikte” olması zorunluluğuna dayanarak, “özel hukuk hilesi-ceza hukuku hilesi” ayrımına gidilmekte ve bu suçun oluşması için başvuru hile ve desisenin belli bir ağırlığa ulaşmış olması arandığı için, tek başına “susmak”, bu suçtaki hile ve desise unsurunu oluşturmamaktaydı. Bu bakımdan, uyuşmazlığın hukuki mahiyette olduğu sonucuna varıp, borçlar hukuku hükümleri çerçevesinde meseleyi hukuk mahkemelerine bırakmak gerekiyordu (Tezcan ve diğerleri, 2014:658).

Bugünkü durumda ise hilenin belirli bir ağırlığa ulaşmış olması zorunluluğu aranmamalıdır. Gerçekten, sosyal ilişkilerdeki ortak anlayışın değişmesine koşut olarak zamanla özel hukuk-ceza hukuku hilesi ayrımı önemini yitirmiş; bu anlayış değişikliğine bağlı olarak örneğin 1930 yılında İtalyan Ceza Kanunu'nda bu suçun oluşması için yalnızca “hile ve desise” yeterli görülmüş,

ayrıca bunun “kandırabilecek” nitelikte olması koşulu aranmamıştı. Yeni kanunumuz da benzer bir yol izlemiştir. O halde, somut olayda hileli davranışın karşı tarafı aldatmış olması, suçun oluşması için yeterlidir; ayrıca objektif olarak bu davranışların kandırmaya elverişli olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Ne var ki, Türk Ceza Kanunu’nda hilenin kandırabilecek nitelikte olması gerektiğinden açıkça söz edilmemekte ise de Yargıtay, önceki Türk Ceza Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemdeki içtihadını yeni kanun zamanında da devam ettirmekte ve ancak belirli bir ağırlığa ulaşan hileli davranışların bu suçu oluşturacağı sonucuna varmaktadır (Tezcan ve diğerleri, 2014:659).

Bu veriler ışığında, hilenin objektif ve somut bir değerlendirmeye göre aldatma kabiliyeti olmaması ve bu bakımdan da mağdurun aldanmamış olması durumunda, işlenemez suçtan bahsedilebilir (Tezcan ve diğerleri, 2014:660). Elverişsiz kalkışma (işlenemez suç veya muhal suç), suçu işlemek için yapılan hareketin veya kullanılan aracın veya suç konusunun elverişsizliğinden dolayı boşa giden, suçu meydana getirmeyen bir kalkışmadır (Yüce, 1985:81).

Objektif olarak aldatma kabiliyetine sahip olan fakat mağdurun aldanmadığı hilenin varlığında, teşebbüs hükümleri uygulanır. Buna karşılık, hilenin objektif olarak aldatici olmamasına rağmen, mağdurun aldanması durumunda ise hilenin karşı tarafı aldatmış olması suçun oluşması bakımından yeterli olduğundan, dolandırıcılık suçu oluşmuştur. Ne var ki, Yargıtay aksi yönde sonuca varacaktır. Zira Yüksek Mahkeme, ancak belirli ağırlığa ulaşan hileli davranışların bu suçu oluşturacağı görüşündedir (Tezcan ve diğerleri, 2014:660).

Yargıtay 11.Ceza Dairesi’nin 28.04.2005 tarih ve 2005/2216 sayılı kararında; “Hile ve desisenin kandırıcı nitelikte olup olmaması olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli ayrı ayrı nazara alınmalıdır.” şeklinde belirttiği görüş, uygulama açısından son derece önemlidir (Yurtcan, 2008:119).

Dolayısıyla aldatmaya elverişli olmayan, kandırıcı bir niteliği bulunmayan bir eylemin hile teşkil etmesi söz konusu olamayacağı gibi, değerlendirmenin somut olayın özelliklerine ile mağdurun durumu ve fiille olan ilişkisinin türüyle bir bütün halinde değerlendirilmesi en sağlıklı yöntemdir.

Bu durumda, mağdurun somut olaydaki durumu da önem kazanmaktadır. Mağdur deli, aptal, çok küçük ve gayri mümeyyiz ise bu durumda yağma veya dolandırıcılık değil, cebir kullanılmadığı hallerde hırsızlık suçu oluşacaktır. (Malkoç, 1986:378).

Hile ve desisenin iradesini kullanabilecek yetenekte olanlara karşı uygulanması lazımdır. Akıl hastaları, yaş küçüklüğü gibi yaptıkları işin sebep ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda bulunmayanlara karşı dolandırıcılık suçunun işlenmesine imkân yoktur. Bu tür kişilere karşı gasp suçunun da işlenmesi mümkün değildir. Yargıtay'ın birçok kararına da konu olduğu gibi bu tür fiiller hırsızlık olur (Gündel, 2002:1010).

Örneğin; 8 yaşındaki bir çocuğu, babasının arkadaşı olduğundan ve babasının isteği ile ona teslim edeceğini söyleyerek, yalnızca kandırmak suretiyle cep telefonunu alan failin eylemi, yağma veya dolandırıcılık değil, hırsızlık suçunu oluşturacaktır.

2.5.1.1.2. Hileli Davranışın Aldatıcı Nitelikte Olması

Her dolandırıcılık eylemi, failin planladığı aldatıcı nitelikli hareketlerle başlar ve bu aldatıcı hareket kişilerin birbiri ile olan ilişkilerinde iyi niyet ve güven kurallarını ihlal eder (Tuğrul, 2012:255).

Mevcut olmayan bir hususu gerçekleşmiş gibi göstermek, esasında bir olayı gizlemeyi ve ona yeni unsurlar ekleyerek değiştirmeyi de kapsamaktadır. Hilenin bu şekli, gerçeğe aykırı açıklamalarda bulunmak suretiyle kişilerin aldatılması şeklinde tezahür etmektedir. Aldatmaya yönelik bu davranışın, yazı, söz, işaret ve diğer elverişli hareketlerle gerçekleştirilmesi mümkündür (Koca ve diğerleri, 2013:628).

Örneğin, bir adli personelin, fail hakkında yürütülen soruşturma neticesinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiğini bildiği halde, failin bu durumu bilmediğini fark etmesi

üzerine faili hakkında dava açılacağına dair duyumlar aldığını belirterek korkutması, ancak kendisine para vermesi halinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar aldirabileceği yönünde vaatle bulunarak failden haksız kazanç sağlaması durumunda olduğu gibi.

Hilenin konusunu oluşturan vakıyı, duyularla algılanabilen, tecrübi olarak kontrol edilebilen ve ispata elverişi olup insanın iç dünyasında veya dış dünyada geçmişte veya hâlihazırda cereyan eden olaylar ve durumlar olarak anlamak gerekir. Bu kapsamda, bir eşyanın niteliği, sözleşmeye uygunluğu ve menşei, bir kişinin yaşı, kimliği, ailevi, sosyal ve finansal durumu harici vakılardandır (Koca ve diğerleri, 2013:631).

Dış vakıaların yanı sıra, iç vakıalar da hilenin konusunu oluşturmaktadır. Bu kapsamda, açıklamada bulunan kişinin gelecekteki bir olayı konu edinen iknaya yönelik açıklamaları ve öngörülerini gibi hususlar da hilenin konusunu oluşturabilir. Örneğin; bir sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut mali durumuna göre ödeyemeyecek durumda olmasına rağmen, ödeyeceğine inandırarak sözleşmenin imzalanmasını sağlayan kişinin fiili hile teşkil etmektedir (Koca ve diğerleri, 2013:631).

Ancak durum teoride böyle olmakla beraber, artık uygulamada bu tür olayların büyük bir çoğunluğu ceza yargılaması yapan merciler tarafından hukuki ihtilaf boyutunda değerlendirilmekte ve dolandırıcılık suçunun unsurları oluşmadığından failin eylemleri cezai açıdan yaptırımsız kalmaktadır.

Suç icrai bir hareketle işlenebileceği gibi, susmak suretiyle yanılığa düşürmek gibi ihmali bir hareketle de işlenebilir. Maddenin gerekçesinde suçun ihmali davranışla veya mağdurun içine düştüğü hatadan yararlanmak suretiyle işlenebileceği belirtilmiştir. Ancak icrai harekette, gerçekleştirilen davranışın hile teşkil edebilmesi için, aldatmaya elverişli olması gerekir (Özgenç, 2012:26).

Hileli davranışlar ile fail sahte bir maddi görünüm yaratmalı ve bunun aldatılan üzerinde psikolojik bir etkisi bulunmalıdır (Soyaslan, 2005:343). Hile, ikna etmeye yönelik sözlerle

gerçeği gizlemekten, yani doğru sanılmasına elverişli olan akıl yürütmeleri içeren bir yalandan ibarettir (Erem ve diğerleri, 1994:555).

Yargıtay 15.Ceza Dairesi, 12.11.2013 tarih ve 2013/17381 sayılı kararında; “ Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılığa düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Somut olayda sanıkların dolandırıcılık yapmak kastı ile önceden kurguladıkları şekilde katılanı telefonla aradıkları, arayan kişinin K... Valisinin özel kalem müdürü olduğunu söyleyerek sizi vali beyle görüştüreceğim dediği ve telefonu sanık K.’ya verdiği, K. valiymiş gibi katılanla sohbet ettikten sonra yardıma muhtaç bir çocuk için katılandan para talep ettiği, katılanın karşı tarafın vali olduğuna inandığı, 3.000 TL para göndereceğini söylemesi üzerine sanıkların banka hesap numarası verdiği, katılanın parayı gönderdikten kısa bir süre sonra valiliği arayarak durumu bildirdiğinde bu şekilde bir talep olmadığını öğrendiği, katılanın bankaya müracaatla yatırdığı para üzerine bloke koydurduğu, parasını geri aldığı olayda Türk Ceza Kanunu’nun 157.maddesindeki basit dolandırıcılık suçunun oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmediği” nedenleriyle verilen cezanın onanmasına karar vermiştir⁵.

Bizdeki düzenlemeye paralel olarak; A.B.D. Federal Temyiz Mahkemesi İkinci Dairesi (U.S. Court of Appeals Second Circuit), SEC vs. Texas Gulf Sulphur Company davasında, dönüm noktası olan kararında, gerçekleri yanlış bir izlenim vermek veya dile getirmek suretiyle mağduru yanıltmanın, aldatma olarak sayılacağına hükmetmiştir (Finan ve diğerleri, 2011:1133).

Yine Yargıtay 15.Ceza Dairesi, 11.11.2015 tarih ve 2015/31109 sayılı kararında; “Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikteki hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış, belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla

⁵ www.kazanci.com , erişim tarihi: 18.11.2016

mağdur yanılıya düşürülmeli ve bu yanılma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından, sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. Sanıkların, içerisinde çok az miktarda altın bulunan veya bir parçası altın olan yüzük, künye ve benzeri değerli mücevher görünümündeki eşyaları kuyumcularda değerliymiş gibi bozdurarak, dolandırıcılık yapma konusunda fikir ve eylem birliği içerisinde hareket edip, B... F... alışveriş merkezi içerisinde bulunan mağdurun sorumlu müdür olarak çalıştığı, A ... Kuyumculuk adlı kuyumcuya, sanıklardan Z.K.'nın gelerek, sadece kelepçe kısmında 22 ayar altın olan ve kalan kısmının altın olmayıp hiçbir değer taşımadığı, fakat altın görünümündeki hasır örgü kelepçe bileziği 2.100 TL'ye bozdurarak ve üzerine bir çeyrek altın ile 170 TL nakit para vermek suretiyle yaklaşık 2.400 TL değerinde altın bileziği olarak olay yerinden uzaklaştığı olayda, dolandırıcılık suçunun oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir.” demek suretiyle hileyi tanımlamış ve somut olayda açıklama yoluna gitmiştir⁶. Her iki Yargıtay kararında aynı şekilde tanımlanan hile unsuru, günümüzde yapılan yargılamalarda da aynen geçerliliğini korumaktadır.

Görüldüğü üzere uygulamada hile kavramı; fail tarafından belli oranda ağır, yoğun ve ustaca sergilenen, mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıran, mağduru yanılıya düşüren ve inandıran nitelikli bir yalan olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla Yargıtay'a göre, fail tarafından belli oranda ağır, yoğun ve ustaca sergilenmemiş, mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldırmayan, mağduru yanılıya düşürmeyecek bir yalan, nitelikli yalan olarak değerlendirilemeyeceği için, Yargıtay'ın aradığı anlamda bir hile kavramı ve dolayısıyla suçun unsuru da oluşmayacaktır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde benzer bir olayda; A.B.D. Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission) ile Universal Premium Services arasında 2006 yılında görülen bir davada, Universal tüketicileri aramış ve küçük bir nakliye ücreti ödemeleri karşılığında, ücretsiz bir hediye alacaklarını söylemiştir.(CV-06-0849, ABD Bölge Mahkemesi, Merkez California, 2006) Tüketiciler, nakliye ücreti ödemişse de mal almadılar. Bunun üzerine, mahkeme kararıyla Universal Premium Services, dolandırıcılıktan dolayı suçlu

⁶ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 17.11.2016

bulduğu gibi, A.B.D. Federal Ticaret Komisyonu'na da 28 milyon dolar tazminat ödenmesine karar verilmiştir (Galetta, 2015:55).

Ancak verilecek karar açısından bizde durum farklıdır. Yargıtay 23.Ceza Dairesi'nin 10.05.2016 tarih ve 2016/6057 sayılı kararında özetle; “Sanıkların, L..M.. ve D..Tic.Ltd.Şti. bünyesinde mobilya işleriyle faaliyet gösteren işyerinin sorumlusu oldukları, katılanın olay tarihinde sanıklar ile anlaşıp mobilya siparişi verdiği ve karşılığında sanıklara 4.000 TL ödemede bulunduğu, sanıkların katılana taahhütte buldukları malları teslim etmedikleri gibi işyerini kapatıp ortadan kayboldukları, bu suretle sanıkların iştirak halinde nitelikli dolandırıcılık suçunu işledikleri iddia edilen olayda sanıkların savunması, katılanın beyanı ve tüm dosya kapsamı itibariyle; sanıkların, işlerinin bozulması nedeniyle katılanın parasını ödediği siparişi teslim edemedikleri ve işyerini kapatmak zorunda kaldıkları yönündeki savunmaları karşısında, somut olayda hile unsurunun bulunmadığı ve aradaki ilişkinin hukuki ihtilaf niteliğinde olduğu gerekçesiyle verilen beraat kararlarında bir isabetsizlik görülmemiştir.” denilmek suretiyle yerel mahkeme kararının onanmasına karar verilmiştir⁷.

Karardan da anlaşılacağı üzere, Yargıtay'ın yerel mahkeme kararının onanması yönündeki kararına dayanak kabul ettiği tek delil, sanıkların işlerinin bozulması nedeniyle katılanın siparişini teslim edemeyerek, işyerini kapattıkları yönündeki savunmalarından ibarettir. Ancak bu durumda kanaatimce eksik inceleme söz konusu olacaktır. Sanıkların bu yöndeki savunmalarına itibar edilip edilmeyeceği hususu ancak, sanıkların katılanın anlaşma yaptığı tarihteki mevcut şirketlerinin mali durumunun ne durumda olduğu ve hatta böyle bir işyerinin o tarihte faaliyette olup olmadığı konularında araştırma yapılarak anlaşılabilir. Şayet katılanla sanıklar arasında anlaşmanın yapılarak para alışverişinin tamamlandığı tarihte, şirket zaten faaliyet gösteremez bir mali durumdaysa veya bu tarihte işyeri boşaltılmış ise bu durumda teorik olarak hile unsuru oluşacaktır. Zira sanıkların, içinde buldukları mevcut mali kriz nedeniyle alınan işi yapıp yapamayacakları tespit edilmeksizin, yasal olarak dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığı da takdir edilemeyecektir. Uygulamada bazı benzer davalarda bu tür şirketlerin hayali şirketler olduğu, şirketin kuruluş tarihinden itibaren hiçbir zaman gerçek anlamda faaliyet göstermediği gibi durumlara da rastlanılmaktadır. Bu nedenler eksik inceleme nedeniyle söz konusu Yargıtay kararı isabetli değildir.

⁷ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 07.01.2017

Kural olarak, gelecekte gerçekleşecek hususlar vakıa olarak kabul edilmemektedir. Bununla birlikte, bilimsel tespitler gerçekleşecek bir olaya sağlam bir dayanak teşkil ediyorsa, örneğin güneş tutulması ve ilkbaharın başlangıcı gibi, hilenin konusunu oluşturabilecek bir vakıanın varlığını kabul etmek gerekir. Buna karşılık, gelecekteki olay önceden tahmin edilebilir bir özellik arz etmiyorsa, bir hile değil, iddia söz konusudur. Bu kapsamda, örneğin gelecek yaz belli bir bölgede dolu afeti olacağını söyleyerek muhatabına sigorta yaptıran kişinin davranışı dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmeyecektir. Buna karşılık, bilimsel verilere dayalı olarak belli bir zamanda, bir bölgede depremin meydana geleceğinden bahisle bir kişinin yanılığa sevk edildiği hallerde, dolandırıcılığın unsurunu oluşturan hile vardır (Koca ve diğerleri, 2013:631).

Ancak bu duruma, kaynağını kanundan alan haller istisnadır. Örneğin, yasal mevzuata göre devletin deprem sigortasını zorunlu tutması halinde olduğu gibi. Bu durumda suçun oluşması için gereken hile unsuru mevcut değildir.

Kişinin batıl inanca sevk edilerek veya bu kişideki mevcut batıl inançlar istismar edilerek, belli bir vakıayla ilgili olarak yanılığa sevk edilmesi halinde de hile unsuru gerçekleşmiş olur (Koca ve diğerleri, 2013:631). Yahut dinsel ve inançsal duygular istismar edilmek suretiyle, maddi birtakım menfaatler karşılığında, bir işin gördürüleceğinden bahisle eylemde bulunmak durumunda da hile söz konusu olabilir. Örneğin; toplumda bilinen ve toplumun bazı kesimlerince itibar edilen bir hocanın, belli bir miktar para karşılığında cehennemde yanmayacak ve kabir azabı çektirmeyecek kumaştan kefen satması durumunda olduğu gibi.

Belli bir vakıayla ilgili olarak, kabullerinden, tahminlerinden, çıkardığı sonuçlardan hareketle bir yargıda bulunmak ve kanaat açıklama suretiyle de hile gerçekleştirilebilir. Örneğin bir avukatın, hukuken imkânsız olduğu halde, bir hukuki ihtilafı lehine sonuçlandıracağı vaadiyle bir kimsenin vekilliğini üstlenmesi halinde, bu anlamda bir hile vardır (Koca ve diğerleri, 2013:632).

Gerçekleştirilecek bir ticari faaliyet sonucunda elde edilecek kazancın paylaşılacağı sözü verilerek bir ticari organizasyona maddi desteği sağlanan kişiye, zarar edilmesi nedeniyle vaat edilenin kazandırılmadığı hallerde,

dolandırıcılık suçunun konusunu oluşturan bir hilenin varlığından bahsedilemez. Buna karşılık ticari faaliyette bulunulmadığı halde, böyle bir faaliyet yürütüldüğünden ve kâr elde edildiğinden bahisle veya yürütülen ticari faaliyet sonucunda kâr elde edilmemesine rağmen edildiğinden bahisle kişilerin bir şirkete ortak olmalarının sağlandığı hallerde, hileli davranış vardır (Koca ve diğerleri, 2013:632).

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 09.07.2014 tarih ve 2014/13898 sayılı kararında; "...Sanığın bir otelde piyanist olarak çalışırken arkadaşları olan katılanlara, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda hisse alım satımı yaparak çok iyi kâr elde ettiğini, kendisine para vermeleri halinde kâr ettireceğinden bahisle kandırmak suretiyle paralarını aldığı, başlangıçta kâr payı ve kazandığına dair inandırıcı olması için küçük miktarlarda aylık bir miktar para dağıtımını yaptığı, bu şekilde daha fazla kişinin para vermesini sağladığı, ilk olarak paralarını aldığı kişilere sonrakilerden aldığı paralardan bir kısmını yine kâr payı diye dağıtıp inandırıcılığını kuvvetlendiren sanığın, bu yolla katılanlar J.T.'den 159.150 TL, M.B.Ş.'den 56.000 TL, P.Ş.'den 40.000 TL, B.B.'den 35.830 TL, P.D.'den 45.000 TL para aldığı, sonrasında aldığı bu paralar ile ortadan kaybolduğu, sanığın bu şekilde üzerine atılı suçu işlediğinin iddia edildiği olayda, gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde tespiti bakımından, sanığın borsada yapmış olduğu işlem kayıtları bilirkişi marifetiyle incelenerek sanığın katılanlardan almış olduğu paraları borsaya yatırıp yapılan işlem esnasında zarar ettiğinin tespiti halinde eylemin hukuki ihtilaf kapsamında olacağı, alınan paraların borsada hiç işleme sokulmadığının tespiti halinde ise dolandırıcılık suçunun oluşacağı değerlendirilmeden yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." denilmek suretiyle somut olayda sanık tarafından gerçekten borsada işlem yapılıp yapılmadığının bilirkişi marifetiyle tespitinin gerektiği, işlem yapılarak zarar edildiği tespit edilir ise konunun hukuk davalarıyla çözülebileceği ancak herhangi bir işlem yapılmadığı tespit edildiği takdirde dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşacağı belirterek verilen bozma kararı son derece isabetlidir⁸. Çünkü ancak böyle bir tespitle hile unsurunun oluşup oluşmadığı hususu sağlıklı olarak tespit edilebilecektir.

Ayrıca madde gerekçesinde; "Hile icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da yani

⁸ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 07.01.2017

ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir. Ancak bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değeri taşıması gerekir.” denilmektedir⁹. O halde, hilenin ortaya çıkması için mutlaka icrai bir hareket gerekmemektedir. Hareketin ihmalen ortaya çıktığı durumlarda da hileden bahsedilebilir. Örneğin; temeli atılarak yeni inşaatına başlanan bir binadaki evlerin tamamının 150 metrekare olduğu hakkında duyum alan bir şahsın, müteahhitle görüşme yaptığında bu durumu dile getirmesine rağmen, müteahhitin bahsi geçen binadaki evlerin tamamının aslında 120 metrekare büyüklüğünde oluşacağını bildiği halde ve doğacak olan hukuki ilişki gereğince karşı tarafı bu konuda bilgilendirme yükümlülüğü de olduğu halde, bu durumu onaylar bir şekilde sessiz kalarak evi satması durumunda, madde gerekçesine göre ihmali davranışla oluşan bir hilenin varlığından söz etmek gerekecektir. Ancak pratikte icrai eylemlerin birçoğu hukuki ihtilaf kapsamında değerlendirilirken, böylesine bir ihmali hilenin kabulü ile faile ceza verilmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Zira Yargıtay 15.Ceza Dairesi 02.12.2013 tarih ve 2013/18825 sayılı kararında; “...sanığın mağdura çek verdikten iki yıl önce mağdura borçlandığı, bu borç nedeniyle önce senet verdiği, senedin ödenmemesi nedeniyle borca karşılık olmak üzere suça konu sahte çeki vererek başta dolandırıcılık kastıyla hareket etmediği dikkate alınarak sanığın, önceden doğmuş bir zarar veya doğmuş bir borç için hileli davranışlarda bulunması halinde zarar veya borç, kandırıcı nitelikteki davranışlar sonucunu doğurmayacağından dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı anlaşılmalı, sanığın CMK gereğince beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden mahkûmiyetine karar verilmesi isabetsizdir. ” demek suretiyle kanunla ve öğreti ile hiçbir şekilde bağdaşmayan tarihi bir görüşe imza atmıştır¹⁰. İşte uygulamada, bu tür gerekçelere dayanılarak sıkça kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ve beraat kararı verilmektedir. Böylece Yargıtay, önceki bir borç ilişkisi nedeniyle hileli davranışlarda bulunması halinde, örnekteki gibi iki eylemi sanki tek bir eylem gibi değerlendirerek, beraat nedeni olarak kabul etmiştir.

Hileli davranışın kartopu sözleşmesi düzenlenmesi ile gerçekleştirilmesi de mümkündür. Kartopu sözleşmesi denilen fiillerin ortak özellikleri, piramide benzer bir yapılanma içerisinde

⁹ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 07.07.2017

¹⁰ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 01.03.2017

üstte bulunan kişilerin, üye sayısının artmasına bağlı olarak ve sayı artışına paralel biçimde yarar sağlamalarıdır (Taşdemir, 2009:28).

Bununla birlikte, katılanların sistemin işleyişi ile ilgili doğru olarak bilgilendirilmeleri halinde; hileli davranış da bulunmamaktadır. Fail, sistem hakkında açıkça yanlış bilgi vermemiş olabilir. Ancak zincirin son halkasına yaklaşılmış olmasına rağmen, mağdurun bu yolla çok para kazanacağına inandırılması da hileli davranıştır (Yırtımcı, 2010:32).

Dönmezer'e göre; kartopu sözleşmesi düzenlenmesi aracılığıyla yapılan satışlarda, satıcı müşterilerinden herhangi bir şey saklamadığından, başlangıçta bir hile söz konusu değildir. Bununla birlikte, satıcının artık yükümlülüğünü yerine getiremeyeceği bir anın gelmesi kesindir. Satıcının yükümlülüğünü yerine getiremediği anda dolandırıcılık suçu oluşur. Hakeri'ye göre ise; bu tür durumlarda suçun oluşması için, katılımcının sistemin işleyişi hususunda tam olarak bilgilendirilmemesi şarttır. Bununla birlikte, halkanın son zincirlerinde yer alan eski üyelerin zincire yeni üyeler eklenmesine yönelik davranışları hile oluşturmaz (Yırtımcı, 2010:34).

2.5.1.2.Mağdurun Hileli Davranışla Aldanmış Olması

Yargıtay kararlarından da anlaşıldığı üzere, hilenin kandırıcı nitelikte olması ve mağduru aldatmaya elverişli olması gerekmektedir. Bu nedenle, hilenin kandırıcı bir nitelik taşımadığı veya hile içeren hareketlerin aldatmaya elverişli olmadığı hallerde suçun unsuru oluşmayacaktır. Fail, sergilediği hile ile mağdurun tecrübesizliğinden, bilgisizliğinden, saflığından, düştüğü hatadaki durumdan yararlanmalıdır.

Hileden söz edebilmek için mutlaka mağdurun aldanmış olması gerekli değildir. Aldatmaya elverişli hileli davranışa rağmen mağdur aldanmamış olabilir (Özgenç, 2012:26).

Mağdurun aldanmış olması, dolandırıcılık suçunun icrasındaki merhalelerden biridir. Hileli davranışa rağmen mağdurun aldanmadığı hallerde, suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. Aynı şekilde, hileli davranış sonucunda mağdurun aldanıldığı ve fakat menfaatin sağlanmadığı hallerde de suç yine teşebbüs aşamasında kalmış olur (Koca ve diğerleri, 2013:634).

Aldatmak, bir kimsenin hileli davranışları ile diğer bir kimseyi o kimsenin zararına, kendi yararına olarak kandırmaktır (Hafizoğulları, 2013:401). Dolandırıcılık suçuna teşebbüs kural olarak mümkündür. Failin mağdur karşısında onu aldatmaya elverişli hareketlerde bulunduğu anda suçun icrasına başlanmış olmaktadır. Bu andan önceki hareketler hazırlık hareketidir, cezalandırılmazlar (Hafizoğulları, 2013:402).

Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur (Danışman, 2014:74).

Bir suça teşebbüsten söz edebilmek için, en azından o suçun kanuni tarifindeki icra hareketlerine başlanmış olması gerekir. Suça teşebbüs için aranan ikinci koşul, gerçekleştirilen fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasıdır. Üçüncü koşul ise, suçun icrai hareketlerine başlanmış olmakla birlikte fail, elinde olmayan nedenlerle bu hareketleri tamamlayamamış ve kanuni tarifteki neticenin gerçekleşmemiş olması gerekir (Koca, 2014:148).

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 18.06.2012 tarih ve 2012/39368 sayılı kararında bu durum; "...Sanık hakkında müşteki Y.'e karşı dolandırıcılığa teşebbüs suçundan kurulan hükmün incelenmesinde; sanığın müştekiye ait ticari taksiye yolcu olarak bindiği, hastaneye geldiklerinde inerek hastane içine girip çıktığı, sonrasında doktor başka hastanedeymiş benim şarjım bitti diyerek görüşme yapmak amacıyla cep telefonunu istediği, önceden, müşteki A.'nin cep telefonunun alınması olayını duymuş olan müştekinin şüphelenerek cep telefonunu sanığa vermediği, kapıları kilitleyerek kaçmasını engellediği sanığı polise teslim etmesi şeklinde gerçekleştirdiği iddia ve kabul olunan eylemde, dolandırıcılık suçunun tanımı ve Türk Ceza Kanunu'nun 35.maddesinin, <kişi işlemeyi kastettiği bir suça elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten sorumlu olur> düzenlemesi ve sanığın cep telefonunu istemesine karşı müşteki telefonu vermemiş olup, sanığın isteme fiilinin hazırlık hareketi mahiyetinde bulunduğu ve dolayısıyla eylemin icrai hareketinin de henüz başlamamış olduğu halde unsurları itibarıyla oluşmayan atılı suçtan dolayı sanığın beraatine karar verilmesi gözetilmeyerek yazılı

gerekçelerle dolandırıcılığa teşebbüsten mahkûmiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde açıklanmaya çalışılmıştır¹¹.

Oyçokluğu ile verilen kararda kullanılan karşı oyun konu ile ilgili olan kısmı; “...Müştekiler A. ve İ.’ye karşı sanık tarafından sergilenen hareketlerin tamamı bir bütün olarak ele alınıp, dolandırıcılık suçunun olduğu kabul edildiği halde, müşteki Y.’e karşı sergilenen söz ve hareketler bölünmüş, bir kısmı dikkate alınmadan değerlendirmede bulunduğundan yanılığa düşülmüştür. Yani üçüncü olayda yargılama konusu eylem sadece <sanığın müştekiden telefonu istemesi ve müştekinin de vermemesi> olarak ele alınmış, sanığın o aşamaya kadar sergilediği tavır, davranış ve sözleri görmezden geldiği için suçun oluşmadığı kanaatine varılmıştır. Başka bir ifadeyle, sanığın, müştekinin taksisine binerek, <önce hastaneye gidelim, sonra havaalanına gidip geleceğiz> şeklindeki yalanlarla iyi bir müşteri görüntüsü vermesi, havaalanına gitmeden önce bir hastaneden diğerine geçerek yolu uzatması, taksicilik yapan müştekiyi yolun uzunluğu ile orantılı olarak alacağı taksi ücretini düşünmeye sevk edip, kârlı bir müşteri imajı vermek suretiyle onun rızasını sakatlaması hususları görmezlikten gelinmiştir. Üstelik suçtan elde edilen değer olarak, sadece müştekinin vermekten kaçındığı telefonun nazara alınmasıyla yetinilip, ödenmeyen taksi ücreti de konu edilmemiştir. Dikkat edilirse, sanık tarafından her üç suçta kullanılan hile ve desiseler aynı olup, müşteki Y.’e karşı işlenen suçun diğerlerinden tek farkı, müştekinin şüphelenip, telefonunu vermemiş olmasıdır. Buradaki fark da sanığın eylemi ile ilgili değil, sonucun alınması ile ilgilidir. Yani diğer müştekiler, sanığın aynı mahiyetteki yalanına inanarak telefonlarını vermesine rağmen, müşteki Y. inanmadığı için telefonunu vermemiştir. Sanığın aynı tarzdaki fiil ve davranışlarından bazılarının suç sayılması, bir tanesinin ise hazırlık hareketi olarak kabul edilmesi büyük bir çelişkidir. Üçüncü olayda sanığın, müştekinin telefonunu alamamış olması, başka bir deyişle suçu tamamlayamamış olması, elinde olmayan nedenden kaynaklanmıştır. Yani müşteki, daha önceden sanığın ilk eylemini duyduğu için, telefonunu vermekten kaçınmıştır. Türk Ceza Kanunu’nun suça teşebbüsü düzenleyen 35/1.maddesi aynen şöyledir: <Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.> Burada sanık, bütün icrai hareketleri tamamladığı halde, elinde olmayan nedenden dolayı suç gerçekleşmemiş ve suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Sanığın, müştekilere karşı söylediği sözler ve sergilediği davranışlar hile boyutu içerisinde

¹¹ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 04.03.2017

değerlendirilmez ve sadece zararın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmakla yetinilir ise müştekilerden A. ve İ.'in telefonlarını sanığa vermiş olmaları ile dolandırıcılık suçu arasında nasıl bir ilişki kurulabilir. Zira her üç olayda da sanığın, müştekilerden telefon istemesine kadar geçen eylemleri aynı mahiyettedir ve bu bölümler dikkate alınmaz ise ilk iki olayda da dolandırıcılık suçunun oluştuğunu söyleyemeyiz. Çünkü, sanığın hiçbir hile kullanmadan yalnızca telefon istemekten ibaret sözleri üzerine müştekinin vermesi ve sanığın aldıklarını iadede kaçınması ancak güveni kötüye kullanma suçunu ve duruma göre de hırsızlık suçunu oluşturur. Sonuç olarak; sanığın aynı şekilde geliştirdiği senaryolar üzerine ilk iki olayda müştekiler telefonlarını sanığa vermişler, üçüncü olaydaki müşteki ise vermemiştir. Sanığın her üç olaydaki eylemleri nitelikleri itibarıyla aynı olup, sadece üçüncü olayda, sanıktan kaynaklanmayan bir nedenle sonuç gerçekleşmemiştir. Bu durumda, önceki eylemlerin dolandırıcılık suçu olarak kabulü halinde, üçüncü eylemin dolandırıcılığa teşebbüs olarak kabul edilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Bu nedenle sanığın, müşteki Y.'e karşı işlediği suç nedeniyle dolandırıcılığa teşebbüs suçundan cezalandırılmasına dair mahkeme kararının onanması gerektiğinden, sanığın <beraat> yönündeki çoğunluğun görüşüne katılmam mümkün değildir.” şeklindedir.

Kanaatimce davaya konu olayda oyçokluğu ile verilen karar isabetsizdir. Karşı oy kullanılan üyenin görüşü ve gerekçeleri, gerek kanunla, gerek kanunkoyucunun maksadıyla ve gerekse öğretiyle tam olarak örtüştüğünden yerindedir. Zira, sanığın hileli davranışlarına rağmen, müştekinin bunlara inanmaması durumu hazırlık hareketi olarak yorumlanamaz. Somut olayda, dolandırıcılığa teşebbüs suçu açıkça oluşmuştur.

Aldatılan kişi, fail tarafından ileri sürülen olguları gerçek sanmalı veya en azından gerçeğe uygun olma olanağından hareket etmelidir. Mağdurun aldatıldığından söz edebilmesi için, içine düştüğü hatalı iradenin, failin başvurduğu hileli davranışın sonucu olması gerekir (Tezcan ve diğerleri, 2014:665).

Yani failin başvurduğu hileli hareket ile mağdurun içine düştüğü hatalı irade arasında bir nedensellik bağı olmalıdır. Failin elverişli hareketine rağmen mağdurun yanılığa düşmediği veya mağdurun içine düştüğü yanılığın failin hile içeren icrai veya ihmali davranışından kaynaklanmadığı hallerde suçun unsurları tamamlanmayacaktır. Aynı şekilde failin hileli davranışları, mağdura yöneltmediği takdirde de suçtan söz edilemeyecektir.

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 28.01.2016 tarih ve 2016/1082 sayılı kararında özetle; "A.. İlçe Emniyet Müdürlüğü Ö..Ş.., H..Y.. Polis Merkezi Amirliğine bağlı ... kod nolu görevli ekibin, "...sokak kumarı olduğu..." anonsu üzerine olay mahalline intikal ettiklerinde sanıkların "bul karayı al parayı" oyununu oynatmak üzere adli emanete alınan üç adet iskambil kağıdıyla birlikte yakalandıklarının 26.03.2010 tarihli tutanak ve dosya kapsamından anlaşılması karşısında somut olayda sanıkların, hileli hareketlerini yönlendirdikleri ve aldattıkları bir mağdurun bulunmadığı iddia ve kabul olunmasına göre eylemin TCK. 157/1, 35 maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçunu değil, aynı kanunun 228/1 maddesinde tanımlanan kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunu oluşturacağı nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi ...bozmayı gerektirmiştir." şeklinde vermiş olduğu karar ile hileli davranışın, bir mağdura yöneltilmemesi halinde suçun oluşmayacağı gibi, suça teşebbüsten de bahsedilemeyeceğini belirtmiştir¹².

Bunun yanında mağdurun, fail tarafından gerçekleştirilecek hareketi bilebilecek konumda olması halinde ise hilenin varlığından söz edilemeyeceği için, mağdurun da aldanmış olması beklenemeyecektir. Yani bu durumda da suçun unsurları oluşmayacaktır.

Yargıtay 21.Ceza Dairesi'nin 01.02.2017 tarih ve 2017/397 sayılı kararında; "...Sanık hakkında ayrıca dolandırıcılık suçunu işlediği iddia edilmiş ise de;...hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, fiille olan ilişkisi, mağdurun durumu, ayrı ayrı nazara alınmalıdır. Somut olayda sanık ile mağdurun sahte belge düzenlenmesi konusunda anlaşığı, bu sebeple sanığın mağdurdan aldığı 2.000 TL para karşılığı mağdura sahte belgeleri düzenleyerek verdiği, mağdura karşı dolandırıcılığı oluşturan herhangi bir eyleminin bulunmadığı, mağdurun yapılan işlemin yasal olmadığını bilebilecek durumda olması karşısında, dolandırıcılık suçunun oluşması için gereken hile unsurunun gerçekleşmediği cihetle, sanık hakkında unsurları oluşmayan dolandırıcılık suçundan beraat yerine yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırı olduğundan ...bozmayı gerektirmiştir." demek suretiyle hilenin bu tür bir durumda oluşmayacağını belirtmiştir¹³.

Hileyi her olayda ayrıca göz önüne alarak bunların aldatici nitelikte bulunup bulunmadığının tespiti hâkime düşen bir görev olmaktadır (Dönmezer, 1981:401).

¹² <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 07.02.2017

¹³ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 15.03.2017

Hileli davranışta söz konusu olduğu gibi yanılmanın da belli bir vakıayla ilgili olması gerekir. Aldatılan kişinin belli bir olay gerçekleşmemesine rağmen, gerçekleştiğini düşünerek hareket ettiği hallerde yanılmanın belli bir vakıayla ilgili olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin; (A), (B) ile bir sözleşme kurduğunu düşünürken bilahere (C)'nin de sözleşmenin tarafı olduğunu öğrendiği hallerde, yanılğı belli bir vakıayla ilgilidir (Koca ve diğerleri,2013:635).

Mağdur esasen hatalı bir iradeye sahip ise bu hatanın güçlendirilmesi, artırılması veya en azından uzatılması da hataya düşürme olarak kabul edilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda herhangi bir hileli davranışa başvurmaksızın, fail yalnızca mağdurun içinde bulunduğu hatadan yararlanmış ise dolandırıcılık suçundan söz edilemezdi. Nitekim 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 503.maddesinin ikinci fıkrasında mağdurda esasen var olan hatadan "*hile ve desise kullanarak*" yararlanmadan söz edilmesi bizi böyle bir sonuca götürmekteydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 157.maddesinde "*hileli davranışlarla başkasını aldatma*"dan söz edildiği için, fail tarafından herhangi bir hileli davranışa başvurulmadığı sürece, salt mağdurun hatasından yararlanmanın, gerekçede yer alan ve bu durumda da dolandırıcılık suçunun oluşacağı izlenimini uyandıran yöndeki açıklamalara rağmen, dolandırıcılık suçunu oluşturduğunu söylemek, hataya düşeni bilgilendirme yükümlülüğünün olması durumu dışında mümkün gözükmemektedir. Böyle bir yükümlülüğün olmadığı durumlarda dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, failin aldatılan kişideki mevcut hatalı iradeyi güçlendirmesi veya onun farkına varmasını engellemesi veya güçleştirmesi aranır (Tezcan ve diğerleri, 2014:668).

Kanundaki; "*onun veya başkasının zararına*" ifadesinden hareketle, aldanan kişi ile zarara uğrayan kişi birbirinden farklı da olabilir. Burada aldatılan, herhangi bir kişi değil, malvarlığına ilişkin tasarrufta bulunabilme yetkisi veren bir hukuki durumda bulunan kişi olabilir. Elde edilmek istenen malvarlığı haklarına tamamen yabancı olan veya bunlar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip olmayan bir kimsenin aldatılması halinde dolandırıcılıktan değil, hırsızlıktan veya güveni kötüye kullanmaktan söz edilebilir (Toroslu,2013:182).

2.5.1.3.Mağdurun Malvarlığında Zarar Doğması ve Buna Karşılık Fail veya Bir Başka Kişi Yönünden Menfaat Elde Edilmesi

Kanun açısından elde edilen yararın, haksız olması gerekir. Elde edilen yararın haksız sayılması konusunda yargı organları önünde dava konusu yapılabilmesi aranmaz. Dava konusu yapılamamakla birlikte (örneğin, eksik borç) hukuken korunan yararlar da haksız sayılmaz. Bu itibarla doğrudan veya dolaylı olarak hukuken korunmayan bir yarar ancak haksız kabul edilmelidir. Bu yüzden, örneğin, kumar alacağını veya zamanaşımına uğramış bir alacağı elde etmek için hileli davranışlara başvurulması dolandırıcılık suçunu oluşturmaz. Buna karşılık öğretide baskın görüş, kanuna ve ahlaka aykırı bir işlemde kaynaklanan taleplerin, ceza hukuku açısından korunan malvarlığı kavramına dâhil olmadığı gerekçesiyle, dolandırıcılık suçuna konu olmayacağını kabul etmektedir (Tezcan ve diğerleri, 2014:670).

Maddenin gerekçesinde; “ Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, gerçekleştirilen hilenin etkisiyle, bu hileye maruz kalan kişinin veya bir üçüncü kişinin zararına olarak, fail veya bir başkası menfaat elde etmelidir. ” denmektedir¹⁴. Bu yararın haksız olması şart değildir. 765 sayılı Kanunda dolandırıcılık; “Bir kimseyi hulûs ve saffetinden yararlanarak kandırarak nitelikte sanialar veya hileler yaparak hataya düşürüp o kimsenin veya başkalarının zararına kendisine veya başkasına haksız bir yarar sağlamak cürmü” olarak tanımlanmıştır. Ancak 765 sayılı mülga kanunda aranan, yararın haksız olması şartı, 5237 sayılı güncel kanunda terkedilmiştir.

Zira gerek kanun metninde ve gerekse gerekçede, 158.madde hariç olmak üzere, “ haksız yarar ” ibaresi açıkça kullanılmadığı gibi, kanunun 159. maddesinde suçun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil etmek amacıyla işlenmesi halinde şikâyete tabi olacağı belirtilerek cezada indirim öngörülmüştür. Hukuki alacağın tahsili, uygulamada haksız yararlarla aynı anlama da gelmemektedir.

Ancak diğer bir anlayışa göre; gerekçede yararın niteliğine yer verilmiş değildir. Yarar zararın karşılığıysa, o da, haksız olmak zorundadır. Her halde

¹⁴ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 01.03.2017

gerekçede; hileye maruz kalan kişinin veya üçüncü kişinin zararına olarak, fail veya bir başkası menfaat elde etmelidir, denmesi bu anlamdadır (Hafızoğulları, 2013:404).

Öğretideki baskın görüşe göre, her ne kadar kanuna ve ahlaka aykırı bir işlemde kaynaklanan taleplerin, ceza hukuku açısından korunan malvarlığına dâhil olmadığı gerekçesiyle bu suça konu olamayacağı kabul edilmekte ise de bu tür bir düzenleme kanunkoyucu tarafından yalnızca bu suça ilişkin yapılmamıştır. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nun 148.maddesinde; “Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi...” yağma suçundan cezalandırılmaktadır. Kanunun 150.maddesinde ise; “Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” hükmü yer almaktadır. O halde öğretideki baskın görüşte belirtildiğinin aksine, kanunkoyucu yağma suçunda hukuki ilişkiye dayanan alacağı haksız saymayarak korumaktadır. Bu madde kapsamında yapılan ceza yargılaması neticesinde, kanunkoyucu alacağı haksız görmediğinden koruma altına almakta ve yağma, bileşik suç olma özelliğini kaybetmektedir. Ayrıca bu alacağın hukuk yargılaması yapan merciler önünde tahsili hakkı, özel hukuk bağlamında da korunmaktadır. Bu nedenle kanaatimce, dolandırıcılık suçunu işlenmesi nedeniyle elde edilen menfaatin, haksız bir menfaat olması yasal bir zorunluluk değildir. Aynı kanunda benzer düzenlemeler yer aldığından, böyle bir düzenlemenin tesadüf eseri olduğu da kabul edilemez.

Dolandırıcılık suçu anlamında zarar, malvarlığına ilişkin olmalıdır. Bu zarar, aldatılan kişinin, kendisine veya üçüncü bir kişiye ait malvarlığına ilişkin olarak yapmış olduğu tasarrufun doğrudan doğruya sonucu olmalıdır. Eğer aldatılan kişi, hataya düşmüş olmasaydı, yine de tasarrufta bulunacaktı diyebildiğimiz durumlarda, hataya düşme ile malvarlığına ilişkin tasarruf arasında nedensellik bağlantısının bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Zarar, bizzat aldatılan (ve tasarrufta bulunan) kişide ortaya çıkmış olabileceği gibi, üçüncü kişide de ortaya çıkmış olabilir. Zararın miktarının tespit edilmiş olmasına gerek yoktur (Tezcan ve diğerleri, 2014:668).

Dolandırıcılık suçu anlamında malvarlığı kavramına ne anlam verilmesi gerektiği konusunda değişik teoriler ortaya atılmıştır. Öğretide bir kısım yazarlarca temsil edilen salt ekonomik malvarlığı teorisine göre, malvarlığı, bir kişinin para ile ölçülebilir her türlü menfaatini ifade etmektedir. Buna karşılık salt hukuksal malvarlığı teorisi, ekonomik bir değer taşıyıp taşımadığına bakmaksızın, malvarlığına ilişkin her türlü hak ve yükümlülüğü malvarlığı kavramı içinde ele almaktadır. Buna göre bu tür bir hakkın her türlü kaybı ve yükümlülüklerin artırılması malvarlığına ilişkin zarar olarak nitelendirilmelidir. Bugün öğretide egemen olan hukuksal-ekonomik malvarlığı teorisi (karma teori), malvarlığını, bir kişinin sahip olduğu hukuk düzeninin koruması altında bulunan ekonomik değerlerin tümü olarak kabul etmektedir (Tezcan ve diğerleri, 2014:669).

Hile ile elde edilen menfaat, maddi bir menfaat olmalıdır. Bu itibarla hilelerle manevi bir menfaat elde olunduğu hallerde dolandırıcılık yoktur (Dönmezer, 1981:402).

Ancak maddi değeri olmamakla birlikte, hatıra veya manevi değeri olan şeyler, örneğin kıymetli mektuplar, malvarlığına dâhildirler. Bu cümleden olarak, ailevi değeri olan, hatıra olarak saklanan mektupların hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılarak elde edilmesi dolandırıcılık suçunu oluşturur (Hafızoğulları, 2013:403).

Kullanılan hile sonucunda, aldatılan kişinin veya üçüncü bir şahsın malvarlığında bir azalmanın meydana gelmesi gerekir. Böyle bir zararın tespit edilemediği hallerde dolandırıcılık suçundan söz edilemez. Ayrıca aldatılan kişinin veya üçüncü kişinin zararına karşılık hileli davranışı gerçekleştiren veya başka bir şahsın maddi yarar sağlamış olması gerekmektedir. Hileli bir davranışla mevcut bir borçtan kurtulma halinde de maddi bir yarar sağlanmış olur. Suçun oluşumu, bir yararın elde edilmesine bağlı olduğundan, her somut olayda, sağlanan yararın belirlenmesi gerekir (Koca ve diğerleri, 2013:637).

Zarardan farklı olarak, yararın mutlaka ekonomik nitelikte bir yarar olmasının gerekmediği ileri sürülmektedir. Gerçekten, bir kimsenin hileli davranışlarla aldatıp, salt bağlılık, sevgi duyulan yahut inançsal değeri olan bir şeyin

kendisine verilmesini sağlamasında olduğu gibi, yarar manevi nitelikte bir yarar da olabilmektedir (Hafizoğulları,2013:404).

Türk Ceza Kanunu yararı sınırlandırmış değildir. Para veya herhangi bir şey, hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir belge, şahsi hizmet, bir şeyin sadece kullanılması yararlıdır. Sözleşme, makbuz, ibraname, taahhütname gibi belgeleri elde etmek de yarar sağlamaktır. Yeter ki bunlarla, bir kimseye zarar verilmiş ve fail veya başkasına bir yarar sağlanmış olsun. Söz konusu olan daima maddi, malvarlığına ilişkin bir yararlıdır. Kuşkusuz, fikri veya bedeni bir hizmet elde etmek de yararlanmaktır. Hatta koşulları olduğunda, hileli davranışlarla aldatılarak elde edilmiş olan cinsel temas da dolandırıcılık sayılmalıdır (Hafizoğulları,2013:404).

Kanunumuz dolandırıcılık suçunun tamamlanması için menfaatin elde edilmesini şart koşmuştur. Dolayısıyla bu suç menfaat elde edildiğinde tamamlanmış olur. Bununla beraber bir anlayışa göre menfaat sağlama şartının gerçekleşmiş sayılması için, failin elde etmeyi umduğu ekonomik yararı, yani suça yönelik hareketinden sağlamayı umduğu zenginliği elde etmiş olması gerekmez. Sadece bir şeyin zilyetliğini veya bir borcun kabulünü (örneğin, bir bononun imzalanmasını) yahut bir alacaktan vazgeçilmesini sağlamış olması yeterlidir (Erem ve diğerleri, 1994:561).

Ekonomik zarar, malvarlığına karşı tüm suçlarda olduğu gibi, objektif kriterler ile belirlenmeli, zarar uğrayanın değerlendirmelerine göre değil, genel olarak normal vatandaşın değer yargılarına göre belirlenmelidir. Değerlendirme yapılıır iken somut olayın özelliklerinin göz önünde tutulmasının yanında mağdurun mali durumu da göz önünde tutulmalıdır (Soyaslan, 2005:345).

Suçun oluşması için malvarlığının zarara uğraması arandığından, tek başına zarar tehlikesi, suçun oluşması için yeterli değildir. Meydana gelen zararın sonradan giderilmesi de önemli değildir; bu durum, olsa olsa kanunun 168.maddesinin uygulanması bakımından önem taşır (Tezcan ve diğerleri, 2014:669).

Zararın fiilen meydana gelmiş bulunması şarttır. Bir kimsenin mamelekinde her çeşit zarar mesela bir şahsi veya aynı haktan yoksunluk zararı teşkil eder. Buna karşılık bir kimsenin servetini sadece tehlikeye maruz bırakmak, suçun teşekkülü için yeterli değildir. Gerçekleşeceği muhakkak bir kârdan yoksun kalmak halinde de bu unsur gerçekleşmiş olur (Dönmezer, 1981:406).

Zarar konusu suçun oluşup oluşmayacağına takdiri açısından önemli olduğu kadar, aynı zamanda suça teşebbüs konusunda da son derece önem arz etmektedir. Bu nedenle zararın ve miktarının yargılamayı yapan makamlarca, mümkün olabilecek en net şekliyle tespit edilmesi gerekmektedir. Zira uygulamada zararın miktarı, mahkemece verilecek cezanın sınırının tayini bakımından en belirleyici unsur olmaktadır.

2.5.2. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, geniş anlamda, eylemin (fiilin) hukukça korunan hak ve yararlar saldırısı, yani eylemin (fiilin) hukuk düzenine uygun bulunmamasıdır (Kunter,1949:77). Ceza hukuku anlamında “ hukuka aykırılık ”, suçun oluşması için gereken kurucu unsurlardan biridir (Demirbaş,2016:232).

Dolayısıyla suçun unsurlarından birisi olan hukuka aykırılık, maksada uygun bir şekilde hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması unsuru olarak ifade edilebilir. Bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi, sadece Türk Ceza Kanunu ile sınırlanamaz. Bir davranış ya hukuka uygundur ya da değildir (Hakeri,2005:124).

Dolandırıcılık suçunda bir kimsenin hileli davranışlarla aldatılması ve bundan dolayı malvarlığı itibariyle zarara uğratılması, bu suçun hukuka aykırılık unsurunu oluşturmaktadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/2-d maddesine göre, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması halinde sanık hakkında beraat kararı verilir¹⁵. Bu bağlamda Türk Ceza Kanunu'nun 159. maddesindeki hukuki alacağın tahsiline ilişkin düzenleme bir indirim sebebi olarak öngörüldüğünden, bu suçun hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemez. Uygulamada

¹⁵ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf>, erişim tarihi: 05.03.2017

diğer hukuka uygunluk nedenleri de pek mümkün olmamakla beraber, doktrinde yalnızca zaruret halinin bu suçta bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabulü hususu tartışılmıştır.

Malvarlığına karşı işlenen suçlardan olan dolandırıcılık suçu ile yaşam hakkı, beden bütünlüğünün korunması hakkı gibi daha üstün bir hakkın korunması, kanunun gösterdiği şartlara bağlı kalınmak suretiyle mümkün olabilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda zaruret halinin düzenlendiği 25.maddenin ikinci fıkrası hükmü ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223.maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri incelendiğinde, ceza hukuku sistemimizde zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa bir kusurluluğu ortadan kaldıran neden mi olduğu konusunda çelişki bulunmaktadır. Kanaatimce zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olmakla beraber, pozitif hukuka uygun olması bağlamında bu çalışmada kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler arasında değerlendirilecektir.

Gerek cezasızlık ve gerekse ceza indirim nedenleri, yağma ve nitelikli yağma dışında tüm malvarlığına yönelik suçlar açısından uygulama alanı bulur (Tezcan ve diğerleri, 2014:705).

2.5.3. Kusurluluk

Türk Ceza Kanunu'nun 21.maddesinde, “ Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” ve aynı kanunun 22.maddesinde; “Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.” denilmekle, kanunun 20,21 ve 22.maddelerinde kusursuz suç olamayacağına işaret edilmiştir.

Dolandırıcılık suçu kasten işlenebilen bir suç olup, taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Madde gerekçesinde kast; “ Fail, gerçekleştirdiği davranışların, hile teşkil ettiğini, başka birini aldatıcı nitelikte olduğunu bilmelidir. Fail, mağdurun malvarlığındaki eksilmenin kendi hileli davranışlarının sonucunda meydana geldiğini bilmelidir. Hile ile zarar arasındaki illiyet bağının bilincinde olmalıdır. Kast doğrudan olabileceği gibi, olası kast da olabilir. ” şeklinde izah edilmiştir¹⁶.

¹⁶ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 22.11.2016

Burada söz konusu olan kast, dolandırıcılık suçunun maddi unsurlarının hepsinin fail tarafından bilinmesini ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle, fail gerçekleştirdiği davranışların hile teşkil ettiğini, başka birini aldatıcı nitelikte olduğunu bilmelidir. Ayrıca fail, bu hileli davranışlar sonucunda bunların etkisiyle, hileye maruz kalan kişinin veya başkasının malvarlığında bir eksilme meydana geldiğini, zarar gördüğünü ve buna karşılık, kendisinin veya sair bir kişinin malvarlığında bir artma meydana geldiğini bilmelidir. Bu itibarla, fail, mağdurun malvarlığındaki eksilmenin, mağdurun gördüğü zararın kendi hileli davranışları sonucunda meydana geldiğini bilmelidir; hile ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığının bilincinde olmalıdır (Yurtcan, 2015:296).

Suçun olası kastla işlenmesi halinde ceza indirilir (Tezcan ve diğerleri, 2014:670). Suçun temel şeklinin oluşumu bakımından, kastın dışında başkaca sübjektif bir unsurun gerçekleşmesi aranmamıştır.

Bununla birlikte, suçun nitelikli hallerinden bazılarında dolayı sorumluluğun doğması için, failin belli bir maksatla hareket etmesinin arandığı da görülmektedir. Dolayısıyla bu nitelikli hallerden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için, belirtilen maksatla hareket ettiğinin tespit edilmesi gerekir (Koca ve diğerleri, 2013:638).

Dolandırma kastı önceden veya en azından fiilin işlenmesi esnasında mevcut olmalıdır. Kast fiil işlendikten sonra oluştuğunda, artık dolandırıcılık suçu söz konusu olmaz, şartları varsa güveni kötüye kullanma suçu söz konusu olur (Hafızoğulları,2013:406). Öğretideki hâkim görüşe göre suç, genel kast veya olası kastla işlenir.

Ancak diğer bir görüşe göre; dolandırıcılık suçunda failin aldatıcı fiili sonucu mağdur aldanmalı, fail fayda elde etmelidir. Failin iradesi, kullanılan vasıtanın hileli bir vasıta olduğunu kapsamalıdır. Keza failin iradesi elde etmek istediği menfaatin haksızlığının, mağdura haksız olarak zarar vereceğinin bilincinde olmalıdır. O halde dolandırıcılık, özel kasıtlı işlenebilen bir suçtur (Soyaslan, 2005:346).

Kanaatimce, Tezcan'ın da belirttiği gibi suç genel kastla işlenebilen bir suçtur. Ancak istisnai olarak, suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.06.2001 tarih ve 2001/124 sayılı kararında suçun manevi unsurunu, mülga 765 sayılı Kanun yürürlükte bulunduğu dönemde; "...Dolandırıcılık suçu, hile ve desise kullanarak fesada uğratılan iradeyle malın tesliminin sağlanmış olması karşısında oluşur. Taraflar bir hukuki işlemi gerçekleştirmek isterken, failin yoğun olan kastının açığa çıkışında hile ve desiseler olmalı ve mağdurun rızası bu hile ve desiselerle ifsat edilmiş olmalıdır." şeklindeki görüşüyle açıklamıştır¹⁷. 765 sayılı mülga kanundaki desise ibaresi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile metinden çıkartılmıştır. Ancak, failin yoğun olan kastının açığa çıkışında hilenin olması ve mağdurun rızasının da bu hilelerle ifsat edilmiş olması yönündeki görüş, halen geçerliliğini korumaktadır.

2.5.3.1.Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler

Tüm unsurlarının gerçekleşmiş olmasını gerektirdiğinden, bağlı hareketlilik arz eden bu suçta, failin, fiilde hataya düşmesi olasılığı fazladır (Hafizoğulları,2013:406).

Bu durumda örneğin, gerçekten doğüstü güçlere sahip olduğuna inanan büyücü veya aldatmak suretiyle elde edilen paranın kendi hakkı olduğuna inanan veya teklif ettiği işin, aslında şansa kalmış olmasına rağmen, başarılması mümkün bir iş olduğuna ve dolayısıyla karşı tarafa zarar vermeyeceğine inanan kişi yönünden kastın bulunmadığı sonucuna varmak gerekir (Erem ve diğerleri, 1994:551).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 25/2.maddesine göre; "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." hükmü ile hangi hallerde zorunluluk halinin kabul edileceği belirtilmiştir¹⁸.

¹⁷ www.kazanci.com , erişim tarihi: 18.01.2017

¹⁸ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, erişim tarihi: 05.03.2017

Gerçekten de örneğin, hasta çocuğuna ilaç almak zorunda olan baba, hileli davranışlarla eczacıyı aldatarak reçetede yazılı ilaçları aldığıında, kuşkusuz zorunluluk halinden yararlanacaktır (Hafizoğulları, 2013:405).

Zararlı hadisenin henüz başlamamış veya tekemmül etmemiş olması hallerinde bu unsurdan bahsedilemez. Çünkü böyle bir halde kurtarmak değil, intikam almak bahis mevzuudur (Erem, 1985:45).

Failin zaruret halinde hataya düşmesi mümkündür. Çocuğunun ölümcül hasta olduğunu zannederek ve buna inanarak, maddi imkânsızlığı nedeniyle ve eczacıyı dolandırmak suretiyle ilaçları temin eden baba, zaruret halinde hataya düşmüş olacaktır.

Dolandırıcılık suçunda zaruret hali, uygulamada sıkça rastlanılan bir durum değildir. Ender rastlanan bir durum olsa da Yargıtay, dolandırıcılık suçunda zaruret halinin olabileceğini ve bu durumun kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak sayılması gerektiğini kabul etmiştir.

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 08.10.2013 tarih ve 2013/15089 nolu kararında özetle; "...Bunlardan kamuya ait sağlık kuruluşlarından ve ayakta teşhis ve tedavi yapan özel sağlık kuruluşlarından acil sağlık hizmeti alanların hizmet bedelleri 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümleri çerçevesinde sağlık kuruluşunun bulunduğu yer sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfından talep edilecektir. Bu konuda gerekli tedbirler ilgili vakıf başkanlıklarınca alınacaktır. Özel hastanelerden acil sağlık hizmeti alanların hizmet bedelleri ise talep edilmesi halinde 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 32 nci, 5393 sayılı Belediye Kanununun 38'inci ve 60'ıncı, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 18'inci maddeleri gereğince sağlık kuruluşunun bulunduğu yerin belediyesince ödenecektir. Bu amaçla belediyelerce bütçelerine yeterli ödenek konulacaktır hükmü yer almaktadır. Bu açıklamalar çerçevesinde; sanığın, merdivenden düşen kızı Ş.'nin beyin travması geçirmesi üzerine acil olarak A. Devlet Hastanesine götürdüğü, Ş.'nin sosyal güvencesi olmaması nedeniyle sanığın gelini N.'nin sağlık karnesi ile hasta yatışının yapılarak tedavi gördüğü, tedavi bitiminde hastahane görevlilerince başkasının sağlık karnesi kullanıldığının fark edilmesi üzerine tedavi bedeli olan 105 TL'nin 07.12.2005 tarihinde sanık tarafından ödenmesi şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın sosyal güvencesinin olmaması ve ödeme gücünün bulunmaması nedeniyle TCK'nın 25/2. maddesinde belirlenen zorunluluk hali

karşısında kendisinden acil sağlık hizmet bedellerinin alınamayacağı ve bu nedenle herhangi bir zararın söz konusu olmayacağı anlaşılınca, dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının oluşmadığına yönelik kabulde, Anayasa, AİHS ve kanuni düzenlemeler dikkate alındığında, bir isabetsizlik görülmemiştir. Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün bu değişik gerekçeyle onanmasına...” oybirliğiyle karar verilmiştir¹⁹.

Zaruret halinin kaynağı olduğu ileri sürülen manevi cebir kuramı, değişik açıdan olmakla birlikte, çağdaş doktrinde de savunulmuştur. Kusurluluğun normatif anlayışından hareket eden bu anlayış taraftarlarına göre, manevi cebir tehdidini, en hafifinden başlayıp, en ağırına varan bir kademelenme içinde düşünmek mümkün olabilmektedir. Öyleyse manevi cebir etkisiyle hareket eden bir kimsenin her zaman için cezai sorumluluğunun olmayacağına hükmedilemez. Cezai sorumluluğun yokluğu, sadece, kişinin kendisini veya bir üçüncü şahsı, şahıslarına yönelen hâlihazır ağır bir zarar tehlikesinden kurtarmak için hareket etmesi halinde söz konusu olmaktadır. Bunun dışındaki hallerde, kişi, manevi cebir etkisi altında hareket etmiş olsa bile fiilinden sorumlu olması gerekir (Hafızoğulları, 1971:94).

O halde, manevi cebir tehdidi altında olmamasına rağmen, kendisinin böyle bir tehdit altında olduğunu zannederek ve buna inanarak suçu işleyen kimse, fiili hatasından yararlanır. Çünkü bu durumda fiili hata dolayısıyla kastının yokluğu nedeniyle, fiili suç oluşturmayacaktır.

Dolayısıyla dolandırıcılık suçunda fiili hata mümkündür. Dolandırıcılık suçunda fail, nitelikli hallerde de hataya düşebilir. Örneğin; fail, dolandırdığı kişinin algılama yeteneğinde zayıflık olduğunu bilmeyerek hareket ettiğinde, nitelikli halde hataya düşmüş olur. Bu durumda fail, yasada öngörülen nitelikli hale ilişkin olarak değil, eylemin bir başka nitelikli hali de oluşturmaması halinde, basit dolandırıcılık için öngörülen ceza ile cezalandırılacaktır. Fail, bunun tam tersi olarak da hataya düşebilir. Yani fail, örneğin, karşısındaki kişinin

¹⁹ <http://www.emsalyargi.com/yargitay.php?karar=0391045b566ba07d>, erişim tarihi: 08.03.2017

algılama yeteneğinde zayıflık olmadığı halde, böyle düşünerek ve bu duruma inanarak hareket ettiğinde de nitelikli halde hataya düşmüş olacaktır.

Ancak dolandırıcılık suçunun gerek dünyadaki her ülkede uygulanmakta olması ve gerekse de tarihinin çok eskiye dayanması nedenleriyle, bu suçta failin hukuku bilmemede hata yani hukukta hataya düşme olasılığı pek mümkün gözükmemektedir.

Kanunun 28.maddesinde düzenlenmiş olan cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit hallerinin de dolandırıcılık suçunda uygulanması kanaatimce mümkündür. Maddeye göre; “Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.” O halde, örneğin, çocuğunu kaçırarak onun hayatı ile tehdit edilen bir babanın, failin isteği doğrultusunda bir başka kişiyi dolandırarak, faile maddi menfaat sağlaması halinde, suçu işleyen babaya ceza verilmemesi gerekir.

Bir kişinin iradesinin oluşabilmesi, o iradenin istemediği dış bir zorlamayla değil, kendisi tarafından belirlenecek seçeneklerce belirlenmesine ve iradesini tezahür ettirecek bedensel hareketlerinin herhangi bir engelle karşılaşmamasında yatar (Küçüktaşdemir, 2012:67).

Manevi cebirde, maddi cebirden farklı olarak, failin fiili ile arasındaki iradi bağ, kısıtlı olmakla birlikte kesilmemekte, devam etmektedir. Gerçekten, manen zorlanmış olsa bile, gene de ortada zorlanan kişinin iradi bir fiili bulunmaktadır. Fail, suç olan fiili işlemek yerine, her zaman, zararına da olsa, korkuya veya tehdiye direnmek, yahut katlanmak seçeneğine sahip bulunmaktadır. Bir yerde kişinin kısıtlı da olsa bir seçeneği varsa fiili iradidir. Demek ki, manevi cebirde, fail, maddi cebirden farklı olarak, artık kendisini korkutan, tehdit eden kişinin bir aleti, uzanmış bir eli değildir, çok sınırlı olmakla birlikte bir seçim imkânına sahip bulunmaktadır. Fiilin iradiliği devam etmektedir. Öyleyse fiilin iradi olduğu yerde, fiil suç da olabilmektedir. Kanun, zorlanan kişiyi iradi fiilinden sorumlu tutmuyor zorlayana sorumlu tutuyorsa, bu, onu, kusurlu görmemesi demektir (Hafizoğulları, 2008a:364).

2.5.3.2. İsnat Yeteneği

Kanun, 765 sayılı Kanun'dan farksız olarak, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler genel başlığı altında, 31, 32, 33 ve 34. maddelerinde isnat yeteneğini azaltan veya kaldıran nedenlere yer vermiřtir²⁰.

Türk Ceza Kanunu'nun 31.maddesine göre; failin suç tarihinde 12 yaşını doldurmamış olması halinde cezai sorumluluğu olmayacak, ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Failin, fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmuş ancak 15 yaşını doldurmamış olmakla beraber, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde de cezai sorumluluğu olmadığından, hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına karar verilecektir. şayet fail, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabiliyorsa, davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmişe, bu durumda kanunen öngörülen cezadan indirim yapılması suretiyle cezalandırılması yoluna gidilecektir. Yine fail, fiilin işlendiği sırada 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamışsa da verilecek cezada indirim yapılacaktır.

Öğretide isnat yeteneği, bazı yazarlara göre kusurluluğun n şartı olarak olarak değerlendirilirken, bazı yazarlara göre ise failin bir durumudur (Küçüktaşdemir, 2012:21).

İsnat yeteneği, son tahlilde bilmek ve istemek yeteneğidir. Yaptığı hareketin anlam ve önemini kavrayabilen, böyle bir hareketi bilerek ve isteyerek yapabilen kimse, isnat kabiliyeti olan bir kimsedir (ztrk ve diğerleri, 2003:71).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32/1.maddesine göre; “Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.” Maddenin ikinci fıkrasında ise; “Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine

²⁰ www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/FAIL.doc, erişim tarihi: 10.06.2017

yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.” denilmektedir²¹.

Görüldüğü üzere, tam veya kısmi akıl hastası olan dolandırıcılık suçunun failinin akıl hastası olması durumunda, kanunun 32.maddesi hükmü gereğince, akıl hastalığının derecesine göre ya cezaya hükmolunmayacak ya da cezasında indirim yapılacaktır. Burada önemli olan, failin suçu işlediği sırada mevcut bir akli rahatsızlığının olup olmadığıdır. Başka bir ifadeyle, fail ancak suçu işlediği sırada mevcut akıl rahatsızlığından ötürü bu maddeden yararlanacaktır. Örneğin; bipolar duygulanım bozukluğu olan fail, dolandırıcılık suçunu işlediği sırada bu hastalığın etkisindeyse, kanunun 32.maddesi kapsamında değerlendirilecektir.

Yargıtay 4.Ceza Dairesi'nin 16.03.2016 tarih ve 2016/5071 sayılı kararında özetle; “...Ancak, sanık müdafinin temyiz dilekçesine eklemiş olduğu doktor raporunda, sanığa bipolar duygulanım bozukluğu teşhisi konulduğunun ve Türk Ceza Kanunu'nun 32/2.maddesinden faydalanabileceğinin belirtilmesi karşısında, suç tarihi itibarıyla anılan madde uyarınca akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmış ya da önemli derecede azalmış olup olmadığı konusunda usulünce sağlık kurulu raporu alınarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ...bozmayı gerektirmiş ve sanık müdafinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden tebliğnameye aykırı olarak hükmün bozulmasına, ...16.03.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” denilerek, tam veya kısmi akıl hastalığı şüphesi olan sanık hakkında usule uygun olarak rapor aldırılmaksızın ve sağlık durumu tespit edilmeksizin ceza verilemeyeceği belirtilmiştir²².

Kanunun 33.maddesine göre; “Bu kanunun, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; onbeş

²¹ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, erişim tarihi: 09.03.2017

²² <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, erişim tarihi: 22.11.2016

yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır.” Bu nedenle sağır ve dilsizler hakkında, kanunda aranan diğer şartların da varlığı halinde ya hakkında cezaya hükmolunmaksızın çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacak ya da verilecek cezadan indirim yapılacaktır.

Kanunun 34.maddesinde belirtildiği şekilde, geçici bir nedenle ya da iradesi dışında aldığı alkol veya uyuşturucu maddenin etkisi altında, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan failin, dolandırıcılık suçunu işlemesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. Ancak fail, iradesi ile alkol veya uyuşturucu madde kullanarak, bunun etkisiyle suç işlemişse, bu durumda indirim olmaksızın, kanunen suça öngörülen ceza ile cezalandırılacaktır. Yani gönüllü sarhoşlukta, failin isnat yeteneği tamdır.

2.6. Dolandırıcılık Suçunun Özel Görünüş Biçimleri

Hâkim, önüne gelen davaya ilişkin somut olayda verilecek cezayı belirlerken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61.maddesine göre suçun işleniş biçimini göz önünde bulundurmak zorundadır. Suçun işleniş biçimi, kanunda suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında takdir olunacak temel cezayı belirlemede göz önünde bulundurulan temel ölçütlerden biridir.

2.6.1.İştirak

İştirak türleri, tipik fiilin kim tarafından işlendiği, faildeki suç işleme kararının kim tarafından verildiği ve kimlerin yardım eden olduğunun tespiti ile ilgilidir. İştirak, maddi veya manevi nitelikte olabilir. Maddi nitelikteki davranışlar fiile yönelikken; manevi iştirak, faildeki suç işleme iradesine yani faildeki suç işleme fikrine yöneliktir (Aydın, 2009:130).

Dolandırıcılık suçu iştirak bakımından bir özellik arz etmez. İştirakin her şekliyle bu suça katılmak mümkündür. Dolandırıcılık sonucunda hileli davranışı gerçekleştiren ile yararı sağlayan kişilerin farklı olduğu hallerde, yarar sağlayan kişinin dolandırıcılıktan dolayı sorumluluğunun söz konusu olabilmesi, bu konuda bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Başka bir anlatımla, yarar sağlayanın hileyi gerçekleştiren kişi ile birlikte suç işlemek üzere anlaşmış olması gerekir (Koca ve diğerleri, 2013:650).

Dolandırıcılık suçunun tipik hareketlerini kısmen veya tamamen gerçekleştirenler, bu suçun (müşterek) failidir. Yalnızca haksız menfaatten yararlanmış olmak, hileli davranışı gerçekleştiren failerin aralarında iştirak iradesi bulunmadığı sürece, suç ortağı sayılmaya yeterli değildir. Bu suça, bu suçta kullanılacağını bilerek sahte bir raporu faile vermek örneğinde olduğu gibi “yardım etme” biçiminde de iştirak mümkündür (Tezcan ve diğerleri, 2014:672).

Bu durumda örneklemek gerekirse; arkadaş olan Ahmet ve Mehmet’in hiç akıllarında yokken tanıdıkları Cevdet tarafından, işlek bir cadde üzerindeki boş dükkânı kiralayarak sanki bir banka şubesiymiş gibi dekore etmeleri, bu duruma inanıp para yatırmak isteyen müşterilerden parayı almaları, para çekmek isteyen müşterilere ise sistemde arıza olduğunu söyleyerek para vermemeleri şeklinde gerçekleştirecekleri bir eylemle çok zengin olabilecekleri yönünde ikna ederek, bu eylemi Ahmet ve Mehmet’e yaptıran Cevdet dolandırıcılığa azmettiren, Ahmet ve Mehmet ise bu suçta fail sıfatıyla sorumlu olacaklardır. Yapılacak bu işlemi bilerek, yalnızca o dükkânın banka şubesi gibi dekore edilmesini, elektronik aletlerini ve teçhizatlarını sağlayan Vedat ise dolandırıcılık suçunda yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır.

Ayrıca kanunun 158.maddesine eklenen 3.fıkra gereğince, dolandırıcılık suçunu üç veya daha fazla kişinin birlikte işlemesi halinde verilecek cezanın artırılacağı belirtilmektedir. Burada bahsi geçen iştirak ilişkisine, çalışmanın dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri kısmında detaylıca değinilecektir.

2.6.2. İçtima

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 44.maddesine göre; “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” Kanunun 43.maddesine göre ise fail şayet tek bir hileli davranışla birden fazla kişiyi aldatarak, davranışın muhatabı olan kişi veya üçüncü kişilerin zarara uğramasına sebebiyet vermişse, bu durumda zincirleme suç hükümlerine göre cezası artırılacaktır. Fail dolandırıcılık suçunu aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlemiş ise yine zincirleme suç hükümlerine göre cezalandırılacaktır²³. Ancak fail, farklı

²³ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, erişim tarihi: 10.03.2017

zamanlarda farklı kişilere karşı dolandırıcılık suçunu işlerse, bu durumda mağdur sayısının suç oluşacağından, her bir eyleminden ötürü ayrı ayrı cezalandırılması gerekecektir.

Yargıtay 8.Ceza Dairesi'nin 13.10.2016 tarih ve 2016/9607 sayılı kararında bu durum özetle; "...Sanığın ...Bankası'nın ...Şubesi'nden kredi çekmesi, ...Şubesi'nden ise kredi çekmeye teşebbüs etmesi ile ...Bankası'nın ...ve... şubelerinden ayrı ayrı kredi çekmesi şeklinde gerçekleşen eylemlerinin, mağdurun bankalar olduğu ve her bir bankaya yönelik zincirleme şekilde dolandırıcılık suçunu oluşturduğu ve eylem sayıları dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle ceza tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde her kredi çekme eylemi için ayrı ayrı hüküm kurmak suretiyle fazla ceza tayini ... yasaya aykırı olduğundan, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, 5320 sayılı Yasa'nın 8/1.maddesi gereğince uygulanması gereken CMUK'nun 321.maddesi uyarınca BOZULMASINA, 13.10.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." şeklinde belirtilmiştir²⁴.

Bununla birlikte, aldatılan ile zararına sebebiyet verilen kişilerin farklılık arz ettiği hallerde, hileye muhatap olup aldatılan kişinin mağdur, malvarlığına zarar verilen kişinin ise suçtan zarar gören olduğu hususu, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmalıdır. Bu gibi hallerde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır (Koca ve diğerleri, 2013:650).

Dolandırıcılık suçunda hile unsurunun icrası kapsamında resmi veya özel belge sahte olarak düzenlenmiş ve kullanılmış olabilir. Bu gibi hallerde, fail, dolandırıcılık suçunun yanı sıra, kanunun 212.maddesi hükmü gereğince belgede sahtecilik suçundan dolayı da sorumlu tutulacaktır (Koca ve diğerleri, 2013:650). Yani failin bu durumda hem belgede sahtecilik, hem de dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılması gerekir (Tezcan ve diğerleri, 2014:71).

2.6.3. Teşebbüs

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, mülga 765 sayılı Kanun gibi tam teşebbüs ve eksik teşebbüs ayırımına yer verilmemiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 35.maddesine göre;

²⁴ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 11.03.2017

failinin, işlemeyi kastettiği suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlaması, ancak elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamaması halinde teşebbüs oluşmaktadır²⁵.

Teşebbüsün oluşması için ortada failin işlemeyi kastettiği bir suçun olması gerekir. Tamamlanmış suç hangi kastla işleniyorsa, teşebbüs derecesinde kalan suç da aynı kastla işlenmelidir (Hafızoğulları, 2013:309).

Daha önce de belirtildiği gibi, failin hileli davranışlarına rağmen mağdurun aldanmadığı veya mağdurun aldanmış olmasına rağmen fail tarafından menfaatin sağlanamadığı hallerde dolandırıcılık suçu teşebbüs aşamasında kalmış olur. Dolayısıyla dolandırıcılık suçunda teşebbüs mümkündür.

Bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 35.maddesi gereğince; dolandırıcılık suçunda failin bir kimseyi hileli davranışlarına rağmen aldatamadığı veya aldatıp, elinde olmayan nedenlerle kanunun öngördüğü şekilde bir menfaati sağlayamadığı hallerde failin, dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılmasına ve ikinci fıkra hükmü gereğince suça teşebbüsten dolayı da cezasından indirim yapılmasına karar verilecektir.

Yargıtay 11.Ceza Dairesi'nin 765 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu dönemde verdiği ve bugün teşebbüs bakımından halen geçerli olduğunu düşündüğümüz 30.10.2006 tarih ve E.5208, K.8493 sayılı kararında; "Jandarma Komutanlığı'nda görevli olan sanık K.G.'nin sürücülüğünü yaptığı otomobiliyle izinden dönerken 29.08.2001 tarihinde Kahramanmaraş Göksun ilçesinde maddi hasarlı ve yaralamalı trafik kazası yapması üzerine Göksun Devlet Hastanesi'nde ailesiyle birlikte tedavi gördükleri, kaza sırasında kaskosu bulunmayan otomobilini 31.08.2001 tarihinde kasko yaptırdıktan sonra, 15.09.2001 tarihinde ...ilçesinde kaza yapmış gibi ...Jandarma Trafik Tim Komutanı olarak görevli J.Kd.Üçvş. sanık A.G.'in katılımıyla trafik kazası tespit tutanağı tanzim edildiği ve sanık K.'un hasar bedelini ödemesi için A. Sigorta A.Ş.'ne müracaat ettiği, ancak sigorta eksperini tanık R.Ç.S.'in yaptığı araştırma sonucu kazanın gerçek olmadığını tespit etmesi nedeniyle ödeme yapılmadığı, Göksun Devlet Hastanesi'nin 29.08.2001 tarihli poliklinik defteri,

²⁵ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, erişim tarihi: 10.03.2017

trafik kazası tespit tutanağında imzası bulunan J.II.Kad.Çvş. Ş.B.'ye atfen atılan imzanın kendisine ait olmadığına ilişkin Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Daire Başkanlığı'nın 19.09.2002 gün ve 624 sayılı raporu ve kendi beyanı, tanıklar sigorta eksperleri R.Ç.S. ve Uzm.J.Çvş. A.Ç.'in yeminli ifadeleri ile dosyadaki diğer bilgi ve belgelerden anlaşılması karşısında, sanıklara yüklenen suçların tüm unsurları itibariyle oluşup sübuta erdiği ve dolandırıcılık suçunun da eksik teşebbüs derecesinde kaldığı gözetilerek mahkumiyetleri yerine yeterli delil olmadığından bahisle beraatlerine karar verilmesi, yasaya aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi 5320 sayılı Yasa'nın 8/1.maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK.nun 321.maddesi uyarınca bozulmasına, 29.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi." gerekçeleriyle, dolandırıcılık suçuna teşebbüsün mümkün olduğu anlaşılmaktadır (Yurtcan, 2008:117).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DOLANDIRICILIK SUÇUNUN NİTELİKLİ HALLERİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinde değişiklik yapan 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14.maddesinin gerekçesi, aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nda dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği 158.maddesinin gerekçesini de oluşturmaktadır. Gerekçeye göre nitelikli hallere ilişkin düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmasının ve Kanun'un 158.maddesinde yapılan değişikliklerin esas amacı; kendilerini polis, hâkim, savcı veya banka, sigorta ya da kredi kurumlarının çalışanı olarak tanıtan kişilerin, telefonla ulaştıkları mağdurları söyledikleri hikâyelerle inandırarak önemli miktarlarda haksız menfaat temin etmeleri, son dönemlerde artan bir sosyal duyarlılığın konusunu oluşturmaktadır. Mağdurlara ait olup, önceden temin edilen bazı kişisel bilgileri ve oluşturulan mizansen unsurları kullanan suç failleri, mağdurlarda güven oluşturabilmektedir. Ayrıca, eylemlerini çoğunlukla telefon gibi iletişim vasıtalarıyla gerçekleştirdiklerinden mağdurların denetim imkânı da büyük ölçüde kısıtlanmaktadır. Örneğin, mağdurların, herkesçe bilinmesine olanak bulunmayan bazı kişisel, ailevi, sosyal ve ekonomik durumlarına dair gerçek bilgileri de içeren uydurulmuş hikâyeler karşısında, telsiz ve siren sesleriyle güçlendirilmiş bir mizansen içinde emniyetten arandıklarına inanabildikleri görülmektedir. Durumun ciddiyeti ve aciliyetine inandırılan mağdurların çoğu kez, görüşmeyi sonlandırarak konunun gerçekliğini araştırma imkânı da kalmamaktadır. Yoğun yalan ve hilelerle kandırılan mağdurlar, ciddi düzeyde ekonomik kayba uğramakta ve maddi birikimlerini kaybedebilmektedir.

Bu şekilde gerçekleştirilen dolandırıcılık eylemlerinin sayısında önemli bir artış bulunmamakla birlikte, suç sebebiyle faillerce elde edilen haksız menfaat tutarında yıllar itibarıyla kayda değer bir artış izlenmektedir. Suç mağdurlarının profilinde belirgin bir ortak özellik görülmemekte; yaşlı veya genç, sosyo-ekonomik tahsilli veya değil, pek çok vatandaş dolandırıcıların seviyesi düşük veya yüksek, hedefi haline gelebilmektedir. Bu yönüyle konu, toplumun ortak sorunlarından biri haline gelmiştir.

Söz konusu dolandırıcılık eylemleri, hâlihazırda basit dolandırıcılık suçu kapsamında vasıflandırılmakta ve tespit edilen failer 5237 sayılı Kanun'un 157.maddesi uyarınca yargılanarak cezalandırılmaktadır. Ciddi ekonomik sonuçları dikkate alındığında, bu tür eylemlere, caydırıcılığı sağlayacak etkili yaptırımlar uygulanması gerekmektedir. Bu tür

eylemlerin, dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerini düzenleyen 158. madde kapsamında değerlendirilebilmesi ve suç faillerine daha etkili bir ceza verilebilmesi için anılan maddede düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Suçla mücadele görevinin yerine getirilmesinde ceza siyasetinin belirlenmesi, bu çerçevede hangi eylemlerin ne tür ağırlıkta bir yaptırıma bağlanacağı, kanun koyucunun takdir yetkisi dâhilindedir. Yukarıda açıklanan sosyal dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği yeni bir alt bent eklenmesine, ayrıca maddedeki ceza ve hukuki gerekçelere bağlı olarak, 158.maddenin birinci fıkrasına miktarlarının gözden geçirilmesine ihtiyaç duyulmuştur. Buna göre madde ile 5237 sayılı Kanun'un 158. maddesinin birinci fıkrasına (1) bendi eklenerek, failin eylemini, kendisini kamu görevlisi veya banka, sigorta ya da kredi kurumlarının çalışanı olarak tanıtmayı veya bu kurum ve kuruluşlarla ilişkili olduğunu söylemesi suretiyle gerçekleştirilmesi nitelikli hal olarak düzenlenmektedir. Ayrıca, tasarinın bir önceki maddesinin gerekçesi doğrultusunda miktarları artırılmaktadır²⁶.

Gerekçeden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu tarafından nitelikli hallerle ilişkin düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmasının nedeni, değişen ve gelişen ticari faaliyetler ile teknoloji nedeniyle her tür dolandırıcılık eyleminin aynı ağırlıkta olmaması, bazı tür eylemlerin basit dolandırıcılık suçu gibi cezalandırılması yoluna gidilmesi halinde verilen cezaların caydırıcılık taşıyaması, caydırıcılığı kalmayan cezaların da toplumdaki sosyo-ekonomik anlamdaki güvenilirliği koruyamamasından ileri gelmektedir.

Böyle bir gerekçeye katılmamak elbette mümkün değildir. Ancak problem, bu gerekçede maksadını açıkça belirten ve aynı zamanda kanun metninde de suçun unsurlarını net bir şekilde ortaya koymuş bulunan kanun koyucunun, çoğu zaman bu amacının dışında verilen uygulama kararlarında ortaya çıkmaktadır. Zira uygulamada çoğu zaman, açılan soruşturmalarda, şüphelinin ifadesine dahi başvurulmaksızın konunun hukuki ihtilaf mahiyetinde olduğu gerekçesiyle verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlarda, ifadesine başvurulmayan failin kastının ne olduğu dahi bilinmemektedir. Bu nedenle kanun koyucunun amacı ile uygulama çoğu zaman çelişmektedir.

²⁶ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 11.03.2017

Yine yakın zamanda kanun koyucu tarafından 5271 sayılı Kanun'un 253.maddesi ile getirilen uzlaştırma müessesesi, söz konusu gerekçe ile kamusal mahiyetinin ne denli önemli olduğu ortaya konan dolandırıcılık suçunun, kamu vicdanını millet adına temsil eden mahkemelerin huzuruna dava olarak getirilmesini dahi engelleyici bir niteliğe büründürülmüştür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesi gerekçesinde bazı dolandırıcılık eylemlerinin niteliği itibariyle basit dolandırıcılık suçu olarak tabir edilemeyecek denli ağır olduğunu ve basit dolandırıcılık gibi cezalandırılması halinde caydırıcılığının kalmadığını, toplumda dolandırıcılık suçları nedeniyle mağdurların uğradığı zararlarda önemli ölçüde artış meydana geldiğini belirten kanun koyucu, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 253.maddesinde düzenlenen uzlaştırma müessesesine ilişkin maddenin gerekçesinde ise adeta kendisiyle çelişmektedir. Bu konuya detaylı olarak ilerleyen aşamalarda ayrıca değinilecektir.

3.1. Dini İnanç ve Duyguların İstismar Edilmesi Suretiyle Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre, dini inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle dolandırıcılık eylemi, nitelikli hallerin ilkinin oluşturmaktadır.

Falcılık, büyücülük, muskacılık, gaipten haber verme v.s. ilkel veya gelişmiş her toplumda görülen, bir çıkar karşılığı olarak yapılan, insanlık kadar eski davranış biçimleridir. Elbette bunlar, kamu düzeni bakımından zararlı veya tehlikeli görülerek cezalandırmanın konusu yapılabilirler. Ancak, hileli davranışlarla kimse aldatılmadığından, dolandırıcılık suçunu oluşturmazlar. Kuşkusuz, dolandırıcılık suçunun olmadığı bir yerde, dini inanç ve duygular istismar edilerek dolandırıcılık suçunun işlenmesi de söz konusu olmaz (Hafızoğulları, 2013:409).

Madde gerekçesinde; "Birinci fıkranın a bendinde, dolandırıcılık suçunun dini inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle işlenmesi, bu suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren bir durum olarak kabul edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, dinin bir aldatma aracı olarak kullanılmasıdır. Bu nitelikli unsurun gerçekleşebilmesi için, dini inanç ve duygular, aldatma aracı olarak kötüye kullanılmalıdır.

Suçun oluşabilmesi için, dini inanç ve duyguların kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen hile ile haksız bir yarar da sağlanmış olmalıdır.” denilmektedir²⁷.

Dini inanç ve duygular “ve” ile bir takı yapılmış olmakla birlikte, anlamı, kapsamı ve sınırları belirginleştirilmiş değildir. Gerekçede de bir açıklık yoktur. Gerekçede, “dinin bir aldatma aracı olarak” kullanılmasının istenmediği kaydedilmiş, “bu nitelikli unsurun gerçekleşmesi için”, dini inanç ve duyguların “aldatma aracı olarak kötüye kullanılması” istenmiştir (Hafizoğulları, 2013:409).

Aldatma aracı olarak kullanılan dinin veya mezhebin, hangi din veya mezhep olduğu suçun oluşumu açısından önemsizdir (Artuç, 2007:374).

Böyle olunca, örneğin bir kimsenin dini bir kurum adına hareket ettiğini söyleyerek veya hayır işi diyerek yahut bir ibadette bulunulmasını sağlayacağını vaat ederek para toplaması, kimilerinin oluşturdukları fonlarda günaha işletmeden tasarrufları değerlendirdiklerine inandırarak birçok kimseden topladıkları paraları batırmaları, helal gıda satıyor olma görüntüsü altında, inananlarına dinlerince yasaklanan gıdaların satılması, v.s. hallerde dini inanç ve duyguların istismar edilmesi söz konusu olmaktadır (Hafizoğulları, 2013:410).

Ayrıca muskacılık ve üfürükçülük gibi faaliyetler çerçevesinde, kişiden maruz kaldığı sıkıntısının giderileceğinden bahisle yarar sağlanması, dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilecektir. Yine elindeki makbuzla, aslında olmadığı halde, inşaat halindeki bir cami için yardım topladığından bahisle yarar sağlayan kişinin fiili de nitelikli hali oluşturacaktır (Koca ve diğerleri, 2013:640).

Yargıtay 23.Ceza Dairesi’nin, 22.10.2015 tarih ve 2015/5587 sayılı kararında özetle; “Katılan S.A.’nın suç tarihinde Afyonkarahisar ilinde bulunan T.B.İlköğretim Okulu’nda okumakta olduğu, adı geçen katılanın 2010 yılı Mayıs ayı içerisinde ders çıkışında okul

²⁷ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 12.03.2017

önünde bir bayanın falına bakmakta olan sanığı gördüğü ve kendi falına bakması için sanıktan ricada bulunduğu, sanığın para karşılığı fal baktığını söylemesi üzerine katılanın yanında bulunan 20 TL parayı sanığa verdiği, bunun üzerine katılanın falına bakan sanığın <sende çok yük var, ailen sana güvenmiyor, sen mutsuzsun ve sende büyü var> dediği, sanığın bu sözlerinden korkan ve henüz o tarihte 13 yaşında olan katılanın sanığın yanından ayrılarak evine gittiği, bir süre sonra telefonla aramak suretiyle katılanla bir kez daha iletişim kuran sanığın, büyü bozmak, yapılan büyü nedeniyle katılanın ailesinin zarar görmesini önlemek şeklinde bahanelerle sürekli olarak katılandan para istediği, sanığın bu ısrarlı söz ve davranışları üzerine kendisine ve ailesine büyü yapıldığına inanan katılanın, annesine ait her biri 250 TL değerinde olan iki adet yüzüğü annesinin bilgisi ve rızası dışında alarak 2010 yılı Haziran ayı içerisinde sanığa teslim ettiği, bilahare 2010 yılı Ağustos ayı içerisinde bir kez daha telefonla katılanı arayan sanığın büyüün bozulması için para lazım olduğunu, Şanlıurfa ilinden malzeme getireceğini, hatta kendisinin de bu malzemeyi almak için üzerine para ekleyeceğini, parayı geç getirirse masrafların artacağını, eğer büyü bozulmaz ise ailesinin mahvolacağını ve babasının öleceğini söyleyerek katılanı kendisine para getirmesi hususunda manevi yönden baskı altına aldığı, bunun üzerine yapılan büyü nedeniyle kendisinin ve ailesinin zarar göreceğinden korkan katılanın, babası olan diğer katılan İ.A.'ya ait olup müşterek ikamet ettikleri evde muhafaza edilen paradan 2.400 TL'yi alarak sanığa teslim ettiği, bu şekilde katılanın dini inanç ve duygularını istismar eden sanığın, katılanın iradesini fesada uğratmak suretiyle haksız kazanç elde ettiğinin iddia edildiği somut olayda; sanık savunmalarına, katılan S.A.'nın anlatımlarına, tanık beyanlarına, yakalama ve teşhis tutanağı içeriğine, sanığın katılan S.A.'dan aldığı parayı diğer katılan İ.A.'ya iade ettiğine ilişkin tutanak içeriği ile tüm dosya kapsamına göre sanığın, üzerine atılı nitelikli dolandırıcılık suçundan mahkumiyetine yönelik kabulde herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir..." denilmiştir²⁸.

Yargıtay böylece, var olan bir büyüü bozacağı yalanı ile katılanı aldatan sanığın, katılanı manevi baskı altına alarak haksız kazanç elde ettiği tespit olunan eyleminin, dini inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturacağı belirtilmiştir.

Yine Yargıtay 15.Ceza Dairesi, 30.04.2013 tarih ve 2013/8050 sayılı kararında bu nitelikli hale ilişkin olarak şöyle bir tanımda bulunmaktadır; "...Din, bir topluluğun sahip olduğu

²⁸ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 12.03.2017

kutsal kitap, peygamber ve Allah kavramını da genellikle içinde bulunduran inanç sistemi ve bu sisteme bağlı olarak yerine getirmeye çalıştığı ahlaki kurallar bütünüdür. Dini inanç, dine inanan, belirli bir dine mensup kişinin duygularıdır. Bir insanın dini inanç ve duyguları ile doğup büyüdüğü, terbiyesini aldığı ailesi, çevresi ve içinde bulunduğu toplum arasında çok sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bu nitelikli unsurun gerçekleşebilmesi ve suçun oluşabilmesi için, dini kurallara bağlı olanların önem verdiği değerler, dini inanç ve duygular aldatma aracı olarak kötüye kullanılmalı, bu suretle gerçekleştirilen hile ile haksız bir yarar da sağlanmış olmalıdır.”

Bu tür nitelikli dolandırıcılık eyleminde fail, mağdura karşı dinsel veya inançsal bir konuyla ilgili olarak hileye başvurup aldatmakta ve bu aldatma neticesinde ikna olan mağdurdan haksız kazanç elde etmektedir. Dini inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle dolandırıcılık eylemine uygulamada ve medyada da yapılan medyum operasyonları gibi, hayır işi yaptığı iddia edilen birtakım vakıfların para toplaması gibi, tanınmış dini figürlerin kutsal birtakım özellikleri olduğunu iddia ettikleri bazı eşyaları satması gibi ve hatta islami ilkelere göre hizmet sunacağı iddia edilen oteller için ciddi meblağlarda para toplanmasına rağmen otelin inşaatına dahi başlanmaması gibi örneklerle sıkça rastlanılmaktadır.

3.2. Kişinin İçinde Bulunduğu Tehlikeli Durum veya Zor Şartlardan Yararlanmak Suretiyle Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin birinci fıkrasının b bendine göre, kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık eylemi, dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerindedir.

Madde gerekçesinde bu tür dolandırıcılık eylemi; “Kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlar, başkalarına güven duymaya en fazla ihtiyaç duyduğu anlardır. Kişinin örneğin doğal bir afete veya trafik kazasına maruz kalmasından ya da hastalığı yüzünden içine düştüğü çaresizlikten yararlanılarak aldatılması daha kolaydır. Bu nedenle birinci fıkranın b bendinde, dolandırıcılık suçunun kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle işlenmesi, bu suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren bir durum olarak kabul edilmiştir.” şeklinde açıklanmıştır²⁹.

²⁹ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 12.03.2017

Bu tür nitelikli dolandırıcılık eylemi, kişinin doğru olmadığı halde, tehlikede olduğunu beyan ederek veya doğal bir felaket yaşadığını iddia ederek başkalarının merhamet, acıma ve insani dayanışma duygularını kötüye kullanarak menfaat temin etmesidir. Ağır bir ameliyata maruz kaldığını, tüm aile bireylerinin depremde yok olduğunu, sel felaketi sonucunda evsiz barksız kaldığını ileri sürerek menfaat temin edilmesinde olduğu gibi. Eğer ileri sürülen nedenler doğru ise fiil suç teşkil etmeyecektir (Soyaslan, 2005:349). Zira bu durumda, zaruret halinin varlığı tartışılacaktır.

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin, 03.07.2014 tarih ve 2014/13354 sayılı kararında özetle; "...Dolandırıcılık suçunun, kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle işlenmesi, TCK.'nın 158/1-b bendinde, bu suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren bir durum olarak kabul edilmiştir. Kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlar, başkalarına güven duymaya, sığınmaya en fazla ihtiyaç duyduğu anlardır. Kişinin örneğin doğal bir afete veya trafik kazasına maruz kalmasından ya da hastalığı yüzünden içine düştüğü çaresizlikten yararlanılarak aldatılması daha kolaydır. Zor ve tehlikeli durumda olduğunu söyleyerek menfaat sağlanması, acıma ve yardım duygularının kötüye kullanılması suretiyle suçun işlenmesindeki kolaylık nedeniyle bu hal ağırlaştırıcı neden sayılmıştır. Bir yakınının hastanede, karakolda, cezaevinde, vb. zor veya tehlikeli bir durumda olduğundan bahisle, ona götürülmek üzere para ve eşya alarak mağduru dolandıran kimse, onun merhamet, acıma, yardıma koşma, korku ve telaşa kapılma duygularını sömürmektedir. Tehlikeli durumun gerçekte var olmadığı halde mağdurun buna inandırılmış olması nitelikli halin uygulanması için yeterlidir. Yalan da olsa mağdur, gerçekte düşmüş olabileceği tehlikeli durum veya zor şartlar içine düşmekte ve o durumun gerektirdiği ruhsal ve psikolojik tepkilerle hareket etmektedir. Sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, katılan M.'yi telefonla arayıp, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Hastanesi'nde yatarak tedavi görmekte olan torunu O.'nun rahatsızlandığını, yoğun bakım ünitesinden aradıklarını, kanaması olduğunu ve acil ilaç kullanması gerektiğini söyleyerek, 700 TL'lik ilacın alınmasını onaylayıp onaylamadıklarını sordukları, katılanın da torununun kurtarılması için ne gerekiyorsa yapmalarını istediği, bir süre sonra katılanın evine giden sanık S.'nin 700 TL parayı aldığı, daha sonra hastane yetkilileriyle görüşen katılanın böyle bir olayın yaşanmadığını öğrendiği ve bu şekilde nitelikli dolandırıcılık suçunu işledikleri iddia olunan somut olayda; yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin

kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanıkların yerinde görülmeleyen temyiz itirazlarının reddine ancak; TCK.'nın 158/1-b maddesindeki nitelikli dolandırıcılık suçunun oluştuğu gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde basit dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş...” denilmiştir³⁰.

Gerçekten de bir kişinin tehlikeli bir durum veya zor şartlar içine düşmesi halinde algıları zayıflamakta, idrak kabiliyeti ağırlaşmakta, başvuru hileye normal şartlar içerisinde inanması mümkün olmasa dahi hilenin düşük bir ihtimalle bile gerçek olma riskini göze alamamakta ve bir nevi bu duruma ikna olarak çaresizce zarara uğratılmaktadır. Bu nedenle, kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık eyleminin, basit dolandırıcılık eyleminden daha ağır bir cezayla cezalandırılması gerektiği yönündeki kanun koyucunun kanaati son derece isabetlidir.

3.3. Kişinin Algılama Yeteneğinin Zayıflığından Yararlanmak Suretiyle Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin birinci fıkrasının c bendine göre, kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle dolandırıcılık eylemi, dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır.

Madde gerekçesinde; “Kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanılarak aldatılması daha kolaydır. Bu nedenle, belirtilen durum birinci fıkranın c bendinde, dolandırıcılık suçunun temel şeklienden daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir.” denilmektedir³¹.

Kanaatimce, gerekçede belirtilen “kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanılarak aldatılması daha kolaydır” şeklindeki ibare, pek anlamlı durmamaktadır. Zira algılama yeteneğinde zayıflık bulunan kişi, zaten bu rahatsızlığı nedeniyle idrak kabiliyetinde sıkıntı olduğundan, aldatılması daha kolay olan bir kişidir. Bu nedenle, bu ibare yerine; “Algılama yeteneği zayıf olan kişilerin, bu rahatsızlıkları nedeniyle, sağlıklı olan bireylere nazaran aldatılmaları daha kolaydır. Bu nedenle, algılama yeteneği zayıf olan kişilerin, mevcut zayıflıklarından yararlanılarak dolandırılması, suçun temel şeklienden daha ağır ceza

³⁰ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 12.03.2017

³¹ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 12.03.2017

ile cezalandırılmayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir.” gibi bir ifade, daha yerinde olacaktır.

Gerçekten de algılama yeteneği zayıf olan kişiler, hileli davranışlarla daha kolay aldatılabilirler. Bu kişilerin, bu durumundan yararlanılarak suç işlendiğinde ceza artırılabilecektir. Çocuklarda, yaşlılarda, hastalarda algılama yeteneğinin zayıf olduğu düşünülebilir. Algılama yeteneği, fiilin işlenmesi esnasında zayıf olmalıdır. Cezanın bu nedenle artırılabilmesi için, failin, mağdurun algılama yeteneğinin zayıf olduğunu bilmesi ve bu durumundan yararlanmayı istemesi gerekir. Böyle olunca, kişinin algılama yeteneği, mağdur yönünden, isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenler göz önünde tutularak değerlendirilmelidir (Hafizoğulları, 2013:411).

Mağdurun olay tarihinde algılama yeteneğinin zayıf olup olmadığının takdiri, uygulamada bu konunun uzmanı olan Adli Tıp Kurumu'nun ilgili ihtisas dairesince veya tam teşekküllü devlet hastanesince yapılacaktır. Çünkü yargılanan kişilerin algılama yeteneklerinde herhangi bir zayıflık olup olmadığı hususunda kesin takdir yetkisinin, bu kurumlarda olduğu uygulamada kabul edilmektedir.

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin, 29.05.2013 tarih ve 2013/10019 sayılı kararında özetle; "...Sanık F.Y.'nin diğer sanıklardan H.C., M.U. ve şikayetçilerin murisi M.Ş.Y. ile şikayetçileri dolandırmak amacıyla anlaştığı, anlaşma sonrası sanıklardan F.Y.'nin dedesi M.Ş.Y.'yi sanık H.C. ile birlikte Gülnar Tapu Sicil Müdürlüğü'ne getirdiği ve Tapu Sicil Müdürlüğü'nde M.Ş.Y.'nin sanık H.C. adına kayıtlı Gülnar İlçesi Akova Köyü'nde bulunan ... kargir ev ile tarlanın tamamını 24.10.2005 tarihinde 2.000 TL'ye satmasını sağladığı, sanık H.C.'nin de çok kısa bir süre sonra 31.10.2005 tarihinde aynı gayrimenkulü 8.000 TL bedelle sanık F.Y.'nin dayısı olan diğer sanık M.U.'ya sattığı, işlem sırasında sağlık ocağında görevli pratisyen hekim tarafından verilmiş hukuki ehliyete sahip olduğuna ilişkin rapor alınmış ise de bu tarihten 9 gün sonra 02.11.2015 tarihinde Mersin Devlet Hastanesi'nin nöroloji, psikiyatri, göz ve kulak-burun-boğaz uzmanlarının da katıldığı heyet tarafından verilen M.Ş.Y.'nin demans rahatsızlığı nedeniyle "medeni haklarını kullanamaz, vasi tayini gereklidir" içerikli raporu bulunup, iki rapor arasındaki kısa süre de demans rahatsızlığının

gelişmesinin mümkün olmaması, ilk raporu veren doktorun uzman doktor olmadığına ve sonraki raporu veren sağlık kuruluşunun yanılma payı olabileceğine yönelik beyanları gözetildiğinde, M.Ş.Y.’nin işlem tarihinde medeni hakları kullanma ehliyetinden yoksun olduğu, sanık F.Y.’nin dedesi olan ve durumunu bildiği muris M.Ş.Y.’yi ilgili tapu müdürlüğüne kendisinin getirerek işlem yapmasını sağladığı, tanık A.D.’nin, sanık F.Y.’nin dayısı olan diğer sanık M.U.’ya yönelik olarak dedesine ait tapuyu bu sanık üzerine geçireceği şeklindeki sözleri duyduğunu beyan etmiş olduğunun anlaşılması karşısında, sanıkların eyleminin kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından faydalanmak suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” denilmek suretiyle, demans rahatsızlığının, algılama yeteneğinde zayıflık oluşturduğu kabul edilmiştir (Parlar,2015:246).

Bu nitelikli halin gerçekleşmesi bakımından karşı tarafın bizzat fail tarafından böyle bir duruma düşürülmüş olması gerekmediği gibi, bu durumun ortaya çıkmasında karşı tarafın bir kusurunun bulunup bulunmadığı da önem taşımaz. Hatta mağdurun fail tarafından, örneğin sarhoş edilerek algılama yeteneğinin zayıflatılması, sonra da hileli hareketlerle kandırılması durumunda m.148/3’teki mefruz cebir hükmü gereği, yağma suçunun oluşacağı da savunulmaktadır. Ancak alkol veya uyuşturucu madde vermek suretiyle mağdurun algılama yeteneğine etki edildiği durumlarda, ikili bir ayırım yapılmalıdır. Mağdur bu şekilde “kendisini bilemeyecek” (m.148/3) duruma getirilmiş, yani algılama yeteneği ortadan kaldırılmışsa, yağma suçu oluşacaktır. Şayet mağdurun algılama yeteneği sadece zayıflatılmış ise m.158/1-c’ye başvurmak gerekecektir (Tezcan ve diğerleri, 2014:673).

Ayrıca bu nitelikli hal, yalnızca algılama yeteneği zayıflamış kişilere karşı işlenebilir. Algılama yeteneği ortadan kalkmış bir kişinin aldatılmasından bahsedilemeyeceğinden, bu kişilerin malvarlığına yönelik fiiller ancak hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilebilir (Koca ve diğerleri, 2013:642).

Kanun metninden de açıkça anlaşıldığı gibi, nitelikli hal yalnızca algılama yeteneğinde zayıflık bulunan kişileri kapsamakta olup, algılama yeteneği bulunmayan kişiler bu kapsama dâhil edilmemiştir.

3.4. Kamu Kurum ve Kuruluşlarının, Kamu Meslek Kuruluşlarının, Siyasi Parti, Vakıf veya Dernek Tüzel Kişiliklerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin birinci fıkrasının d bendine göre; kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık eylemi de nitelikli hali oluşturmaktadır.

Madde gerekçesinde bu nitelikli hale ilişkin olarak; “Birinci fıkranın d bendinde, dolandırıcılık suçunun kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi, bu suçun bir nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir. Çünkü kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişilikleri toplumda güven beslenen müesseseler olarak kabul edilmişlerdir.” denilmektedir³².

Bu nitelikli halin oluşmasında önemli olan, hileli davranışların icrasında bu kurum ve kuruluşların araç olarak kullanılmış olmasıdır. Bentte bahsi geçen kurum ve kuruluşların araç olarak kullanılmasından maksat, bu kurum ve kuruluşların adını geçirmek suretiyle dolandırıcılık fiilinin gerçekleştirilmesi değildir. Hileli davranışın icrasında bu kamu kurum ve kuruluşlarının maddi olarak kullanılmış olması gerekir (Koca ve diğerleri, 2013:642).

Bu kurum ve kuruluşların araç olarak kullanılmaları neticesinde 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. Yargıtay'ın içtihadına göre, bu nitelikli halin uygulanabilmesi açısından, kamu kurum ve kuruluşunun, kamu meslek kuruluşunun, siyasi parti veya vakıf ya da dernek tüzel kişiliğinin adının

³² <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 12.03.2017

kullanılması yeterli olmayıp, maddi varlığı da kullanılmalıdır (Tezcan ve diğerleri, 2014:674).

Bu kuruluşların ve üst birliklerinin isim, kayıt, belge, bayrak, flama, rozet gibi alametlerinin kullanılarak suçun işlenmesi mümkündür (Parlar, 2015:171).

Yargıtay 11.Ceza Dairesi'nin 15.10.2009 tarih ve 6642/12140 sayılı kararında özetle; "Sanığın olay günü inşaat yapmakta olan şikâyetçinin yanına gelip, belediyeden geldiğini söyleyip inşaatı niçin yaptığını sorduktan sonra 500 YTL vermesi halinde tutanak tutmayacağını, evi yıktırtmayacağını, 10 gün içinde de taşınabileceğini belirterek aldatıp haksız menfaat sağladığının iddia ve kabul olunmasına karşın, kamu kurumu olan Y.Belediyesi'nin ne şekilde vasıta olarak kullanıldığının karar yerinde tartışılmadığı anlaşılmalı gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirlenebilmesi ve sanığın hukuki durumunun tayini bakımından; şikâyetçiden olay günü sanığın belediyeden geldiği izlenimini veren resmi üniforma giyip giymediği, tutanak tutacağını beyan ettiği sırada belediyeye ait bir belge gösterip göstermediği, sanığın belediye görevlisi olduğuna inanmasını sağlayacak bir eyleminin bulunup bulunmadığı sorulup sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği..." denilmek suretiyle bu durum belirtilmiştir (Tezcan ve diğerleri, 2014:675).

Kamu kurumu, devlet tüzel kişiliğini, il özel idarelerini, belediyeleri, köyleri, üniversiteleri, Yüksek Öğretim Kurumu'nu, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu'nu, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Kurumu'nu, katma bütçeli kuruluşları kapsamaktadır. Dernek, kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluğunu; vakıf ise gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluğunu ifade eder (Tezcan ve diğerleri, 2014:674).

Ayrıca devlet kavramı içine, merkezi idarenin Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık ve Bakanlıklar teşkilatı ile taşra teşkilatını içine alan İl İdaresi, İlçe İdaresi, Bölgesel Kalkınma Ajansları ve Gap Bölge Kalkınma İdaresi de girer. Bunun

yanında Danıştay, Sayıştay, Milli Güvenlik Kurulu, Devlet Planlama Teşkilatı da yardımcı devlet kuruluşları arasındadır (Meran, 2014:26).

Anayasa'nın 135.maddesinin birinci fıkrasına göre; kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişilikleridir³³.

Barolar ve Barolar Birliği, Türkiye Bankalar Birliği, Türk Dış Hekimleri Odaları ve Birliği, Türkiye Noterler Birliği, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları ve Birliği, Ticaret ve Sanayi Odaları ve Birliği, Ziraat Odaları ve Birliği, Eczacı Odaları ve Birliği, Veteriner Hekim Odaları ve Birliği, Türk Mühendis ve Mimar Odaları ve Birliği, Tabip Odaları ve Türk Tabipleri Birliği bu bağlamda kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır (Parlar, 2015:171).

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 3.maddesinde; "Siyasi partiler, Anayasa ve Kanunlara uygun olarak; milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzenini de ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanmış tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır." olarak tanımlanmıştır³⁴.

Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin, 07.05.2013 tarih ve 2013/8435 sayılı kararında özetle; "Sanıkların oto pazarında aracını satmak için bekleyen katılan N.'nin yanına giderek aracını satın almak istediklerini söyledikleri, katılan N.'ye 500 TL kaparo ve 18.000 TL'lik senet verdikleri, ertesi gün parayı ödeyip satın almak üzere anlaşmışlar, ertesi gün otomobilin satışı için vekâletname aldıkları, ancak katılan N.'nin vekâletnamenin aslını değil fotokopisini verdiği,

³³ <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm>, erişim tarihi: 13.03.2017

³⁴ <http://www.anayasa.gen.tr/2820sk.htm>, erişim tarihi: 13.03.2017

sanıkların parayı ödeyecekleri hususunda katılan N.'yi oyaladıkları, sanık Ö.'nün vekâletname fotokopisini alıp gittiği ve bir saat sonra geri geldiği, katılan N.'nin vekâletname fotokopisini geri aldığı, ancak sanıkların parayı ödemedikleri gibi aracı da alarak katılanı bırakıp kaçtıkları, sanıkların telefon eden katılan N.'yi oyaladıkları ve Çorum İline gittikleri, aynı gün aracı 18.000 TL peşin para karşılığında noterde diğer katılan A.'ya devrettikleri, katılan N.'nin bir gün sonra noterden azilname çıkardığı, katılan A.'nın bu nedenle trafikte devir işlemlerini yaptıramadığı olayda, dolandırıcılık suçunun oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir. Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanıkların yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak; noterlik bir kamu hizmeti olup, 5237 sayılı TCK.'nun 158/1-d maddesinde belirtilen kamu kurumu niteliğinde sayılamayacağından, sanıkların basit dolandırıcılık suçundan cezalandırılması yerine yazılı şekilde hüküm kurulması ...bozmayı gerektirmiştir.” denilmek suretiyle, noterlik müessesesinin, kamu kurumu niteliğinde sayılamayacağı Yargıtayca kabul edilmiştir (Parlar, 2015:282).

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin, 20.03.2013 tarih ve 2013/5113 sayılı kararında özetle; “...Sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde açtıkları beyaz eşya tamiri dükkânına telefon bağlatıp, Telekom Müdürlüğü'ne dilekçe vererek, telefonlarının bilinmeyen numaralar servisinde Arçelik, Beko, Vestel, Siemens, Profilo, AEG markalarının teknik servisi, yetkili servisi olarak kaydedilmesini sağladıktan sonra, arayan şahıslara kendilerini yetkili servis olarak tanıtip adres aldıkları, servis elemanı olarak sanık A.'nın bildirilen adreslere giderek arızalı eşyaya baktıktan sonra, parça değişimi gerektiğini söyleyerek parçaya göre yüksek miktarda paralar alıp parça değiştirdiğini belirttiği halde arızaları da gidermeden ayrıldığı, tekrar arandıklarında çeşitli bahaneler belirtilerek bir daha aynı adrese gitmeyip kendi adreslerini bildirmemek şeklinde gerçekleşen olayda; dolandırıcılık suçunun sübut bulduğuna ilişkin mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir. Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, diğer temyiz itirazlarının

reddine, ancak; ... somut olayda sanıkların kamu kurumu olan Telekom'u araç olarak kullanmak suretiyle 5237 sayılı TCK.'nun 158/1-d maddesinde öngörülen dolandırıcılık suçunu işledikleri halde, serbest meslek mensubu olmadıkları gözetilmeden ayrıca aynı kanunun 158/1-i maddesiyle de uygulama yapılması, sanıkların katılan R.'ye karşı eylemlerinde meydana gelen zararı tazmin etmek istedikleri ancak, katılanın tazmin isteğini kabul etmediğinin anlaşılması karşısında zarar miktarı belirlenerek tevdi mahalli tayin edilip sanıklara uygun bir süre tanınarak zarar miktarını yatırdıkları takdirde haklarında 5237 sayılı TCK.'nun 168.maddesinin uygulanması gerektiği düşünülmeden yazılı şekilde uygulama yapılması ... bozmayı gerektirmiştir." denilmek suretiyle, Telekom Kurumu'nun, kamu kurumu olduğu kabul edilerek ve araç olarak kullanıldığı kabul edilerek, nitelikli dolandırıcılık suçundan işlem yapılması gerektiği belirtilmiştir (Parlar, 2015:346).

Somut olaydan da anlaşılacağı üzere failler, Telekom Müdürlüğü'ne dilekçe vermek suretiyle kendilerini bazı beyaz eşya markalarının yetkili servisi olarak kayıt ettirdikten sonra, bu kurumun sağladığı güveni araç olarak kullanmak suretiyle eylemi gerçekleştirmişlerdir. Telekom'un olay nedeniyle herhangi bir maddi zararı yoktur. Ancak bu kurumun kayıtlarının kullanılarak güven oluşturulması, Yargıtayca kurumun maddi varlığının kullanılması olarak yorumlanmış ve suçun nitelikli halinin oluşacağı kabul edilmiştir.

3.5. Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Zararına Olarak Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin birinci fıkrasının e bendine göre; dolandırıcılık suçunun kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak işlenmesi hali, bir diğer nitelikli hali oluşturmaktadır.

Bütün toplum adına kullanılması gereken bir malın dolandırıcılık yoluyla haksız bir şekilde belli bir kişiye veya kişilere yarar olarak sağlanması, bu nitelikli halin kabulünü gerektirmiştir (Koca ve diğerleri, 2013:643).

Madde gerekçesinde bu nitelikli hale ilişkin olarak; "Bu suçun kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak işlenmesi, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali

olarak kabul edilmiştir.” şeklinde, kanun metninin tamamen aynısı olan bir açıklama yapılmıştır³⁵. Anlaşılacağı üzere, gerekçe bu nitelikli hal bakımından yetersizdir.

Gerekçede suçu ağırlaştırıran bu neden hakkında bir açıklama yoktur. Madem suç üçüncü kişinin zararına da işlenebilmektedir, öyle ise üçüncü kişi elbette kamu kurum ve kuruluşları da olabilir. Ancak, dolandırıcılık suçu malvarlığına karşı bir suç olduğundan, suçtan zarar gören olarak kamu kurum ve kuruluşlarının, cezai himaye yönünden, suçtan zarar gören diğer kimselerden ayrıcalıklı tutulmasının, yani kamu kurum ve kuruluşlarının zararının diğer kişilerin zararından daha önemli görülmesinin nedeni anlaşılmamaktadır (Hafizoğulları, 2013:411).

Burada suçun mağduru, devlet, vilayetler, belediyeler ve kamu kurum ve kuruluşu statüsünde olan diğer kuruluşlardır (Soyaslan, 2005:350).

Burada esasen, kamu kurum ve kuruluşunun çalışanları hileli davranışlarla aldatılıp, kurumları zarara uğratıldığında ceza ağırlaştırılacaktır. Ancak, bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için, kast kuralı gereğince failin, fiiliyle, kamu kurum veya kuruluşuna zarar verdiğini bilmesi ve istemesi gerekir (Hafizoğulları, 2013:411).

Yani burada kamu kurum ve kuruluşunun malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabilecek yöneticilerin aldatılmış olması gerekir (Toroslu, 2013:189).

Kanun metninden de anlaşılacağı üzere nitelikli hal, dolandırıcılık suçunda zarar görenin bir kamu kurum veya kuruluşu olması durumunda uygulama alanı bulur. Hangi kurum veya kuruluşların kamusal nitelik taşıdığı, o kurumun statüsünü düzenleyen mevzuata göre belirlenir. Kamu iktisadi teşebbüsleri de bu nitelikli halin kapsamı içinde düşünülmelidir. Bu bendin uygulanmasına örnek olarak, bir kimsenin hak etmemesine rağmen, yalan beyanda bulunarak devletten burs alması, SGK'dan yapılmayan ilaç masraflarının tahsil edilmesi gibi durumlar gösterilebilir (Tezcan ve diğerleri, 2014:675).

³⁵ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 12.03.2017

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 01.10.2014 tarih ve 2014/16004 sayılı kararında özetle; "TCK.'nın 158/1-e bendinde belirtilen, kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi, nitelikli hal kabul edilmiştir. Hangi kurum ve kuruluşların kamusal nitelik taşıdığı, o kurumun kadro bakımından bağlı olduğu durumu düzenleyen mevzuata göre belirlenir. Bu nitelikli halin oluşması için, eylemin kamu kurum ve kuruluşlarının malvarlığına zarar vermek amacıyla işlenmesi gerekir." denilmek suretiyle, bir müessesenin ne suretle kamu kurum veya kuruluşu olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir (Parlar,2015:209).

Yine Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 02.04.2013 tarih ve 2013/5962 sayılı kararında özetle; "...Sanık İ.Y.'nin Ulus Vergi Dairesi'nde gelir vergisi mükellefi olarak kayıtlı olduğu ve Maliye ve Vergi Mevzuatı'na ait kitap pazarlama işiyle uğraştığı, sanığın yaptığı bu iş nedeniyle ele geçirdiği Kurtköy Belediye Başkanlığı'nın telefon numarasını 08.03.2007 tarihinde arayarak Hesap İşleri Müdürü A.İ.'ye kendisini Sayıştay görevlisi olarak tanıtıp üye oldukları derneğe katkı yapmak amacıyla sattıkları kitaplardan almasını istediğini ve aynı gün beraat eden ve kararı temyiz etmeyen sanık G.İ.'nin piyasa değeri 50 TL olan iki cilt kitabı 575 TL bedelle Kurtköy Belediyesi'ne satarak karşılığında çek aldığı, yine sanık İ.Y.'nin 21.05.2007 tarihinde tekrar Kurtköy Belediyesi'ni arayarak kendisini Sayıştay müfettişi olarak tanıtıp kitap satacağını söylediği ve 23.05.2007 tarihinde bu amaçla G.İ.'yi belediyeye gönderdiği, dolandırıldığını anlayan hesap işleri sorumlusu A.İ.'nin olayı jandarmaya bildirmesi üzerine sanık G.İ.'nin yakalandığı olayda; sanık İ.Y.'nin kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunu işlediğine yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir..." denilmek suretiyle, somut olayda belediye kamu kurum ve kuruluşu sayılmış ve bu kurum adına çek verilmiş olması nedeniyle belediye açısından zarar olduğundan, neticeten eylemin kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak dolandırıcılık şeklinde vasıflandırılmasının isabetli olduğu belirtilmiştir (Parlar, 2015:318).

3.6. Bilişim Sistemlerinin, Banka veya Kredi Kurumlarının Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin birinci fıkrasının f bendine göre; dolandırıcılık suçunun bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi hali de dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır.

Madde gerekçesinde; “Dolandırıcılık suçunun, bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi de birinci fıkranın f bendinde bu suçun bir nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir. Bilişim sistemlerinin ya da birer güven kurumu olan banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması, dolandırıcılık suçunun işlenmesi açısından önemli bir kolaylık sağlamaktadır. Banka ve kredi kurumları açısından dikkat edilmesi gereken husus, bu kurumları temsilen, bu kurumlar adına hareket eden kişilerin başkalarını kolaylıkla aldatabilmeleridir.” şeklinde açıklama yapılmıştır³⁶.

Öyleyse bir kimse, hileli davranışlarında bir bilişim sisteminden yararlanarak bir kimseyi aldatıp, o kimseyi veya başkasını zarara uğrattığında, karşılığında kendisine veya başka birine bir yarar sağladığında ceza ağırlaştırılacaktır (Hafizoğulları, 2013:412).

Ayrıca, fail, hileli davranışlarında bir bankayı veya kredi kurumunu araç kılarak, bir kimseyi aldatıp, o kimseyi veya başkasını zarara uğrattığında, karşılığında kendisine veya başka birine yarar sağladığında da ceza artırılacaktır. Gerekçede, banka ve kredi kurumları açısından dikkat edilmesi gereken hususun, bu kurumları temsilen, bu kurumlar adına hareket eden kişilerin, başkalarını kolaylıkla aldatabilmeleri olduğuna dikkat çekilmektedir. Böyle olunca, banka veya kredi kurumu çalışanları, her türlü banka işlemlerinde, hileli davranışlarla iş sahiplerini aldatıp onları zarara soktuklarında, karşılığında yarar sağladıklarında ceza ağırlaştırılacaktır. Ülkemizde, yakın geçmişte, bu yolla büyük vurgun yapılmış, birçok kimse para kazanmak uğruna, büyük paralar kaybetmiştir (Hafizoğulları, 2013:412).

³⁶ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 13.03.2017

Bu tür nitelikli halde, araç olarak kullanılan kurumlar, bu suçtan zarar gören durumunda değildirler. Bu bent içinde iki ayrı nitelikli hale yer verilmiştir. Bunlardan ilki, suçun “bilgi sistemlerinin”; ikincisi ise “banka ve kredi kurumlarının” suçta araç olarak kullanılmasıdır (Tezcan ve diğerleri, 2014:676).

Fransız Akademisi tarafından 1967 yılında ortaya çıkan yeni bilim dalını tanımlamak amacıyla kabul edilen bu terim, Almanca “informatik”, İngilizce’de “informatic” ve İtalyanca’da “informatica” olarak kullanılmaktadır. (Ketizmen, 2008:10) Bilgi, Fransızca “informatiğe” sözcüğünün Türkçe karşılığı olup, “verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma imkânı veren manyetik sistemler” olarak tanımlanmaktadır. İngilizce’de, “data” sözcüğünün karşılığı olarak dilimizde kullanılan “veri” sözcüğü ise her türlü bilginin, bilgisayarların işlem yapabileceği, sonuçlar üretebileceği, saklayabileceği ve gerektiğinde okuyabileceği şekilde sayısal birimlere dönüştürülmüş halini ifade etmektedir. Suçun, “bilgi sistemlerinin araç olarak kullanılması” suretiyle işlenmesi deyimi, yalnızca bilgisayar aracılığıyla işlenen suçları değil, üst ve kapsayıcı bir alanı ve yeni teknolojik ilerlemeleri de içermektedir. Bilgi suçu, verilere karşı ve/veya veri işleme bağlantısı olan sistemlere karşı, bilgi sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar şeklinde tanımlanabilir. Bilgi suçlarında, bilgi sistemleri daima bu eylemlerin gerçekleştirilmesi için araç olarak kullanılmaktadır. Bilgi sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle bilgi sisteminin soyut unsuru olan veriler üzerinde suç oluşturan işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için, çeşitli yazılımların kullanılması veya çeşitli tekniklerin kullanılması gerekmektedir. Günümüzde bilgi sistemleri aracılığıyla, sahte belge üretme, kara paranın aklanması, kredi dolandırıcılığı gibi yeni ihlal modelleri de ortaya çıkmıştır. Bu itibarla yeni Türk Ceza Kanunu’nda suçla korunan hukuksal değer dikkate alınarak, bilgi sistemleri aracılığıyla dolandırıcılık fiilinin bu suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi isabetlidir (Parlar, 2015:172).

Banka ya da kredi kurumlarının araç olarak kullanıldığından söz edilebilmesi için, dolandırıcılık fiili gerçekleştirilirken bankaların olağan faaliyetlerinden

hileli araçlar kullanılarak yararlanılması ve üçüncü kişilerin zararına haksız bir çıkar elde edilmesi ya da banka ve kredi kurumlarının olağan faaliyetleri nedeniyle üretmiş oldukları maddi varlıkların suçta araç olarak kullanılarak haksız çıkarın elde edilmesi gerekir. Bu nedenle, bankanın sadece ödeme aracı olarak kullanılması durumunda, bu nitelikli hal oluşmayacaktır (Tezcan ve diğerleri, 2014:676).

Ayrıca dolandırıcılık sonucunda elde edilen kazancın bankaya yatırılmış olması veya banka marifetiyle bir başka şahsa veya hesaba havale edilmiş olması da bu nitelikli hali oluşturmayacaktır (Koca ve diğerleri, 2013:644).

Bu nitelikli halin oluşabilmesi için, yani söz konusu bendin uygulanabilmesi için, gerçek bir kişinin aldatılmış olması gerekmektedir. Buna karşılık, failin, muhatabı konumundaki bir kişiyi aldatmaksızın, banka veya kredi kartlarını kötüye kullanarak menfaat elde etmesi durumlarında, Türk Ceza Kanunu'nun 245.maddesine göre işlem yapılacaktır (Tezcan ve diğerleri, 2014:676).

Türk Ceza Kanunu'nda bilişim suçları ayrıca düzenlenmiş olup, bunların birçoğunda suçun işlenmesinde bilişim sisteminin araç olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu durum, bilişim suçları ile bilişim sistemleri kullanılarak dolandırıcılık suçunu ayırmada ciddi sıkıntılar ortaya çıkarmaktadır. Kanunilik ilkesi karşısında durumun ciddiye alınması gerekmektedir. Herhalde olası sorunlar fikri içtima kuralına göre çözülecektir (Hafızoğulları, 2013:412).

Uygulamada hâkim, önüne gelen somut olayda, failin kastı ve olayda hileye başvuru başvurmadağı, başvurmuş ise kullandığı hilede bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının fail tarafından araç olarak kullanılıp kullanılmadığı hususlarını birlikte değerlendirerek bir kanaate varacaktır.

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin, 05.11.2015 tarih ve 2015/30939 sayılı kararında özetle; "...Bilişim sisteminin aldatılmasından söz edilmeyeceği için, ancak bu sistemin araç olarak kullanılarak bir insanın aldatılması yani dolandırılması halinde bu bendin uygulanması mümkündür. Aksi halde yani sisteme girilerek bir kişi aldatılmayıp sistemden yararlanılarak çıkar sağlanmışsa bilişim suçu veya bilişim sistemi kullanılmak suretiyle hırsızlık suçunun

oluşması söz konusu olacaktır. Bilişim sisteminden maksat, verileri toplayıp, yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir. Günümüzde bilişim sistemleri ile sesli-görüntülü haberleşme, elektronik imzanın kabulü, yeni ticari ilişkiler, internet bankacılığı hizmeti ile para transferleri ve bunlar gibi pek çok yenilik toplumsal hayata girmiş, bilişim gerek iş gerekse günlük hayatta vazgeçilemeyecek kadar önemli bir noktaya ulaşmış, bilişim teknolojileri daha hızlı ve ucuz bir nitelik arz etmesi nedeniyle, klasik yöntemlere nazaran daha fazla tercih edilir duruma gelmiştir. Bu sistemlerin güvenle kullanılması, aynı anda hızlı ve kolayca birçok kişi tarafından ulaşılması ve diğer taraftaki failin kontrol imkânını azaltması nedeniyle nitelikli hal sayılmıştır. Banka ya da kredi kurumlarının araç olarak kullanıldığından söz edilebilmesi için, dolandırıcılık fiili gerçekleştirilirken bankaların olağan faaliyetlerinden ya da bu faaliyeti yürüten süljelerden hileli araçlar kullanılarak yararlanılması veya banka ve kredi kurumlarının olağan faaliyetleri nedeniyle üretmiş oldukları maddi varlıkların suçta araç olarak kullanılarak haksız çıkarın elde edilmesi gerekir. Bankaların, ödeme aracı olarak kullanılması halinde bu fıkra uygulanmayacaktır.” denilmekle, Yargıtay’ın bu nitelikli hale ilişkin görüşü belirtilmiştir³⁷.

Bu nedenle, gerçek bir kişiye yönelik hile bulunmaksızın, bilişim sistemi kullanılmak suretiyle failin, kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlaması halinde, duruma göre, Türk Ceza Kanunu’nun 142/2-e veya 244.maddelerine göre işlem yapılacaktır (Tezcan ve diğerleri, 2014:676).

Yargıtay 15.Ceza Dairesi’nin, 11.01.2016 tarih ve 2016/71 sayılı kararında özetle; “...Sanık S.A.’nin www.araba.com internet sitesi üzerinden A.T. adı ile araç satışı ilanı verdiği, ilandaki aracı beğenip bunun için kendisi ile telefonda görüşen katılan M.N. ile arabanın satışı konusunda anlaşıp 500 TL kaparo bedeli göndermesini istediği, bunun üzerine katılanın 17.06.2010 tarihinde sanığın bildirdiği banka hesabına 500 TL’yi yatırdığı, sanığın parayı çektiği halde arabanın satış fiyatının arttığından bahisle aracı vermediği gibi katılanın iadesini istediği kaparo bedelini de göndermediğinin iddia ve kabul edildiği olayda; bilişim sistemlerinin aynı anda birçok kişiye ulaşmasındaki çabukluk ve sağladığı kolaylığa dayanarak www.araba.com adlı internet sitesinde telefon satışı için ilan vererek menfaat temin eden sanığın eyleminin Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 02.04.2013 gün ve 15-1293/111 sayılı kararında belirtildiği üzere, 5237 sayılı TCK.’nın 158/1-f maddesinde düzenlenen

³⁷ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 13.03.2017

bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde aynı kanunun 157/1.maddesi gereğince basit dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir...” denilmektedir.

Yine Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin, 21.04.2015 tarih ve 2015/24089 sayılı kararında özetle; “...Katılanın, sanık O.L.'den aldığı 1.000 TL borç karşılığında içeriğini doldurmadan altını imzalayarak verdiği senet ile birlikte sanıkların, katılanın imzasını taklit ederek ikinci bir senet düzenledikleri, ikinci senetteki alacak miktarının 1.000 TL, alacaklısının da sanık B.H. olduğunun yazıldığı, söz konusu senedin İ.Bankası vasıtasıyla tahsil edildiği, bu kapsamda; katılanın parayı sanık B.H.'nin hesabına banka havalesi ile göndermesinin üzerine ilgili banka şubesi tarafından teslim alınan senedin katılana posta yoluyla gönderildiği, katılanın yaptığı incelemede söz konusu senet üzerindeki imzanın kendisine ait olmadığını gördüğü, bir süre sonra da katılanın imzaladığı senedin üzerinin bilgisi dışında bu kez de alacaklısı B.H., bedeli 2.150 TL olarak yazılıp icra takibine konulduğu somut olayda; alınan bilirkişi raporlarına göre; 1.000 TL bedelindeki banka aracılığıyla tahsil edilen senetteki borçlu imzasının katılana ait olmadığını anlaşılması, sanık B.H.'nin alacaklı olmadığını bilmesine rağmen suça konu senedi bankaya götürüp bedeli karşılığı, katılanın adına havale ettiği parayı alması, sanık L.L.'nin Cumhuriyet Savcısı huzurunda yaptığı savunmasında katılanın kendisinden toplam 3.500 TL borç alıp karşılığında üç adet senet verdiğini, bankaya suça konu senedi kendisinin götürüp bedelini aldığını söylemesine rağmen, kovuşturma aşamasındaki savunmasında, katılanın kendisinden 5.000 TL borç alıp, karşılığında her biri 1.000 TL bedelinde olan senetler verdiğini, suça konu senedi bankaya yeğeni olan diğer sanık B.H.'nin götürüp bedelini aldığını söylemesi karşısında birlikte hareket ettikleri anlaşılan sanıkların eylemlerinin resmi belgede sahtecilik ve bir bütün olarak nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden hatalı değerlendirme ve eksik gerekçe ile mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...” denilerek, somut olayda bankanın araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun oluşacağı belirtilmiştir³⁸.

³⁸ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 13.03.2017

3.7. Basın ve Yayın Araçlarının Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin birinci fıkrasının g bendine göre; dolandırıcılık suçunun basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hali, dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır.

Madde gerekçesinde bu bende ilişkin olarak; “Aynı şekilde, söz konusu fıkranın g bendinde, dolandırıcılık suçunun basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi bu suç açısından bir nitelikli unsur olarak belirlenmiştir.” denilmekle yetinilmiş ve kanun metni haricinde herhangi bir açıklama yapılmamıştır³⁹.

Bu yeni düzenleme karşısında, artık haberleşme araçlarının, örneğin telefonun dolandırıcılık suçunda araç olarak kullanılması nitelikli hal sayılmayacaktır. Bu nitelikli halin gerçekleşmesi için basın ve yayın araçlarının suçun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlamış olmaları gerekmektedir. Bu bentte sözü edilen “basın” deyimini, “gazete, dergi gibi belirli zamanlarda çıkan yayınların bütünü, matbuat” olarak; “yayın” deyimini ise “basılıp satışı çıkarılan kitap, gazete gibi okunan veya radyo, televizyon aracılığıyla halka sunulan duyurular, iletilen şey, neşriyat” olarak tanımlanmaktadır. Bu nitelikli hal, basın ve yayın araçlarından yararlanmak suretiyle gerçekleştirilen hile, manipülasyon eylemleriyle haksız bir yarar elde edilmesi halinde oluşmaktadır (Parlar, 2015:174).

Bu suçta failin, basın mensubu olması gerekmez. Fakat Yargıtay uygulamasında, nitelikli halin uygulanması için birtakım kıstaslar aranmaktadır. Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 18.09.2013 tarih ve 197/13544 sayılı kararına göre; “Bu nitelikli halin uygulanması için, basın ve yayın araçlarının dolandırıcılık suçunun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlamış olması gerekir. Failin, yarar sağlamak için gerçek olmayan bir durumu basın organında haber ya da reklam olarak yayınlaması ve bunu mağduru aldatmada kullanması halinde basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan

³⁹ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 13.03.2017

yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır. .Bu manada gazeteler ve televizyonlar gibi görsel yazılı basın ve yayın araçlarının sağladığı ilan, program, haber içerikleri vb. suça konu edilebilmekte, kişiler kolaylıkla aldatılabilmektedirler. Gazeteye verilen ilanın sadece sanığa ulaşılmasına yardımcı olduğu, şikâyetçinin aldanmasında ve hileli hareketlerin gerçekleştirilmesinde kolaylık sağlamadığı takdirde TCK.'nın 158/1-g maddesinin varlığından söz edilemez. Yine şikâyetçinin basit bir araştırmayla gerçeği öğrenebileceği durumda, dolandırıcılığın nitelikli halinden bahsedilemez. Gazetede münhasıran ilan verilmesi yeterli olmayıp, ilanın da hileli hareketlerin gerçekleştirilmesinde tarafların aldatılmasında etkisinin bulunması gerekir. Gazetede sahibinden satılık eşya ilanında, eşya tanıtılmadan soyut bir bilgilendirme üzerine verilen telefonda yapılan arama ile gelişen aldatmada, gazeteye verilen ilanın failin sadece şikâyetçiye ulaşmasına yardımcı olduğu, hileli hareketlerin gerçekleştirilmesi ve şikâyetçinin aldatılmasında bir kolaylık sağlamadığı hallerde basit dolandırıcılık, ilanda eşya gerçeğine aykırı olarak tanımlanıp, orijinalinden daha ucuza gösteriliyorsa, teşhir ve gösterim üzerine mağduru yanıltılmışsa nitelikli dolandırıcılık suçu söz konusu olacaktır.” olarak belirtilmiştir (Tezcan ve diğerleri, 2014:678).

Gerçekten de günümüz toplumlarında, basın ve yayın araçlarının, insanları yönlendirmedeki etkinlikleri inkâr edilemez. Bu nedenle Kanun, bir kimsenin, hileli davranışlarında, basın ve yayın araçlarından yararlanarak, diğer bir kimseyi aldatıp zarara sokmasını, karşılığında yarar sağlamasını nitelikli dolandırıcılık saymıştır. Öyleyse örneğin, bir kimse, hileli davranışlarında, bir yerel gazeteyi kullanarak, değersiz arsalarını çok değerli gösterip, bir kimseye sattığında, bu ağırlatıcı nedeni sağlamış olduğundan cezası ağırlaştırılacaktır (Hafizoğulları, 2013:413).

Yine Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 02.11.2015 tarih ve 2015/30609 sayılı kararında özetle; “...Katılanın Posta Gazetesi'nin ilan sayfasında ... marka bir aracın satış ilanını görmesi üzerine araç sahibi sanığı aradığı, 5.500 TL karşılığında anlaştıkları, bu paranın 3.500 TL'sini sanığın İ.Bank ... şubesinde bulunan hesabına gönderdiği, daha sonra aracı almak için sanığın verdiği adrese gittiğinde sanığı bulamadığı, sanığa tekrar telefon açtığında 500 TL

para istemesi üzerine bunu vermeyeceğini, aracı teslim etmesi halinde kalan 1.500 TL'yi ödeyeceğini söylediği, ancak bundan sonra sanığa ulaşamadığı olayda, yerel mahkemenin 18.09.2007 tarih ve 2009/416 E., 2010/130 sayılı kararıyla sanığın mahkumiyetine karar verildiği, Dairemizin 02.06.2014 tarih ve 2012/17654 E., 2014/10914 sayılı kararıyla suça konu gazete ilanının aslı ya da onaylı örneği getirtilip, sanığın verdiği ilan değerlendirilerek, ilanda aldatıcılık özelliği olan cümleler bulunup bulunmadığı tespit edilip, hilenin varlığı halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158/1-g maddesinde düzenlenen basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturacağı; ilanda hile bulunmayıp, sadece haber verme şeklinde ise aldatıcılık özelliği sadece şahıslarla birebir konuşma sırasında oluşmuşsa, eylemin aynı kanunun 157.maddesinde düzenlenen basit dolandırıcılık kapsamında olacağı gözetilmeden, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması gerekçesiyle bozulmasına karar verildiği anlaşılmakla; mahkemece bozma üzerine yapılan yargılama sonucunda sanık hakkında dolandırıcılık suçundan verilen mahkumiyet kararında bir isabetsizlik görülmemiştir.” denilmek suretiyle, ancak eylemde kullanılan hilenin basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıkta kullanılması halinde nitelikli dolandırıcılığın oluşacağı, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanılarak hilenin bu şekilde kullanılmayıp, birebir görüşme sırasında kullanılması halinde ise basit dolandırıcılık suçunun oluşacağı belirtilmiştir⁴⁰.

3.8. Tacir veya Şirket Yöneticisi Olan ya da Şirket Adına Hareket Eden Kişilerin Ticari Faaliyetleri Sırasında; Kooperatif Yöneticilerinin Kooperatifin Faaliyeti Kapsamında Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin birinci fıkrasının h bendine göre; tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında, kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında gerçekleştirdiği dolandırıcılık eylemi de bir başka nitelikli hali oluşturmaktadır.

Madde gerekçesinde; “Birinci fıkranın h bendinde, ticari faaliyeti meslek olarak icra eden kişilerin güvenilirliğini sağlamak amacıyla, dolandırıcılık suçunun tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenmesi, bu suçun temel şekline nazaran

⁴⁰ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 13.03.2017

daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir.” şeklinde, bu bendin açıklaması yapılmıştır⁴¹.

Cezayı ağırlatan bu nedenin muhatapları, mevzuatıyla muayyen kılınmış kimselerdir. Bunlar, tacirler, şirket yöneticileri, şirket adına hareket edenler, yani temsilciler, kooperatif yöneticileridir. Kuşkusuz başkaları, bu ağırlatıcı nedenin muhatabı değildirler. Ancak başkaları, bu kişilerin fiillerine iştirak ettiklerinde, sıfatlarını bilmeleri halinde, kast kuralının gereği olarak ağırlatıcı nedenden sorumlu olacaklardır (Hafizoğulları, 2013:413).

Tacirlerin, yöneticilerin ve temsilcilerin hileli davranışları, yapmakta oldukları ticari faaliyetle ilgili olmalıdır. Kooperatifler söz konusu olduğunda, yöneticilerin hileli davranışları kooperatifin tüzüğünde gösterilen faaliyetler kapsamında olmalıdır. Böyle olunca, failerin, belirtilen kapsam dışında kalan faaliyetleri, dolandırıcılık suçu olsa bile, sırf sıfatlarından ötürü bu ağırlatıcı neden uygulanamaz (Hafizoğulları, 2013:413).

Örneğin; tacir sıfatı taşıyan bir manifaturacı, bir kitabevinden bir roman kitabı satın aldığı takdirde yaptığı bu işlemin kendisi açısından ticari bir faaliyet niteliği bulunmadığından, bu işlem sırasında işlediği suçta tacir sıfatı konu edilemeyeceğinden, bu nitelikli halin gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir. Keza, kişinin şirket yöneticisi veya şirket adına hareket etme yetkisi ve sıfatı bulunsa dahi, eğer dolandırıcılık fiili bu şirketin iktisadi maksadı ve işgal konusuyla ilgili değilse yani bu fiili ticari faaliyetleri sırasında işlememişlerse, bu nitelikli halin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde kooperatif yöneticilerinin temsil ve yönetim yetkileri kooperatifin amaç ve konusuyla sınırlı olduğundan, bu nitelikli hal ancak bu kişilerin kooperatifin kuruluş amacına göre belirlenen faaliyet alanına giren bir konuda dolandırıcılık fiilini işlemeleri halinde gerçekleşmiş sayılacaktır. Diğer bir deyişle, kooperatif yöneticilerinin, kooperatifin faaliyeti kapsamında bulunmayan konularda işledikleri fiiller, bu nitelikli hali oluşturmayacaktır (Parlar, 2015:176).

⁴¹ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 13.03.2017

158.maddenin 1.fıkrasının h bendinde; “ticari faaliyeti meslek olarak icra eden kişilerin güvenilirliğini sağlamak amacıyla, dolandırıcılık suçunun tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında”; “kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında” işlenmesi şeklinde iki ayrı nitelikli hale yer verilmiştir (Parlar, 2015:174).

Ticaret yapmayı meslek haline getiren kimselere tacir denilmektedir. Bir gerçek kişinin “tacir” sıfatını taşıması ve tacir olmanın hüküm ve sonuçlarına tabi olması için, bu kişinin bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa, kendi adına işletmesi gerekmektedir (TTK. 14/1.Md). Tacir sıfatının kazanılması için, ticari işletmenin fiili bir şekilde işletilmeye açılması gerekmektedir. Tacirin, ticari işletmesini bizzat işletmek zorunda değildir. Tacir, ticari işletmesinin yönetimini ve işletilmesini, bir müdüre veya tacir yardımcısına, yani ticari mümessile, ticari müdüre veya veli, vasi gibi kanuni mümessillere bırakmış olsa da bütün durumlarda yine aynı kişi tacir sıfatını korumaktadır. Türk Ticaret Kanunu’nun 15.maddesinde, “küçük ve mahcurlara ait ticari işletmeyi, bunların adına işleten veli ve vasi tacir sayılmaz. Tacir sıfatı temsil edilene aittir. Şu kadar ki, kanuni mümessil, ceza hükümleri bakımından tacir gibi sorumlu olur.” hükmüne yer verilmiştir. Bir işletmeyi işleten gerçek kişiler gibi, tüzel kişiler de tacir sayılmaktadır (TTK. 18.Md). Tacir sıfatının başlaması için, tacirin ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmesi zorunlu olmayıp ticari işletmesinin fiilen veya görünürde mevcut olduğunu ortaya koyan unsurların bulunması ve kişinin ticari işletmesini işletmek yönünde hazırlıklara başlaması yeterlidir. Tacir sıfatı, ticari işletmenin hukuki anlamda sona ermesi veya tacir olan şahsın herhangi bir şekilde ticaretten ayrılması halinde sona erer. Ancak kişinin tacir olmaktan doğan sorumlulukları ve bunun etkilerinin üçüncü şahıslar açısından da hüküm ve sonuç yaratabilmesi için, durumun tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir (TTK. 38.Md) (Parlar, 2015:174).

“Ticaret şirketleri”, kollektif, komandit, anonim ve limited şirketler olup kanunda öngörülmüş bulunan unsurların tamamlanmasından sonra tescil edilmekte ve tüzel kişilik kazanmaktadırlar. “Kooperatifler” ise ana sözleşmenin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na tevdiini müteakip, Bakanlığın

kuruluşa izin vermesi halinde, kooperatif merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan olunmakla tüzel kişilik kazanmaktadırlar. Kooperatifler Kanunu'nun 1.maddesindeki tanıma göre; “tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir.” Yönetim kurulu, kanun ve ana sözleşme çerçevesinde kooperatifin etkinliklerini yöneten ve onu temsil eden icra (yürütme) organı olup, kooperatifi resmi dairelerle, mahkemeler ve üçüncü kişilere karşı yönetim kuruluna yetki veren bir hükmün bulunması koşuluyla kooperatifin yönetimi ve temsili kısmen veya tamamen kooperatif ortağı bulunmaları şart olmayan bir veya birkaç müdüre veya yönetim kuruluna tevdi edilebilir. (Kooperatifler Kanunu 58.Md) Kooperatifi temsile yetkili şahıslar kooperatifin amaç ve konusuna giren her türlü işleri ve hukuki işlemleri kooperatif adına yapmak ve kooperatif unvanını kullanmak hak ve yetkisine sahip bulunmaktadırlar (Parlar, 2015:175).

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 11.12.2013 tarih ve 2013/19728 sayılı kararında özetle; “...Bu suçun oluşabilmesi için, tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin dolandırıcılık suçunu ticari faaliyetleri sırasında işlemiş olmaları gerekir. Keza, kooperatif yöneticilerinin bu nitelikli halden cezalandırılabilmeleri için suçun kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenmesi gereklidir. Bu suçun faili, tacir veya şirket yöneticisi ya da şirket adına hareket eden kişi ya da kooperatif yöneticisi olabilir. Yukarıdaki ilkeler ışığında somut olay incelendiğinde, sanık R.Ü.'nün kendisini yüksek ziraat mühendisi ve kekik tüccarı olarak tanıtır, Gözler Kasabası'nda kekik üreticiliği yapan katılanların aynı kasabada kahvehane işleten diğer sanık H.B.'yi tanıdıklarından da faydalanıp, onun yardımlarıyla katılanlara bir miktar peşin ödeme yapıp, kalan miktar için bono düzenleyip verdiği, bonolarda sanığın <Tarım ve orman ürünleri ticareti – R.Ü. – Ziraat Yüksek Müh. - ...Sok.No: ...- Ç.İ.> ibareleri bulunan kaşeyi de kullanarak inandırıcılığını pekiştirdiği, müstahsillerden kekiklerini alıp ayrılan sanığın, bonoları ödememesi üzerine, katılanlar sanığı araştırdıklarında, verdiği adresin boş arsa olduğunu anlayarak sanıktan şikayetçi oldukları olayda, sanığın ibraz ettiği evraklar arasında bulunan Maliye yoklama fişi, kira sözleşmesi, vergi levhası, İzmir Esnaf ve Sanatkarlar Odaları Birliği kayıt belgesi vb. belgelerden sanığın

E. Tarım ve Orman Ürünleri unvanlı işyerinde tarım ve orman ürünleri ticareti ile iştigal ettiğinin belirlenmesi karşısında, mahkemece sanığın atılı suçtan cezalandırılmasına karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir...Sanık H.B. hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan verilen beraat kararına yönelik temyiz isteklerinin incelenmesinde; katılan müstahsillerin soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki beyanlarında istikrarlı bir şekilde sanık H.B.’nin diğer sanık ile işbirliği içerisinde hareket ettiğini, kendilerinin arada sanık H.B.’nin bulunması nedeniyle kekiklerini hiç tanımadıkları sanık R.Ü.’ye senet karşılığında verdiklerini belirtmelere karşısında, sanık H.B.’nin eylemleri itibarıyla mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...” denilerek, dosyadaki mevcut delil durumuyla tacir olduğu tespit ve takdir olunan sanık R.Ü. hakkında ticari faaliyeti sırasında dolandırıcılık eylemini gerçekleştirmiş olması nedeniyle Türk Ceza Kanunu’nun 158/1-h bendine göre cezalandırılması yönünde verilen kararın onanması, bu sanığın eylemlerine iştirak eden diğer sanık H.B. hakkında da iştiraktan cezalandırılması gerektiği halde verilen beraat kararının bozulması yönünde görüş bildirilmiştir⁴².

3.9. Serbest Meslek Sahibi Kişiler Tarafından Mesleklerinden Dolayı Kendilerine Duyulan Güvenin Kötüye Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 158.maddesinin birinci fıkrasının i bendine göre; serbest meslek sahibi kişiler tarafından mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle dolandırıcılık, nitelikli hallerden bir diğeridir.

Madde gerekçesinde; “Aynı düşüncelerle, fıkranın i bendinde dolandırıcılık suçunun serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi, bu suçun nitelikli bir unsuru olarak tanımlanmıştır.” denilmektedir⁴³.

Bir kısım yazarlara göre bu nitelikli halde fail, serbest meslek sahibi olmalıdır. Serbest meslek sahibi olmak kanundan doğar. Bu bağlamda, barolarına kayıtlı avukatlar, birliklerine veya odalarına kayıtlı doktorlar, dişçiler, mühendisler v.s., serbest meslek sahibi kimselerdir. Bu niteliği taşımayan kimseler, nitelikli dolandırıcılık suçunun muhatabı değildirler. Bunların fiillerine iştirak halinde,

⁴² <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 13.03.2017

⁴³ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 13.03.2017

iştirak eden kimse hakkında kast kuralı uygulanacaktır (Hafizoğulları, 2013:414).

Yine aynı görüş kapsamında, suçun yalnızca mesleğin yapıldığı sırada işlenmiş olması, nitelikli halin uygulanması için yeterli olmayıp, ayrıca mesleğin sağladığı güvenin de kötüye kullanılmış olması gerekir.

Örneğin, avukatın olmayan masrafları göstererek müvekkilinden tahsil etmesi; dişçinin altın diş yaptığını söyleyip buna göre ücret almasına rağmen ucuz malzemedan bunu üretmesi gibi. Kısaca failin, serbest meslek mensubu olması ve suçu da mesleği gereği kendisine duyulan güveni kötüye kullanmak suretiyle işlemesi gerekir (Tezcan ve diğerleri, 2014:653).

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65/2.maddesinde serbest meslek faaliyeti; "Sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan, işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır." şeklinde tanımlanmıştır. Aynı kanunun 66.maddesinde ise "Serbest meslek faaliyetini mutat meslek halinde ifa edenler, serbest meslek erbabıdır." denilmiştir (Tezcan ve diğerleri, 2014:653).

Ancak katıldığım görüşe göre, yeni Türk Ceza Kanunu sistemine göre ve uygulamada avukatlar, görevlerinden dolayı işledikleri suçlarda kamu görevlisi sayılmışlardır (Parlar, 2015:176). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinde, suçun failinin kamu görevlisi olması halinde bu durumun nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturacağını belirten herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bu nedenle, avukatların görevleri nedeniyle kendilerine duyulan güveni kötüye kullanmak suretiyle, mesleğin icrası sırasında yapmış oldukları eylemlerle kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması halinde irtikâp suçu oluşabilir. Ancak, görevi nedeniyle kendisine duyulan güveni kötüye kullanmadan, yalnızca hileli hareketlerle kendisine veya başkasına yarar sağlayan avukatın ise basit dolandırıcılık suçunu işlemiş olduğunun kabulü gerekmektedir.

Yargıtay 15. Ceza Dairesinin, 10.06.2013 tarih ve 2013/10726 sayılı kararında özetle; "...Katılanın kendi tarlasına bitişik bulunan tanık N.T.'ye ait tarlayı satın almak istediği, bu

nedenle N.T.'nin akrabası olan tanık Y.B.'ye bu tarlanın satışa çıkarılmasına halinde kendisine haber verilmesini istediği, Y.B.'nin de 2007 yılı Ekim ayında söz konusu tarlanın Ayvalık'ta emlakçılık yapan sanık tarafından satışa sunulduğunu beyan ettiği, bunun üzerine katılanın söz konusu tarlayı satın almak istediğini sanığa söylediği, sanığın da katılana, tarla sahibi olan N.T. ile görüşmesi gerektiğini beyan ettiği, ardından katılana, tarla sahibinin 195.000 TL talep ettiğini ve kaparo olarak 15.000 TL vermesi gerektiğini söylediği, katılanın 10.000 TL parayı kaparo olarak sanığa verdiği, karşılığında kaparo alındığını gösteren bir belge aldığı, aradan 3 ay kadar zaman geçmesine rağmen sanığın satış işlemlerine başlamadığı, bunun üzerine tarla sahibine ulaşan katılanın tarla satımı konusunda sanığa herhangi bir yetki verilmediğini öğrendiği iddia olunan olayda; yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanığın yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak; 5237 sayılı TCK.'nın 158/1-i bendinde serbest meslek sahibi kişiler tarafından mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi hali nitelikli dolandırıcılık olarak kabul edilmiş, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65/2.maddesinde serbest meslek faaliyeti, sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması şeklinde tanımlanmış, aynı kanununun 66.maddesinde ise serbest meslek faaliyetini mutat meslek halinde ifa edenlerin serbest meslek erbabı olduğu belirtilmiş, aynı yasanın 37.maddesinin 4.bendinde ise gayrimenkullerin alım, satım ve inşa işleriyle uğraşanların bu işlerinden doğan kazançların, bu kanunun uygulanmasında ticari kazanç sayılacağı belirtilmiştir. Kanunda kendi nam ve hesabına mesleğin gerektirdiği etik kurallara uygun olarak çalışması gereken kişilerin, toplumda kendilerine duyulan güveni kötüye kullanmak suretiyle dolandırıcılık suçunu işlemeleri hali nitelikli dolandırıcılık olarak düzenlenmiş ise de bu bendin uygulanabilmesi için failin serbest meslek mensubu olması ve dolandırıcılık suçunu da mesleği gereği kendisine duyulan güveni kötüye kullanmak suretiyle işlemesi gerekir. Somut olayda ise; sanığın, yaptığı emlak komisyonculuğu işi karşılığında aldığı bedeller için Vergi Usul Kanunu gereğince serbest meslek makbuzu düzenlemeyip, fatura düzenlemek zorunda olduğu, ticari mahiyetteki işinin serbest meslek faaliyeti kapsamında olmadığı, bu nedenle eyleminin TCK.'nın 157.madesine uyan basit dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması ...bozmayı gerektirmiştir.” denilmek suretiyle; bu nitelikli halin ancak mevzuatta serbest meslek erbabı olarak belirtilen kişilerce ve mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlemeleri

halinde oluşacağı, failin serbest meslek erbabı olmadığı veya olmakla beraber kendisine mesleği gereği duyulan güveni kötüye kullanmaksızın hileli davranışlarla mağduru aldatıp, kendisine veya başkasına menfaat temin etmesi halinde, eylemin nitelikli dolandırıcılık suçu değil, 157.maddede belirtilen basit dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği belirtilmiştir⁴⁴.

3.10. Banka veya Diğer Kredi Kurumlarınca Tahsis Edilmemesi Gereken Bir Kredinin Açılmasını Sağlamak Maksadıyla Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin birinci fıkrasının j bendine göre; banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla dolandırıcılık suçu, nitelikli hallerden bir diğerini oluşturmaktadır.

Madde gerekçesinde; “J bendinde, dolandırıcılık suçunun banka veya diğer kredi kurumlarından, esasta tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak amacıyla işlenmesi bir nitelikli unsur olarak tanımlanmıştır. Banka veya kredi kurumundan bir kredinin temini amacıyla hileli davranışlarda bulunulması ve buna dayalı olarak kredi adı altında bir yarar sağlanması durumunda bu nitelikli unsur oluşacaktır. Kredi kurumu deyiminden banka olmamasına karşın, kanunen borç para vermeye yetkili kılınan kurumlar anlaşılır⁴⁵.” şeklinde açıklama yapılmıştır.

Suçun oluşumu bakımından kastın yanı sıra, belli bir maksatla hareket edilmesi de aranmıştır. Buna göre, suçun oluşumu bakımından banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla hareket edilmelidir. Bu nitelikli halin uygulanması bakımından failin, banka veya kredi kurumlarının kredi tahsis etmekle görevli olan kişilere karşı hile teşkil eden bazı davranışları gerçekleştirmiş olması gerekir. Örneğin; kredi talep eden şahsın gerçeğe aykırı kıymet takdir raporları sunarak, gerçekte verilmeyecek bir kredinin açılmasını sağlaması halinde bu nitelikli hal oluşur (Koca ve diğerleri, 2013:648).

⁴⁴ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 13.03.2017

⁴⁵ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 13.03.2017

Kredi verme yetkisi olmayan kişi veya kurumlardan hileye başvuru olarak kredi tahsis edilmesi halinde bu nitelikli hal uygulanmaz. Kredinin tahsis edilmesinin gerekli olup olmadığı, bankacılık mevzuatına göre belirlenecektir (Parlar, 2015:176).

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 48.maddesinde; "Bankalarca verilen nakdi krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdi krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdi krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdi kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında "kredi" sayılır." denilmek suretiyle kredi deyiminin ne anlama geldiği açıklanmıştır (Parlar, 2015:177).

Bankalar birer güven ve itibar müessesesidir. Yasa koyucu 158/1-j bendi hükmüyle kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamayı, tüm ekonomik düzen için risk oluşturan kredi dolandırıcılığını önlemeyi amaçlamıştır. Kredi verilmesine ilişkin yasaklar ihlal edilerek, banka üst düzey yöneticilerine ve bunların yakınlarına veya bunlar tarafından kurulan kuruluşlara kredi tahsis edilmesi, bir bankanın öz kaynaklarının %25'inden fazlasını kredi olarak vermesi, bankacılık kanununda özel olarak yaptırım altına alınan suçları oluşturabilirlerse de bu eylemlerde dolandırıcılık söz konusu olmadığından, bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir. Keza, krediyi alan kişinin aldatıcı nitelikli herhangi bir davranışı olmadan banka veya kredi veren kuruluşun yönetici veya temsilcilerinin görevlerini özenle yapmamaları sonucu tahsis edilmemesi gereken bir kredi açılmışsa, bu durumda da krediyi açanlar bakımından bankacılık suçu oluşabilir ise de kredi açılan kişi bakımından bu nitelikli dolandırıcılık suçunun oluştuğundan söz edilemez (Parlar, 2015:177).

Yine uygulamada rastlanan bir durum olarak, paraya ihtiyacı olan kişinin, kendi evini akrabasına satmış gibi gösterip tapuda devretmesi, alıcı olan akrabanın da bankadan konut kredisi çekerek satıcı gözüken yakınına bu parayı vermesidir. Öğretiye göre, burada gerçekte bir ev satın alınmadığından, konut kredisini çeken kişi, bu kredinin tahsisi için gerekli koşulları taşımamaktadır. Bu bakımdan, tahsis edilmemesi gereken bir kredinin elde edilmesi için hileli davranışa başvurulduğundan, bankanın zarara uğrayıp uğramamasına göre, bu nitelikli hal oluşacak ya da teşebbüs aşamasında kalacaktır (Tezcan ve diğerleri, 2014:681).

Ancak uygulamada bu tür durumlara ancak bankanın, ödenmesi gereken kredinin ödenmemiş olması nedeniyle zarara uğraması ve şikâyetçi olması halinde rastlanabileceğinden, zararın oluşmaması halinde olay hukuki ihtilaf mahiyetinde değerlendirilecek ve neticeten suça teşebbüse değil, suçun unsurlarının oluşmadığına kanaat getirilecektir.

Yargıtay 11.Ceza Dairesi'nin, 06.06.2002 tarih ve 2002/5353 sayılı kararında özetle; "...Saniğin vergi mükellefi olmadığı ve Subaşı adında bir vergi dairesi de bulunmadığı halde, müdahil banka ile yaptığı kredi sözleşmesinde gerçeği yansıtmayan vergi levhası, sanayi odası sicil kayıt sureti ve ticaret sicil gazetesi örneği ibraz ederek ve gerçek dışı beyanlarda bulunarak tahsis edilmemesi gereken kredinin açılmasını sağlamak suretiyle yüklenen dolandırıcılık suçunu işlediğinin anlaşılmasına rağmen, mahkûmiyeti yerine kredi sözleşmelerinde kendi adı yazılmadığı ve imzası bulunmadığından bahisle uyuşmazlığın hukuki nitelikte olduğunun kabulü ile beraatine hükmolunması, kanuna aykırı ve müdahil vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, hükmün bozulmasına karar verildi." denilmiştir⁴⁶.

3.11. Sigorta Bedelini Almak Maksadıyla Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin birinci fıkrasının k bendine göre; sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılık suçu, nitelikli hallerden bir diğerini oluşturmaktadır.

⁴⁶ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 14.03.2017

Madde gerekçesinde; “K bendi, sigorta edenin dolandırılmasına ilişkindir. Failin, sigorta edilen veya sigorta bedelini alacak kişi olması şart değildir. Keza, sigorta edilen riskin türü de önemli değildir.” şeklinde bir açıklama getirilmiştir⁴⁷.

Öyleyse sigorta kurumunun suçun mağduru veya suçtan zarar gören olması, bu nitelikli halin gerçekleşmesine yetmektedir (Hafizoğulları, 2013:414).

“Gerçekten de sigorta bedelini almak amacıyla ve sahte belgeler sunmak suretiyle dolandırıcılık, hemen her ülkede sıkça rastlanılan bir başka dolandırıcılık yöntemidir. Bu yöntemde fail, gerçekte olmadığı halde kendisini zarar görmüş gibi göstererek sigorta edene müracaatta bulunmaktadır (Pavlovic ve diğerleri, 2014:45).”

Bu nitelikli hal, failin “sigorta bedelini almak” özel kastıyla hareket etmesini gerekli kılmaktadır. Sigortanın türü (hayat veya mal sigortası olması) fark etmez. Haksız yere sigorta bedelini almak amacıyla failin başvurduğu hileli davranışlar, trafik kazasında hasarın olduğundan fazla gösterilmesi, yangın çıkarılması, trafik kazasına karışan alkollü araç sürücüsünün kendi yerine başka birini oturarak tutanağı o şekilde tanzim ettirmesi, tek başına yapılan kazanın iki taraflı olmuş gibi gösterilmesi suretiyle sigorta şirketine başvurulması, hayat sigortasını almak için hayatta olan birinin ölmüş gibi gösterilmesi örneklerinde olduğu gibi değişik biçimlerde karşımıza çıkabilir. Nitelikli hal her türlü sigorta için uygulanabileceği gibi, failin sigorta bedelini kendisinin veya bir başkasının alması için hileli davranışlara başvurmuş olması da nitelikli halin uygulanması bakımından önemsizdir (Tezcan ve diğerleri, 2014:682).

Keza sigorta şirketinin bu işe yetkili olması bendin uygulanması bakımından yeterli olup, sigorta şirketinin kamu veya özel hukuk alanında çalışıyor olmasının önemi yoktur, bu nitelikli hal her türlü sigorta için uygulanabilir (Parlar, 2015:177).

⁴⁷ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 14.03.2017

Önemle vurgulamak gerekir ki, Yargıtay’a göre, sigorta bedelini almak için şirkete başvuruncaya kadar yapılan hareketler, hazırlık hareketi niteliğindedir. Örneğin, yukarıda alkollü sürücü örneğinde, sürücünün kendi yerine akrabasının aracı kullandığını bildirirse ya da yerine başka birini geçirse, emniyet güçleri de durumu anlarsa, başka suçlar oluşabilirse de sigorta bedelini almak amacıyla dolandırıcılık suçu oluşmayacak; ancak fail sigorta şirketine başvurduktan sonra icra hareketleri aşamasına geçilmiş olacaktır (Tezcan ve diğerleri, 2014:682).

Yargıtay 23.Ceza Dairesi’nin 10.11.2015 tarih ve 2015/6361 sayılı kararında özetle; “...Baba oğul olan sanıkların devlet destekli hayvan kredisi ile 13 adet hayvan alarak bunlardan 12 adedini katılanın bünyesindeki şirketlerden birine sigortalattıkları, sanıkların toplam hayvan sayısının 20 olduğu, olay tarihinde sanıkların sigortalı olmayan hayvanlarından birinin öldüğü, sanıkların sigortadan para almak amacıyla sigortalı hayvanlardan birinin küpesini çıkararak ölen hayvana taktıkları ve sigortaya başvurarak hasarlarının karşılanmasını istedikleri, bu suretle sanık Y.A.’nın sigorta bedelini almak amacıyla dolandırıcılık, sanık R.A.’nın ise resmi belgede sahtecilik suçlarını işledikleri iddia olunan somut olayda; sanık R.A. hakkında resmi belgede sahtecilik suçundan verilen karara yönelik temyiz talebinin incelenmesinde, 5271 sayılı CMK’nın 231.maddesine göre verilen ve davayı sonuçlandırıcı nitelikte olmayan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karara karşı aynı kanunun 231/12.maddesine göre itiraz yolu açık olup temyiz olanağının bulunmadığı, itiraz mercii tarafından da ret kararı verilmiş olduğu, bu kararın kesin nitelikte olması karşısında o yer Cumhuriyet savcısının temyiz istemiyle ilgili olarak Dairemizce karar verilmesine yer olmadığına, dosyanın ilgili mercie gönderilmesine; sanık Y.A. hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan kurulan hükme yönelik temyiz talebinin incelenmesinde, sanığın hayvan kredisi ile aldığı hayvanları sigortalatması, sigortasız hayvanın ölmesi neticesinde sigortalı hayvanın küpesini çıkararak ölen hayvana takip hasar tespiti için başvurması karşısında, sanığın dolandırıcılık suçundan mahkumiyeti yerine oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir...” denilmiştir⁴⁸.

⁴⁸ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 15.03.2017

Somut olaydan da anlaşılacağı gibi sanık, sigorta bedelini almak maksadıyla hileye başvurmuş, ölmüş olan sigortasız hayvanı sigortalıymış gibi göstermek suretiyle hasar raporu alarak, sigorta şirketinden haksız menfaat temin etmiştir. Suçun mağduru ve zarar göreni, diğer hayvanların sigortasını yapan ve haksız menfaatin temin edildiği sigorta şirkettir. Haksız menfaatin temini ile birlikte bu nitelikli hal oluşmuştur.

3.12. Kişinin, Kendisini Kamu Görevlisi veya Banka, Sigorta ya da Kredi Kurumlarının Çalışanı Olarak Tanıtması veya Bu Kurum ve Kuruluşlarla İlişkili Olduğunu Söylemesi Suretiyle Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin birinci fıkrasının 1 bendine göre; kişinin, kendisini kamu görevlisi veya banka, sigorta ya da kredi kurumlarının çalışanı olarak tanıtması veya bu kurum ve kuruluşlarla ilişkili olduğunu söylemesi suretiyle dolandırıcılık suçu, nitelikli hallerden bir diğerini oluşturmaktadır.

Madde gerekçesinde bu nitelikli hale ilişkin herhangi bir açıklama yoktur. Ayrıca bu nitelikli hal yakın zamanda, 02.12.2016 tarihinde ve 6763 sayılı Kanun'un 14.maddesiyle eklenmiş yeni bir düzenlemedir.

Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, bu nitelikli halin oluşabilmesi için failin, gerçekte kamu görevlisi veya banka, sigorta ya da kredi kurumlarının çalışanı olmadığı halde hileli hareketlere başvurarak kendisini bu kurum ve kuruluşlardan birinin çalışanıymış gibi tanıtması ve mağdurda hileli hareketleri neticesinde böyle bir intiba bırakması ya da yine hileli hareketlerle bu kurum ve kuruluşlarla ilişkisi olduğunu söyleyerek ve mağdur üzerinde böyle bir intiba bırakarak, mağdurun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına menfaat temin etmesi halinde oluşacaktır.

Öyleyse failin, gerçekten kamu görevlisi veya banka, sigorta, kredi kuruluşlarının çalışanı olması halinde bu nitelikli hal oluşmayacak, olayın oluşuna göre ya irtikâp suçundan ya da basit dolandırıcılıktan bahsedilecektir. Yine aynı şekilde failin, kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle hareket etmesi halinde, 158.maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği şekilde, bir başka nitelikli dolandırıcılık suçu oluşmaktadır. Dolayısıyla 158.maddenin birinci fıkrasının 1 bendinde belirtilen; failin “bu kurum ve kuruluşlarla ilişkili olduğunu söylemesi suretiyle” dolandırıcılık eylemini gerçekleştirmesi, ikinci fıkradaki nitelikli hal ile benzer nitelikte

olduğundan, uygulamada karışıklığa yol açacaktır. Zira failin, kamu kurumunun tüzel kişiliğiyle bir ilişkisinin olması mümkün değildir. Failin, ancak kamu kurumunda görevli olan kamu görevlisiyle bir ilişkisi olabilir.

Fail, kamu kurum ve kuruluşlarıyla ilişkili olduğundan bahsederek dolandırıcılık suçunu işlerse, yine bu nitelikli hal oluşacaktır. Fail, gerçekten bir kamu kurumunda çalışan memur ile ilişki sağlayarak menfaat temin etme yoluna giderse, unsurları olduğu takdirde rüşvet alma suçu ve buna iştirakten bahsedilecektir.

Yine bu bende göre, failin, belli bir işin gördürüleceği vaadiyle hareket etmemesi gerekir. Failin bu şekilde hareket etmesi halinde de ikinci fıkra hükmü uygulanacaktır. Ancak failin, belli bir işi kendisinin göreceği vaadiyle hareket etmesi halinde bu nitelikli hal oluşacaktır.

Örneğin, cami olmayan bir köyde yeni cami yapıldığının haberini alan failin, bu yöredeki kahvehaneye giderek, gerçekte olmadığı halde yöre halkına kendisini Diyanet İşleri Başkanlığı'nda memur ve İmam Hatip Lisesi mezunu olarak tanıtmayı, kendisini bu kurumun gönderdiğini söylemesi, camide Kur'an kursu vereceğini ve kurs bitiminde Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından kursta eğitim alanlara sertifika verileceğini, bu sertifika ile ayrıca imam olabilmek için devlete müracaatta bulunulabileceğini söyleyip, halktan kurs ücreti adı altında para toplaması halinde bu nitelikli hal oluşacaktır. Yine bir kamu kurumuna giderek, memurlara, gerçekte olmadığı halde kendisini bankaya bağlı sigortacı olarak tanıtan failin, bireysel emeklilik için normalde ödenmesi gereken asgari tutarın aylık 150 TL olduğunu, ancak bu kurumda görev yapan kamu görevlilerine, kendisinin çalıştığı sigorta şirketi tarafından bir kampanya başlatıldığını, kampanyaya göre bu kurumda çalışan 10 kişinin müracaat etmesi halinde ödenmesi gereken asgari tutarın 1 yıl süreyle aylık 100 TL olacağını, 1 yıl düzenli ödeme yapılır ise toplamda aylık 150 TL üzerinden ödeme yapılmış gibi katkı sağlanacağını belirterek, kandırdığı 10 kişiden para toplaması halinde yine bu nitelikli hal oluşacaktır.

3.13. Kamu Görevlileriyle İlişkisinin Olduğundan, Onlar Nezdinde Hatırı Sayıldığından Bahisle ve Belli Bir İşin Gördürüleceği Vaadiyle Aldatarak Dolandırıcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin ikinci fıkrasına göre; kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir

işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak dolandırıcılık suçu, nitelikli hallerden bir diğerini oluşturmaktadır.

Madde gerekçesinde bu nitelikli hale ilişkin olarak; “Maddenin ikinci fıkrasında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bağımsız bir suç olarak tanımlanan nüfuz ticareti, dolandırıcılık suçunun bir nitelikli şekli olarak tanımlanmıştır. Bu hükme göre; kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat temin eden kişi, dolandırıcılık suçunun nitelikli şeklinden dolayı cezalandırılacaktır.” denilmektedir⁴⁹.

Nüfuz ticareti suçunun unsuru olan, “kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle” failin, diğer faile kanunda tanımlanan kamu görevlisi (m.6) veya kişiler üzerinde etkili olduğundan söz etmesi, etkili olduğu ya da kamu görevlisi belli kişiye veya kişilere söz geçirebilecek olduğunu demesi anlaşılmalıdır. Ancak failin, kamu görevlisi üzerinde gerçekte nüfuz sahibi olmaması ama kendisini böyle göstermesi, bu suçu değil, şartları olduğunda dolandırıcılık suçunu oluşturur (Hafizoğulları ve diğerleri, 2014:87).

Bu ihtimalde fail, aslında olmadığı halde kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahsederek muhatabına işinin gördürüleceği yolunda vaatte bulunarak aldatmakta ve bu yolla menfaat sağlamaktadır. Buna göre, aldatma yok ise, kişi kamu görevlileri üzerinde sahip olduğu nüfuzu haksız bir işin gördürülmesi zımında iş sahibiyle yapmış olduğu aldatma çerçevesinde menfaat karşılığında kullanıyorsa, artık dolandırıcılık değil, 255.maddede düzenlenen nüfuz ticareti suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir (Koca ve diğerleri, 2013:648).

Bu suçun faili herkes olabilir. Herhalde, Kanun, bu hükümlerle, kamuda işi olanlarla kamu görevlileri arasında, hileli davranışlarla, aracılık yapılmasına engel olmak istemektedir (Hafizoğulları, 2013:414).

⁴⁹ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 15.03.2017

Nüfuz ticareti ile dolandırıcılık arasındaki farkı tayin, her hadisede kolay olmamaktadır. İki suç arasındaki benzerlik pek fazladır. Dolandırıcılıkta zarar mülkiyete karşıdır. Nüfuz ticaretinde ise devlet idaresine karşıdır (Erem, 1956:5).

Kanun, kamu görevlisini, 6/1-c maddesi hükmünde tanımlamıştır. Kanun bilinmeyenle bilinmeyi tanımlamıştır. Kamusal faaliyet yürüten herkes kamu görevlisidir. Fail bu nitelikte bir kimse nezdinde tavassutta bulunacağını vaat etmiştir (Hafizoğulları, 2013:415).

Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noter, askerlik görevini yapan kişiler, bir suç vakıasına müdahil olay, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay ve erleri de kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda bu kişilerin kamu görevlisi sayılması mümkün olmadığından, failin bu kişilerle ilişkisinin olduğu ve hatırı sayıldığını söylemesi ve belli bir iş gördüreceğini vaat etmesi, bu nitelikli hali oluşturmayacaktır. Diğer yandan suç failinin somut olayda kamu görevlisi sayılan kimselerle ilişkisi olduğu ve hatırı sayıldığını söylemesi yeterli olmayıp, bunu anılan kamu göreviyle ilgili bir işin gördürüleceği vaadiyle mağduru aldatarak, failin yapılacak aracılık girişimleri için haksız çıkar sağladığının saptanılması gerekmektedir. Böyle bir iddia ileri sürülmeksizin çıkar sağlanmışsa, eylem bu nitelikli dolandırıcılık suçunu değil, unsurları varsa basit dolandırıcılık suçunu oluşturur. Keza, failin kamu görevlisiyle birlikte hareket ederek menfaat sağlaması halinde de eylem nitelikli dolandırıcılık değil, rüşvet alma suçunu oluşturur (Parlar, 2015:179).

Türk Ceza Kanunu, failin, kamu görevlisi nezdinde sadece belli bir işi gördüreceği vaadinde bulunmasını yeterli görmekte, ayrıca vaat edilenin kamu görevlisi nezdinde gerçekten yapılıp yapılmadığına bakmamaktadır. Öyleyse, fail, vaadini tutarsa, hükümde öngörülen "...vaadiyle aldatma..." unsuru gerçekleşmiş olmayacak, hatta bir çıkar sağlamış olsa bile, bu suç işlenmemiş olacaktır (Hafizoğulları, 2013:415).

Ayrıca failin, bizzat işlemleri yapacak kamu görevlisi nezdinde hatırlı olması şart olmayıp, bu kişinin üzerinde etkisi olan bir başka kamu görevlisi nezdinde hatırlının olduğunu beyan ederek menfaat temin etmesi halinde de eylem bu madde kapsamındaki suç oluşturur (Erman ve diğerleri, 1992:474).

Suç, failin menfaat temin etmesi ile tamamlanmış olur. Menfaatin şarta bağlı olması veya ilerde temin edilmesinin vaat edilmesi yahut mağdurun sözünde durmaması halinde, suça teşebbüs söz konusudur (Hafizoğulları, 2013:415).

Bu fıkranın tatbiki için, Yargıtay uygulamasına göre, failin genel ve soyut olarak, kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğunu ya da onların nezdinde hatırlı olduğunu söylemesi yeterli görülmemekte, belirli veya belirlenebilir ve somut bir kimsenin isminin belirtilmesi de aranmaktadır (Tezcan ve diğerleri, 2014:683).

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 02.06.2014 tarih ve 2014/10844 sayılı kararında özetle; "...Sanığın bir restaurantta tanıştığı müşteki Ö.F.'ye, Kahramanmaraş Devlet Hastanesi başhekimisi müşteki M.K.'nin kendisinin akrabası olduğunu, hastaneye temizlik işçisi alınacağını, isterse bu konuda yardımcı olabileceğini belirttiği, daha sonra müşteki Ö.F.'nin sanığın istemiş olduğu belgeleri ve 50 TL parayı tamamlayarak sanığa verdiği, müşteki Ö.F.'nin diğer müştekileri de ayrı ayrı zamanlarda sanıkla tanıştırdığı, sanığın bu kişilere de ayrı ayrı olmak üzere, hastanede görevli M.K.'nin dayısı olduğunu, hastane müdürü M.Y.'yi tanıdığını ve kendilerini işe aldırabileceğini söyleyerek, müştekilerden ayrı ayrı 85 TL para aldığı, daha sonra müştekilerin bu konuyu araştırdıklarında durumun ortaya çıktığı, böylece sanığın her bir müştekiye karşı ayrı ayrı olmak üzere nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; adı kullanılan kişilerin hastanenin yetkilileri oldukları, gerçekte o işi yapmaya yetkili olup olmadıklarının bir öneminin bulunmadığı, sanığın, isimlerini ve görevlerini açıkça belirterek onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle müştekiler nezdinde güven uyandırdığı dikkate alınarak sanığın, belli bir kamu görevlisiyle ilişkisinin olduğundan bahisle nitelikli dolandırıcılık suçlarını işlemiş olması karşısında, müşteki sayısınca ayrı ayrı olmak üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158/2.maddesi gereğince mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşmek suretiyle basit dolandırıcılık suçundan hüküm kurularak eksik ceza tayini bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, bozulmasına karar

verilmiştir...” denilmek suretiyle, bu nitelikli halin oluşabilmesi için somut olarak kişilerin isimlerinin de belirtilmesi gerektiği, ancak isimleri belirtilen bu kişilerin o kurumda yetkili olmalarının yeterli olduğu, gerçekte o işi yapmalarına yetkileri olup olmadığının bir öneminin bulunmadığı, bu haliyle de Kanun’un 158.maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen nitelikli dolandırıcılık suçunun oluşacağı belirtilmiştir⁵⁰.

3.14. Üç veya Daha Fazla Kişi Tarafından Birlikte veya Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde Dolandırıcılık

Kanun’un 158.maddesinin üçüncü fıkrası ile 02.12.2016 tarihinde 6763 sayılı Kanun’un 14.maddesiyle getirilen yeni düzenlemede; “Bu madde ile 157.maddede yer alan suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında; suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek ceza bir kat artırılır.” denilmektedir⁵¹.

Örgün örgütlü suçluluk ya belli bir süreklilik arz eder ya da arızilik gösterir. Örgütlü suçluluk süreklilik gösterdiğinde, bu suçta, genel olarak çok failli suçlar denmekte, fail çokluğu suçun maddi unsurunu oluşturduğundan, fail çokluğu, “zorunlu iştirak” olarak ifade edilmektedir. Zorunlu iştirakten söz edilebilmesi için, kanunda belirtilen sayıda kişinin suçun işlenmesine katılması zorunludur (Hafizoğulları ve diğerleri, 2012:263).

Madde gerekçesinde bu nitelikli hale ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamakla beraber, kanun metninden de anlaşıldığı gibi, kanunkoyucu burada fiilin üç veya daha fazla kişi tarafından iştirak ilişkisi içerisinde veya örgüt faaliyeti içerisinde işlenmesi durumlarını engelleyebilmek amacıyla cezada artırım öngörmektedir.

Kanunkoyucu, bu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için iki kişinin iştirak ilişkisi ile hareket etmesini yeterli görmeyip, üç veya daha fazla kişinin ya iştirak ilişkisi içerisinde ya da örgüt faaliyeti çerçevesinde dolandırıcılık suçunu işlemesi halinde cezada artırım öngörmektedir.

⁵⁰ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 16.03.2017

⁵¹ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 16.03.2017

İştirak müessesesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, birinci kitap, ikinci kısım, dördüncü bölümünde, 37, 38, 39 ve 40.maddelerinde düzenlenmiştir. Kanuna göre iştirak ilişkisi; faillik, azmettirme veya yardım etme şeklinde gerçekleşebilir.

Böylece, Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne göre, üç veya daha fazla kişi bir araya gelerek, dolandırıcılık suçunu işlemek ve aralarında faillik, azmettirme veya yardım etme kastı ile hareket etmek suretiyle dolandırıcılık eylemini gerçekleştirirlerse, nitelikli hal oluşacağından, haklarında daha fazla ceza tayini söz konusu olacaktır. Ancak iki kişi iştirak ilişkisi içerisinde hareket ederek dolandırıcılık eylemini gerçekleştirirlerse, haklarında Türk Ceza Kanunu'nun 157.maddesinde belirtilen basit dolandırıcılık eylemi gereğince işlem yapılarak, bu maddeye göre ceza tayinine gidilecektir. İki kişi tarafından iştirak ilişkisi içerisinde işlenen basit dolandırıcılık suçunda az ceza tayinine giderken, üç veya daha fazla kişi tarafından iştirak ilişkisi içerisinde işlenen basit dolandırıcılık suçu yönünden neden nitelikli hal olarak kabul edilerek daha fazla ceza tayinine gidildiğine ilişkin herhangi bir açıklama yoktur. Kanaatimce bu durum, çelişkiye sebebiyet vermektedir. Ya kişi sayısına bakılmaksızın, suçun birden fazla kişi tarafından iştirak ilişkisi içerisinde işlenmesi hali nitelikli hal olarak kabul edilmeli ya da edilmemelidir. Aksi takdirde, iki veya üç kişi tarafından iştirak ilişkisi içerisinde dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde, ceza tayini bakımından farklılık oluşacağından, adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesinden de uzaklaşılacaktır.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220.maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre; “Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.”

Tabii, örgünleşme, suç örgütü oluşturmada, hiyerarşik bir yapıyı gerektirdiğinden, çok daha belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu suçları vurgulayan özellik, fail sayısının en az üç kişi olması, faillerin iradelerinin karşılıklı gelmesi, yani bir örgünleşmeye imkan verecek bir biçimde ortaya çıkması, yani işleyen toplumsal bir cihaz halini almasıdır (Hafızoğulları ve Kurşun, 2007:37).

Yargıtay 6.Ceza Dairesi'nin, 16.06.2016 tarih ve 2016/5163 sayılı kararına göre; "...Suç işlemek için örgüt kurmak, iştirak kavramına yakındır. Ancak birkaç noktada iştiraktan ayrılır. İştirak, şerikler arasında anlaşma net bir şekilde belirlenmiş olan bir veya birden fazla suçu işlemek içindir. İşlenecek suçun sayısı, konusu ve mağduru bellidir. İştirak gereği suç işlendiğinde anlaşmanın gereği yerine gelmiştir. Yeni bir suç işleme söz konusu değildir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurmada bir veya birkaç suç işlendikten sonra daha programlanmış suçları işlemek için de örgüt devam eder." denilmek suretiyle, uygulamada örgütün varlığından söz edilebilmesi için hangi şartların gerçekleşmesi gerektiği belirtilerek, örgüt ilişkisinin, iştirak ilişkisinden ayrımının nasıl yapılması gerektiği de belirtilmiştir⁵².

Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinin üçüncü fıkrası hükmü gereğince, bu tür bir örgüt yapılanması içerisinde ve örgüt faaliyetleri çerçevesinde, dolandırıcılık suçunun işlenmiş olması halinde de nitelikli halin varlığı kabul edilecek ve failer hakkında daha fazla ceza tayinine gidilecektir.

⁵² <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 18.03.2017

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DOLANDIRICILIK SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI, SUÇUN CEZASI VE YARGILAMA USULÜ

4.1. Dolandırıcılık Suçunun Benzer Suçlarla Karşılaştırılması

Malvarlığına karşı işlenen suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap, ikinci kısım onuncu bölümünde düzenlenmiştir. Bu suçların ortak özelliği daha önce de belirtildiği gibi, sadece maddi bir varlık olan mülkiyeti değil, aynı zamanda kişilerin bir bütün olarak malvarlığına ilişkin haklarının korumak amacıyla düzenlenmiş olmalarıdır.

Elbette ki, kişilerin malvarlığına ilişkin hakları korumayı amaçlayan ceza normları, yalnızca kanunun bu bölümünde düzenlenen suçlardan ibaret değildir. Örneğin, zimmet suçu (m.247), “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişini Karşı Suçlar” bölümünde yer almasına rağmen, Devlete ait malvarlığını oluşturan varlıkların yanı sıra bireylere ait malvarlığını oluşturan varlıkları da ihlal edebilir (Toroslu,2013:125).

Ancak bu bölümde, dolandırıcılık suçunun, malvarlığının korunmasını amaçlayan tüm suçlarla karşılaştırılmasına değil, dolandırıcılık suçuna benzer nitelikte olan ve uygulamada bu suçla karıştırılan suçlarla mukayesesine yer verilecektir.

4.1.1. Dolandırıcılık Suçunun Hırsızlık Suçundan Ayrımı

Hırsızlık suçu, zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın fail tarafından, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alınmasıyla oluşmaktadır.

Hırsızlık suçunun maddi konusunu yalnızca taşınır mallar oluşturduğu halde, dolandırıcılık suçu yalnızca taşınır mallara karşı değil, tüm malvarlığı değerlerine, varlık veya menfaatlerine karşı işlenebilen, insan boyutlu maddi konuyu her zaman içeren, ancak “şey” boyutlu (somut mal) maddi konuyu her zaman içermeyen bir suçtur. Her iki suçun ortak hukuki konuları malvarlığına ilişkin varlık ya da menfaatlerdir. Ancak dolandırıcılık suçunun odak noktasında hile bulunduğundan, bu suçla yalnızca malvarlığına ilişkin varlık ya

da menfaatler değil, bunların yanı sıra irade ve karar özgürlüğü de korunmaktadır. Dolandırıcılık suçu, hırsızlık gibi suç failinin tek yanlı etkinliğiyle değil, mağdurun kandırılmış ve aldatılmış iradesi doğrultusunda, mağdurun kendisinin veya üçüncü bir kişinin zararına, failin ya da adına hareket ettiği kimsenin yararına bir işlemde bulunmasını gerektirmektedir (Parlar,2015:20).

Gerçekten de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 141.maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun oluşması için; failin, zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden almış olmalıdır⁵³. Kanun metninden de anlaşıldığı üzere, hırsızlık suçu sadece taşınır malları koruyan bir mahiyettedir.

Hırsızlık suçu, küçükler ve akıl hastaları aleyhine işlenebilmektedir. Buna karşılık sezgi gücü ve rızai işlemde bulunabilme yeteneğinden yoksun kişilerin, doğal olarak da küçüklerle akıl hastalarının iradelerinin fesada uğratarak çıkar sağlanması söz konusu olmadığından, bu durumlarda dolandırıcılık suçunun unsurları oluşmaz, hırsızlık suçu oluşur (Parlar, 2015:20).

Hırsızlıkta suçun hareket unsuru, taşınır malı zilyedinin rızası dışında alma gibi tek ve yalın bir davranışla oluşmasına karşın, dolandırıcılıkta hile ile aldatıp yarar sağlama gibi birden çok ve karmaşık davranışlarla suçun hareket unsuru oluşmaktadır. Hırsızlıkta “alma” hareketi, herhangi bir biçimde gerçekleşebilmekte iken, “bağlı hareketli suç” türünden sayılan dolandırıcılıkta suçun oluşabilmesi için, yasanın analitik olarak kanuni tipte öngördüğü hareketle gerçekleşmesi zorunludur (Parlar,2015:20).

Yine her iki suç, manevi unsur bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Dolandırıcılıkta fail, gerçekleştirdiği davranışların, hile teşkil ettiğini, başka birini aldatıcı nitelikte olduğunu bilmelidir. Fail, mağdurun malvarlığındaki eksilmenin kendi hileli davranışlarının sonucunda meydana geldiğini bilmelidir. Hile ile zarar arasındaki illiyet bağının bilincinde olmalıdır. Kast doğrudan olabileceği gibi, olası kast da olabilir.

⁵³ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 07.03.2017

Hırsızlık suçunda ise fail, bulunduğu yerden aldığı şeyin başkasına ait olduğunu bilmelidir. Fakat o şahsın kim olduğunu bilmesi şart değildir. Bunun yanında fail, faydalanmak niyeti ile hareket etmektedir. Yani muayyen bir saiki, özel bir kastı da vardır (Erem ve diğerleri, 1994:593).

Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 26.11.2014 tarih ve 2014/19722 sayılı kararında özetle; “Şikayetçi A.’nın öğlen sıralarında maaşını çekmek için banka önünde bulunan ATM makinelerinden birine maaş kartını takarak şifresini girdiği, hesabında bulunan 800 TL’yi çekmek için işlem yaptığı, parasını almak için beklerken arkasından gelen bir şahsın “amca para mı çekiyorsun? Sana yardım edeyim.” dediği, o esnada cihazdan çıkan kartı alıp şikayetçiye vererek “bu makinede para yok, başka makineden çekersin” dediği, şikayetçi kartını alarak diğer makinenin önüne geçtiğinde, sanığın ATM cihazından çıkan 50 TL’lik banknotlar halinde toplam 800 TL tutarındaki parayı alarak pazarın içine doğru hızla kaçtığı, şikayetçinin o esnada yanına gelen sivil polise durumu anlattığı, olayı takip eden ve orada simitçilik yapan M.’nin de olayın tanıklığını yaparak sivil polisle birlikte şahsın kaçtığı istikamete gittikleri, bir süre sonra sanığın üzerinde 16 adet 50’şer TL’lik toplamda 800 TL olan para ile yakalandığı, şikayetçinin teşhis için karakola gittiği, ancak yakalanan şahsın şikayetçinin ATM cihazından parasını alıp kaçan şahıs değil, bu şahsın Şirinyer pazarının içinden geçerek kaçtıktan sonra bankalar sokağı içerisinde kendisini bekleyen, bindiği aracı kullanan şahıs olduğunu teşhis ettiği, yine sanığın şikayetçi D.’nin başka bir gün sabah saatlerinde emekli maaşını çekmek için banka önündeki bankamatige kartını takarak şifresini girdiği sırada hesabına 160 TL bırakması gerektiği ve bu işlemi bilmediği için çevresine baktığı sırada yanında bulunan sanıktan yardım istediği, sanığın bankamatik ile uğraştıktan sonra şikayetçiye kartı vererek diğer makineden işlem yapmasını söylediği, şikayetçinin diğer makineye geçip kartını taktığında bankamatigin kartına el koyduğu, hesabından 520 TL tutarındaki paranın çekilmiş olduğunu sonradan öğrendiği, şikayetçinin canlı teşhis tutanağı ile sanığı teşhis ettiği, sanığın bu eylemleriyle dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia edildiği iki olayda; sanığın emekli maaşlarını çekmek için gittikleri ATM’de kendilerine yardım etme bahanesiyle katılanların şifrelerini girdikten sonra, verdikleri bankamatik kartları ile para çekip ATM’nin işletim sisteminin gereği olarak para çekme işleminde önce kartı sonra parayı verme özelliğinden de yararlanarak katılanların makinenin işlem sırasına göre önce verdiği kartlarını alıp işlemin yapılamadığını söyleyip, diğer ATM makinesine yönelmelerini sağlayarak, kartın peşinden kısa süre içerisinde verilen paraları almaktan ibaret eyleminin, kartı ele geçirmesi veya elinde bulundurması, katılanların da ATM’deki paraları sanığa teslim

etme iradesi bulunmadığından, hırsızlık suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yazılı şekilde dolandırıcılık suçundan hükümler kurulması ... bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanun'un 8/1.maddesine göre uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321.maddesi uyarınca bozulmasına 26.11.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi." denilerek, somut olayda hırsızlık suçu ile dolandırıcılık suçu arasında mukayese yapılmıştır⁵⁴.

Somut olayda dolandırıcılık suçunun değil, hırsızlık suçunun oluştuğuna dair görüş kanaatimizce de isabetlidir. Zira olayda katılanlar, fail tarafından sergilenen bir hileli davranış neticesinde değil, aksine kendi rızalarıyla faile bankamatik kartlarını teslim ederek yardım istemişlerdir. Fail de bu talebi kabul ederek kartı katılanlara teslim edip, bankamatikten verilen parayı alarak kaçmıştır. Dolayısıyla fail, başkasına ait olduğunu bildiği bir paradan faydalanmak maksadıyla hareket ettiğinden, somut olayda hırsızlık suçunun unsurlarının oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

4.1.2. Dolandırıcılık Suçunun Yağma Suçundan Ayrımı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 148.maddesinde düzenlenen yağma suçunun oluşabilmesi için; failin, bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılması gerekmektedir. Yine ikinci fıkra düzenlemesine göre yağma suçu; failin cebir veya tehdit kullanarak mağduru, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur etmesi halinde de oluşacaktır. Maddenin üçüncü fıkrasına göre ise; mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak bir hale getirilmesinin de yağma suçunda cebir sayılacağı belirtilmiştir⁵⁵.

O halde, kanun metninden de anlaşıldığı gibi dolandırıcılık suçu ile yağma suçu arasındaki göze ilk çarpan ayırım; dolandırıcılık suçunda failin hile yoluna başvurarak mağduru

⁵⁴ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 07.03.2017

⁵⁵ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 08.03.2017

kandırması gerekirken, yağma suçunda ise failin cebir kullanarak mağduru sağlanacak menfaate mecbur bırakması gerektiğidir.

Yağma, bileşik suçtur (Hafizoğulları ve Güngör, 2007:37). Yağma suçu, içinde cebir ve hırsızlık suçlarını barındırmaktadır. Dolandırıcılık suçunun içeriğinde ise cebir veya hırsızlık suçları yoktur.

Yine bir başka önemli ayrım da mağdurun iradesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Hırsızlık suçunda mağdurun iradesi yoktur. Dolandırıcılık suçunda mağdurun iradesi varsa da bu irade, fesada uğratılmış bir iradedir. Güveni kötüye kullanma suçunda, mağdurun iradesinin dışına çıkmaktadır. Yağma suçunda ise mağdurun iradesi zorla ortadan kaldırılmaktadır.

Yağmada fail, cebir veya tehditle bir yarar elde etmektedir. Dolandırıcılıkta ise, malı elinde tutan kişinin rızası hile ile sakatlanarak zilyetlik elde edilmekte; mağdur, etkilenerek ve hataya düşürülerek malı faile vermektedir. Yağmanın şiddet suçu olmasına karşılık, dolandırıcılık hile suçudur. Bu nedenle, dolandırıcılık ve yağmada, hareket ve kullanılan araçlar açısından farklılık bulunmaktadır (Centel ve diğerleri, 2011:338).

Dolandırıcılık suçunun hukuki konusu daha önce de belirtildiği üzere, bir kimseyi, failin veya başkalarının menfaatine, kendi mamelekinde bir azalmayı gerektirecek aktif veya pasif bir davranışa sevk eden aldatmadan ibarettir. Ancak suçla sadece kişilerin malvarlığı değerleri teminat altına alınmamakla, aynı zamanda malvarlığı ilişkilerinde, kişilerin rızalarını serbestçe ifade etmeleri de teminat altına alınmaktadır (Hafizoğulları, 2013:397).

Yağma suçunun hukuki konusu malvarlığı ve kişi özgürlüğü olmasına karşın, dolandırıcılıkta malvarlığı ve irade özgürlüğüdür. Dolandırıcılıkta mağdurun iradesi hileli davranışlarla fesada uğratılırken, yağmada mağdurun iradesi cebir veya şiddet veya tehditle bertaraf edilmektedir. Yine yağma suçunun maddi konusu yalnızca taşınır mal ve senedin yağmasında olduğu gibi taşınmaz mal ve alacak hakları olabilmekte iken, dolandırıcılık suçu her türlü malvarlığı değerine karşı işlenebilen bir suçtur. Yağma suçunda mağdur, maruz kaldığı

cebir veya tehdit sonucunda failden çekinip korkmakta, bu nedenle kendi zararına işlemde bulunmayı tercih etmek zorunda bırakılmaktadır (Parlar,2015:20).

Yargıtay 6.Ceza Dairesi'nin, 01.04.2015 tarih ve 2015/39012 sayılı kararında özetle; "...Oluş ve dosya içeriğine göre; sanığın, terzilik yapan katılan ve yakınlarının işyerlerine suç tarihinde giderek, önceden bırakmadığı halde tadilat amacıyla pantolonunu bıraktığını belirtip ısrarla pantolonunu istediği, istediği pantolonun bulunamaması üzerine de katılan ve yakınlarına bağırıp çağırarak, işyerlerinde sağa sola vurarak, yakınan L.'ye yönelik "burayı dağıtıyorum, seni öldürürüm"; yakınan N.'ye yönelik; "bir telefon ile 50 kişiyi buraya yığarım, camını çerçeveni kırarım", katılan C.'ye de; "dükkanını yakarım, yıkarım" şeklindeki sözlerle tehdit edip, ayrıca elini silah çekecekmiş gibi beline atmak suretiyle korkutarak, bırakmadığını bildiği pantolonunun bedeli olarak katılan C.'den 330 TL, yakınan L.'den 630 TL, N.'den de 100 TL olmak üzere değişik miktarlardaki paraları tehdit yoluyla aldığının anlaşılması karşısında, eylemlerinin üç ayrı işyerinde yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında ve kanıtların takdirinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde sanık hakkında dolandırıcılık suçundan mahkumiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiş..." denilmek suretiyle, somut olayda dolandırıcılık suçunun değil, yağma suçunun oluşacağı belirtilmiştir⁵⁶.

Yağma, cebir kullanma veya tehdit ile hırsızlık suçlarının bir araya gelmesinden oluşan bir suçtur. Bu suçta cebir, malvarlığına yönelik olarak işlenen suçta araç olduğundan, yağma suçuna malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında yer verilmiştir (Tezcan ve diğerleri, 2014:613).

4.1.3. Dolandırıcılık Suçunun Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Ayrımı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 155.maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunda fail; "Başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden kişi" olarak tanımlanmıştır⁵⁷.

⁵⁶ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 08.03.2017

⁵⁷ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 08.03.2017

Güveni kötüye kullanma suçu ile başkasının taşınır mallarına zilyet olan kimse tarafından işlenebilecek malvarlığına yönelik ihlalleri önleme amacı güdülmektedir. Bu nedenle suçta korunan hukuksal yarar, mülkiyettir. Burada fail, geri verilmek üzere kendisine bırakılmış olan mal üzerinde, ancak o malın malikinin yapabileceği nitelikte bazı tasarruflarda bulunmaktadır (Tezcan ve diğerleri, 2014:653).

Güveni kötüye kullanma suçundan farklı olarak, dolandırıcılıkta rıza, hile ile sakatlanmış bir rızadır. Güveni kötüye kullanmada ise hile olmadan, geçerli bir rıza ile malın teslimi söz konusudur. (Dursun, 1999:9).

Diğer bir deyişle, dolandırıcılık suçunda iyiniyeti saptıran hileli davranışlarla mağdurun rızasının fesada uğratarak (aldatılarak) yarar sağlanması söz konusu iken, güveni kötüye kullanma suçunda malikin özgür iradesiyle ve muhafaza edilmesi veya belirli bir şekilde kullanılması koşuluyla teslim edilen taşınır veya taşınmaz malın üzerinde failin zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunması veya bu devir olgusunu inkârı biçiminde ancak bir malikin yapabileceği seçenekli hareketleri söz konusudur (Parlar, 2015:20).

Güveni kötüye kullanma suçunun faili, sözleşme ilişkisi gereği, suç konusu malın zilyetliği kendisine devredilmiş kişi olup, suç ancak bu kişi tarafından işlenebilir. Bu nedenle güveni kötüye kullanma, faili bakımından özgü suç niteliğindedir (Tezcan ve diğerleri, 2014:647).

Buna karşın dolandırıcılık suçunun faili herhangi bir özellik göstermediğinden, herkes olabilir.

Güveni kötüye kullanma suçunda fail, suça konu şeye zilyet olduğunu ve bunun başkasına ait olduğunu bilmelidir. Bunun yanında, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmaya yönelik bir kastının da bulunması gerekir (Tezcan ve diğerleri, 2014:649). Dolandırıcılıkta ise fail, mağdurun iradesini hileli davranışlarla sakata uğrattığından, gerçekleştirdiği davranışların, hile teşkil ettiğini, başka birini aldatici nitelikte olduğunu bilmelidir. Fail, mağdurun malvarlığındaki eksilmenin kendi hileli davranışlarının sonucunda meydana geldiğini bilmelidir. Yani hile ile zarar arasındaki illiyet bağının da bilincinde olmalıdır.

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 26.11.2014 tarih ve 2014/19727 sayılı kararında özetle; "...Sanıklar A. ve Z.'nin sanık M.'nin talimatı doğrultusunda, Y. Nakliyat firmasının işletmecisi şikayetçi V. ile M. Salça Fabrikası'ndan salça kolilerini Gaziantep'e nakletmek üzere anlaştıkları, aynı gün sanıkların 2075 koli salçayı tıra yükleyerek Bursa iline gittikleri, Bursa'da tırda yüklü kolileri sanık M.'nin müşteri olarak bulduğu çeşitli firmalara sattıkları, daha sonra sanıkların bir başka araçla Konya istikametine gittikleri, sanık A.'nın Konya'da araçtan inerek jandarmaya kullanmış olduğu tırın Konya'da park halindeyken çalındığını ihbar ettiği, bunun üzerine Konya Cumhuriyet Başsavcılığı'nca olaya ilişkin soruşturma başlatıldığı, sanık A.'nın yaptığı eylemlerden pişman olduğunu söyleyerek Y.Nakliyat Firması yetkilisi şikayetçi V.'nin yanına giderek salça kolilerini Bursa'da bir markete sattıklarını söylediği, yapılan araştırma neticesinde ilgili yerlerde malların bulunduğu, sanıkların hileli davranışlarla şikayetçileri aldatıp zararlarına olarak, kendilerine yarar sağlamak amacıyla dolandırıcılık suçunu işlediklerinin iddia edildiği olayda; sanıkların, Y.Nakliyat firmasının işletmecisi şikayetçi V. ile anlaşarak, salça fabrikasından yükledikleri salça kolilerini Gaziantep'e götürmek yerine Bursa'ya götürüp başka kimselere satma eylemlerinin, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükmü kurulması ... bozmayı gerektirmiş..." denilerek, somut olaydaki suçun güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu belirtilmiştir⁵⁸.

Gerçekten de somut olayda sanıklar, şikayetçi Y.Nakliyat firmasının yetkilisi V.'yi hileli davranışlarla aldatmamışlar, aralarındaki nakliye anlaşması gereğince salça kolilerini V.'nin rızasıyla almışlardır. Ancak anlaşma doğrultusunda salça kolilerini Gaziantep'e nakletmek yerine Bursa iline götürüp satarak kendilerine menfaat temin etmişlerdir. Şikayetçi V.'nin ilk aşamada yani malları sanıklara teslim ederken rızası bulunduğu, iradesinin sakatlandığından ve herhangi bir hileden söz etmek mümkün değildir. Sanıkların, malları Gaziantep ilinde bir yere teslim etmek şeklinde olan zilyetliğin devri amacını, bu amacın dışında bir tasarrufta bulunarak Bursa'da satmış olmaları, yani kendilerine bu yöntemle menfaat sağlamaya yönelmiş olmaları nedeniyle, eylemleri tam olarak güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmuştur.

⁵⁸ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 08.03.2017

4.1.4. Dolandırıcılık Suçunun Karşılıksız Yararlanma Suçundan Ayrımı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 163.maddesinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçunun oluşabilmesi için failin, maddenin birinci fıkraya hükmüne göre; otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanması, ikinci fıkraya hükmüne göre; telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın yararlanması, üçüncü fıkraya hükmüne göre ise; abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğalgazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi şeklindeki eylemlerden birini gerçekleştirmesi gerekmektedir⁵⁹.

Karşılıksız yararlanma suçları da dolandırıcılık gibi bir bütün olarak malvarlığını koruma amacı gütmektedir. Yine bu suçun faili, tıpkı dolandırıcılık suçunda olduğu gibi herkes olabilir. Maddenin birinci fıkraya hükmüne göre suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, ödeme yapmadan yararlanma olarak belirtilmiştir. Bu nedenle, bedel karşılığı yararlanmayı sağlamaya yönelik olarak konulan engelleri bertaraf etmeye yönelik herhangi bir davranış, bu suçun maddi unsurunu oluşturur. İkinci fıkraya hükmüne göre suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, herhangi bir şekilde başkasının telefon hattından bedelini ödemeksizin faydalanmaktır. Üçüncü fıkraya hükmüne göre suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmadan ibarettir. Nihayet dördüncü fıkraya hükmüne göre suçun maddi unsurunu oluşturan hareket ise, abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi, su veya doğalgazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesidir.

Ancak dolandırıcılık suçunu tanımlayan 157.maddede, bir kimsenin aldatılmasından söz edildiği ve 163.maddede sayılan eylemlerin hiçbirisinde bir kimsenin aldatılması söz konusu olamayacağı için, karşılıksız yararlanma suçu, mağdurun aldatılması bakımından dolandırıcılık suçundan ayrılmaktadır (Tezcan ve diğerleri, 2014:693).

⁵⁹ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 08.03.2017

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun mülga 765 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu dönemde verdiği, 30.01.2007 tarih ve 2007/15 K. sayılı kararında özetle; "...Somut olayda, kamyon şoförü sanığın otobana girişte aldığı ve sonradan karşı yönden gelen bir başka kamyon şoförüyle değiştirip gişeye ibraz ettiği bilet, giriş yapılan mevkiye ilişkin bilgileri içermektedir. Suç tarihinde otobanlardan ücretli geçiş, OGS denilen otomatik geçiş sistemi ile otobandan çıkış sırasında gişe görevlisine nakit ödeme yapmaya dayalı iki tür yöntemle gerçekleştirilmekteydi. Otomatik geçiş sistemi, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün sorumluluğunda işletilmekte olan boğaz köprüleri ile bazı otoyollarda uygulanan bir geçiş ücreti ödeme yöntemidir. Bu sistemden yararlanmak isteyen kişiler, araçlarına bir elektronik etiket taktırmakta, bir otoyolda otomatik geçiş şeridini kullanarak giriş yaptıkları takdirde, araç içi birim niteliğinde olan bu etiket, hangi otoyola nereden, ne zaman girildiğini otomatik olarak kaydetmekte, aynı otoyolda bir otomatik geçiş şeridinden çıkış yaparken elektronik etiket üzerindeki giriş bilgileri yine otomatik olarak okunup, gişe bilgisayarları tarafından ücret tahakkuk ettirilerek, ilgilinin banka hesabından tahsil edilmektedir. Diğer ödeme yöntemi ise otobana giriş yapılan istasyondaki makinelerden giriş yerini gösteren bir bilet alma, çıkış istasyonundaki gişe görevlisine bu bileti ibraz edip bedelini ödemeye dayalı nakit ödeme sistemidir. Esasen otobanlarda araç başına alınan seyahat ücreti, aracın sınıfı ile kat edilen mesafeye göre saptanmakta ve çıkış sırasındaki gişe görevlisince tahsil edilmektedir. Ödeme sırasında ibraz edilen bileti alan görevli, otobana giriş yapılan istasyonu bu suretle anlamakta, ayrıca gözleyerek aracın cinsini saptamakta ve buna göre hesaplanan ücreti nakit olarak tahsil etmektedir. Bu işlemlerin görevlilerce daha süratli yapılabilmesi bakımından hesap makineleri veya bilgisayarlardan yararlanılıyor olması yapılan işleme, otomatik aletlerce gerçekleştirilen hizmet niteliği vermemektedir. Esasen otobana girişte bilet alınmaması veya alınan biletin çıkış istasyonundaki gişe görevlisine ibraz edilmemesi halinde, giriş yapılan istasyon bilinmeyeceği için, görevlilerce en uzak mesafe ücretinin alınması da bilinen bir uygulamadır. Görüleceği üzere, ücretin nakit ödenmesine dayalı sistemde bilet alınırken ödeme yapılmadığı gibi, çıkış istasyonunda ücret ödenmesi için bilet alınmış olması da şart değildir. İncelenen olayda, açıklanan eylemin 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 521/b maddesinde belirtilen otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmayacağı açıktır. Ödeme sırasında mesafeyi daha kısa gösterip, daha az bedel ödemek için başkasına ait bileti gösteren sanığın, tahsilatı yapacak Karayolları Genel Müdürlüğü'nün gişe görevlisini kandırmaya yönelik bu davranışı, hile ve desise niteliğindedir. Elverişli vasıta ile dolandırıcılık suçuna yönelik icra hareketlerine başlanılmış ise de geçiş yapmadan durumun anlaşılması nedeniyle suç, kalkışma aşamasında kalmıştır. Bu itibarla, sanığın eylemi kamu

kurumunu dolandırıcılığa eksik kalkışma suçunu oluşturduğu halde, otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğun bahisle önödeme nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına ilişkin direnme hükmü isabetsiz olup, bozulmasına karar verilmelidir.” denilerek, somut olayda karşılıksız yararlanma suçunun değil, dolandırıcılık suçuna eksik teşebbüsün oluşacağı belirtilmiştir⁶⁰. Bu ayırım, günümüzde uygulanan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından da geçerlidir.

Kanaatimce karar isabetlidir. Çünkü somut olayda kamyon şoförünün, başka bir kamyon şoförü ile aralarında bilet değiştirerek, gişe görevlisine daha az mesafe gittiği yönünde bir kanaat oluşturmaya ve böylece olması gerekenden daha az ücret ödemeye çalışması eylemi hileyi barındırdığından ve kandırıcı bir nitelik taşıdığından, karşılıksız yararlanma suçunun oluşması mümkün değildir. Daha önce de belirtildiği gibi, karşılıksız yararlanma suçunda fail, kendisine menfaat temin edebilmek için mağduru hileli davranışlarla aldatma yoluna başvurmamakta, hile söz konusu olmadan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 163.maddesindeki eylemlerden birisini gerçekleştirmektedir.

4.1.5. Dolandırıcılık Suçunun Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçundan Ayrımı

Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 160.maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre bir kimsenin bu suçu işleyebilmesi için; kaybedilmiş olması nedeniyle malikin zilyetliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunması gerekir⁶¹.

Bu suçta failin taşınır eşya üzerindeki zilyetliği kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde bu iki durumla sınırlı olarak kurulmakta ve fail ele geçen şeyin mülkiyetini ileri sürmektedir. Dolandırıcılıkta ise failin zilyetliği hileli davranış sonucu kurulmaktadır. Bu nedenle eğer taşınır bir maldaki zilyetliğin aktarılmasını doğrudan yanılgı, hile sonucu ise kanunun 160.maddesinde öngörülen suç değil, dolandırıcılık suçu oluşur. Ancak zilyetlik, hile kullanılarak elde edilmemiş, yalnızca yanılgıdan bilerek

⁶⁰ <http://www.hukukmedeniyeti.org/ictihatyazdir.asp?id=121842>, erişim tarihi: 10.03.2017

⁶¹ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, erişim tarihi: 10.03.2017

yararlanılmışsa, kuşkusuz dolandırıcılık suçu oluşmayacak ve eylem 160.maddeye uyan suçu oluşturacaktır (Parlar,2015:21).

Yani dolandırıcılık suçunda fail, hileli davranışlarla mağdurun iradesini etkileyerek bir menfaat temin etmekteyken, bu suçta fail herhangi bir hileye başvurmamakta olduğu gibi, mağdurun iradesini sakatlayıcı herhangi bir temasta da bulunmamaktadır. Fail, mağdurun kendi eylemlerinden bağımsız olarak kaybettiği veya hata sonucu elinden çıkmış olan bir malda, hileye başvurmaksızın sanki ele geçirerek, sanki malikmiş gibi tasarrufta bulunmaktadır.

Yargıtay 11.Ceza Dairesi'nin 12.05.2010 tarih ve 2010/6006 sayılı kararında özetle; "...Dolandırıcılık suçunda unsur olan hileli hareketlerle kişinin aldatılıp, kendi veya bir başkasının malvarlığı aleyhine bir işlemde bulunmaya yöneltilmesi ve bu işlem sonucunda sanığa veya başkalarının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekir. Somut olayda; ölen eşinden dolayı şikayetçi Emekli Sandığı'ndan dul aylığı bağlanan sanığın 02.02.2000 tarihinde bir başka kadın ile resmi olarak evlenmesine karşın bu durumu adı geçen kuruma bildirmeyerek 31.12.2005 tarihine kadar aylık almaya devam etmek suretiyle kamu kurumu aleyhine dolandırıcılık suçunu işlediği iddia ve kabul olunmuş ise de bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemenin hileli hareket olarak kabul edilemeyeceği gibi, sanığın nüfus kayıtlarındaki bilgilerinin her zaman denetlenmesinin de mümkün olduğu, anılan kurumun ihmali sonucunda hesabına yatırılan parayı almaya devam etmek biçimindeki sanığın eyleminde dolandırıcılık suçunun unsuru olan hileli hareket bulunmadığından, fiilin teselsülün son bulunduğu tarihte yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 160.maddesinde yaptırma bağlanan, hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükmü kurulması ...bozmayı gerektirmiştir"⁶².

Anlaşılabacağı üzere, somut olayda sanığın eylemi, mağdur kamu kurumuna karşı herhangi bir hileli hareketi içermemektedir. Kamu kurumu, yapması gereken denetimi layıkıyla yerine getirmediğinden hataya düşmüş, eşinin vefat ettiğini bilebilecek konumda olan sanık ise bu hatadan yararlanarak, kamu kurumuna hatasını bildirmemiştir. Hata sonucunda eline geçmiş

⁶² <http://hukukikarar.com>, erişim tarihi: 10.03.2017

olan parada tasarruf eden sanık, hile yoluna başvurmadiğından, eylemiyle Türk Ceza Kanunu'nun 160.maddesinde düzenlenen suçu işlemiştir.

Bu duruma benzer olarak, vefat eden babasının yetim maaşını almak için eşinden muvazaalı olarak boşanan kişilere, önceden bu eylemleri hile kapsamında değerlendirilerek dolandırıcılık suçundan dolayı işlem yapılırken, son birkaç yıldır Yargıtay'ın bu konuyla ilgili olarak görüş değiştirmesi nedeniyle, boşanma işleminden sonra eşlerin birlikte yaşamasına engel herhangi bir yasal mevzuat hükmü olmadığı gibi, aynı zamanda uluslararası sözleşmeler gereğince de devletin herkesin özel yaşamına saygı göstermesi gerektiği ve keyfi müdahalelerin de engellenmesi gerektiği gerekçeleriyle dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı kabul edilmiştir. Böylece bu tür eylemlere ilişkin olarak beraat kararı verilmesi gerektiği yönünde kararlar vermeye başlamıştır. Dolayısıyla bu tür muvazaalı boşanma işlemleri de hukuki ihtilaf mahiyetinde değerlendirildiğinden, dolandırıcılık suçunu oluşturmamaktadır.

4.1.6. Dolandırıcılık Suçunun Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçundan Ayrımı

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu, kanunun ikinci kısım onuncu bölümünde yer alan “malvarlığına karşı suçlar” bölümünde değil, kanunun üçüncü kısım onuncu bölümünde yer alan “bilişim alanında suçlar” bölümünde, kanunun 245.maddesinde düzenlenmiştir. Bu suç, uygulamada dolandırıcılık suçuyla en çok karıştırılan suçlardan birisidir.

Kanunun 245.maddesine göre bu suçun işlenebilmesi için failin, maddenin birinci fıkra hükmüne göre; başkasına ait bir banka veya kredi kartını her ne suretle olursa olsun ele geçirerek veya elinde bulundurarak, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlaması, ikinci fıkra hükmüne göre; başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretmesi, satması, devretmesi, satın alması veya kabul etmesi, üçüncü fıkra hükmüne göre ise sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlaması eylemlerinden birisini gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Ancak birinci fıkra kapsamında gerçekleştirilen eylemler şayet haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoy veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde, maddenin

dördüncü fıkrasına göre ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. Maddenin beşinci fıkrasında ise bu suçta da tıpkı dolandırıcılık suçunda olduğu gibi, kanunun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümlerinin aynen uygulanacağı belirtilmektedir⁶³.

Kanunkoyucu bu tip bilişim alanına giren suçları, bankaların veya kart sahiplerinin zararına olarak hukuka aykırı yarar sağlanmasının hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma gibi klasik suç tipleri çerçevesinde cezalandırılmayacağını göz önünde bulundurduğundan, bu tür davranışları bağımsız suç olarak düzenlemiştir (Tezcan ve diğerleri, 2014:852).

Kanun koyucu; fail, banka ya da kredi kartını hukuka uygun yollardan elde etse bile, failin cezalandırılacağını açıkça belirtmek amacıyla hükümde, “her ne şekilde olursa olsun” ifadesini kullanmıştır (Taner, 2007:80).

Bu suçla korunan hukuksal yararın karma nitelikte olduğu söylenebilir. Her ne kadar bu suç, “bilişim alanında suçlar” başlığı altında düzenlenmiş ise de; birinci derecede korunan hukuksal yararın, kartın sahibinin bu kartla bağlantılı olarak sahip olduğu malvarlığı değeri olduğu söylenebilir. İkinci derecede korunan hukuksal yarar ise ticari yaşamın ve bankacılık sistemine olan güvenin korunmasıdır. Bu nedenle suçun, bu bölüm içerisinde değil, malvarlığına karşı suçlar içerisinde düzenlenmesi daha yerinde olurdu (Tezcan ve diğerleri, 2014:853).

Yine bu suça, tıpkı malvarlığına karşı suçlarda düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin aynı şekilde uygulanacağını kanun maddesinde belirtilmesi de bu önermeyi destekler niteliktedir.

245.maddenin birinci fıkrasındaki suçun oluşabilmesi için; failin başkasına ait bir kartı ele geçirmesi veya elinde bulundurması, bu kartı kullanması veya kullandırması, bunun sonucunda da haksız bir yarar elde etmiş olması gerekir. Ancak suçun konusu kart başkasına ait, üzerinde sahtecilik yapılmamış veya

⁶³ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 10.03.2017

sahte oluşturulan belgeler sunulmak suretiyle elde edilmiş bir banka veya kredi kartı olmamalıdır. Aksi takdirde birinci fıkra değil, üçüncü fıkra hükmü uygulama alanı bulur (Tezcan ve diğerleri, 2014:855).

İkinci fıkrada yer alan suçun oluşabilmesi için ise maddede sayılan üretmek, satmak, devretmek, satın almak ve kabul etmek gibi seçimlik hareketlerden en az birinin fail tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Hakkın kullanılması bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden değildir. Hırsızlık, dolandırıcılık ve yağma suçlarından, hukuksal ilişkiye dayanan alacağı tahsil maksadı, cezanın indirilmesini gerektiren bir nitelikli hal oluştururken, benzer yönde bir düzenlemeye banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu açısından ayrıca yer verilmemiştir (Tezcan ve diğerleri, 2014:858).

Yine kanun metninden de açıkça görüldüğü gibi, kanunkoyucu hiçbir fıkrada “hile” ibaresine yer vermemiştir. Dolayısıyla bu suç işlenirken hileye başvurulması halinde dolandırıcılık, cebire başvurulması halinde yağma suçları söz konusu olabilir. Fail, hileye başvurmaksızın ele geçirmiş olduğu banka veya kredi kartını menfaat elde edecek şekilde kötüye kullandığı halde 245.maddede anılan suç oluşacaktır.

Dolandırıcılık suçunda fail, hileye başvurarak mağdurun rızasını etkilemekte olduğundan, kandırmış olduğu mağdurun bu hileyle etkilenmiş iradesini kullanıp, rızasını alarak menfaat elde etmektedir. Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunda ise mağdurun herhangi bir şekilde rızası söz konusu değildir. Birinci fıkra kapsamına giren hallerde, metinde de açıkça belirtildiği gibi dolandırıcılık suçunun aksine, eylemde mağdurun hiçbir şekilde rızası söz konusu değildir. İkinci fıkra ve üçüncü fıkra kapsamına giren hallerde ise mağdur eylemden habersiz olduğu için yine rızası söz konusu olamayacaktır.

Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 08.10.2009 tarih ve 2009/11372 sayılı kararında özetle; “...Sanık ve müdafininin A.bank ve F.bank'a yönelik dolandırıcılık suçlarından kurulan mahkumiyet hükümlerine yönelik temyiz itirazlarına gelince; yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma neticelerine uygun şekilde oluşan inanç ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sanık ve müdafininin yerinde görülmeyen

sair teyiz itirazlarının reddine, ancak; sanığın başkasına ait kimlik bilgilerini içeren sahte nüfus cüzdanını kullanmak suretiyle katılan banka şubelerinden gerçeğe aykırı kredi kartları alıp, değişik tarihlerde kullanmak suretiyle menfaat temin etmekten ibaret eylemlerinin CGK.'nun 27.05.2008 gün ve 2008/11-87/150 kararında açıklandığı üzere; her bir bankaya ait kart için 5237 sayılı TCK.'nun 245/3, 43.maddelerinde yazılı zincirleme biçimde banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçlarını oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının belirlenmesinde yanılığa düşülerek eylemin nitelikli dolandırıcılık suçlarını oluşturduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir...” denilmek suretiyle iki suç tip arasındaki fark ortaya konulmuştur⁶⁴.

Somut olayda sanık, başkasına ait kimlik bilgilerini içeren sahte nüfus cüzdanını değişik tarihlerde bankalara ibraz ederek, aldığı kredi kartlarını kullanmak suretiyle kendisine haksız menfaat temin etmiştir. Ancak gerek kanunkoyucu ve gerekse Yargıtay, sanığın sahtecilik eylemini gerçekleştirdikten sonra temin ettiği kimlik kartını kullanmak suretiyle kendisine haksız menfaat temin etmekten ibaret eylemini, mağdura yöneltilmiş bir hile kapsamında değerlendirmemektedir.

Gerçekten de 245.maddede düzenlenen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun düzenlenme amacının madde gerekçesinde de belirtildiği şekilde; aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının ratio legislerini yani kanunun bu suçla ulaşmak istediği amaçlarının tümünü de içeren bu fiillerin, duraksamaları ve içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla bağımsız bir suç haline getirilmesi çabasıdır⁶⁵. Bu nedenle doğal olarak suç; dolandırıcılık, hırsızlık, güveni kötüye kullanma gibi suçlarla oldukça benzerlik göstermektedir.

Dolandırıcılık suçunda, mağdurun hileli davranışla aldatılarak, haksız menfaatin elde edilmesi ayırıcı bir unsurdur. Yargıtay 11.Ceza Dairesi, 22.06.2010 tarih ve 11089/7131 sayılı kararında iki suç tipinin birbirinden ayırmasına temas etmiştir. Buna göre; “Dolandırıcılık suçunda unsur olan aldatıcı hareketlerin gerçek kişiye yönelmesi ve gerçek kişinin hataya düşürülerek kendi veya bir başkasının malvarlığı aleyhine, sanık veya bir başkasının lehine bir işlemde bulunmaya yöneltilmesi ve bu işlem sonucunda sanığın kendine

⁶⁴ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 10.03.2017

⁶⁵ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 10.03.2017

veya başkalarının yararına haksız bir menfaat sağlaması gerekir. Somut olayda; sanığın katılan bankaya üye işyeri olarak başvurup pos cihazı aldığı, fikir ve eylem birliği içinde oldukları anlaşılan B... akaryakıt istasyonunda kullanılan ve bir şekilde bilgileri ele geçirilen kredi kartları ile sahiplerinin izni olmaksızın alışveriş yapılmış gibi slip çektiklerinin anlaşılması karşısında, dolandırıcılık suçunun hile unsurunun oluşmadığı, ... başkasına ait kredi kartının, kart sahibinin rızası dışında kullanılarak yarar sağlanmasının suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.'nın 245/1.maddesine uygun bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde aynı Yasa'nın 158/1-f maddesiyle karşılaştırma yapılarak lehe yasanın belirlenmesi... yasaya aykırıdır (Artuk ve diğerleri, 2014/782).

Bu nedenle failin, mağdura yönelik eyleminin hile içerdiği durumlarda dolandırıcılık söz konusu olacaktır. Ancak hile içermeksizin yalnızca temin edilen banka kartının sahibinin rızası olmaksızın kullanılması ve bu yolla failin kendisine veya başkasına menfaat sağlaması, başkalarının hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte olarak banka kartı üretilmesi, satılması, devredilmesi, satın alınması veya kabul edilmesi, sahte olarak oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartının kullanılması suretiyle failin kendisine veya başkasına menfaat sağlaması hallerinde, bu kartın kullanılması eylemi hile olarak kabul edilmeyeceğinden, mağdura yönelik başka bir hileli davranış da sergilenmediği takdirde, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu oluşacaktır. Bu nedenle de banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu, içerik bakımından hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma suçlarına oldukça benzeyen, hatta içeriğinde kısmen de olsa bu suçları barındıran, ancak bu suçlardan tamamen ayrı olarak düzenlenmiş özgün bir suçtur.

4.2. Dolandırıcılık Suçunun Cezası ve Yargılama Usulü

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 157.maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunu işleyen kimseye, 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir. 159.madde kapsamındaki düzenleme haricinde, suçun takibatı resen yapılır.

Gerekçede, bu suçun işlenmesi suretiyle elde edilen yararın miktarının çoğu zaman belirlenemediği ve bu gibi durumlar göz önünde bulundurularak hapis cezasının yanında para cezasının da öngörüldüğü belirtilmekle beraber kanunkoyucu kendisiyle çelişmektedir. Çünkü eğer suçun işlenmesi suretiyle

elde edilen yarar tam olarak belirlenemiyorsa, bu belirsizliğe göre belirlenecek adli para cezasının miktarı da pek isabetli olmayacaktır (Hafızoğulları, 2013:408).

Şayet fail, nitelikli dolandırıcılık suçunu işlemişse, Kanun'un 158.maddesinin birinci fıkrası hükmü gereğince üç yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Ancak failin işlediği nitelikli dolandırıcılık suçu; kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak dolandırıcılık; bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık; banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla dolandırıcılık, sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılık; kişinin kendisini kamu görevlisi veya banka, sigorta ya da kredi kurumlarının çalışanı olarak tanıtmaya veya bu kurum ve kuruluşlarla ilişkili olduğunu söylemesi suretiyle dolandırıcılıktan herhangi birisi ise bu durumda hapis cezasının alt sınırı dört yıldan, adli para cezasının miktarı ise suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamayacaktır.

Kanun'un 158.maddesinin ikinci fıkrasına hükmüne göre, nitelikli dolandırıcılık suçlarından; kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak dolandırıcılık suçunun cezası da birinci fıkra hükmünde belirtildiği şekildedir.

Maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre ise suçun üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında; suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise verilecek ceza bir kat artırılabilecektir.

Yargılama sonucunda takdir edilecek adli para cezası, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 52.maddesinin ikinci fıkrası hükmü gereğince, bir gün karşılığı olarak en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası tutarında, sanığın ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilecektir. Neticeten belirlenecek tutar, 158.maddenin birinci fıkrasında belirtildiği şekilde, sanık tarafından suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamayacağı durumlarda ise, Kanun'un 52.maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre uygulanması gereken adli para cezasının üst limiti yedi yüz otuz günden fazla olamayacağı kuralı uygulanmayacak, bu limitin üzerinde takdir edilen miktar, adli para cezası olarak belirlenecektir.

4.2.1. Daha Az Cezayı Gerektiren Haller

Türk Ceza Kanunu'nun 167-169.maddeleri arasında yer alan ortak hükümlerle malvarlığına karşı işlenen suçlarla ilgili şahsi cezasızlık sebebi, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri düzenlenmiştir. Bu ortak hükümler dolandırıcılık suçu bakımından da geçerlidir. Buna göre, kanunun 167.maddesinin 1.fikrasında belli kişiler arasında işlenen dolandırıcılık suçuyla bağlantılı olarak şahsi cezasızlık sebebine, 2.fikrasında ise cezada indirim yapılması gereken şahsi sebebe yer verilmiştir (Koca ve diğerleri,2013:650).

Kanunun 167.maddesi hükmü çerçevesinde; dolandırıcılık suçunun haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoy veya bu derecede kayın hısımlarından biri veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta yaşayan kardeşlerden birinin zararına işlenmesi halinde ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz⁶⁶. Dolayısıyla bu kişiler haricinde suça iştirak edenler, genel hükümlerdeki iştirak hükümleri gereğince cezalandırılabilirlerdir.

İkinci fıkra hükmüne göre suçun; 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 halinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir⁶⁷.

Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 22.02.2016 tarih ve 2016/1907 sayılı kararında özetle; "Sanığın katılana ait kimlik bilgilerini kullanmak suretiyle, abonelik sözleşmesi düzenleterek ...'dan sabit telefon hattı çıkarttığı, hattı kullanmasına rağmen borcunu ödemediği, biriken borçlar nedeniyle katılanın icra takibine maruz kalmasına neden olduğu, sanığın bu şekilde nitelikli dolandırıcılık ve özel belgede sahtecilik suçlarını işlediği iddia edilen olayda ... sanık hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan kurulan hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; sanığın, abonelik sözleşmesi düzenlenmesi aşamasında katılanın kimlik bilgileri bulunan sahte nüfus cüzdanı fotokopisini kullanması karşısında, eylemin Türk Ceza

⁶⁶ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, erişim tarihi: 05.03.2017

⁶⁷ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, erişim tarihi: 05.03.2017

Kanunu'nun 158/1-d maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu anlaşılacakla, hakkında verilen mahkumiyet hükmünde bir isabetsizlik görülmemiş, nitelikli dolandırıcılık suçu yönünden eksik inceleme ile karar verildiği gerekçesiyle bozma isteyen tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir. Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre sanığın gerekçeye dayanmayan sair temyiz itirazlarının reddine, ancak; aynı konutta oturmayan, katılan ile sanığın kardeş oldukları, Türk Ceza Kanunu'nun 167/2.maddesine göre cezada indirim yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, kabule göre de; sanığın, katılanın zararını gidermediği dikkate alınarak, 168.maddenin uygulanma koşullarının oluşmadığı gözetilmeden, verilen cezanın etkin pişmanlık hükümleri gereğince indirime tabi tutularak eksik ceza tayin edilmesi ... bozmayı gerektirmiştir.” denilmek suretiyle, Türk Ceza Kanunu'nun 167. ve 168.maddesi hükümlerinin nasıl uygulanması gerektiğine dair açıklık getirilmiştir⁶⁸.

Ayrıca 159.maddeye göre; dolandırıcılığın, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde, şikâyet üzerine, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur⁶⁹. Kanunkoyucu, dolandırıcılığın bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil etmek amacıyla yapılması halinde cezada indirim öngördüğü gibi, ayrıca burada resen kovuşturma yerine takibatı şikâyete bağlamıştır. Bu düzenleme, suçun daha az cezayı gerektiren bir hali olarak yapılmıştır.

Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 25.11.2015 tarih ve 2015/31426 sayılı kararında özetle; “...Sanığın, borçlusu katılan A.A. olan, 12.000 TL değerindeki ... hakkında takip başlattığı, ancak ... üzerindeki borçlu imzalarının katılana ait olmaması nedeniyle takibin iptaline karar verildiği, bu suretle sanığın resmi belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılığa teşebbüs suçlarını işlediği iddia edilen olayda; suça konu ... üzerindeki yazı ve imzaların sanığın eli ürünü olmadığına yönelik bilirkişi raporları, katılan ve sanık arasında ... konu alacak ilişkisi olduğunun sözleşme örnekleri ile anlaşılması, sanığın katılana araç alım-satımı nedeniyle 14.000 TL iade ederek 8.000 TL borçlu olmasına rağmen, katılanın sanık aleyhine 22.000 TL değerindeki ... hakkında icra takibi başlattığını beyan etmesi ile bu iddianın doğru olması halinde, sanık hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 159.maddesi gereğince bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil etmek amacıyla dolandırıcılık suçunun oluşabileceğinin

⁶⁸ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 01.03.2017

⁶⁹ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> , erişim tarihi: 09.03.2017

mümkün olması karşısında, katılanın sanık hakkında dosyada mevcut mukavele başlıklı sözleşmeden kaynaklanan senede ilişkin olarak başlattığı icra takip dosyasının getirilmesi ile katılanın alacağından fazla miktarda takip başlatıp başlatmadığı ve taraflar arasındaki ticari ilişkinin varlığı tespit edildikten sonra, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde eksik araştırmayla mahkumiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiş...” denilmek suretiyle hükmün nasıl uygulanacağı hususunda açıklık getirilmiştir⁷⁰.

4.2.2. Etkin Pişmanlık

168.madde gereğince suç 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 kadarı indirilecektir. Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilecektir. Ancak her halükarda failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için mağdurun rızası gerekmektedir⁷¹.

Yargıtay 13.Ceza Dairesi, 25.01.2017 tarih ve 2017/721 sayılı kararında bu durumu; “...Sanığın suç tarihinde benzer eylem nedeniyle yakalandığında, polis görevlilerine yakalandığı yere yakın yerde bulunan çalılıkların arasına sakladığı sırt çantasında, başka hırsızlık eylemlerinde çalmış olduğu malzemeler olduğunu belirtmesi sonucunda, sanığın bahsettiği yerde çantanın bulunarak içinden katılanın evinden çalınan suça konu cep telefonunun ele geçtiğinin anlaşılması karşısında, katılıandan soruşturma aşamasında gerçekleşen kısmi iade nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rızası olup olmadığı sorularak sonucuna göre sanık hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 168/1-4.maddesinde tanımlanan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama olanağının tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi...hükmün açıklanan nedenle tebliğnameye uygun olarak bozulmasına ... karar verildi.” şeklinde açıklamıştır.

4.2.3. Görevli Mahkeme ve Dava Zamanaşımı

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 12.maddesinin birinci fıkraya hükmüne göre, suça bakmakla yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer mahkemesidir.

⁷⁰ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 07.03.2017

⁷¹ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> , erişim tarihi: 05.03.2017

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12.maddesine hükmü gereğince, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 157.maddesinde düzenlenen basit dolandırıcılık suçuna bakmakla görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir.

Çocuklar hakkında açılacak davalara ise 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 26.maddesi uyarınca çocuk mahkemesinde bakılır. Ancak, 5395 sayılı Kanun'un 17/3.maddesi gereğince, davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi durumunda, genel mahkemelerde, yargılamanın her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla birleştirme kararı verilebilir. Bu takdirde, birleştirilen davalar genel mahkemelerde görülür (Parlar, 2015:27).

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12.maddesine hükmü gereğince, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerine bakmakla görevli mahkeme, ağır ceza mahkemesidir.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 25.maddesine göre kurulan ceza mahkemeleri, aynı Kanun'un 26/2. maddesi hükmü uyarınca çocuklar tarafından işlenen ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili davalara bakmakla görevlidir. Bu Kanun'un 17.maddesi uyarınca, çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın ayrı yürütülmesi kural olmakla birlikte, davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi durumunda, genel mahkemelerde, yargılamanın her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla birleştirme kararı verilebilir. Bu takdirde birleştirilen davalar, genel mahkemelerde görülür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 66.maddesinin birinci fıkrası e bendi hükmüne göre; beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda dava zamanaşımı süresi kural olarak sekiz yıldır. Bu nedenle Kanun'un 157.maddesinde düzenlenen basit dolandırıcılık suçuna ilişkin dava zamanaşımı süresi, kural olarak sekiz yıldır. Kanun'un 66.maddesinin birinci fıkrası d bendi hükmüne göre ise; beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda dava zamanaşımı süresi, kural olarak on beş

yıldır. Bu nedenle, Kanun'un 158.maddesinde düzenlenen suçun nitelikli hallerine ilişkin dava zamanaşımı süresi, kural olarak on beş yıldır. Gerek 157.madde ve gerekse 158.madde bakımından, zamanaşımını durduran ve kesen sebepler söz konusu olursa, bu durumda hesaplama Kanun'un 67.maddesine göre yapılacaktır.

4.2.4. Uzlaştırma

Yakın zamanda, 19.12.2016 tarihinde, 5560 sayılı Kanun'un 24.maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253.maddesinde getirilen uzlaştırma müessesesi, uygulamada yeni bir düzenlemedir.

Kamu davasının mecburiliği, tasarruf edilmezlik gibi ceza muhakemesinin temel ilkelerine istisna teşkil eden uzlaşma kurumuna kanunda yer verilmesinin başlıca sebebi, adli yargının yükünü hafifletmektir (Toroslu ve diğerleri, 2008:313).

Uzlaşma, cezai uyuşmazlığın çözümünde, asıl olan soruşturma ve kovuşturmayla alternatif olan, ikincil bir yoldur. Öncelikli faydalarından biri, uyuşmazlığın süratle çözülmesidir (Feyzioğlu, 2008:333).

Bu yeni düzenlemeye göre artık; 253.maddenin birinci fıkrası uyarınca, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi suçlar ile şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın 157.maddede düzenlenen basit dolandırıcılık suçu da dâhil olmak üzere bazı suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulacaktır.

Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre; soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tabi olması ve kamu davasının açılması için yeterli şüphenin bulunması halinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilecek ve büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunacaktır. Reşit olmayan taraf açısından bu teklif, kanuni temsilciye yapılacaktır. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifi bulunulduktan itibaren üç gün içerisinde kararını bildirmezse, teklif reddedilmiş sayılacaktır.

Yedinci fıkra hükmüne göre; birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

Onaltıncı fıkra hükmüne göre; uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet Savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilecektir.

Onsekizinci fıkra hükmüne göre; uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.

Ondokuzuncu fıkra hükmüne göre; uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksite bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, kanunun 171.maddesindeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171.maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde, uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38.maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

Yirminci fıkra hükmüne göre; uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.

Yirmibirinci fıkra hükmüne göre; şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek uzlaştırma bürosuna verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.

Yirmiüçüncü fıkra hükmüne göre; uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.

Mahkeme tarafından, yani kovuşturma aşamasında uzlaştırmanın nasıl yapılacağını belirten 254.maddenin birinci fıkrası hükmüne göre; kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253.maddede belirtilen esasa ve usule göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise; uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında 231.maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231.maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.

255.madde hükmüne göre ise; aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır.

Dolayısıyla kanuna göre, uzlaştırma müessesesi 158.maddede sayılan nitelikli halleri kapsamamakta, yalnızca 157.maddede düzenlenen basit dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak, yeni düzenlemede yer alan şartların var olması halinde uygulanabilecektir.

Madde gerekçesinde özetle; “Madde ile çağdaş ceza adaleti sistemlerinde en etkili onarıcı adalet uygulamalarından biri olarak kabul edilen uzlaşma, on yıllık uygulama sonuçları dikkate alınarak yeniden düzenlenmekte, kapsam ve yöntemi bakımından önemli değişiklikler getirmektedir. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçların yanı sıra, şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın uzlaştırma yoluna gidilebilecek suçların sayısının artırılması ve etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlara ilişkin sınırlamaların kaldırılması suretiyle uzlaştırma kurumunun uygulanma alanı genişletilmektedir. Kapsamın geniş tutulmasıyla, şüphelilerin doğrudan kamu davası ve cezai yaptırımlar yerine, ceza muhakemesinin onarıcı adalete dayanan kurumlarıyla karşılaşmaları amaçlanmaktadır. Böylelikle, suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzen, taraflar arasında sağlanan barış yoluyla yeniden tesis edilmektedir. Ayrıca, uyuşmazlıkların alternatif usuller uygulanarak mağdur odaklı bir yaklaşımla giderilmesi, geleneksel muhakeme yoluna nazaran yargı sistemini rahatlatan ekonomik faydalar da sağlamaktadır. Mevcut uygulamada uzlaşma kurumunun başarısını olumsuz etkileyen başlıca iki faktör bulunmaktadır. Bunlardan birincisi,

tarafra uzlaşma teklifinin kolluk aşamasında çok erken yapılması ve olayın sıcaklığıyla teklifin çoğunlukla reddedilmesidir. İkincisi ise tarafların teklifi kabul etmeleri halinde, ilgili dosyanın bekleyen iş yüküne dönüşecek olmasının uygulamacılar da doğurduğu isteksizliktir. Söz konusu sakıncaların giderilmesi amacıyla soruşturmada öncelikle suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe sebeplerinin aranması esası benimsenmektedir. Böylelikle olayın sıcaklığı kolluk aşamasında uzlaştırma teklifi yapılmasının doğurduğu sakıncalar giderildiği gibi dayanaktan veya yeterli delilden yoksun iddialar üzerine bu usule başvurulmasının da önüne geçilmiş olacaktır.” denilmektedir⁷² .

Ancak her şeyden önce, dolandırıcılık suçu bir kamu davasıdır. Bu suçla yalnızca mağdurun veya suçtan zarar görenin açısından hak ihlali söz konusu değildir. Daha önce de belirtildiği üzere, dolandırıcılık suçunun hukuki konusu, kişilerin malvarlığı değerlerinin korunmasına ilişkin kamusal çıkarıdır. Bu suçla ayrıca kişilerin rızalarını serbestçe ifade etmeleri de teminat altına alınmaktadır. Dolayısıyla, kanunkoyucunun bir yandan, dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak gerekçesinde; “suçla kişilerin malvarlığı hakkının korunması amaçlanmıştır ve aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle kişiler arasında var olması gereken iyi niyet ve güven ihlal edilmektedir” demekle birlikte açıkça kamusal düzenin korunmasına işaret etmesi, ancak öte yandan, getirilen uzlaştırma müessesesi ile toplumu oluşturan tüm bireylerin anayasa tarafından teminat altına alınan mülkiyet hakkı, yani kamusal düzen görmezden gelinerek, suçun muhatabının yalnızca mağdur veya suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi ve bu kişi veya kişilerin, faille uzlaşma konusundaki iradelerinin yeterli kabul edilmesi çelişki arz etmektedir.

Yargının, yürütme ve yasama karşısında bağımsızlığının sağlanması için Anayasa tarafından devlet iktidarı üçe bölünmüş, Anayasanın 9.maddesinde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir (Soyaslan, 2006:224).

Ancak bu yeni düzenlemede, suçun mağdurunun veya suçtan zarar görenin, faille uzlaşmak istemesi halinde, kanunda belirtilen diğer şartlar da mevcut ise soruşturma dosyası, millet adına yargı yetkisini kullanan yargıcın önüne dahi gelmeksizin işlem den kaldırılacaktır. Bu nedenle milletin iradesi, tarafsız olan mahkemede değil, taraf olan Cumhuriyet Savcısının talimatıyla, atanan uzlaştırıcının huzurunda ve suçun mağduru, suçtan zarar gören ile failin

⁷² <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> , erişim tarihi: 07.03.2017

beyanlarında yani iradelerinde tecelli edecektir ki, böyle bir durum hukuken de mümkün değildir.

Yine kanunkoyucu, nitelikli suçların düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesi gerekçesinde açıkça, toplumda dolandırıcılık suçları nedeniyle mağdurların uğradığı zararlarda önemli ölçüde artış meydana geldiğini belirtmekte ve bu nedenle suçun nitelikli hallerine ihtiyaç duyularak cezanın artırılmasının öngörüldüğünü, böylece suçun işlenmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığını ima etmektedir. O halde bir yandan, bir takım dolandırıcılık eylemlerinin nitelikli hal olarak kabul edilerek daha ağır bir cezanın öngörülmesi, diğer yandan da basit dolandırıcılık sayılan eylemlerin uzlaştırmaya tabi tutularak soruşturma aşamasında bile dosyaların işlemde kaldırılmasına imkân verilmesinde bir anlam da bulunmamaktadır. Zira böyle bir düzenleme, dolandırıcılık suçunun işlenmesinin engellenmesine veya azaltılmasına yaramayacak, ancak işlenen suçların yargı mercilerine bir yük olarak yansımalarının önüne geçmiş olacaktır. Yani bir nevi usul ekonomisine fayda sağlayacaktır. Failin sosyal kişiliği, sabıka durumu kanuna göre, uzlaştırmadan yararlanmak için önem arz etmediği gibi, yararlanacağı bu imkânla herhalde failin suç işlemesinin önüne geçilmiş de olmayacaktır. Çünkü fail, herhangi bir yaptırımla karşılaşmamaktadır.

Bu durumda örneğin, dolandırıcılığı adeta meslek haline getirmiş bir kişinin, onlarca dolandırıcılık eylemini gerçekleştirdiğini, ancak bunların küçük bir kısmının yargıya intikal ettiğini, dolandırıcılık suçlarından elde ettiği haksız menfaatlerle maddi durumunun iyi olduğunu, ancak üzerine kayıtlı hiçbir malvarlığı olmadığını, bu durumu kullanmak suretiyle mağdur veya suçtan zarar görene, yaptıkları suç duyurusu neticesinde kendisinin ceza alması durumunda icra yoluyla kendisinden bu paranın tahsil edilemeyeceğini belirterek, bu şahısları dolandırdığı meblağlardan çok daha az bir miktarını karşılamaya ikna etmek suretiyle uzlaşmaya bir nevi mecbur bırakması gibi durumlara da uygulamada muhtemelen sıkça rastlanılacaktır. Bu durum, anlaşılacağı üzere belki mevcut yargı yükünü hafifletecektir. Ancak aynı zamanda, kriminolojiden sosyolojiye kadar diğer birçok konuya da doğrudan etki edecektir. Bu durum da yalnızca mağdur, fail ve suçtan zarar göreni değil, haliyle tüm toplumu ilgilendirmektedir.

Yine Anayasa'ya göre yüz kızartıcı suç olduğu belirtilen dolandırıcılık suçunu işleyen kişi, milletvekilliğine kabul olunmamaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu gibi kanunlarda da aynı yönde yasal düzenlemeler mevcuttur. Bu

suçların faili, suçun yüz kızartıcı suç niteliğinde olması nedeniyle hiçbir şekilde milletvekili, avukat, devlet memuru gibi mesleklere kabul olunmayacağı gibi, görevi sırasında bu suçu işlemesinde halinde de meslekten men mahiyetinde yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır. Suçun kanunlarda bir yandan yüz kızartıcı nitelikte olduğu belirtilerek, failinin meslekten men yahut mesleğe alınmama gibi ağır yaptırımlara tabi tutulması, diğer yandan da uzlaştırma kapsamına alınarak dava dosyasının hüküm aşamasına getirilmeksizin işlemiden kaldırılması durumu da ciddi bir çelişkiye neden olmaktadır.

Bu nedenlerle, kamu davasının, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi suçlar benzeri uygulamalara tabi tutulması, kanaatimce toplumsal ve hukuksal konularda, sağlıklı ve adil sonuçlar da doğurmayacaktır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

SONUÇ

Dolandırıcılık suçu en temel şekliyle, insanların saflığından, tecrübesizliğinden, bilgisizliğinden, hile yoluyla yani kandırmak suretiyle yararlanan failin, kendisine veya başkasına menfaat sağlandığı anda oluşur. Böylece, hemen herkesin kolaylıkla işleyebileceği bir suç görünümündedir. Failin özel bir niteliğe sahip olması gerekli değildir. Bunun yanı sıra, her geçen gün yeni teknolojik gelişmelerin ortaya çıkması ve ayrıca ticari hayatta da sürekli olarak kullanılan kıymetli evrakların yeteri kadar denetime ve yaptırıma tabi tutulmamaları gibi nedenler de suçun birbirinden farklı yüzlerce yöntemle işlenebilmesine sebebiyet vermektedir.

Diğer sosyolojik nedenler haricinde, suçun ülkemizde bu kadar yaygın işlenebilen bir suç olmasının esaslı sebebi, doğal olarak ekonomik sıkıntılar ve bu bağlamda ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklardır. Alacağını hukuk davaları ve icra takipleri neticesinde tahsil edemeyen vatandaşların, ceza yargılaması yapan mercilerin korkutucu etkisinden yararlanmak suretiyle ve unsurlarının oluşmadığını bildiği halde, yalnızca dava hasmına baskı yaparak alacağını tahsil etmek maksadıyla hakkında suç duyurusunda bulunması da uygulamada sıklıkla başvurulan bir yöntemdir. Bu nedenle, uygulamada bir hayli fazla olan dolandırıcılık suçuna ilişkin dosyaların sayısı her geçen gün daha da artmaktadır. Kanunkoyucu bu sıkıntıyı göz önünde bulundurarak, 157.maddede düzenlenen basit dolandırıcılık suçunu, uzlaştırmaya tabi bir suç haline getirmiştir. Bu yeniliğin yanında, nitelikli hallerin düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesine de birtakım yeni düzenlemeler getirilmiştir.

Ancak bilindiği üzere, ülkemizde hemen her geçen gün kanun değişiklikleri yapılmaktadır. Hal böyle olunca, yapılan her değişikliğin ardından, savcılık ve ilk derece mahkemelerinin, gerek öğretiyi ve gerekse İstinaf ve Yargıtay'ın vereceği yeni kararları takip etme zorunluluğu hâsıl olmaktadır. Böylece bir yandan mevcut iş yükünün azaltılması amaçlanırken, diğer yandan da yeni bir iş yükü meydana getirilmektedir. Getirilen her yeni düzenlemenin yeni yorumlara ve yeni uygulamalara kapı aralayacağı malumdur.

Benzer yöndeki sıkıntı, daha önce 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe konulması aşamasında da meydana gelmiştir. Dolandırıcılık suçu açısından incelendiğinde, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'ndaki suça ilişkin düzenlemenin yerine getirilen 5237

sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme, suçun önlenbilmesi ve toplumsal ihtiyaçlara bu yönüyle cevap verebilmesi açısından herhangi bir yenilik getirememiştir. Ayrıca her ne kadar eski Türk Ceza Kanunu yürürlükten kaldırılmış ise de Yargıtay suçun oluşumu bakımından eski görüşünü koruduğundan, pratikte herhangi bir fayda da sağlanamamıştır.

Bunun üzerine Yargıtay, özellikle ticari ilişkilerden ve bu mahiyetteki davalardan kaynaklanan borç ilişkisine yönelik görülen davaların birçoğunun, konunun hukuki ihtilaf kapsamında kaldığı ve suçun unsurlarının oluşmadığından bahisle beraat kararı verilmesi yönünde bozma kararları vermeye başlamıştır. Doğal olarak bu görüşler savcılık makamlarına kadar sirayet etmiş ve bu tip şikâyetlerin birçoğunda, muhtemelen iş yükü de gözetilerek, şüphelinin ifadesine dahi başvurulmaksızın, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar verilmeye başlanmıştır. Ancak verilen bu kararların bir kısmı, her ne kadar iş yüküne yarar bir şekilde dosyaların ivedilikle kapanmasını sağlamış ise de usulen dahi yeterli incelemeler ve araştırmalar yapılmadığı için, eksik soruşturma nedeniyle çoğu zaman hukuka uygunluktan uzak mahiyettedir.

Kanunkoyucu bu kez de yeni getirilen uzlaşma müessesesine, kanunun 157.maddesinde düzenlenen basit dolandırıcılık suçunu da dâhil ederek tarihi bir görüşe imza atmıştır. Kanunkoyucu yeni getirilen bu düzenlemenin sebebinin her ne kadar “onarıcı adalet” ilkesinin uygulanmasıyla, suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzenin, taraflar arasında sağlanan barış yoluyla yeniden tesis edilmesini amaçladığını belirtmekte ise de bu düzenlemenin toplumsal düzenin düzeltilmesine bir etkisinin olmayacağı, yalnızca adli makamların iş yükünü bir nebze azaltmayı amaçladığı gayet açıktır. Ancak bu yenilik aynı zamanda kanunun sistematiğine aykırı olduğundan, kanunkoyucunun kendisiyle çelişmesi sonucunu da beraberinde getirmiştir. Zira uzlaştırmanın düzenlendiği madde gerekçesiyle, kanunun 157. ve 158.maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçlarının gerekçeleri incelendiğinde, bir uyumun aksine, bir uyumsuzluğun ve hatta tezatlığın yaratıldığı göze çarpmaktadır. Bunun yanı sıra, 158.maddede iştirake yönelik getirilen yeni düzenlemeler de bir kavram karmaşası yarattığı için, uygulamada yeni sorunlara neden olacaktır. Bu suç için öngörülen nitelikli hallerin bu denli fazlalığının gerekliliği de ayrı bir sorundur.

Kaldı ki, Anayasa'da ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu gibi diğer bazı kanunlarda dolandırıcılık suçu, yüz kızartıcı suçlar arasında sayılmakla beraber cezai yaptırımın yanı sıra, idari olarak da meslekten men sonucunu doğuracak mahiyette ağır yaptırımlara yol

açmaktadır. Bu nitelikteki bir suçun uzlaştırma gibi bir müesseseye tabi tutulması, yalnızca ceza kanunu değil, aynı zamanda Anayasa da dâhil olmak üzere birçok kanunla da uyumsuzluk yaratacağından, hukukta birlik sağlanamayacaktır. Dolandırıcılık suçuna ilişkin bir ceza davası, esasen kamu davası mahiyetinde olduğundan, uzlaştırma işlemine tabi tutulması en başından kanunun sistematığına aykırı düşmektedir. Öte yandan, taraflar arasında uzlaşma sağlandığı zaman fail yönünden hiçbir hukuki sorun yahut olumsuz bir netice ortaya çıkmayacakken, uzlaşma sağlanamaması halinde fail, milletvekili veya devlet memuru olamayacak, şayet o sırada bu tür görevleri icra etmekte ise de meslekten men edilecektir. Bu durumda da ortaya çıkacak sonuçlar şüphesiz adil olmayacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, açıkça günümüz ihtiyaçlarına cevap verememektedir. Kanun, faili olduğu kadar, mağdur ve suçtan zarar göreni de memnun edememektedir. Yeni düzenlemelerinin birçoğunun kanunun sistematığına de uygun olmaması nedeniyle, Türk Ceza Hukuku'nun en azından bu suç itibarıyla, olması gereken aşamanın çok daha gerisinde kaldığı aşikârdır. Kaldı ki, bu tür sıkıntılar, yalnızca dolandırıcılık suçu bakımından değil, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hemen her suç bakımından geçerlidir. Kendi içinde dahi örtüşmeyen, topluma fayda sağlamayan, kavramsal bakımdan muğlak ve caydırıcı niteliği bulunmayan bir kanunun, yürürlükte olan infaz yasalarıyla birlikte uygulanması, sonucu daha da vahim bir hale getirmektedir. Yeni bir kanun ihtiyacı, günden güne kendisini daha da belli etmektedir.

Dolayısıyla 765 sayılı kanunun uygulandığı dönemde, verilen kararların günümüze nazaran çok daha sağlıklı, adil ve hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Mülga kanunda düzenlenen dolandırıcılık suçunun cezası artırılarak, zamanaşımı süreleri yeniden düzenlenerek, ortaya çıkan yeni teknolojik ve sair gelişmelere ilişkin olarak nitelikli haller güncellenerek ve ceza kanunları haricinde ticaret hukuku, borçlar hukuku, kıymetli evrak hukukuna ilişkin yasal mevzuatta suçun işlenmesinin önüne geçilebilmesi için gereken tedbirler alınarak, iş yükünü hafifletmek üzere yeni mahkemeler kurularak daha sağlıklı sonuçlar alınabileceği halde, günümüzde yapıldığı gibi gerek kendi sistematığı ve gerekse diğer yasalarla çelişen, pratikte hiçbir fayda sağlamayacak yeni düzenlemelere gidilmesi, amaçlananın aksine, “onarıcı adalet” ilkesi gereğince kolaylıkla uzlaşabilen failin, suçu işlemekten daha az imtina etmesi yönünde kendisine cesaret verebilecektir.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, U. (1975). *Suçun Unsurları*. (2. Baskı). Ankara : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
- Artuç, M. (2007). *Malvarlığına Karşı Suçlar*. (1. Baskı). Ankara : Kartal Yayınevi
- Artuk, M.E., Gökcen, A. ve Yenidünya, A.C. (2009) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (4.Baskı). Ankara : Turhan Kitabevi
- Artuk, M.E., Gökcen, A. ve Yenidünya, A.C. (2014). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (14.Baskı). Ankara : Adalet Yayınevi
- Aydın, D. (2009). *Suçta İştirak*. (1.Baskı). Ankara : Yetkin Yayınevi
- Baytemir, E. (2009). *Açıklamalı – İctihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*. (2.Baskı). Ankara : Adalet Yayınevi
- Bilen, M. (2012). *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
- Centel, F.N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2007) *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*. (1.Baskı). İstanbul : Beta Yayınları
- Centel, F.N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2011) *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*. (2.Baskı). İstanbul : Beta Yayınları
- Danışman, M. (2014). *İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları*. (2.Baskı). Ankara : Bilge Yayınevi
- Demirbaş, T. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (11.Baskı). Ankara : Seçkin Yayınevi

- Dursun, S. (2015). Emniyeti Suiistimal Suçu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 57, (1-2), 3-43
- Dönmezer, S. (1974). *Ceza Hukuku Özel Kısım*. (9.Baskı). İstanbul : Sulhi Garan Matbaası Koll.Şti.
- Dönmezer, S. (1981). *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. (11.Baskı). İstanbul : Fakülteler Matbaası
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1997). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*. (1.Baskı). İstanbul : Beta Yayınları
- Erem, F. (1956). *Dolandırıcılık*. (1.Baskı). Ankara : Güzel İstanbul Matbaası
- Erem, F. (1985). *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (12.Baskı). Ankara: Seçkin Kitabevi
- Erem, F. ve Toroslu. N. (1994). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (6.Baskı). Ankara : Savaş Yayınevi
- Erman, S. (1981). *Ticari Ceza Hukuku, Sahtekarlık Suçları*. (4.Baskı). İstanbul
- Erman, S. ve Özek, Ç. (1992). *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*. (1.Baskı). İstanbul : Dünya Yayıncılık
- Feyzioğlu, M. (2008). Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi. *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, 1, 331-337
- Finan, G. , Hutcher, J. , Shanklin, J. , Tanenbaum, A.P., (2011), Securities Fraud, *American Law Review* , Vol. 48:1129, ss.1130-1200.
- Galetta, P.Z. (2015), A Basic Field Guide to Fraud: Common Schemes, Relevant Cases and Preventative Measures, *CPA Journal*, March 2015, ss.54-59.

Gözübüyük, Ş. (2005). *Yönetmelik Yargı*. (22.Baskı). Ankara : Turhan Yayınevi

Green, S. P., Kugler, M. B. (2012), Public Perceptions of White Collar Crime Culpability: Bribery, Perjury, and Fraud, *Law and Contemporary Problems*, Vol.75:33, ss.33-59.

Gündel, A. (2002). *İçtihatlı-Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları*. (1.Baskı). Ankara : Seçkin Yayınevi

Hafizoğulları, Z. (2008). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (1.Baskı). Ankara : US-A Yayıncılık

Hafizoğulları, Z. (1971). Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28, (1-4), 91-132

Hafizoğulları, Z. (2008). Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (NICHTZUMUTBARKEİT/L'INESIGIBILITA). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57, (3), 337-369

Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2012). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplum Karşı Suçlar*. (1.Baskı). Ankara : US-A Yayıncılık

Hafizoğulları, Z.ve Özen, M. (2013). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. (3.Baskı). Ankara : US-A Yayıncılık

Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2014). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (7.Baskı). Ankara: US-A Yayıncılık

Hafizoğulları, Z. ve Aygün Eşitli, E. (2014). *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*. (1.Baskı). Ankara : US-A Yayıncılık

- Hafizoğulları, Z. ve Güngör D. (2007). Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi.
Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (69), 597-626
- Hafizoğulları, Z. ve Kurşun, G. (2007). Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk.
Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (71), 25-80
- Hakeri, H. (2005). *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*. (3.Baskı).
Ankara : Seçkin Yayınevi
- Hakeri, H. (2012). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (13.Baskı). Ankara : Adalet
Yayınevi
- Ketizmen, M. (2008). *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*. (1.Baskı). Ankara:
Adalet Yayınevi
- Koca, M.R. (2014). *İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*.
(1.Baskı). Ankara : Adalet Yayınevi
- Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2013). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (1.Baskı).
Ankara : Adalet Yayınevi
- Kubat, A.A. (2011). *Sorular ve Cevaplarla İnfaz*. (2.Baskı). Ankara : Seçkin
Yayınevi
- Kunter, N. (1949). *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*. (1.Baskı). İstanbul :
İsmail Akgün Matbaası
- Küçüktaşdemir,Ö. (2012). *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*.
(1.Baskı). Ankara : Seçkin Yayıncılık
- Majno, L. (1981). *Ceza Kanunu Şerhi*. (C.4) Ankara : Adalet Bakanlığı Çevirisi
- Malkoç,İ. (1986). *Uygulamada Belgelerde Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı
Suçlar*. (1.Baskı). Ankara

- Maviş, V. (2015). Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6, 597-626
- Meran, N. (2014). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. (2.Baskı). Ankara : Seçkin Yayınevi
- Mumcu, A. ve Küzeci, E. (2012). *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*. (6.Baskı). Ankara : Turhan Kitabevi
- Önder, A. (1992). *Ceza Hukuku Dersleri*. (1.Baskı). İstanbul : Filiz Kitabevi
- Önok, R. M. (2006). *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*. (1.Baskı). Ankara : Seçkin Yayınevi
- Özbek, V.Ö., Kanbur, M.N., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2014). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (6.Baskı). Ankara : Seçkin Yayınevi
- Özbudun, E. (2005). *Türk Anayasa Hukuku*. (8.Baskı). Ankara : Yetkin Yayınları
- Özgenç, İ. (2002). *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*. (1.Baskı). Ankara : Seçkin Yayınevi
- Özgenç, İ. (2014). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (10.Baskı). Ankara : Seçkin Yayınevi
- Öztürk, B., Erdem, M.R. ve Özbek, V.Ö. (2003). *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar)*. (2.Baskı). Ankara : Turhan Kitabevi
- Parlar, A. (2015). *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları*. (2.Baskı). Ankara : Bilge Yayınevi

Pavlovic, Z., Glusac, D. (2014), Fraud and Corruption in Insurance, *Journal Of Eastern-European Criminal Law*, No.2, ss.43-54.

Selçuk, S. (1982). *Dolandırıcılık*. (1.Baskı). İstanbul : Yasa Yayınları

Soyaslan, D. (2005). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (5.Baskı). Ankara : Yetkin Yayınları

Soyaslan, D. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (2.Baskı). Ankara : Yetkin Yayınları

Taner, F.G. (2007). Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç Mudur? *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 56(2): 75-81

Taşdemir, K. (2009). *Bilişim, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları*. (1.Baskı). Ankara : Cantekin Matbaası

Tezcan, D., Erdem, M.R. ve Önok, M. (2014). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. (11.Baskı). Ankara : Seçkin Yayınevi

Toroslu, N. (2008). *Ceza Hukuku Genel Kısım*. (12.Baskı). Ankara : Savaş Yayınevi

Toroslu, N. (2013). *Ceza Hukuku Özel Kısım*. (7.Baskı). Ankara : Savaş Yayınevi

Toroslu, N. ve Feyzioğlu, M. (2008). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (6.Baskı). Ankara : Savaş Yayınevi

Tuğrul, A.C. (2012). *Öğreti ve Uygulamada Zimmet – Banka Zimmeti Rüşvet ve İrtikap Suçları*. (1.Baskı). Ankara

- Tümerkan, S. (1987). *Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri)*. (1.Baskı). İstanbul : Kazancı Hukuk Yayınları
- Yalvaç, G. (2015). *Ceza ve Yargılama Hukuku Yasaları T.C. Anayasası TCK CMK CGTİK ve İlgili Mevzuat*. (7.Baskı). Ankara : Adalet Yayınevi
- Yavuz, H.A. (2006). Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Basit Dolandırıcılık Suçu. *Ceza Hukuku Dergisi*, (1), 343-375
- Yırtımcı, E. (2010). *Dolandırıcılık Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
- Yurtcan, E. (2008). *Yargıtay Kararlarının Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar*. (1.Baskı). İstanbul : Beta Yayınları
- Yurtcan, E. (2015). *Yargıtay Kararlarının Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar*. (2.Baskı). Ankara : Adalet Yayınevi
- Yüce, T.T. (1985). *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*. (1.Baskı). Ankara : Turhan Kitabevi

İnternet Kaynakları :

- <http://www.anayasa.gen.tr>
www.baskent.edu.tr/
<http://www.emsalyargi.com>
<http://hukukikarar.com>
<http://www.hukukmedeniyeti.org>
www.kazanci.com
<http://www.mevzuat.gov.tr>
<http://www.sinerjimevzuat.com.tr>
<https://www.tbmm.gov.tr>
<http://www.tdk.gov.tr>