

# HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI KARŞI EDİM BEKLENTİSİNİN DOLANDIRICILIK SUÇUNA ETKİSİ

*THE EFFECT OF UNLAWFUL OR IMMORAL COUNTER-PERFORMANCE EXPECTATION ON THE  
CRIME OF FRAUD*

Araştırma Makalesi  
**Ahmet KILIÇ\***

## ÖZ

Hukuka veya ahlaka aykırı bir edim elde etmek amacıyla bir sözleşmenin tarafı olan kişi, karşı tarafın hileli hareketleri sonucunda malvarlığı bakımından zarara uğrayabilir. Çalışmamızın konusunu oluşturan bu hallerde dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden bazıları için özel hukuk düzenlemeleri belirleyici olmuştur. Ayrıca Alman hukukunda, söz konusu meseleye ilişkin daha geniş kapsamlı değerlendirmeler yapılmaktadır ve bunların bazıları Türk hukuku için yol gösterici olabilecek niteliktedir. Bu nedenle çalışmamızda, ilk olarak söz konusu duruma özel hukukta bağlanan sonuçlar ele alınmıştır. Ardından, bu hallerde dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığına ilişkin Türk ve Alman ceza hukukundaki görüşlere yer verilerek görüşümüz ifade edilmiştir. Sonuç olarak ise karşı edimin ifa edilmesi ve/veya kabul edilmesinin suç teşkil ettiği hallerde dolandırıcılık suçunun oluşmadığı savunulmuştur.

**Anahtar kelimeler:** Dolandırıcılık, Hukuka Aykırılık, Ahlaka Aykırılık, Malvarlığı Zararı, Hile

## ABSTRACT

A person who is a party to a contract aimed at obtaining unlawful or immoral performance may incur losses of assets due to the deceptive actions of the other party. In cases constituting the subject of this study, various opinions have been proposed regarding whether the crime of fraud occurs or not. Some argue that

---

**DOI:** 10.32957/hacettepehdf.1341233

**Makalenin Geliş Tarihi:** 11.08.2023  
28.12.2023

**Makalenin Kabul Tarihi:**

\* Arş. Gör. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

**E-posta:** a.kilic@aybu.edu.tr

**ORCID:** 0000-0002-4774-4985

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır

regulations in private law play a significant role. Furthermore, in German law, there are comprehensive evaluations on this topic, and some of them can guide Turkish law. Therefore, this study first discusses the results in private law related to the topic. Subsequently, after presenting opinions in Turkish and German criminal law on whether the crime of fraud occurs in these cases, the view argued is expressed. In conclusion, it is asserted that the crime of fraud does not occur in cases where the fulfillment and/or acceptance of the counter-performance is a criminal act.

**Keywords:** Fraud, Unlawfulness, Immorality, Loss of Assets, Deceit

### EXTENDED SUMMARY

The study seeks to address the following question: If a deceived person, in attempting to secure an unlawful or immoral counter-performance, loses any assets due to fraudulent actions, does the crime of fraud occur? Comprehensive evaluations have been conducted in German law on this matter, and some of them can potentially guide Turkish law. Therefore, the study discusses opinions on Turkish and German law together.

This issue holds significance in both criminal law and private law dimensions, leading to various potential scenarios. The study's limitations, which do not cover all possibilities, can be expressed through the following examples:

Example 1: M gives F 200 TL for sexual services. F, intending to take the money and run from the start, makes an excuse after taking the money and escapes.

Example 2: M gives 10,000 TL to hitman F to kill X. F, with no intention of killing X and solely aiming to get the money, makes no attempt to carry out the act after receiving the payment.

Legislation in private law significantly influences certain opinions in criminal law on this matter. Therefore, the private law dimension of the issue is briefly discussed first. The contract is an absolute nullity in cases where one of the performances is against the law or morality. According to Article 81 of the Turkish Code of Obligations No. 6098 (Article 817 of the German Civil Code, Article 66 of The Swiss Code of Obligations), unjustified enrichment cannot be applied in this issue. The opinions in German and Swiss law that the implementation of this article can be expanded by analogy are not accepted in Turkish law. In such cases, the tort law due to fraudulent acts, or action of replevin, if the right of property has not passed to the other party, can be applied.

In these cases, there is no consensus in German law on whether the crime of fraud occurs. Firstly, different opinions exist regarding the title under which this issue should be examined. The majority opinion suggests that this issue should be dealt with in the scope of loss of assets. According to this view, any assets allocated for unlawful or immoral purposes do not fall under the protection of criminal law. However, contrary opinions also exist. On the other hand, opinions that do not consider these cases within the scope of loss of

assets vary. These opinions argue that the crime of fraud does not occur due to a lack of deceit, no causal relation between deceit and being deceived, or the self-inflicted harm of the victim. In Turkish law, there is almost unanimous consensus that the crime of fraud occurs in these cases. Nevertheless, discussions in Turkish law are not as comprehensive as in German law. It can be said that the Court of Cassation of the Republic of Turkey accepts that the crime of fraud occurs in these cases. However, just as justifications for the court decisions are not uniform, there are also decisions to the contrary.

In cases where the counter-performance is unlawful or immoral, the loss of assets, an element of the crime, occurs. Opinions to the contrary attribute more value to Article 81 of the Turkish Code of Obligations. In such cases, as mentioned, tort law and/or an action of replevin can be applied. Additionally, an autonomous interpretation method should be preferred in criminal law. For this reason, even if there is no possibility of tort law and/or an action of replevin according to the provisions of private law, it can be accepted that the loss of assets has occurred.

In my view, there is no intention or confidence deserving the safeguard of criminal law in situations where the fulfillment and/or acceptance of the counter-performance constitutes a criminal act. Therefore, it should be accepted that fraudulent acts in such cases do not constitute the deceit element of the crime. The reason for making a distinction between cases where the contract is an absolute nullity can be explained below: In this case, an equivalence should be sought between the worthlessness of the will of the deceived and the injustice content of the deceiver's fraudulent actions. Equivalence means that the will of the deceived person reaches a level of worthlessness that is not worthy of protection with criminal law. This assessment limits the scope of the crime of fraud in accordance with the interest protected by the crime, without causing impunity, which could lead to the disruption of social and economic order.

It is also crucial to express the various problems caused by the opinion that accepts the crime of fraud in these cases. First of all, in case of defective performance, the confiscation of the performance would come to the fore. On the other hand, the deceiver was allowed to benefit from effective repentance regulation by returning his earnings. It means creating a contradiction within the legal system. The other problem is that if it was accepted that the crime of fraud has occurred in the cases, the persons who want to obtain the criminal performance would be led to act more courageously thanks to the threat of punishment to the other party. In addition, if it was accepted that the crime of fraud has occurred, the possibility of pressure or blackmail would be given to the deceived person for the performance, which is a criminal act, after the conclusion of the contract because the deceived person may demand the counter-performance with the mention that he will file a criminal complaint against the other party. The opinion argued in the study eliminates these drawbacks.

As a result, in Example 1, it should be accepted that the crime of fraud occurs, since the counter-performance does not constitute a crime. Conversely, in Example 2, the crime of fraud does not occur, as the counter-performance constitutes a crime.

## GİRİŞ

Hukuka veya ahlaka aykırı bir karşı edim elde etmek isteyen kişinin hileli davranışlar sonucunda malvarlığına ilişkin bir zarara uğraması, dolandırıcılık suçu bağlamında özellik arz eder ve ayrı bir incelemeyi gerektirir. Hileli hareketlerle yarar elde edilen hallere hem ceza hukukunda hem de özel hukukta bazı sonuçlar bağlanmıştır. Hukuk düzeninin birliği görüşünden hareket eden yazarlar, bu hususa özel hukukta bağlanan sonuçların ceza hukukunda da belirleyici olduğunu savunmaktadır. Yine Yargıtay da bu hususa ilişkin kararlarında bazı özel hukuk kurumlarına atıf yapmaktadır. Bu nedenle söz konusu meseleye özel hukukta bağlanan sonuçların ayrıca incelenmesi gerekir.

Aldatılan kişinin hukuka veya ahlaka aykırı edimi elde etmek için hareket ettiği haller kendi içinde çeşitlilik arz eder. Çalışmamız, aldatılanın bir miktar para veya taşınır eşya verdiği, karşı tarafın (aldatan) taahhüt ettiği edimin ise hukuka veya ahlaka aykırı olduğu hallere hasredilecektir. Çalışmamızda cevabı aranan soru şu şekilde ifade edilebilir: Aldatılanın hukuka veya ahlaka aykırı karşı edimi elde etmek amacıyla hukuka uygun yollarla elde ettiği bir miktar para veya taşınır eşyayı aldatana verdiği hallerde dolandırıcılık suçu oluşur mu? Çalışmamızın sınırları şu örneklerle ifade edilebilir:

1. *Örnek:* M, kendisiyle cinsel ilişkiye girmesi için F'ye 200 TL verir. Baştan beri parayı alıp kaçmayı amaçlayan F, parayı aldıktan sonra bir mazeret ileri sürerek olay yerinden kaçır.

2. *Örnek:* M, X'i öldürmesi için tetikçi F'ye 10.000 TL verir. X'i öldürme niyeti olmayan ve sadece parayı almayı amaçlayan F, parayı aldıktan sonra X'i öldürmek için herhangi bir girişimde bulunmaz.

3. *Örnek:* Uyuşturucu madde satın almak isteyen M, F'ye 200 TL verir. F ise M'ye uyuşturucu madde olduğundan bahisle poşete sarılı şekilde uyuşturucu maddeye benzeyen bir miktar şeker verir. M, kendisine verilen maddenin şeker olduğunu kullandıktan sonra anlar.

4. *Örnek:* Elindeki sikkelerin tarlasından çıktığını, tarihi eser niteliğinde olduğunu ve 50.000 TL'ye satacağını söyleyen F'ye inanan M, parayı verip sikkeleri aldıktan bir süre sonra sikkelerin sahte olduğunu öğrenir.

5. *Örnek:* F, hırsızlık yaparak elde ettiğini ve oldukça değerli olduğunu söylediği, gerçekte değersiz ve kendisine ait olan vazoyu M'ye yüklü miktar paraya karşılığı satar. M, daha sonra vazunun değersiz olduğunu anlar.

Söz konusu hallerde dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığına ilişkin kanaatimiz Alman hukukundaki görüşlerden de yararlanılarak ifade edilecektir<sup>1</sup>. Bu bağlamda öncelikle meselenin özel hukuk boyutu ele alınacak, ardından dolandırıcılık suçunun önem arz eden yönlerine değinilerek doktrinde ve yargı kararlarında benimsenen görüşlere yer verilecektir. Son olarak ise görüşümüz ileri sürülecektir.

## **I. HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI KARŞI EDİM BEKLENTİSİNE ÖZEL HUKUKTA BAĞLANAN SONUÇLAR**

Çalışmamızın konusunu oluşturan olaylarda bir sözleşme vardır. Özel hukukun, sözleşmelerdeki hukuka veya ahlaka aykırılığı birlikte ele aldığı ve bunlara kural olarak aynı sonucu bağladığı söylenebilir. Edimlerden birinin hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil ettiği ve aynı zamanda iradeyi sakatlayan hileli davranışların olduğu hallerde Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27'deki kesin hükümsüzlük, TBK m. 36'daki aldatma, TBK m. 49 ve devamındaki haksız fiil, TBK m. 77 ve devamındaki sebepsiz zenginleşme hükümleri ile eksik borç kavramının özellik arz ettiği söylenebilir.

Türk hukukunda geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesine sözleşmenin içeriği bakımından getirilen esas sınırlamalar TBK m. 27'de yer verilmiştir. TBK m. 27'de; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz (butlan) olduğu belirtilmiştir. Kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırılığı; hukuka

<sup>1</sup> Dolandırıcılık suçunu Türk ve Alman ceza hukuku karşılaştırmalı şekilde inceleyen eser için bkz. Meral Ekici Şahin, *Dolandırıcılık Suçu* (Adalet Yayınevi 2019) 71 vd.

aykırılık başlığı altında toplamak mümkündür<sup>2</sup>. Emredici hukuk kuralları, tarafların aksini kararlaştıramadığı kurallardır<sup>3</sup>. Bir kuralın emredici olup olmadığının tespitinde lafzi yorumla bağlı kalınmaz, amaçsal yoruma da başvurulabilir<sup>4</sup>. Ayrıca emredici hukuk kuralları, tüm hukuk sistemi dikkate alınarak tespit edilir<sup>5</sup>. Bu bağlamda ceza hukuku düzenlemelerinin ön plana çıktığı söylenebilir. Kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırılık için ise mutlaka somut bir emredici hükmün gerekli olmadığı ifade edilmektedir<sup>6</sup>.

Ahlaka aykırılığın; bir toplumda, belirli bir zamanda egemen olan objektif ahlaka göre tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Bunun ise dürüst, makul, orta zekalı bireyin düşünce ve anlayışları esas alınarak tespit edileceği ifade edilmektedir<sup>8</sup>. Diğer bir deyişle genel ahlak esas alınmaktadır<sup>9</sup>. Her ne kadar çoğu ahlaka aykırılık hali emredici

---

<sup>2</sup> Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Yetkin Yayınları 2017) 335 vd.; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Beta 2014) 139.

<sup>3</sup> Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (13. Baskı, Vedat Kitapçılık 2014) 82; Eren (n 2) 335.

<sup>4</sup> Oğuzman ve Öz (n 3) 82.

<sup>5</sup> Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Turhan Kitabevi 2014) 97; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (Legal Yayıncılık 2015) 380.

<sup>6</sup> Oğuzman ve Öz (n 3) 83-84; Antalya (n 5) 382.

<sup>7</sup> Derya Ateş ve Gülin Süleymanlar, 'Sözleşmelerde Amaç ve Genel Ahlaka Aykırılık Değerlendirmesi' (2022) 71(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1619, 1624; Kılıçoğlu (n 5) 101; Eren (n 2) 340.

Bu görüşün, Türk-İsviçre Hukuku'nda hâkim görüş olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Pınar Çağlayan Aksoy, 'Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015) 331.

Bu görüşün soyut bir ahlak anlayışını esas aldığı ifade eden aksi yöndeki görüşe göre ahlak, Anayasa ve kanunların temelinde yer alan etik değerlerden oluşur. Bu görüş, hukuki bir ahlak anlayışını esas alır. Karma görüş olarak addedilen bir diğer görüş ise ahlaka aykırılık için toplumsal ya da hukuki bir dayanağı yeterli kabul eder; bunlar arasındaki bir çelişme halinde, hukukun üstünlüğü ilkesi gereği hukuki ahlak anlayışının esas alınması gerektiğini savunur. Bkz. H. Kübra Ercoşkun Şenol, 'Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27' (2016) 74(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 709, 727; Antalya (n 5) 383.

<sup>8</sup> Ercoşkun Şenol (n 7) 726; Eren (n 2) 340.

<sup>9</sup> Oğuzman ve Öz (n 3) 85; Kılıçoğlu (n 5) 102; Ateş ve Süleymanlar (n 7) 1624.

hukuk kurallarıyla yasaklanmış olsa da bu bağlamda pozitif bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaz<sup>10</sup>. Ayrıca ahlaka aykırılık, yer ve zamana göre değişiklik arz etmektedir<sup>11</sup>.

Sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırı olmasıyla bizzat sözleşmenin, sözleşmede üstlenilen edimin ya da sözleşmenin amacının hukuka veya ahlaka aykırı olması kastedilir<sup>12</sup>. Bizzat sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırı olması ile sözleşmede üstlenilen edimin hukuka veya ahlaka aykırı olması arasındaki fark çalışmamız bakımından önem arz etmez. Sözleşmenin içeriğine dahil olduğu kabul edilen sözleşmenin amacı (dolaylı amaç) ise tarafların elde etmeyi bekledikleri hukuki ya da fiili en son durum olarak tanımlanır<sup>13</sup>. Amacın hukuka veya ahlaka aykırılığının kesin hükümsüzlük sonucunu doğurabilmesi için bu amacın her iki tarafça da biliniyor olmasının<sup>14</sup> ve amaca katkı sağlayan çeşitli ilave şartların sağlanmasının gerektiği savunulmaktadır<sup>15</sup>. Hırsızlıkta kullanmak üzere araç kiralama sözleşmesi yapılması bu duruma örnek gösterilebilir<sup>16</sup>.

Çalışmamızın konusunu oluşturan olaylarda, üstlenilen edimin hukuka veya ahlaka aykırılığı söz konusudur. TBK m. 27/1'e göre karşı edimin hukuka veya ahlaka aykırı olduğu sözleşmeler kesin hükümsüzdür. 1. Örnekteki sözleşmenin ahlaka aykırılık, diğer dört örnekteki sözleşmelerin ise hukuka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu söylenebilir. Bu sözleşmeler hiçbir zaman geçerlilik kazanmaz ve hiçbir hukuki sonuç doğurmaz<sup>17</sup>. Dolayısıyla sözleşmeden doğan bir borç yoktur ve aldatılan, ifa ettiği edimin iadesini sözleşme hükümlerine dayanarak talep edemez. İfa edilen edimin iadesine yönelik diğer hususlar, esas olarak, taşınır mülkiyetinin kazanılmasında sebebe bağlılık

<sup>10</sup> Ercoşkun Şenol (n 7) 726; Oğuzman ve Öz (n 3) 85.

<sup>11</sup> Eren (n 2) 340; Kılıçoğlu (n 5) 101.

<sup>12</sup> Eren (n 2) 338 vd.; Ercoşkun Şenol (n 7) 726 vd.

<sup>13</sup> Ateş ve Süleymanlar (n 7) 1631.

<sup>14</sup> Eren (n 2) 338-343.

<sup>15</sup> Bkz. Oğuzman ve Öz (n 3) 86; Ercoşkun Şenol (n 7) 726 vd.; Ateş ve Süleymanlar (n 7) 1648.

<sup>16</sup> Eren (n 2) 343.

<sup>17</sup> Eren (n 2) 350.

görüşünün mü yoksa soyutluk görüşünün mü benimsediğine bağlıdır. Ayrıca edimin para olduğu haller özellik arz etmektedir.

Öncelikle edimin para dışındaki bir taşınır olduğu haller ele alınacak olursa; Türk hukukundaki hâkim görüş, taşınır mülkiyetinin kazanılmasında sebebe bağlılık görüşünü benimsemektedir<sup>18</sup>. Somut örneklerdeki sözleşmeler geçerli olmadığı için edimi oluşturan taşınır eşyanın mülkiyeti aldatana geçmez. Bu nedenle bir zenginleşmeden bahsedilemeyeceği için TBK m. 77 ve devamındaki sebepsiz zenginleşme hükümleriyle değil, istihkak davasıyla iade talebinden bulunulabilir<sup>19</sup>. Ayrıca istihkak davası ile sebepsiz zenginleşme davasının bir araya gelemeyeceği kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Edimin para olduğu ve verilen paranın aldatanın malvarlığına karıştığı hallerde ise, farklı yönde görüşler olmakla birlikte, mülkiyetin aldatana geçtiği kabul edilmektedir<sup>21</sup>. Bu durumda ise sebepsiz zenginleşmenin gündeme geleceği, zira aldatanın mülkiyet hakkını kazanarak zenginleştiği kabul edilir. Ancak TBK m. 81'deki "*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir.*" hükmü ile sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurma yolu kapatılmış ve hatta hâkime, paranın Devlete mal edilmesi hususunda takdir yetkisi tanınmıştır. Bu sonuç, soyutluk görüşü kabul edilirse para dışındaki taşınırlar için de geçerli olacaktır. Ayrıca kesin hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27/1 ile sebepsiz zenginleşme davasının açılmasını engelleyen TBK m. 81'in birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Sonuç olarak hâkim görüşe göre

<sup>18</sup> Bkz. Haluk Burcuoğlu, 'Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme' (2018) 4(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57, 60 vd.

<sup>19</sup> Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (12. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016) 341; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (Legal Yayıncılık 2015) 577; Eren (n 2) 867.

<sup>20</sup> Eren (n 2) 868; Oğuzman ve Öz (n 19) 341; Antalya (n 19) 576.

<sup>21</sup> Bkz. A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2017) 497; Eren (n 2) 898.

<sup>22</sup> Eren (n 2) 921; Antalya (n 19) 603.

TBK m. 27'ye göre hukuka veya ahlaka aykırı olduğu için kesin hükümsüz olan tüm sözleşmeler için TBK m. 81'in uygulanamaması gerektiği; karşı tarafın hukuka veya ahlaka aykırı bir sonuca teşvik edildiği veya bunun için ödüllendirildiği hallerde uygulanması gerektiği yönündeki TBK m. 81'in kapsamını sınırlandıran görüş için bkz. Pınar Çağlayan Aksoy, 'Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme' (2015) 31(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 129, 153.



yukarıdaki beş örnekte de aldatılan, verdiği paranın iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edemez<sup>23</sup>. Edimi oluşturan paranın mülkiyetinin karışmayla birlikte aldatana geçtiği hallerde istihkak davası da açılmaz. Edimin para dışında bir taşınır eşya olduğu hallerde ise eşyanın mülkiyeti sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle karşı tarafa geçmeyeceği için istihkak davası açılabilir.

İsviçre hukukundaki hâkim görüş, İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 66'nın (TBK m. 81) kıyasen istihkak davasında uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>24</sup>. Bu görüş kabul edilirse mülkiyetin aldatana geçmediği hallerde istihkak davasıyla iade talebinde bulunulamaz. Alman doktrinindeki hakim görüş de Alman Medeni Kanunu (Alman MK) (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB) m. 817/c.2'nin (TBK m. 81) mülkiyet hakkına dayanan taleplere kıyasen uygulanabileceğini kabul etmesine rağmen Alman Yargıtayı (*Bundesgerichtshof* – BGH) bu hükmün sebepsiz zenginleşme dışında kıyasen uygulanmasını kural olarak reddetmektedir<sup>25</sup>. Türk hukukunda bu görüşün kabul görmediği söylenebilir<sup>26</sup>.

Söz konusu örneklerde özellik arz eden bir diğer husus aldatmanın (hile) varlığıdır. Aldatma TBK m. 36'da bir irade bozukluğu hali olarak düzenlenmiştir. Buna göre aldatılan, aldatmayı öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde, geçmişe etkili olacak şekilde beyanıyla sözleşmeyi iptal edebilir ve böylece sözleşme hükümsüz hale gelir<sup>27</sup>. Ancak çalışmamızın konusunu oluşturan olaylarda zaten kesin hükümsüz bir sözleşme olduğu için aldatmaya ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı söylenebilir<sup>28</sup>.

Aldatmanın özellik arz ettiği bir diğer husus, haksız fiil sorumluluğudur. TBK m. 49/1'deki düzenleme bağlamında haksız fiil sorumluluğunun şartları şu şekilde

<sup>23</sup> Benzer örneklerde aynı sonuç için bkz. Oğuzman ve Öz (n 19) 370.

<sup>24</sup> Bkz. Yves Rüedi, *Berner Kommentar Obligationenrecht* (Stämpfli Verlag 2011) Art. 66 N 516.

<sup>25</sup> Bkz. Martin Schwab, *Münchener Kommentar zum BGB* (8. Auflage, C.H.Beck 2020) § 817 N 18; Rüedi, (n 24) Art. 66 N 521.

<sup>26</sup> Bkz. Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları* (Sulhi Garan Matbaası 1976) 495 vd.; Oğuzman ve Öz (n 19) 372.

<sup>27</sup> Bkz. Oğuzman ve Öz (n 3) 113 vd.

<sup>28</sup> Bkz. Eren (n 2) 423.

sıralanabilir: fiil, hukuka aykırılık, zarar, illiyet bağı ve kusur<sup>29</sup>. İlliyet bağı bahsindeki hâkim görüş uygun illiyet bağı teorisini esas alır<sup>30</sup>. Kusurun ise kast ve ihmâl şeklinde iki görünüm biçiminin olduğu ifade edilmektedir<sup>31</sup>. İhmâl kavramının ceza hukukundaki karşılığının taksir olduğu söylenebilir. TBK m. 49/2 ile ahlaka aykırı fiiller de haksız fiil sorumluluğuna dahil edilmiştir<sup>32</sup>. Haksız fiil sorumluluğu, uygun illiyet bağı teorisinin yanı sıra normun koruma amacı teorisıyla (hukuka aykırılık bağı) sınırlandırılmaktadır<sup>33</sup>. Bu değerlendirmelerin, ceza hukukundaki değerlendirmelere çeşitli yönlerden benzerlik arz ettiği söylenebilir. Yukarıdaki örneklerde aldatanın haksız fiil sorumluluğu ise aldatılanın kusuru nedeniyle illiyet bağının kesilmemesine ve normun koruma amacı kapsamında kalan bir zararın meydana gelmesine bağlıdır. Çalışmamızın konusunu oluşturan olaylarda bu şartların sağlandığı ve haksız fiil nedeniyle aldatanın tazminat sorumluluğunun olduğu söylenebilir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, İsviçre hukukundaki hâkim görüş ve yerleşik içtihat, İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 66'nın (TBK m. 81) kıyasen haksız fiil sorumluluğunda uygulanmayacağını kabul etmektedir<sup>34</sup>. Bu görüş, hukuka veya ahlaka aykırı karşı edim beklentisinin haksız fiile dayalı sorumluluğu sınırlamadığını kabul etmektedir. Alman hukukundaki bir görüş ise Alman MK m. 817/c.2'nin (TBK m. 81) haksız fiil sorumluluğunda da gündeme geleceğini, ancak zarar verenin haksız davranışının ağır bastığı hallerde bu hükmün kıyasen uygulanmayacağını savunmaktadır<sup>35</sup>. Çalışmamızın konusu oluşturan olayların bu duruma örnek teşkil ettiği söylenebilir<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> Eren (n 2) 538; Kılıçoğlu (n 5) 280 vd.

<sup>30</sup> Bkz. Kılıçoğlu (n 5) 307; Eren (n 2) 562.

<sup>31</sup> Eren (n 2) 596.

<sup>32</sup> Kılıçoğlu (n 5) 283; Oğuzman ve Öz (n 19) 65.

<sup>33</sup> Gökçe Kurtulan, 'Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru' (2017) 23(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 465, 480 vd.; Kılıçoğlu (n 5) 308.

<sup>34</sup> Bkz. Rüedi, (n 24) Art. 66 N 559 vd.

<sup>35</sup> Schwab, § 817 N 18.

<sup>36</sup> Bu hallerde haksız fiil sorumluluğunu kabul eden ve Alman MK m. 817/c.2'nin uygulanamayacağını ifade eden kararlar için bkz. BGH, 12.03.2002, 3 StR 4/02; NJW 1996, 665.

2. *Örneğe* benzer bir olayda dolandırıcılık suçunun olduğu ve bununla bağlantılı olarak haksız fiil hükümleri gereği aldatanın tazmin yükümlülüğü olduğu (Alman MK m. 823), sebepsiz zenginleşmede iade yükümlülüğünü kaldıran hükmün (Alman MK m. 817/c.2) haksız fiil sorumluluğunda uygulanmayacağı yönündeki Alman yargı kararları için bkz. Georg Freund ve Matthias Bergmann,

Çalışmamızın konusu bakımından özellik arz eden bir diğer kavram ise eksik borçtur. Eksik borç; talep edilebilen, ancak borca ayrılık halinde devlet gücüne başvurulamayan (dava ve cebri icra konusu edilemeyen) borçtur<sup>37</sup>. Eksik borcun ifa edilmesi halinde bir borç ifa edilmiş sayılır. Zira eksik borcun olduğu hallerde de geçerli bir borç ilişkisi vardır<sup>38</sup>. Diğer bir deyişle eksik borcun ifa edilmesi, borç olmayan bir şeyin ifa edilmesi olmadığı gibi bir bağışlama veya sebepsiz zenginleşme de değildir<sup>39</sup>. Doktrindeki bir görüş, hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi için bir şey olarak zenginleşen kişinin, TBK m. 81 bağlamında eksik borç niteliğinde bir iade borcunun devam ettiğini savunmaktadır<sup>40</sup>.

## II. DOLANDIRICILIK SUÇUNUN SÖZ KONUSU OLAYLAR BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN YÖNLERİ

Aldatılanın hukuka veya ahlaka aykırı bir karşı edim elde etmek amacıyla hareket ettiği hallerde dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığının tespitinde, bu suçla korunan hukuki değer ve bu suçun zarar unsuru önem arz eder. Bu nedenle öncelikle söz konusu hususların ele alınmasında yarar vardır.

### A. Korunan Hukuki Değer

Dolandırıcılık suçuyla korunan hukuki değere ilişkin Türk ve Alman hukukundaki hâkim görüşler farklıdır. Esasında dolandırıcılık suçunda varılan pek çok farklı sonucun korunan hukuki değer bahsindeki görüş ayrılığından kaynaklandığı söylenebilir. Türk hukukundaki hâkim görüşe göre dolandırıcılık suçuyla hem malvarlığı değerleri hem de

---

‘Betrügerische Schädigung des Auftraggebers eines Mordes?’ (1991) 9 JR 357, 357. Mezkûr olayda dolandırıcılık suçunun oluştuğu hatalı şekilde kabul edilerek sebepsiz zenginleşmede iade yükümlülüğünü kaldıran hükmün (Alman MK m. 817/c.2) asıl uygulama alanının sınırlandırılmasına neden olduğu yönündeki görüş için bkz. Freund ve Bergmann (n 36) 358.

<sup>37</sup> Kılıçoğlu (n 5) 36; Antalya (n 5) 32; Eren (n 2) 88.

<sup>38</sup> Kılıçoğlu (n 5) 33.

<sup>39</sup> Oğuzman ve Öz (n 3) 18; Eren (n 2) 89.

<sup>40</sup> Reisoğlu (n 2) 283. Benzer yönde görüş için bkz. Oğuzman ve Öz (n 19) 374.

irade özgürlüğü korunmaktadır<sup>41</sup>. TCK m. 157'nin gerekçesinde de bu yönde açıklamalara yer almaktadır. Yargıtay da bu görüşü kabul etmektedir<sup>42</sup>. Aksi yöndeki görüşe göre ise dolandırıcılık suçuyla sadece malvarlığı değerleri korunur<sup>43</sup>.

Alman hukukundaki hâkim görüşe göre dolandırıcılık suçuyla sadece malvarlığı korunur<sup>44</sup>. Alman hukukundaki azınlık görüş ise malvarlığının yanı sıra tasarruf hürriyetinin, ticari ilişkilerdeki iyiniyetin veya benzeri bir hukuki değerlerin de korunduğunu savunmaktadır<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 806; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt 1* (3. Baskı, Beta 2016) 466; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 725; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (5. Baskı, US-A Yayıncılık 2016) 401; Zeynel T. Kangal, 'Dolandırıcılık Suçu' *Özel Ceza Hukuku - Cilt IV: Malvarlığına Karşı Suçlar* (On İki Levha Yayıncılık, 2018) 252; Fulya Korkmaz, 'Dolandırıcılık Suçu' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) 28; Behiye Eker Kazancı ve İlker Zeyrek, 'TCK'da Dolandırıcılık Suçu' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 517, 521.

Hukuki işlemler sırasındaki iyiniyetin de korunduğu yönündeki görüş için bkz. Devrim Aydın, 'Dolandırıcılık Suçu' 2021 11(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 649, 654.

765 sayılı TCK döneminde dolandırıcılık suçuna ilişkin bu yöndeki görüş için bkz. Faruk Erem, *Ceza Hukuku Hususi Hükümler Cilt:2* (Ajans-Türk Matbaacılık 1968) 450; Sami Selçuk, *Dolandırıcılık* (Yasa Yayınları 1982) 76.

<sup>42</sup> "(D)olandırıcılık suçunu diğer mal varlığına karşı işlenen suç tiplerinden farklı kılan husus, aldatma temeline dayanan bir suç olmasıdır. Birden çok hukuki konusu olan bu suç işlenirken, sadece mal varlığı zarar görmemekte, mağdurun veya suçtan zarar görenin iradesi de hileli davranışlarla yarıltılmaktadır. Madde gerekçesinde de aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyiniyet ve güvenin bozulduğu, bu suretle kişinin irade serbestisinin etkilendiği ve irade özgürlüğünün ihlâl edildiği vurgulanmıştır." Bkz. Yargıtay CGK, E. 2021/241, K. 2022/506, T. 29.06.2022; Yargıtay CGK, E. 2020/48, K. 2021/598, T. 02.12.2021.

<sup>43</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 866; Ekici Şahin (n 1) 79.

<sup>44</sup> Martin Heger, *Lackner / Kühl / Heger Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Auflage, C.H.Beck 2023) § 263 N 2; Walter Perron, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Auflage, C.H.Beck 2019) § 263 N 1; Wolfgang Mitsch, *Strafrecht, Besonderer Teil 2* (3. Auflage, Springer 2015) 255; Stephan Beukelmann, *Beck'scher Online Kommentar StGB* (56. Edition, C.H.Beck 01.02.2023) § 263 N 1; Eric Hilgendorf ve Brian Valerius, *Strafrecht, Besonderer Teil II* (2. Auflage, C.H.Beck 2021) 79; Jörg Eisele, *Strafrecht – Besonderer Teil II* (6. Auflage, Verlag W. Kohlhammer 2021) 178; Reinhart Maurach, Friedrich-Christian Schroeder ve Manfred Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1* (10. Auflage, C.F.Müller 2009) 500; Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (11. Auflage, de Gruyter 1969) 374; Fritjof Haft, *Strafrecht Besonderer Teil 1* (8. Auflage, C.H.Beck 2004) 86.

<sup>45</sup> Bu görüşler için bkz. Urs Kindhäuser ve Elisa Hoven, *Nomos Kommentar-Strafgesetzbuch* (6. Auflage, Nomos 2023) § 263 N 12.

Kanaatimizce, dolandırıcılık suçuyla hem malvarlığı değerleri hem de irade özgürlüğü korunmaktadır. TCK'nın gerekçesinde, doktrinde ve yerleşik içtihatlarda kabul edilen ve suç tipinin Türk hukukundaki tarihsel gelişimiyle uyumlu olan bu görüşten sapmak için haklı bir gerekçenin olmadığı söylenebilir. TCK m. 157'deki başkasının zararına olarak yarar sağlama unsuru ile malvarlığı değerleri, hile unsuru ile irade özgürlüğü suç tipinde yer bulmuştur.

Bu çalışmanın konusu da dahil olmak üzere Alman hukukunda dolandırıcılık suçuna ilişkin birçok görüş, bu suçla sadece malvarlığını değerlerinin korunduğu kabulüne dayanır<sup>46</sup>. Dolandırıcılık suçuyla iki ayrı hukuki değer korunduğu kabul edildiği takdirde, Alman hukukundaki görüşlerin Türk hukuku için yol göstericiliğine ihtiyatla yaklaşmak gerekir.

## B. Malvarlığı Kavramı

Dolandırıcılık suçu bağlamında malvarlığı kavramı izaha muhtaçtır. Bu hususa ilişkin Alman hukukunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş, Türk doktrininde de bu görüşlere atıf yapılmıştır. Çalışmamız bakımından bu görüşler önem arz etmektedir. Ayrıca Alman hukukunda, malvarlığı kavramının yanı sıra malvarlığı zararına ilişkin ayrı bir değerlendirme yapıldığı; malvarlığı zararına ilişkin değerlendirmenin, malvarlığı kavramıyla bağlantılı olmakla birlikte bundan ayrı bir değerlendirme olduğu ifade edilmelidir<sup>47</sup>.

Hukuki ve/veya ekonomik bakış açısına dayanan malvarlığına ilişkin görüşler çeşitlilik arz etmektedir. Salt hukuksal malvarlığı teorisine göre ekonomik değeri önem arz etmeksizin tüm hak ve yükümlülükler malvarlığı kavramına dahildir<sup>48</sup>. Önemli olan ilgili hususun hukuk düzeni tarafından korunmasıdır. Bir diğer teori olan salt ekonomik malvarlığı teorisine göre hukuk düzeni tarafından korunup korunmadığı önem arz

<sup>46</sup> Bkz. Hilgendorf ve Valerius (n 44) 79.

<sup>47</sup> Bkz. Maurach, Schroeder ve Maiwald (n 44) 529.

Alman hukukundaki malvarlığı zararına ilişkin görüşler için bkz. Ekici Şahin (n 1) 288 vd.

<sup>48</sup> Roland Hefendehl, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4. Auflage, C.H.Beck 2022) § 263 N 473; Perron (n 44) § 263 N 79.

etmeksizin ticari hayatta ekonomik değeri olan her pozisyon malvarlığına dahildir<sup>49</sup>. Bu teori sadece ekonomik değere önem attığı için ticari işleme konu edilmesi yasak olan veya suç teşkil eden şeylerin de malvarlığına dahil olduğunu kabul etmektedir<sup>50</sup>. Hukuki-ekonomik malvarlığı teorisine göre ise malvarlığı, hukuk düzeni tarafından korunan ya da en azından yasaklanmayan ekonomik değeri haiz pozisyonlardan oluşur<sup>51</sup>. Bu teori, hukuk düzeninin birliği görüşüne dayanır<sup>52</sup>. Yine bu teoriye göre ceza hukuku diğer pozitif düzenlemelerden soyutlanamaz ve bir eşya üzerinde hukuki dayanağı olmayan salt fiili hakimiyetler malvarlığına dahil değildir<sup>53</sup>.

Hukuki-ekonomik malvarlığı teorisi, Alman doktrinindeki hâkim görüştür<sup>54</sup>. BGH'nin ise salt malvarlığı teorisini benimsemesine rağmen<sup>55</sup> özellik arz eden bazı olaylarda bu teoriden saptığı ifade edilmektedir<sup>56</sup>. Söz konusu saptamalarla BGH'nin de hukuki-ekonomik malvarlığı teorisine yaklaştığı belirtilmektedir<sup>57</sup>. Alman hukukunda,

<sup>49</sup> Klaus Tiedemann, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (12. Auflage, de Gruyter 2012) § 263 N 130; Perron (n 44) § 263 N 80.

<sup>50</sup> Volker Krey, Uwe Hellmann ve Manfred Heinrich, *Strafrecht Besonderer Teil Band 2* (18. Auflage, W. Kohlhammer 2021) 245; Mitsch (n 44) 305.

<sup>51</sup> Hilgendorf ve Valerius (n 44) 96; Heger (n 44) § 263 N 33; Tiedemann (n 49) § 263 N 132.

Malvarlığının tespitinde hukuk düzeni tarafından yasaklanmamanın yeterli olup olmadığı hususunda farklı yönde görüşler vardır. Bkz. Urs Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil II* (9. Auflage, Nomos 2016) 219.

<sup>52</sup> Eisele (n 44) 218; Perron (n 44) § 263 N 83.

<sup>53</sup> Hefendehl (n 48) § 263 N 492.

<sup>54</sup> Kindhäuser ve Hoven, (n 45) § 263 N 30; Hilgendorf ve Valerius (n 44) 96.

Bu teoriyi savunan yazarlar için bkz. Rudolf Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil I* (23. Auflage, C.H.Beck 2021) 277; Mitsch (n 44) 307; Maurach, Schroeder ve Maiwald (n 44) 526; Perron (n 44) § 263 N 82 vd.; Tiedemann (n 49) § 263 N 151; Welzel (n 44) 372.

Salt malvarlığı teorisini savunan yazarlar için bkz. Krey, Hellmann ve Heinrich (n 50) 249; Haft (n 44) 98.

<sup>55</sup> Örneğin BGH, failin, bir terör örgütünü dolandırarak yarar elde etmeye yönelik hareketlerinin dolandırıcılık suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir. Gerekçe olarak ise salt ekonomik malvarlığı teorisinin benimsendiği ifade edilmiştir. Bkz. BGH, 11.04.2018, 5 StR 595/17.

<sup>56</sup> Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch Kommentar* (62. Auflage, C.H.Beck 2015) § 263 N 90/a.

Bu yönde karar için bkz. BGH, 28.04.1987, 5 StR 566/86.

<sup>57</sup> Hilgendorf ve Valerius (n 44) 96; Hefendehl (n 48) § 263 N 632.

BGH'nin, doktrinde aksi ifade edilse de uzun zamandır bu teoriye bağlı kalmadığı yönündeki görüş için bkz. Matthias Bergmann ve Georg Freund, 'Zur Reichweite des Betrugstatbestandes bei rechts- oder sittenwidrigen Geschäften' (1988) 5 JR 189, 190.

malvarlığı zararı unsurunun tespitinde söz konusu teorilerden hareketle bir sonuca varılmaktadır. Bu nedenle teorileri, çalışmamızın konusuna ilişkin Alman hukukundaki görüşlerin başlangıç noktası olarak telakki etmek mümkündür. Ancak ifade etmek gerekir ki, aynı teoriyi benimseyen yazarlar, çeşitli hususlarda farklı görüşler ileri sürebilmektedir. Örneğin, haksız zilyet aldatılarak eşyanın elde edildiği hallerde malvarlığı zararının olup olmadığına dair hukuki-ekonomik malvarlığı teorisini savunan yazarlar arasında farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>58</sup>. Bu hususların her birine çalışmamızda değinilmeyecek, taahhüt edilen edimin hukuka veya ahlaka aykırı olduğu hallerle sınırlı bir değerlendirme yapılacaktır.

Türk doktrininde söz konusu teorilere değinilmediği veya değinilse bile bunların belirleyici rol oynamadığı söylenebilir<sup>59</sup>. Özellikle tartışmalı hususlarda bu teorilerin başlangıç noktası olarak addedilmediği ifade edilmelidir. Yargıtayın da bu teorilerden birini benimsediği söylenemez. Dolayısıyla malvarlığı zararının tespitinde, söz konusu teorilerin Türk hukuku için her zaman yol gösterici olmadığı ifade edilebilir<sup>60</sup>. Bu değerlendirmenin, Alman hukukundaki malvarlığı zararı unsuruna ilişkin görüşler için de geçerli olduğu söylenebilir<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Bkz. Eisele (n 44) 219.

<sup>59</sup> *Ekici Şahin*'in eserinin bu hususta bir istisna teşkil ettiği söylenebilir. Yazar, dolandırıcılık suçuna ilişkin Türk ve Alman ceza hukuku karşılaştırmalı bir eser ortaya koymuştur. Bu eserde, Alman hukukunda kabul gören sistematik ve ileri sürülen görüşler bağlamında TCK m. 157'deki dolandırıcılık suçu incelenmiştir. Böylece söz konusu teoriler yazarın görüşlerinde belirleyici olmuştur. Ayrıca yazarın hukuki-ekonomik malvarlığı teorisini esas aldığı ifade edilmelidir. Bkz. *Ekici Şahin* (n 1) 115.

<sup>60</sup> Alman CK m. 263'te malvarlığı zararı ifadesi yer almaktayken TCK m. 157'de malvarlığı ifadesi yer almamaktadır. Bu farklılığın özellik arz etmez, zira Türk hukukunda da zararın malvarlığına ilişkin olması gerektiği haklı olarak kabul edilmektedir. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 43) 892; Koca ve Üzülmüş (n 41) 816; Centel, Zafer ve Çakmut (n 41) 467.

<sup>61</sup> Bu görüşler için bkz. *Ekici Şahin* (n 1) 288 vd.

### III. ZARAR GÖRENİN HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRI KARŞI EDİM BEKLENTİSİ DOLANDIRICILIK SUÇUNUN OLUŞMASINA ENGEL TEŞKİL EDER Mİ?

Buraya kadarki açıklamalar söz konusu sorunun cevabına yönelik genel açıklama niteliğindedir. Bu başlık altında ise mezkûr mesele hakkında Alman ve Türk hukukundaki görüşlere yer verilecektir.

#### A. Alman Hukukundaki Görüşler

Aldatılanın hukuka veya ahlaka aykırı karşı edim beklentisi içinde olduğu hallere ilişkin Alman hukukundaki görüşleri, bu soruyu suçun hangi unsuruyla birlikte ele aldığına göre alt başlıklara ayırmak mümkündür. Hâkim görüş, bu soruyu dolandırıcılık suçunun malvarlığı zararı unsuru başlığı altında değerlendirir. Aksi yöndeki görüşlerin ise çeşitlilik arz ettiği söylenebilir. Ancak bu ayırım, görüşlerin netice itibarıyla vardıkları sonuçlara göre yapılmamaktadır. Diğer bir deyişle, aynı başlık altında ele alınan görüşler, dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığı hususunda farklılık arz edebilmektedir.

#### 1. Meseleyi Malvarlığı Zararı Kapsamında Ele Alan Görüşler

Mezkûr mesele malvarlığı zararı kapsamında ele alınır ve salt ekonomik malvarlığı teorisi benimsenirse zarar görenin hukuka veya ahlaka aykırı karşı edim beklentisi içinde olması dolandırıcılık suçu bakımından özellik arz etmez, dolandırıcılık suçu oluşur<sup>62</sup>. Kişinin kendisine ait bir eşyayı veya bir miktar parayı aldatılarak karşı tarafa vermesiyle malvarlığı zararı oluşur. Hukuka veya ahlaka aykırı amaçla hareket edilmesi, söz konusu teori sadece ekonomik değeri esas aldığı için önemsizdir. Hukuki-ekonomik malvarlığı teorisi ise farklı görüşlere elverişlidir ve aşağıda yer verilen görüşlerin de çoğunlukla bu bağlamda ileri sürüldüğü belirtilmelidir.

Hukuki-ekonomik malvarlığı teorisi bağlamında ileri sürülen görüşler farklılık arz etmektedir. Hâkim görüşe göre hukuken korunan bir malvarlığı değerinin hukuka veya

<sup>62</sup> Krey, Hellmann ve Heinrich (n 50) 249; Haft (n 44) 98.

Ayrıca bkz. Rengier (n 54) 281.



ahlaka aykırı bir amaca özgünlendiği hallerde dolandırıcılık suçu oluşabilir<sup>63</sup>. Bu görüşe göre hukuka veya ahlaka aykırı amaç, ilgili malvarlığı değeri üzerinde halihazırda sahip olunan hakları ortadan kaldırmaz<sup>64</sup>. Diğer bir deyişle amacın tasvip edilmiyor olması, ilgili malvarlığı değerini hukuki korumadan ari hale getirmez. Zarar; hukuka veya ahlaka aykırı karşı edimin ifa edilmemesinden değil, aldanma sonucu gerçekleştirilen tasarruf işleminden kaynaklanır. Aksi görüşün kabul edilmesi halinde, hukuka veya ahlaka aykırı amaçla hareket eden kişilerin dolandırılmasına kapı aralanacağı ve arzu edilmeyen bir cezasızlık alanının oluşacağı ifade edilmektedir<sup>65</sup>. Sözleşmenin geçersiz olduğunu ifade eden ve sebepsiz zenginleşme bağlamında edimin geri verilmemesine imkân tanıyan özel hukuktaki pozitif düzenlemelerin (TBK m. 81), farklı bir amaca hizmet ettiği gerekçesiyle söz konusu sonucu değiştirmedeği ifade edilmektedir<sup>66</sup>. Yine müsadereye ilişkin hükümlerin de dolandırıcılık suçunun oluşmasına engel teşkil etmediği savunulmaktadır<sup>67</sup>.

Hukuki-ekonomik malvarlığı teorisine bağlı olarak ileri sürülen aksi yöndeki görüş ise hukuk düzeninin birliğine dayanır. Özel hukuk hükümleri gereği (Alman MK m. 817/c.2 - TBK m. 81) iadesi istenemeyen edimin dolandırıcılık suçuyla korunan bir malvarlığı değeri olduğunun savunulamayacağı, aksi halde içinden çıkılamayacak bir hukuki çelişkiye neden olunacağı ifade edilmektedir. Hukuka veya ahlaka aykırı bir edim beklentisi içinde olan aldatılanın, bu beklentinin hukuken korunmadığını bilerek hareket

---

<sup>63</sup> Frank Zieschang, 'Der Umfang des Vermögensschutzes durch den Betrug' iç Thomas Weigend ve Georg Küpper, *Festschrift für Hans Joachim Hirsch* (de Gruyter 1999) 845 vd.; Johannes Wessels, Thomas Hillenkamp ve Jan C. Schuhr, *Strafrecht Besonderer Teil 2* (42. Auflage, C.F.Müller 2019) 324; Heger (n 44) § 263 N 35 vd.; Eisele (n 44) 221; Rengier (n 54) 281; Hilgendorf ve Valerius (n 44) 99; Tiedemann (n 49) § 263 N 138; Welzel (n 44) 375.

<sup>64</sup> Hilgendorf ve Valerius (n 44) 98.

<sup>65</sup> Eisele (n 44) 221; Wessels, Hillenkamp ve Schuhr (n 63) 324.

Söz konusu hallerde dolandırıcılık suçunun oluşmadığının kabul edilmesi halinde cezasız bir alanın oluşmayacağını müsadere hükümlerine ve malı hukuka aykırı olarak edinme başlıklı Alman CK m. 246'daki suç tipine atıf yaparak savunan görüş için bkz. Kindhäuser ve Hoven, (n 45) § 263 N 347.

<sup>66</sup> Eisele (n 44) 221; Wessels, Hillenkamp ve Schuhr (n 63) 324.

<sup>67</sup> Wessels, Hillenkamp ve Schuhr (n 63) 324.

ettiği için tehlikeyi kendisinin yarattığı ve zarara kendisinin neden olduğu; bu nedenle malvarlığı zararı unsurunun oluşmadığı savunulmaktadır<sup>68</sup>.

Bu noktada hâkim görüşe yönelik eleştirilere yer vermekte yarar vardır. Hâkim görüş, hilenin ve zararın taraflar arasında yer değiştirdiği hallerde dolandırıcılık suçunun oluşmayacağını kabul etmektedir. Örneğin, para vaadine inanılarak uyuşturucu madde temin edilen hallerde malvarlığı zararı unsuru sağlanmadığı için dolandırıcılık suçunun oluşmadığı kabul edilmektedir. Bu durumun bir çelişki olduğu, hukuka veya ahlaka aykırı karşı edim beklentisiyle hareket ederken aldatılan kişinin korunması gerektiğine yönelik gerekçelerin, hukuka veya ahlaka aykırı bir edim ifa ederken aldatılan kişinin neden korunmaması gerektiğini açıklayamadığı ifade edilmektedir<sup>69</sup>.

Bu bağlamda incelenmesi gereken bir diğer görüş; dolandırıcılık suçunu, mağdurun bilinçsizce kendine zarar vermesi olarak kabul eder. Bu görüşe göre aldatılan, hukuka veya ahlaka aykırı bir karşı edim elde etmek amacıyla hareket ettiği hallerde sözleşmenin geçersiz olduğunu bilir. Buna rağmen sözleşme yapılması ve tasarruf işleminin yerine getirilmesi, aldatılanın riski kendi yarattığı ve kendi malvarlığında bilinçli bir zarara sebebiyet verdiği anlamına gelir. Bu durumda dolandırıcılık suçunun bilinçsizce kendine zarar verme niteliği ve malvarlığı zararı unsuru sağlanmaz. Dolayısıyla aldatılanın hukuka veya ahlaka aykırı bir karşı edim elde etmeyi amaçladığı hallerde dolandırıcılık suçu oluşmaz<sup>70</sup>. Benzer yönde olmakla birlikte karşı edimin suç teşkil ettiği haller üzerinden değerlendirme yapan diğer bir görüş, müsadere hükümlerine atıf yaparak zarar görenin karşı tarafa verdiği şeyin (para gibi) korunan bir malvarlığı değeri olmadığını, aksi kabul halinde örneğin tetikçinin dolandırıcılık suçundan sorumlu olmaması için

<sup>68</sup> Beukelmann (n 44) § 263 N 47.

Söz konusu hallerde malvarlığı zararı unsurunun sağlanmadığı yönündeki bir diğer görüş için bkz. Maurach, Schroeder ve Maiwald (n 44) 534-538.

<sup>69</sup> Fischer (n 56) § 263 N 108.

Benzer yöndeki bir diğer görüş, uyuşturucu madde gibi uyuşturucu madde almak için verilen meşru yollarla kazanılmış temiz paranın da (*gutes Geld*) malvarlığına dahil olmaması gerektiğini savunmaktadır. Böylece uyuşturucu madde satıcısı ile alıcısı arasındaki ceza hukuku korumasına ilişkin fark ortadan kalkar. (Bkz. Momme Buchholz, 'Die Rechtsprobleme des Vorlagebeschlusses zum Vermögensbegriff' (2018) 3 JURA 264, 271 vd.)

<sup>70</sup> Peter Cramer, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, (Gehlen, 1968) 97; Perron (n 44) § 263 N 150.

kasten öldürme suçunu işlemesi gerektiği gibi absürt sonuçlara varılacağını ifade ederek söz konusu hallerde cezasız kalması gereken bir zararın meydana geldiğini ve dolandırıcılık suçunun oluşmadığını savunmaktadır<sup>71</sup>.

BGH'nin de meseleyi malvarlığı zararı kapsamında ele aldığı söylenebilir. BGH'ye göre hukuka veya ahlaka aykırı bir karşı edimi elde etmek için para ediminin ifa edildiği hallerde dolandırıcılık suçu oluşabilir. Örneğin aldatanın, baştan beri planladığı gibi, uyuşturucu madde temin etme vaadiyle aldatıldandan para alıp kaçtığı<sup>72</sup> ve cinsel ilişki vaadiyle para aldığı<sup>73</sup> olaylarda dolandırıcılık suçunun oluştuğuna karar verilmiştir. Yine aldatanın uyuşturucu madde yerine bu evsafa olmayan bir şey verdiği olayda da dolandırıcılık suçunun oluştuğuna karar verilmiş; ayrıca haksız fiil hükümleri gereği (BGB m. 823 - TBK m. 49) aldatılanın zararını karşı taraftan talep edebileceği, sebepsiz zenginleşmede iadeyi engelleyen hükmün (BGB m. 817 - TBK m. 81) istisnai niteliği gereği aksi sonucu varılmasına neden olmadığı ifade edilmiştir<sup>74</sup>.

Özellik arz ettiği için İsviçre Yargıtayının (*Bundesgericht* – BGE) görüşüne de bu başlık altında yer vermekte yarar vardır. Alman hukukundaki görüşlere atıf yapan BGE, hukuki-ekonomik malvarlığı teorisini benimsemektedir. Mahkemeye göre sadece özel hukuk tarafından korunan veya kınanmayan ekonomik değerler malvarlığına dahildir<sup>75</sup>. Diğer değerlerin malvarlığına dahil edilmesinin, ceza hukukunun son çare olma ilkesine aykırı olacağı savunulmaktadır<sup>76</sup>. Malvarlığı zararı unsurunun ise aldatılanın tazminat hakkına sahip olup olmadığına bağlı olduğu, aldatılanın tazminat talep edebildiği hallerde malvarlığı zararının gerçekleştiği ifade edilmektedir<sup>77</sup>. Mahkeme, zarar görenin uyuşturucu almak isterken aldatıldığı olayda İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki iki hususa önem atfetmiştir. Bu iki hususun Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) da yer aldığı hemen

<sup>71</sup> Dominik Waszcynski, 'Klausurrelevante Problemfelder des Vermögensschadens bei § 263 StGB' (2010) JA 251, 253 vd.

<sup>72</sup> BGH, 04.09.2001, 1 StR 167/01.

<sup>73</sup> BGH, 11.06.1974, 4 StR 83/74.

<sup>74</sup> BGH, 12.03.2002, 3 StR 4/02.

<sup>75</sup> BGE, 08.01.2021, 147 IV 73.

<sup>76</sup> BGE, 05.06.1996, 122 IV 179.

<sup>77</sup> BGE, 17.05.1991, 117 IV 139; BGE, 05.06.1996, 122 IV 179.

ifade edilmelidir. Mahkemeye göre bu olayda yarışan sebepler söz konusudur. Öncelikle taraflar arasındaki sözleşme batıldır (İsviçre BK m. 20 – TBK m. 27) ve sebepsiz zenginleşmede iadeyi engelleyen bir hüküm vardır. (İsviçre BK m. 66 – TBK m. 81) Ancak somut olay, aynı zamanda bir haksız fiil teşkil eder. Sözleşmenin batıl olduğuna ilişkin hüküm ile sebepsiz zenginleşmeye dayanarak tazminat talep edilemeyeceğine ilişkin istisnai nitelikteki hükmün, haksız fiil sorumluluğuna dayalı tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı ifade edilmektedir (İsviçre BK m. 41 – TBK m. 49). Bu nedenle mezkûr olayda aldatılanın haksız fiil hükümlerine göre tazminat hakkı olduğu, dolayısıyla malvarlığı zararını unsurunun ve dolandırıcılık suçunun oluştuğu BGE tarafından kabul edilmiştir.<sup>78</sup>

## 2. Meseleyi Malvarlığı Zararı Dışında Ele Alan Görüşler

Aldatılanın hukuka veya ahlaka aykırı karşı edim beklentisi içinde olmasının dolandırıcılık suçuna etkisini malvarlığı zararı unsuru dışında ele alan görüşler çeşitlilik arz etmektedir. Bir görüşe göre söz konusu husus hile unsuruyla ilgilidir. Aldatılanın hukuka aykırı bir amaçla tasarruf işlemi yerine getirdiği hallerde malvarlığında bir azalmanın meydana geldiği açıktır. Ancak aldatılanın, hukuka aykırı amacı nedeniyle cezai korumaya layık olmadığı savunulmaktadır. Aksi kabul halinde, ceza hukuku ile hukukun diğer dalları arasında içinden çıkılamayacak bir çelişkinin doğacağı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre söz konusu hallerde aldatılanın kendisine karşı bilinçli bir zararı vardır. Bu nedenle hile unsuru gerçekleşmediği için dolandırıcılık suçu oluşmaz<sup>79</sup>. Ancak bu sonucun, aldatılanın ahlaka aykırı bir amaçla hareket ettiği haller için geçerli

<sup>78</sup> BGE, 17.05.1991, 117 IV 139.

Bu içtihadın doktrinde eleştirildiği de ifade edilmelidir. Haksız fiile ilişkin hükümlerin ceza hukukundaki malvarlığı zararını tespit için elverişli bir kriter olmadığı, meselenin özel hukukta da tartışmalı olduğu, hukuka aykırı bir ilişkinin olduğu hallerin haksız fiil hükümleriyle de korunmayacağı doktrinde savunulmaktadır. (Bkz. Markus Boog, 'Zu den Merkmalen der Arglist und des Vermögensschadens beim Betrug im Rahmen rechtswidriger Rechtsgeschäfte' (1993) Aktuelle Juristische Praxis 779, 783 vd.) Yine haksız fiil kavramının özel hukukta tanımlanmadığı, haksız fiilden söz edilebilmesi için zararı yasaklayıcı bir norma ihtiyaç duyulduğu, bu bahiste öne çıkan normlardan birinin de dolandırıcılık suçuna ilişkin düzenleme olduğu, BGE'nin ise özel hukuk ile ceza hukuku arasındaki ilişkiyi ters çevirdiği gerekçesiyle de söz konusu karar eleştirilmiştir. (Bkz. Grace Schild, 'Mit gestreckten Drogen betrogen' (1991) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 142, 142 vd.)

<sup>79</sup> Mitsch (n 44) 277 vd.

olmadığı kabul edilmektedir. Gerekçe olarak ise öncelikle ahlaka aykırılığın kapsamının belirsiz olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca ahlaka aykırı olmasına rağmen hukuk kurallarıyla yasaklanmamış bir karşı edim beklentisinin ceza hukuku korumasına layık olmadığı sonucuna varılamayacağı ifade edilmiştir<sup>80</sup>. Dolayısıyla karşı edimin ahlaka aykırı olduğu hallerde dolandırıcılık suçunun oluşacağı savunulmuştur.

Bir diğer görüşe göre söz konusu olaylar, hile ve aldanma arasındaki bağlantı bakımından önem arz eder. Bu görüş, aldanmayı bir ara netice olarak kabul eder. Dolayısıyla yarar elde edenin bu neticeden sorumlu olabilmesi için aldanmanın kendisine objektif olarak isnat edilebilmesi gerekir. Aldatılanın hukuka veya ahlaka aykırı amaçla hareket ettiği hallerin de normun koruma alanı kapsamında kaldığı, hileli hareketlerin hukuka veya ahlaka aykırı amaca rağmen hukuki değeri ihlal ettiği savunulmaktadır. Sonuç olarak bu görüş, hukuka veya ahlaka aykırı amacın objektif isnadiyete engel teşkil etmediğini belirtmekte ve söz konusu hallerde dolandırıcılık suçunun oluşacağını kabul etmektedir<sup>81</sup>. Objektif isnadiyete dayanmasına rağmen neticeten farklı sonuca varan bir diğer görüş, mezkûr hallerde bir malvarlığı zararının meydana geldiğini, sebepsiz zenginleşmede iade yükümlülüğünü ortadan kaldıran düzenlemelerin farklı amaca hizmet ettiğini ve bu nedenle zararı ortadan kaldırmadığını ifade etmektedir. Bu görüşe göre hukuka veya ahlaka aykırı karşı edim beklentisiyle hareket eden aldatılan, zararın ortaya çıkmaması için önlem alabilecek olmasına rağmen bunu yapmayarak kendi sorumluluğu kapsamında kalan bir zarara neden olur ve bu zarar aldatana objektif olarak isnat edilemez<sup>82</sup>.

Söz konusu hallerin malvarlığı zararı kapsamında ele alınmasını eleştiren bir diğer görüş; hukuka veya ahlaka aykırı bir karşı edim beklentisiyle hareket eden kişiye karşı dolandırıcılık suçunun işlenebileceği kabul edilmesine rağmen hukuka veya ahlaka aykırı edimi ifa eden kişiye karşı dolandırıcılık suçunun işlenemeyeceğinin kabul edilmesini keyfilik olarak değerlendirir. Bu görüş, mezkûr meselenin, tasarrufta bulunma unsuru

---

<sup>80</sup> Mitsch (n 44) 280.

<sup>81</sup> Nadine Gröseling, 'Betrugsstrafbarkeit bei rechts- und sittenwidrigen Rechtsgeschäften' (2001) NStZ 515, 517 vd.

<sup>82</sup> Hefendehl (n 48) § 263 N 654 vd.

bağlamında ele alınması gerektiğini savunur. Buna göre malvarlığında zarara neden olan hangi tasarruf işlemlerinin korumaya değer olduğunun tespit edilmesi gerekir. Hukuka veya ahlaka aykırı bir amaçla yapılan tasarruf işlemi, ceza hukukuna öngelen normlar (davranış normları) tarafından tasvip edilmediği için korumaya layık değildir ve bu hallerde dolandırıcılık suçu oluşmaz<sup>83</sup>. Ayrıca bu görüş, dolandırıcılık suçuyla hareket özgürlüğünün korunduğunu savunmaktadır<sup>84</sup>.

Yukarıdaki görüşle çeşitli yönlerden benzerlik arz eden bir diğer görüş; edimlerden birinin hukuken tasvip edilmediği hallerde hangi tarafın aldatıldığına bağlı olarak farklı sonuçlara varan hâkim görüşün yerinde olmadığını, adil bir sonuca ulaşılabilmesi için normların mümkün olduğu kadar tutarlı sonuçlar verecek şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Hukuk sisteminin birliğine atıf yapan ve 2. *Örneği* esas alarak değerlendirme yapan bu görüş, özel hukuk tarafından korunmayan ceza hukukuyla da korunmaması gerektiği düşüncesine dayanır. Yine bu görüş, sebepsiz zenginleşmede iadeyi engelleyen hükmü (Alman MK m. 817 - TBK m. 81) geniş yorumlamakta; bu hükme, genel bir hukuki korumayı bertaraf etme vasfı atfetmektedir. Mezkûr meselenin malvarlığı zararı kapsamında ele alınmasını eleştiren bu görüş, hukuken tasvip edilmeyen bir karşı edim beklentisiyle hareket eden aldatılanın riski kendisinin yarattığını, ceza hukukuyla korumaya değer bir güvenin olmadığını ve dolayısıyla dolandırıcılık suçunun oluşmadığını kabul eder<sup>85</sup>.

## B. Türk Hukukundaki Görüşler

Aldatılanın hukuka veya ahlaka aykırı karşı edim beklentisiyle hareket ettiği hallerde dolandırıcılık suçunun oluşacağına ilişkin Türk doktrininde neredeyse fikir birliği olduğu söylenebilir<sup>86</sup>. Alman hukukundaki kadar üstüne düşülmemekle birlikte

---

<sup>83</sup> Bergmann ve Freund (n 57) 191 vd.

<sup>84</sup> Bkz. Bergmann ve Freund (n 57) 192.

<sup>85</sup> Bernd Hecker, 'Betrügerische Schädigung des Auftraggebers eines Mordes?' (2001) JuS 228, 229 vd.

<sup>86</sup> M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 647; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Savaş Yayınevi 2015) 191; Somay Tümerkan, *Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri)* (Kazancı 1987) 70; Mustafa Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar* (4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020) 632; Doğan

dolandırıcılık suçunun oluşacağı yöndeki görüşlerin gerekçeleri çeşitlilik arz eder. Yine bu görüşlerin, dolandırıcılık suçunun bir unsuruna sıkı sıkıya bağlı olmadığı da söylenebilir. Bu nedenle Alman hukukundaki görüşlerin izahında tercih edilen tasnif, Türk hukukundaki görüşler için tercihe şayan değildir.

Bir görüşe göre aldatılanın hukuka aykırı yönelimi, hileli hareketlerin suç vasfını ve cezalandırma gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Söz konusu hallerde de zarar unsuru sağlanır<sup>87</sup>. Aksi kabul, haksız yarar sağlanmasına imkân tanınan bir cezasızlık alanına neden olur<sup>88</sup>. Bir diğer görüş, aldatılanın amacına ilişkin kanunda bir sınırlamanın olmadığını ve bu nedenle mezkûr olaylarda dolandırıcılık suçunun oluşacağını kabul eder<sup>89</sup>. İtalyan doktrinindeki görüşlere dayanan diğer bir görüş ise aldatılanın hukuka aykırı bir amaçla hareket etmesinin, dolandırıcılığın cezalandırılma gerekçesini oluşturan sosyal faydayı kaldırmadığını savunur<sup>90</sup>. Ayrıca TCK m. 158/2'deki nitelikli hal<sup>91</sup>, kanun koyucu tarafından aldatılanın amacına ilişkin bir ayırım yapmadığının göstergesi kabul edilmektedir<sup>92</sup>.

Yargıtayın bu husustaki kararları yeknesak değildir. Mahkemenin, aldatılanın hukuka veya ahlaka aykırı amacının dolandırıcılık suçuna engel teşkil etmediğine ilişkin

---

Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Yetkin Yayınları 2016) 431; Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (15. Baskı, Beta 1998) 396; İsa Başbüyük, 'Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 209; Hasan Dursun, 'Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) 199; Aydın (n 41) 668; Tezcan, Erdem ve Önok (n 43) 895; Kangal (n 41) 62; Korkmaz (n 41) 61; Ekici Şahin (n 1) 315; Erem (n 41) 466.

<sup>87</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 43) 896.

<sup>88</sup> Başbüyük (n 86) 207 vd.

<sup>89</sup> Dursun (n 86) 197 vd.; Toroslu (n 86) 191; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 86) 647.

<sup>90</sup> Soyaslan (n 86) 432; Korkmaz (n 41) 61.

<sup>91</sup> TCK m. 158/2: "Kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat temin eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."

<sup>92</sup> Korkmaz (n 41) 61.

Aynı yönde değerlendirme; 765 sayılı TCK m. 504'teki dolandırıcılık suçunun, bir kimseyi askerlikten kurtarmak bahanesiyle işlenmesi şeklindeki nitelikli hale dayalı olarak da yapılmıştır. Bkz. Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar* (Filiz Kitabevi 1994) 383; Tümerkan (n 86) 71.

özellikle yakın tarihli kararları vardır<sup>93</sup>. Örneğin aldatanın; fuhuş vaadiyle için para alıp kaçtığı<sup>94</sup>, uyuşturucu madde temin edeceği vaadiyle para alıp naneli şeker verdiği<sup>95</sup>, tarihi eser olduğundan bahisle değersiz sikkeleri sattığı<sup>96</sup> olaylarda dolandırıcılık suçunun oluştuğuna karar verilmiştir. Bu kararlarda ayrıntılı açıklama yer almamakla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulunun fuhuş vaadine ilişkin kararı gerekçesi yönünden ön plana çıkmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, “şikâyetçinin zararının ahlâka aykırı isteğin yerine getirilmemesi nedeniyle değil, aksine bu isteğin gerçekleştirileceği yönündeki sanığın hileli davranışı neticesinde meydana geldiği, şikâyetçinin meydana gelen zararını talep edip edememesinin özel hukuk konusu olduğu ve dolandırıcılık suçunun oluşmasına engel teşkil etmediği, sanığın ahlaka aykırı bir yöntemle başvurarak gerçekleştirdiği hileli davranışlarının somut olayda hukuki boyuttan çıkıp cezai sorumluluğu gerektiren aldatıcı nitelikte olduğu” gerekçesiyle dolandırıcılık suçunun oluştuğuna karar vermiştir<sup>97</sup>.

Yargıtayın aksi yönde kararları ise ikiye ayrılabilir. Bazı kararlarda eksik borç kavramına dayanılarak dolandırıcılık suçunun oluşmadığına hükmedilmiştir. Örneğin;

<sup>93</sup> Benzer yönde aksi tarihli kararlar da vardır: “Suçun oluşumu için mağdurun ihlal edilen çıkarının meşru olmaması veya zararın sonradan ortadan kalkmasının önemi yoktur.” (Yargıtay CGK, E. 1998/280, K. 1998/359, T. 24.11.1998.)

<sup>94</sup> “Olay günü saat 20.00 sıralarında otobüs terminali önünde yol kenarında bekleyen sanığın, aracı ile seyir halindeki şikâyetçiye durması için işaret ettiği, bunun üzerine yanına gelen şikâyetçi ile 40 TL karşılığında cinsel ilişkiye girme konusunda anlaştığı, ardından parayı alıp şikâyetçiye ileride kendisini beklemesini söyledikten sonra ortadan kaybolduğu olayda; akşam saatinde yol kenarında bekleyen sanığın, kendisine ahlâka aykırı bir amaçla yaklaşan şikâyetçiye bu amacın gerçekleşeceği kanaatini verecek şekilde şikâyetçi ile pazarlık yaptığı, maddi yarar sağladıktan sonra ortadan kaybolduğu, şikâyetçinin zararının ahlâka aykırı isteğin yerine getirilmemesi nedeniyle değil, aksine bu isteğin gerçekleştirileceği yönündeki sanığın hileli davranışı neticesinde meydana geldiği, şikâyetçinin meydana gelen zararını talep edip edememesinin özel hukuk konusu olduğu ve dolandırıcılık suçunun oluşmasına engel teşkil etmediği, sanığın ahlaka aykırı bir yöntemle başvurarak gerçekleştirdiği hileli davranışlarının somut olayda hukuki boyuttan çıkıp cezai sorumluluğu gerektiren aldatıcı nitelikte olduğu ve bu şekilde atılı dolandırıcılık suçunun yasal unsurları itibarıyla oluştuğu kabul edilmelidir.” (Yargıtay CGK, E. 2015/1072, K. 2018/633, T. 11.12.2018.)

<sup>95</sup> “[S]anıkların mağdura uyuşturucu madde yerine uyuşturucu özelliği bulunmayan nane vermek suretiyle maddi menfaat temin etme şeklinde gerçekleşen eylemin dolandırıcılık suçunu oluşturacağı anlaşılmış olmakla” (Yargıtay 6. CD, E. 2019/1337, K. 2021/5542, T. 22.03.2021.)

<sup>96</sup> “Sanığın, tarihi eser görüntüsü verilmiş ve değeri olmayan 41 adet sikkenin gerçek olduğuna katılanı inandırarak 30.750-TL karşılığında sattığı, hileli hareketlerle haksız menfaat temin ettiği iddia edilen somut olayda; sanık savunması, katılan beyanı uzlaştırma raporu ve diğer deliller doğrultusunda sanığın atılı dolandırıcılık suçuna ilişkin eylemini sabit gören mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiş” (Yargıtay 15. CD, E. 2018/5946, K. 2020/4192, T. 02.06.2020.)

<sup>97</sup> Yargıtay CGK, E. 2015/1072, K. 2018/633, T. 11.12.2018.



aldatanın esrar temin edeceğinden bahisle para aldığı<sup>98</sup> ve fuhuş için aracılık etme vaadiyle para aldığı<sup>99</sup> olaylarda eksik borç olduğu gerekçesiyle dolandırıcılık suçunun oluşmadığına karar verilmiştir. Bu yöndeki diğer kararlarda ise “*eylemin ahlaka ve hukuka aykırı bir anlaşma sonucu oluştuğu ve bu nedenle ceza hukuku kapsamında korunmasının mümkün olmadığı*” gerekçesine dayanılmaktadır. Örneğin aldatanın; bandrolsüz sigara vaadiyle para aldığı<sup>100</sup> ve uyuşturucu madde vereceğinden bahisle para aldığı<sup>101</sup> olaylarda söz konusu gerekçeyle dolandırıcılık suçunun oluşmayacağına karar verilmiştir. Özetle, Yargıtayın benzer olaylarda farklı sonuçlara vardığı, aynı sonucu vardığı kararların ise gerekçe yönünden farklılık arz ettiği söylenebilir.

## DEĞERLENDİRME VE KANAATİMİZ

Mezkûr meselenin, dolandırıcılık suçuna ilişkin üç hususta özellik arz ettiği söylenebilir: malvarlığı kavramı, malvarlığı zararı ve hile. Aldatılanın, bir miktar parayı veya başka bir taşınır eşyayı hukuka veya ahlaka aykırı bir karşı edim elde etmeye özgülmesi, bunları malvarlığının parçası olmaktan çıkarmaz. Diğer bir deyişle amacın

<sup>98</sup> “[Ş]ikayetçi ...’in kendilerine esrar temin etmesi karşılığında 400 TL parayı sanığa verdiği, sanığın parayı alınca şahıslara terminalde kendisini beklemelerini esrarı alıp geleceğini söylediği, şikayetçinin ise kendisinin de birlikte geleceğini söylediği, sanığın ticari taksi ile gittiği, bir süre sonra izini kaybettirdiği eyleminin “dolandırıcılık” suçunu oluşturduğu iddia edilen somut olayda; hukuki düzenin bazı alacaklar bakımından borçlusuna dava ve cebri icra yoluyla zorlama hakkı vermediği borçların, “eksik borçlar” olduğu, eksik borcun yaptırımının hukuk düzeninde bulunmadığı, talep edilebilir ancak dava edilmez olduğu, hâkim tarafından re’sen dikkate alınacağı, kumar ve bahis borçları ile evlenme tellallığından doğan borçların bu kapsamda olduğu, gözetildiğinde; konusu suç olan uyuşturucu madde temini kapsamında ahlaka ve hukuka aykırı isteğin karşılanmamasının ne şekilde hileli davranış olduğu açıklanmadan yazılı şekilde karar verilmesi” (Yargıtay, E. 2013/7084, K. 2015/1279, T. 27.01.2015.)

<sup>99</sup> “Mağdurlar İ. S.. ve O.. K..’nın suç tarihinde, R... S... ve İsa’nın amcası Ömer ile birlikte alkol alıp eğlendikleri sırada mağdur Oktay’ın sanık Serkan’ı arayarak kadın ayarlamasını talep ettiği, teklifi kabul eden sanığın karşılığında 300.-TL para istediği, mağdur Oktay’ın kabul etmesi üzerine sanık Serkan’ın mağdurların yanına sanık Gökhan’ı göndererek parayı aldığı, bu aşamadan sonra mağdurların sanıklara bir daha ulaşamadıkları olayda; ... mağdurların ahlak ve hukuk düzeninde koruma altına alındığından söz edilemez taleplerine karşılık muhabbet tellallığı yapmak şeklinde gerçekleştirilen eylem de dolandırıcılık suçundan bahsedilemeyeceği, olsa olsa ahlak ve kanuna aykırı bir talepten kaynaklanan eksik borç niteliğinde bir alacağa vücut vereceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yargıtay 6. CD, E. 2015/1279, K. 2015/4614, T. 16.12.2015.)

Benzer yönde karar için bkz. Yargıtay 15. CD, E. 2012/12518, K. 2014/5191, T. 19.03.2014; Yargıtay 15. CD, E. 2012/21453, K. 2014/13453, T. 07.07.2014.

<sup>100</sup> Yargıtay 7. CD, E. 2019/9594, K. 2020/9118, T. 10.06.2020.

<sup>101</sup> Yargıtay 20. CD, E. 2015/10215, K. 2017/667, T. 24.01.2017.

hukuken tasvip edilmiyor olması, tek başına bu amaca özgülünen değerin malvarlığına dahil olma vasfını ya da dolandırıcılık suçuyla korunan bir malvarlığı değeri olma vasfını etkilemez. Özel hukukta da böyle bir amaca sahip olmanın doğrudan doğruya malvarlığında kayba neden olacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Hukuki-ekonomik malvarlığı teorisini benimseyen yazarların da bu görüşte olduğu söylenebilir.

Mezkûr olaylarda malvarlığı zararının gerçekleşip gerçekleşmediği bahsinde özel hukuk hükümlerine sıkça atıf yapılmaktadır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, karşı edimin hukuka veya ahlaka aykırı olduğu hallerde verilen şeyin geri istenemeyeceğine ve bu şeyin Devlete mal edilebileceğine ilişkin TBK m. 81'deki hükmün hem kapsamı ve gerekliliği tartışmalıdır hem de bu hüküm mezkûr meselenin özel hukuk boyutunu tamamen çözmektedir. Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olan TBK m. 81'e dayanılarak aldatanın tazminat ve/veya iade yükümlülüğünün olmadığı, dolayısıyla bir malvarlığı zararının meydana gelmediği söylenemez. Bu hükmün sebepsiz zenginleşme dışında da kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı hususunda farklı görüşler olmakla birlikte özellikle Türk hukukunda bu görüşün kabul görmediği söylenebilir. Bu nedenle ceza hukuku doktrinindeki görüşlerden bazılarının TBK m. 81'e aşkın bir değer attığı söylenebilir.

Haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler, haksız fiilin ne olduğunu tanımlamış değildir. Bu hususta, ceza hukuku hükümleri başta olmak üzere diğer hukuk kurallarına ve ahlak kurallarına atıf yapılmaktadır. Bir görüş, aldatanın haksız fiil sorumluluğundan bahisle malvarlığı zararının gerçekleştiğini ifade ederken diğer görüş somut olayda dolandırıcılık suçunun oluştuğundan bahisle haksız fiil sorumluluğunun gündeme geldiğini ifade edebilmektedir. Haksız fiil sorumluluğunun tespitinde öncelikle suçun oluşup oluşmadığının tespit edilmesi, akabinde buna bağlı ancak bunla sınırlı olmayacak şekilde haksız fiilden doğan sorumluluk incelenmelidir. Çalışmamızın konusu oluşturan olaylarda ise aldatanın en azından ahlaka aykırı bir davranışı olduğundan bahisle haksız fiil sorumluluğunun olduğu söylenebilir. Haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra çeşitli hallerde aldatan aleyhine istihkak davasının da açılacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla söz konusu hallerde özel hukuk hükümleri aracılığıyla giderilmesi istenebilecek bir malvarlığı zararının olduğu söylenebilir. Ayrıca malvarlığı zararının tespitinde ve hatta malvarlığının tespitinde özel hukuk hükümlerine sıkı sıkıya

bağlı kalmanın yerinde olmadığı ifade edilmelidir. Özel hukuktaki iade ve tazminata ilişkin hükümler ile dolandırıcılık suçu arasında amaç ve yöntem farklılığı vardır. Örneğin, söz konusu hallerde ifa edilen edimin para olması ile kıymetli bir kolye olması arasında mülkiyet hakkının kazanılması bahsinde farklılıklar olabileceği yukarıda ifade edilmiştir. Bu iki edim arasında, dolandırıcılık suçunun malvarlığı zararı unsuru bakımından bir fark olmadığı açıktır. Bu nedenle dolandırıcılık suçunun bir unsuru olan malvarlığı zararının tespitinde özerk bir yorum yöntemi benimsenmelidir<sup>102</sup>. Aldatılanın özel hukuk hükümleri gereği iade veya tazminat talep edemediği hallerde de malvarlığı zararının meydana geldiği kabul edilebilir. Diğer yandan mezkûr meselenin özel hukuk boyutunda da fikir birliğinin olmadığı ifade edilmelidir. Ayrıca malvarlığı zararı; hukuka veya ahlaka aykırı karşı edimin ifa edilmemesinden değil, aldatılanın edimini (hukuka uygun şekilde elde ettiği para veya eşyayı) ifa etmesinden kaynaklanır. Sonuç olarak mezkûr olaylarda malvarlığı zararının oluştuğu kanaatindeyiz.

Meselenin esas olarak önem arz ettiği husus, hile unsurudur. Kanaatimizce, karşı edimin ifa edilmesinin ve/veya kabul edilmesinin suç teşkil ettiği hallerde hile unsurunun sağlanmadığı kabul edilmelidir. Özellikle karşılaşma suç kapsamında değerlendirilecek bazı hallerde taraflardan biri, benimsenen suç siyaseti gereği cezalandırılmayabilir. İfanın veya kabulün suç teşkil etmesinin yeterli görülmesi, bu hallerde de hile unsurunun sağlanmadığı sonucunu doğurur. Ayrıca bunun için karşı edimin suç teşkil ettiğinin aldatılan tarafından biliniyor olması gerekir.

---

<sup>102</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Selçuk (n 41) 25 vd.

Ceza hukuku öncelikle kendi içinde tutarlı bir sistem oluşturmayı amaçlamalıdır. (Bkz. Urs Kindhäuser ve Rochus Wallau, 'Erzwungene Rückzahlung des Entgelts aus betrügerischem Rauschgiftgeschäft' (2003) *NStZ* 151, 153.) Bu durum, hukukun diğer dallarındaki düzenlemelerin görmezden gelinmesi sonucunu doğurmamakla birlikte bazen bunların ikinci plana atılmasına neden olabilir. Yine bu öncelik, hukukun dalları arasında aynı hususa ilişkin farklı değerlendirmelere yol açabilir. Bu durum, amaç ve yöntem farklılığının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Buna rağmen özerk yorum yöntemi, hukuk sisteminin birliği görüşünün rafa kaldırılması anlamına gelmez. Özellikle hukuka uygunluk nedenleri bahsinde, hukukun farklı dalları aynı olay için farklı sonuçlara varamaz. (Bkz. R. Murat Önok ve Işık Önay, 'Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği' (2019) *77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası* 847, 853.) Özetle bu yorum yöntemi; özel hukuk hükümlerinden tamamen ayrılmak anlamına gelmemekte, özel hukuk hükümlerinin çizdiği kesin sınırlara bazı hallerde bağlı olmamayı ifade etmektedir. Ayrıca açıkça ifade edilmeyen hallerde bile ceza hukuku doktrininde ve içtihatlarda bu yöntemin tercih edildiği söylenebilir.

Karşı edimin ifasının veya kabulünün suç teşkil ettiği hallerde taraflar arasındaki ilişki, aldatılanın güven duyabileceği bir zemin teşkil etmez. Dolandırıcılık suçunun hile unsuru, bu suçla korunan hukuki değerlerden biri olan irade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmeli, korumaya değer bir iradenin olmadığı hallerde hilenin tipik olmadığı sonucuna varılmalıdır. Çalışmamızın konusunu oluşturan olaylardaki hileli hareketlerin de ceza hukukuyla korumaya layık bir güveni zedelediği gerekçesiyle tipik olmadığı kabul edilmelidir. Zira bir yandan aldatılanın iradesi ve güveni korunurken diğer yandan aldatanın taahhüdü için ceza yaptırımını öngörülmesi, hukuk sisteminin kendi içinde gelişmesi anlamına gelir<sup>103</sup>. Ayrıca aksi kabul, ceza mahkemelerini, bir suçun işlenmesine özgülünen malvarlığı değerinin korunduğu makamlar haline getirir.

Edimin ifasının suç teşkil ettiği haller ile hukuka veya ahlaka aykırı olduğu diğer haller arasında neden ayırım yapıldığının izah edilmesi gerekir. Edimin hukuka veya ahlaka aykırı olduğu haller oldukça geniş bir kapsamı haizdir. Bu hallerinin tamamının dolandırıcılık suçu kapsamında çıkarılması, toplumsal ve ekonomik düzenin bozulmasına neden olabilecek bir cezasızlık boşluğuna sebebiyet verir. Çalışmamızın konusu oluşturan olaylarda dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul eden Alman doktrinindeki görüşlerden bazıları da bu hususa vurgu yapmaktadır<sup>104</sup>. Her ne kadar karşı edimin hukuka veya ahlaka aykırı olduğu tüm hallere TBK m. 27’de aynı sonuç bağlanmış olsa da ceza hukuku bağlamında bu hükme sıkı sıkıya bağlı kalınmamalıdır<sup>105</sup>. Bu noktada aldatılanın iradesinin değersizliği ile aldatanın hileli hareketlerinin haksızlık

---

<sup>103</sup> Bu bahiste aldatanın baştan beri edimi ifa etmeme iradesiyle hareket ettiği için bir suçun oluşmayacağı, dolayısıyla ceza yaptırımının gündeme gelmeyeceği söylenebilir. Türk hukukunda akim kalmış azmettirmenin cezalandırılmıyor olması da bu görüşü destekler niteliktedir. Ancak mezkûr mesele, aldatanın edimi ifa etmediği haller ile sınırlı değildir. Suç teşkil eden edimin ayıplı veya eksik ifası da gündeme gelebilir. Aldatan, baştan beri planladığı üzere, taahhüt ettiği uyuşturucu maddeden daha az kalitede bir uyuşturucu maddeyi, taahhüt ettiği uyuşturucu maddeye fiziken benzeterak teslim edebilir. Yine tarihi eser olduğundan bahisle beş adet sikkenin satıldığı olayda bu sikkelerden sadece iki tanesi gerçek olabilir. Edimin ifa edilmemesi ile bu örneklerdeki gibi ayıp ifa edilmesi arasında dolandırıcılık suçu bakımından bir fark yoktur. Zaten dolandırıcılık suçu, aldatılanın edimini ifa etmesiyle tamamlanır. Dolayısıyla çalışmamızdaki değerlendirmelerin, hukuka veya ahlaka aykırı edimin ayıplı veya eksik ifa edildiği haller için de geçerli olduğu ifade edilmelidir. Müsadereye ilişkin hükümler de aksi sonuca varılmasını gerektirmez.

<sup>104</sup> Bkz. Eisele (n 44) 221; Rengier (n 54) 281; Gröseling (n 81) 519. Türk hukukunda benzer görüş için bkz. Başbüyük (n 86) 210.

<sup>105</sup> Yargıtay’ın, özel hukuk uyuşmazlıklarında bile hukuka aykırılıklar arasında ayırım yaptığı söylenebilir. Bkz. Yargıtay 10. HD, E. 2013/14038, K. 2014/327, T. 16.01.2014.

içeriği arasında bir eşdeğerlik aranmalıdır. Eşdeğerlik; aldatılanın iradesinin, dolandırıcılık suçuyla korumaya layık olmayacak boyutta bir değersizliğe ulaşmasını ifade eder. Karşı edimin ifa edilmesinin veya kabul edilmesinin suç teşkil etmesi, dolandırıcılık suçunu sınırlandırmak için aranan eşdeğerliğin sağlanması anlamına gelecektir. Eşdeğerliğin olduğu hallerde hilenin tipik olmadığı kabul edilmelidir. Bu eşdeğerlik değerlendirmesi, toplumsal ve ekonomik düzenin bozulmasına neden olabilecek bir cezasızlık boşluğuna neden olmaksızın dolandırıcılık suçunun kapsamının korunan hukuki değere uygun şekilde sınırlandırmasını sağlayan bir kriter niteliğindedir.

Savunduğumuz görüş, korunan hukuki değere dayalı amaçsal yorum yoluyla varılmış bir sonuç niteliğindedir ve dolandırıcılık suçunun kapsamını daraltmaktadır. Bu görüşün kanunilik ilkesine aykırı olduğu itirazı, yüzeysel bir değerlendirme olacaktır. Dolandırıcılık suçunun kanuni tanımında aksi sonuca varmayı gerektirecek açık bir ifade de yer almamaktadır. Alman CK m. 263'te de açık bir ifade yer almamasına rağmen mezkûr olaylarda dolandırıcılık suçunun oluşmadığı yönünde çeşitli gerekçelere dayanan görüşlerin varlığı da savunduğumuz görüşün kanunilik ilkesine aykırı olmadığına bir gösterge teşkil eder. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda dolandırıcılık suçuyla irade hürriyetinin korunmadığının hâkim görüş tarafından kabul edilmesi, çalışmamızın konusu bakımından iki hukuk sisteminde farklı sonuçlara varılmasına yol açabilecek niteliktedir.

Aksi görüşün kabul edilmesi halinde sebep olunacak bazı sorunlar da görüşümüzün yerindeliğini ortaya koyar niteliktedir. Şöyle ki, mezkûr hallerde dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilirse suç teşkil eden edimi elde etmek isteyen kişilerin, karşı taraf için öngörülen ceza tehdidi nedeniyle daha cesur davranmalarına yol açılabilecektir. Yine dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilirse sözleşmenin kurulmasından sonra suç teşkil eden edimin ifa edilmesine yönelik aldatılana baskı veya şantaj imkânı tanınmış olur. Zira aldatılan, dolandırıcılık suçuna ilişkin ihbar veya şikâyette bulunacağından bahisle karşı edimin ifa edilmesini talep edebilir<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Freund ve Bergmann (n 36) 358.

Mezkûr olaylarda dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul eden görüş, müsadere hükümleri bağlamında da çelişkili sonuçlara sebebiyet verebilir. Şöyle ki; savunduğumuz görüşün, suç teşkil eden edimin ayıplı ifa edildiği haller için de geçerli olduğu yukarıda ifade edilmiştir. Aksi yönde görüşün de ayıplı ifa halinde dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmesi beklenir. Ayıplı ifa halinde hem aldatanın ve/veya aldananın ayıplı ifanın oluşturduğu suçtan cezalandırılması hem de aldatanın dolandırıcılık suçundan cezalandırılması müsadere hükümleri bakımından şu soruna neden olur: Ayıplı ifanın oluşturduğu suç nedeniyle aldatanın elde ettiği menfaatin müsadere edilmesi gerekebilir. Bu menfaatin müsadere edilmesi, dolandırıcılık suçu için kabul edilen etkin pişmanlık hükmüyle (TCK m. 168) çelişir. Zira bir yandan elde edilen maddi menfaat müsadere edilmekte, diğer yandan aldatanın bunu aldanana geri vermesine hukuki sonuç bağlanmaktadır.

Türk hukukundaki aksi yönde görüşlerin gerekçelerinden birinin TCK m. 158/2'deki nitelikli hal olduğu yukarıda ifade edilmiştir<sup>107</sup>. TCK m. 158/2'deki nitelikli hal ile TCK m. 255'teki nüfuz ticareti suçu arasında esaslı bir benzerlik vardır. Kanaatimizce söz konusu nitelikli halin, aldatılanın nüfuz ticareti suçunu işleme iradesiyle hareket etmediği hallerde gerçekleştiği kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, nüfuz ticareti suçunu işlemek isterken iradesi hileyle sakatlanan kişi, TCK m. 158/2'deki nitelikli halin mağduru olamaz. TCK m. 158/2'deki nitelikli halin gerçekleşmesi için vaat edilen işin haksız olması gerekmez. Yine TCK m. 158/2'de aranan kamu görevlileriyle ilişkisi olma ve onlar nezdinde hatırı sayılma iddiası, kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olma iddiasından daha geniş kapsamlıdır. TCK m. 158/2'yi işlevsiz hale getirmemekle birlikte sınırlandıran görüşümüz<sup>108</sup>, bu nitelikli hale dayanarak çalışmamızın konusunu oluşturan olaylarda dolandırıcılık suçunun oluştuğu yönündeki görüşü çürütmektedir. Ayrıca aksi görüş kabul edilse bile bu türden bir nitelikli hal ile kanun koyucunun özellik arz eden bir olayı dolandırıcılık suçunun kapsamına dahil ettiği

---

<sup>107</sup> Korkmaz (n 41) 62.

<sup>108</sup> TCK m. 158/2 ve TCK m. 255'e ilişkin benzer yönde görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 43) 1336.

kabul edilebilir. TCK m. 158/2'deki nitelikli halin yerindeliliğinin de tartışmaya açık olduğu ayrıca ifade edilmelidir.

Sonuç olarak savunduğumuz görüşü yukarıda yer alan örneklere uygulayacak olursak; 2., 3., 4. ve 5. Örnekte dolandırıcılık suçunun oluşmadığı kanaatindeyiz. 5. Örnekte aldatılanın edimi teslim alması, diğer üç örnekte ise hem edimin ifa edilmesi hem de teslim alınması suç teşkil etmektedir. Ayrıca aldatılanın para vermesi ile başka bir taşınır eşya vermesi arasında bir fark yoktur. Her iki halde de, yani istihkak davası açılıp açılmayacağı önem arz etmeksizin, malvarlığı zararı oluşmasına rağmen dolandırıcılık suçunun oluşmadığı kanaatindeyiz. Bu sonuç, edimin ayıplı veya eksik ifa edildiği haller için de geçerlidir. 1. Örnekteki edimin ifası veya teslimi suç teşkil etmediği için ise bu örnekte dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.

#### KAYNAKÇA

Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (Legal Yayıncılık 2015).

Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (Legal Yayıncılık 2015).

Artuç M, *Malvarlığına Karşı Suçlar* (4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020).

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).

Ateş D ve Süleymanlar G, 'Sözleşmelerde Amaç ve Genel Ahlaka Aykırılık Değerlendirmesi' (2022) 71(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1619.

Aydın D, 'Dolandırıcılık Suçu' 2021 11(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 649.

Başbüyük İ, 'Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).

Bergmann M ve Freund G, 'Zur Reichweite des Betrugstatbestandes bei rechts- oder sittenwidrigen Geschäften' (1988) 5 JR 189.

Beukelmann S, *Beck'scher Online Kommentar StGB* (56. Edition, C.H.Beck 01.02.2023).

- Boog M, 'Zu den Merkmalen der Arglist und des Vermögensschadens beim Betrug im Rahmen rechtswidriger Rechtsgeschäfte' (1993) Aktuelle Juristische Praxis 779.
- Buchholz M, 'Die Rechtsprobleme des Vorlagebeschlusses zum Vermögensbegriff' (2018) 3 JURA 264.
- Burcuoğlu H, 'Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme' (2018) 4(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57.
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt 1* (3. Baskı, Beta 2016).
- Cramer P, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, (Gehlen, 1968).
- Çağlayan Aksoy P, 'Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015).
- Çağlayan Aksoy P, 'Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engellenen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme' (2015) 31(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 129.
- Dönmezer S, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (15. Baskı, Beta 1998).
- Dursun H, 'Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016).
- Eisele J, *Strafrecht – Besonderer Teil II* (6. Auflage, Verlag W. Kohlhammer 2021).
- Eker Kazancı B ve Zeyrek İ, 'TCK'da Dolandırıcılık Suçu' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 517.
- Ekici Şahin M, *Dolandırıcılık Suçu* (Adalet Yayınevi 2019).
- Ercoşkun Şenol HK, 'Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27' (2016) 74(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 709.
- Erem F, *Ceza Hukuku Hususi Hükümler Cilt:2* (Ajans-Türk Matbaacılık 1968).



- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Yetkin Yayınları 2017).
- Fischer T, *Strafgesetzbuch Kommentar* (62. Auflage, C.H.Beck 2015).
- Freund G ve Bergmann M, ‘Betrügerische Schädigung des Auftraggebers eines Mordes?’ (1991) 9 JR 357.
- Gröseling N, ‘Betrugsstrafbarkeit bei rechts- und sittenwidrigen Rechtsgeschäften’ (2001) NStZ 515.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (5. Baskı, US-A Yayıncılık 2016).
- Haft F, *Strafrecht Besonderer Teil I* (8. Auflage, C.H.Beck 2004).
- Hatemi H, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları* (Sulhi Garan Matbaası 1976).
- Hecker B, ‘Betrügerische Schädigung des Auftraggebers eines Mordes?’ (2001) JuS 228.
- Hefendehl R, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4. Auflage, C.H.Beck 2022).
- Heger M, *Lackner / Kühl / Heger Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Auflage, C.H.Beck 2023).
- Hilgendorf E ve Valerius B, *Strafrecht, Besonderer Teil II* (2. Auflage, C.H.Beck 2021).
- Kangal ZT, ‘Dolandırıcılık Suçu’ *Özel Ceza Hukuku - Cilt IV: Malvarlığına Karşı Suçlar* (On İki Levha Yayıncılık, 2018).
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Turhan Kitabevi 2014).
- Kindhäuser U ve Hoven E, *Nomos Kommentar-Strafgesetzbuch* (6. Auflage, Nomos 2023).
- Kindhäuser U ve Wallau R, ‘Erzwungene Rückzahlung des Entgelts aus betrügerischem Rauschgiftgeschäft’ (2003) NStZ 151.
- Kindhäuser U, *Strafrecht Besonderer Teil II* (9. Auflage, Nomos 2016).
- Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Adalet Yayınevi 2022).

- Korkmaz F, ‘Dolandırıcılık Suçu’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020).
- Krey V, Hellmann U ve Heinrich M, *Strafrecht Besonderer Teil Band 2* (18. Auflage, W. Kohlhammer 2021).
- Kurtulan G, ‘Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru’ (2017) 23(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 465.
- Maurach R, Schroeder FR ve Maiwald M, *Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1* (10. Auflage, C.F.Müller 2009).
- Mitsch W, *Strafrecht, Besonderer Teil 2* (3. Auflage, Springer 2015).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (13. Baskı, Vedat Kitapçılık 2014).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (12. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016).
- Önder A, *Ceza Hukuku Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar* (Filiz Kitabevi 1994).
- Önok RM ve Öney I, ‘Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği’ (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 847.
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Perron W, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Auflage, C.H.Beck 2019).
- Reisoğlu S, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Beta 2014).
- Rengier R, *Strafrecht Besonderer Teil I* (23. Auflage, C.H.Beck 2021).
- Rüedi Y, *Berner Kommentar Obligationenrecht* (Stämpfli Verlag 2011).
- Schild G, ‘Mit gestreckten Drogen betrogen’ (1991) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 142.
- Schwab M, *Münchener Kommentar zum BGB* (8. Auflage, C.H.Beck 2020).

- Selçuk S, *Dolandırıcılık* (Yasa Yayınları 1982).
- Sirmen AL, *Eşya Hukuku* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2017).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Yetkin Yayınları 2016).
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Tiedemann K, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (12. Auflage, de Gruyter 2012).
- Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Savaş Yayınevi 2015).
- Tümerkan S, *Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri)* (Kazancı 1987).
- Waszcynski D, 'Klausurrelevante Problemfelder des Vermögensschadens bei § 263 StGB' (2010) JA 251.
- Welzel H, *Das Deutsche Strafrecht* (11. Auflage, de Gruyter 1969).
- Wessels J, Hillenkamp T ve Schuhr JC, *Strafrecht Besonderer Teil 2* (42. Auflage, C.F.Müller 2019).
- Zieschang F, 'Der Umfang des Vermögensschutzes durch den Betrug' iç Thomas Weigend ve Georg Küpper, *Festschrift für Hans Joachim Hirsch* (de Gruyter 1999).