

ACIĞA İMZANIN KÖTÜYE KULLANILMASI

Yazan: Prof. Dr. Faruk EREM

1. Suçun mahiyeti : TCK. nun 509. maddesine göre "bir kimse iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi olunan imzalı ve yazsız bir kâğıda sahibinin zararına olarak hukukça hükmü haiz bir muamele yazar veya yazdırsa " cezalandırılır.

Hususi hukuk hükümlerine göre "metin bilâhare doldurulmak şartıyla sade imza da muteberdir. Metin, imza sahibinin arzusu hilâfına dolduran şahsa rücu edebilir. Bundan başka TCK. nun 509. maddesine göre ceza görür" (1). Esasen "beyaz imza (açığa imza) imza edenin irade beyanı addolunur" (2). "Pratik ihtiyaçlar bu kabil bir senedin muteberliğini iktiza ettirir" (3). "TK. beyaz imza ile olan ctroyu muteber addettiği gibi TCK. da beyaz imza üzerine hukuken muteber bir yazı yazılabileceği noktasından yürüyerek bu imzanın suistimalini cezalandırdığından suistimal edildiğinden şüphe edilmeyen beyaz imza doldurularak tanzim olunan senet muteber tutulmak gerektir" (4).

Bir kimsenin diğer bir şahsa imzalı veya yazsız bir kağıt vermesi, kullanılması için" kararlaştırılan şartlar tahakkuk etmediği takdirde iade edilmesi için olabileceği gibi muayyen bir yazının yazması için de olabilir Yazısız bir kâğıda imza büyük bir itimat muamelesi olduğuna göre Ceza Kanunu bunun suistimallerini önlemek için bu hükmü vaz'etmiştir.

"Açığı imza" imzanın kötüye kullanılması TCK. nda mala karşı işlenen suçlar babında ve "emniyeti suistimal,, hükümleri arasında hükme bağlanmıştır. Açığı imzaların kötüye kullanılması suçunun mala (mülkiyete)

1) Arslanlı (Halil) Ticari senetler, (İst. 950) s. 7

2) Arsebük. I, s. 512, nt. 211

3) Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri serhi, teoriler, I (İst. 950) s. 136 n. 228

4) Belgesay, sge, n. 228

karşı suçlardan sayılması Fransız Ceza Kanununun tesirinden ileri gelir. Fransız Kanununda kanunumuzda olduğu gibi, açığa imzanın kötüye kullanılmasına dair olan hüküm umumî emniyeti suiistimal hükmünü takip eden maddede yer almaktadır (5).

Alman ceza kanunu aksi telâkkiyi kabul etmiştir. Alman kanununa göre açığa imzanın kötüye kullanılması "evrakta sahtekârlık" suçunun çeşitlerinden biridir (6) . Yeni ceza kanunları Alman telâkkisini benimsemişlerdir. Yeni İtalyan Ceza Kanunu ve İsviçre Ceza Kanunu, açığa imzanın kötüye kullanılmasını sahtekârlık saymışlardır (7).

Erman kanunumuzu, haklı olarak tenkit eder. Bu müellife göre "bu suçun ihlâl eylediği hak, mülkiyet hakkı olmayıp, ıslah, vasıtalarının her türlü sahtelik ve tanıhtattan masun olduklarına güvenmekten ibaret bulunan âmmenin itimadıdır ve binnetice, açığa imzanın kötüye kullanılmasında tecrimle korunmak istenen menfaat de âmmenin itimadıdır. Kaldı ki tevdi vaki olmaksızın açığa imzanın kötüye kullanılması bir sahtekârlık nev'i sayıp (TCK. 509, f. 2), mücerret önceden böyle bir tevdiün mevcudiyeti halinde -maddi unsurda ve failin kasdında hiç bir tebeddül bulunmamasına rağmen- aynı mahiyet görmemek bir tenakuz ve tezadı ihtiva eder" (8) . Esasen "beyaz bir varakanın suiistimalinde sahtekârlık cürmünden başka hiç bir cürüm yoktur" fikri Mehaz Kanunun hazırlık çalışmalarında ısrar ile müdafaa edilmiş ise de, failin müstakil cürüm sayılması fikri galip gelmiştir (9) .

Açığa imzanın kötüye kullanılması suçunda, "emniyeti suiistimal" suçlarındaki temellük (mal edinmek vasfı) unsur olarak mevcut değildir. Mehaz Kanunun hazırlık çalışmalarında açığa imzanın kötüye kullanılmasının emniyeti suiistimal ve sahtekârlık suçları arasında yer aldığı, fakat daha ziyade birinciye yaklaştığı, zira açığa imzanın kötüye kullanılmasında emniyetin suiistimal edilmiş olduğu fikri müdafaa edilmiştir (10) . Bu fikirde kat'iyet yoktur .

Açığa imzanın kötüye kullanılması suçunda hem emniyeti suiistimal, hem de evrakta sahtekârlık suçlarından karma bir vasfın mevcut olduğu

5) Fransız CK. 406, 407

6) Alman, CK. § 270

7) Yeni İtalyan CK. 486, İsviçre CK. 251

8) Erman, § 179, n. 369, aynı kanaat, Bulutoğlu, n. 183

9) Majno, (tercüme), n. 1956

10) Puglia, s. 386

da ileri sürülmüştür. Bu fikre göre kanun vazı daha ziyade bir tercih ameliyesini çözebilmek için fiildeki “emniyetin ihlali” vasfını daha hâkim saymıştır. Bu fikirde de vuzuh bulamamaktayız .

Zannımıza göre açığa imzanın kötüye kullanılması ile sahtekârlığın aynı iki suç sayılmasında isabet yoktur. Bir fikre göre imza sahibinin isabetsiz itimatı faile suçu işleme imkânını vermiştir . Diğer bir deyimle fail evvelden tasmin ettiği bir fiili, imza sahibinin ihtiyatsız emniyeti neticesinde işlemiştir. Böyle bir fiil, evvelden kararlaştırılmıştır, hazırlanmış fiiller kadar vahim sayılamaz (11) .

Bu fikre katılmak güçtür. İmza sahibinin ihtiyatsızlığı fiilin mahiyetini değiştiremez . İtimatdaki isabetsizlik, hiç olmazsa, cezayı azaltıcı bir sebep sayılabilir mi ? Bu da mümkün değildir . Bilâkis kendisine itimat edilmiş olan kimsenin suçu işlemesi cezayı arttırmalıdır (12) . Hatta bu itimat, failin cezasını azaltmak için sebep sayılsa dahi, suçun vashı değişmez . O halde ortada yalnız sahtekârlık suçundan başka bir suç yoktur. Kâğıdın faile tevdi edilmiş olmasında bir hususiyet görülüyorsa bu ancak sahtekârlıkta cezaya müessir bir hal telâkki edilmeli idi.

2. Suçun ön şartı : Faile “imzalı ve yazısız kâğıt” (= açığa imzalı kâğıt) “tevdi” edilmiş olmalıdır.

a) *İmzalı, yazısız kâğıt* : Bir anlayışa göre, kâğıt, imzalı ve yazılı ise tefrikte bulunmak lâzımdır. Eğer yazı hukuken hüküm ifade edecek kıfayette ise ve yapılan ilâvelerle bu hukuki muamelenin mahiyeti değiştirilmiş bulunuyorsa fiil “evrakta sahtekârlık ”dır. Zira böyle bir kâğıt “evrak” tâbirine girer ve yapılan şey “tağyir” den ibarettir . Meselâ imzalı ve aralıklı yazıyı muhtevi bir kâğıdın aralıkları doldurulmuş veya kâğıtda mevcut beyaz bir boşluğa yazı ilâve edilmiş ise suç “evrakta sahtekârlık” teşkil edecektir (13) . (TCK. 345, bazı hallerde TCK. 349, f. 2) . Buna mukabil imzalı ve bir muameleyi ifade bakımından eksik yazılı (bazı esaslı kısımları meselâ rakam haneleri boş bırakılmış) kâğıdın boş kısımlarının imza sahibinin nzasına aykırı olarak doldurulması halinde “açığa imzanın kötüye kullanılması suçu” işlenmiş olur (TCK. 509) .

Diğer bir anlayışa göre kâğıdın “imzalı yazısız kâğıt” sayılması ve dolayısıyla suçun açığa imzanın kötüye kullanılması veya evrakta sahtekârlık

11) Chauveau - Hélie, V, n. 2254

12) Garraud, VI, s. 479, n. 5

13) Aynı mahiyette, İtalyan Tem. Kar. (Manzini VIII, s. 438, nt. 2); Majno, m. 418, n. 1958

tekârlük sayılması için kâğıt üzerinde boş kısmın niçin bırakıldığına bakmak lâzımdır. Boşluk, imza sahibi tarafından, muayyen bir hususun yazılması maksadile bırakılmış ve o boşluğa fail tarafından yazılan ibare veya rakam imza sahibinin boşluğu bırakırken gösterdiği nazaya uygun değil ise suç açığa imzanın kötüye kullanılmasıdır. Bu ölçünün daha sarîh olduğunu zannetmekteyiz. Yeni İtalyan Ceza Kanunu bu hususu açıkça ifade lüzumunu duymuş ve “müminin doldurmak için bıraktığı herhangi boş bir kısmı” muhtevi kâğıdı “açığa imzalı kâğıt” saymıştır (14) . Bu suça ait hükümde Fransız Ceza Kanunu sistemini (15) takip etmiş olan kanunumuzda bir tarif bulunmaması isabetli olmamıştır.

TCK.nun “imzalı, yazısız kâğıt” tâbiri yerinde değildir. Zira kâğıdın tamamile boş olması gibi bir mana verebilecek olan bu ibare maksadı ifade etmemektedir (16) .

Hukukca hükmü haiz bir muameleyi ihtiva eden bir kâğıdın hile ile cebir veya tehdit ile imzalatılması 509. maddenin tamamile dışında ka- hr. Böyle hallerde, yerine göre, “yağma” (TCK. 496, 498, 499) veya “dolandırıcılık” (TCK. 503) hükümleri tatbik olunur (17).

Açığa imzalı kâğıdın kötüye kullanılması suçunun husule gelebilmesi için tevdiin serbestce olması şarttır (18) . Kâğıt hile ve sania ile ele geçirilmiş ise bu suç husule gelmiş olamaz. Açığa imzalı kâğıdın hile ve sania ile ele geçirilmesi halinde ise fiilin dolandırıcılık mı, yoksa sahtekârlık mı olduğunda tereddüt edilmektedir. İtalyan Temyiz Mahkemesinin her iki hususa dair kararları vardır . Zannımıza göre böyle hallerde “sahtekârlık” suçunu kabul etmek doğru olur. Zira hile ve sania ile elde edilen açığa imzalı kâğıt, henüz hukukca hükmü haiz bir muameleyi ihtiva etmemektedir. Bu itibarla dolandırıcılık şartı olan haksız menfaatin, açığa imzalı kâğıt doldurulmadıkça, temini mümkün değildir . Kâğıt doldurulduktan sonra artık evrakta sahtekârlık suçunun sahasına girilmiş olur (19) .

“Resmî evrak” da açığa imzanın kötüye kullanılması suçunun işlenip işlenemeyeceği hususunda yeni İtalyan Ceza Kanununda her türlü tereddüt

14) Yeni İtalyan K. 486, f. 2; Bu K. için bk. Valentino, 486, nt; Erman, § 178

15) Chauveau - Hélie, V, n. 2254

16) bk. Erman, § 178

17) Manzini, VIII, n. 2665; bk. Erman, n. 372, s. 417, nt. 691; Majno, m. 418, 1958; ; Pessina s. 390 ; kşz. Garraud, VI, n. 2609

18) Majno (tercüme), m. 418, n. 1957

19) bk. Pessina, s. 391; Garraud, VI, n. 2609

giderilmiştir. Bu kanun açığa imzanın kötüye kullanılması suçunun hususi evrakta ve resmi evrakta olmak üzere iki şeklini ayrı iki maddede göstermiştir (20) . Memur, vazifesi dolayısıyla kendisine tevdi olunmuş ve doldurmak mecburiyet veya selâhiyetini haiz bulunduğu. resmi bir varakaya yazmağa mecbur ve selâhiyetli bulunduğu muameleden başka bir muamele yazacak olursa resmi evrakta imzayı kötüye kullanmış olur (21) . Böyle hallerde memur hakkında 509. maddenin tatbiki mümkün olabilecek mi dir? Yeni İtalyan kanunundaki gibi bir hüküm kanunumuzda mevcut olmamasına rağmen aksi neticeye varmak doğru olmaz. Zira 509. maddenin ikinci fıkrasında resmi evrakta (altıncı bab, üçüncü fasıl) atıfta bulunmaktadır. Bu atıftan başka mana çıkarmağa imkân yoktur . Bununla beraber kanunumuzda sarîh bir hüküm bulunması daha doğru olurdu .

“Açığa paraf”ın açığa imza hükümlerine tâbi olduğu zannındayız, yeterki paraf hukuki netice tevliid edecek mahiyette olsun . Bir senedin bir satırındaki bazı kelimelerin çizildiğini tasdik için satır kenarı boşluğuna atılan parafın üstüne hukukca hükmü haiz ilâvenin yerine göre “sahtekârlık” veya “açığa imza” sayılması mümkündür (22) .

b) *Tevdi*: Açığa imzalı, kâğıdın faile “tevdî” edilmiş olması lâzımdır. Kanun basit bir “teslim” den değil, daha ziyade bir emniyet ifade eden “tevdî” den bahsetmektedir²³. Tevdîin imza sahibi tarafından bizzat yapılması şart değildir. Onun adına başkası tarafından da tevdiin yapılması mümkündür²⁴. Bu emniyetten dolayıdır ki fiil “emniyeti suiistimal” cürümlerine mahsus fasılda hükme bağlanmıştır. Kanunun kasdettiği maddî manada “tevdî” değil, bir itimat muamelesi olarak tevdi²⁵. Bu itibarla serbest bir irade mahsulü olmayan, meselâ “hile” ile Yesada uğramış bir niza mahsulü tevdi, maddî bir tevdi ise de açığa imzanın kötüye kullanılması suçunun unsuru olan ve bir itimat muamelesi olması lâzım gelen tevdi bu değildir.

“Tevdi” böyle bir kast mevcut ise 509. maddenin tatbikini gerekli kılar. Bir kimse, meselâ isminin doğru okunması veya adresinin bildirilmesi maksadile ismini bir kâğıda yazıp verecek olur ve muhatabı bu imzayı kötüye kullanırsa suç “evrakta sahtekârlık”dır. Zira böyle hadise-

20) Yeni İtalyan K. 486, 487

21) Bu hususta bk. Chauveau - Hélie

22) Paraf hakkında bk. Garraud, VI, s. 478, nt. 1

23) Giurifi, s. 321

24) Bk. Garraud, VI, s. 482, nt. 9

25) Pessina, s. 392; bk. Chauveau - Hélie, V, n. 2260

lerde açığa imzalı kâğıt "iade veya muayyen bir surette istimal" için (T.CK. 509) verilmiş değildir²⁶.

Vâdenin yazılacağı yer boş bırakılmak suretile faile tevdi olunan bir borç senedinin bu kısmının doldurulması halinde 509. madde tatbik olunamaz. Zira vâde yerinin boş bırakılması faile doldurmak vekâletini vermek demektir. Buna mukabil bir dilekçe yazılması için verilmiş imzalı yazısız kâğıdı borç senedi haline getirmek açığa imzanın kötüye kullanılmasıdır.

"Bu imzalı ve yazısız kâğıt esasen kendisine tevdi ve teslim olunmaypta bertakrip ele geçirerek" fail tarafından suç işlenmiş ise "altıncı babın üçüncü ve dördüncü fasıllarında beyan olunan ahkâma göre ceza verilir" (TCK. 509, f. 2). Bu itibarla meselâ alacaklıya bırakılan imzalı yazısız bir poliçenin üçüncü bir şahıs tarafından ele geçirilerek doldurulması halinde 509. madde tatbik olunamaz²⁷.

Açığa imzalı kâğıt, faile, imza sahibi tarafından değilde üçüncü bir şahıs tarafından imza sahibinin muvafakati olmaksızın "tevdi" edilmiş ise suç sahtekârlıktır²⁸. Diğer bir deyimle maddenin tatbiki için açığa imzalı kâğıda hukukca hükmü haiz muameleyi kendisine bu kâğıt tevdi edilmiş olan yazmış olmalıdır, meğer ki üçüncü şahıs faile vekâleten yazmış olsun²⁹. Bu sebeple "yazmak" ve "yazdırmak" aynı hükme tâbi tutulmuştur. Fail adına yazan üçüncü şahıs - şartları mevcut ise- "iştirak" hükümlerince cezalandırılır.

Fakat böyle düşünmeyen müellifler de vardır. Onların fikrine göre açığa imzalı kâğıdın kendisine tevdi edildiği kimsenin durumu ile kâğıdı bilerek dolduran üçüncü şahsın durumu aynı değildir. Kendisine kâğıdın tevdi edildiği şahsın zilyetliği meşrudur. Zira tevdi nazara müstenittir ve şahsına yapılmıştır. Üçüncü şahsın ise zilyetliği meşru değildir. Bu itibarla kendisine tevdiye bulunmuş kimsenin suçu "açığa imzanın kötüye kullanılması", kâğıdı dolduran üçüncü şahsın fiili ise "sahtekârlık" sayılmalıdır³⁰.

Bu düşüncenin doğru olmadığını zan etmekteyiz. Üçüncü şahsın "iştirak" hükümlerine göre cezalandırılmasını tabii görmekteyiz. Tév-

26) Bu hususta bk. Erman, n. 373

27) İtalyan Tem. kar. (Manzini'den naklen, VIII, s. 439, nt. 3)

28) Fransız Tem. kar. (18 Juill. 952, bk. code pénal, 51, bası, m. 407, nt. 6)

29) Suçta vekâlet için bk. Erem, Türk Ceza Hukuku § 113. B. ç.

30) Bk. Giurati, s. 325

din asıl failin şahsına yapılmış olması, üçüncü şahsın durumunu değiştirmez. Tevdi hâdisenin bütününe şâmilidir. Esasen "tevdi" mevcut olmasa idi, kâğıdın üçüncü şahıs tarafından doldurulmasına da imkân olamazdı. Şunu da itiraf etmek lâzımdır ki bu tereddüt açığa imzanın kötüye kullanılmasının sahtekârlığın değil de emniyeti suiistimalin bir çeşidi sayılmasından ileri gelmektedir.

TCK. bakımından şöyle düşünmek doğru olur. Kanunun 509. maddesinde açığa imzalı kâğıda hukukca hükmü haiz muameleyi "yazmak" ve "yazdırmak" dan bahsedilmektedir. Failin üçüncü şahsa bunu yazdırması, "azmettirme" (TCK. 64) şekillerinden biri olan "suçta vekâlet" den başka bir şey değildir. Bu itibarla eğer "Fail", kendisine vekâlet verenin suç kasdını biliyorsa, diğer bir deyimle, failde "iştirak" şartları mevcut ise açığa imzalı kâğıdı kötüye kullanmağa iştirakten cezalandırılması icap eder.

Üçüncü şahıs açığa imzalı kâğıdı doldurmamış, fail tarafından doldurulmuş kâğıdı, fail lehine kullanmış ise hakkında 296. maddenin tatbiki doğru olur. Açığa imzalı kâğıdı kötüye kullanması anî değil, "mütemadi suç" sayanlara göre ise kâğıt istimal edilinceye kadar suç temadi edeceğinden, üçüncü şahsın hareketi "cürmü neticelendirmekte yardım" (TCK. 296) sayılır ve iştirak hükümleri tatbik olunur³¹.

Açığa imzalı kâğıda hukukca hükmü haiz olan muameleyi yazan üçüncü şahıs, kâğıdın kendisine tevdi edildiği şahsın "yakın akrabası" (TCK. 259) ve hatta mirascısı³² olsa dahi 509. madde tatbik edilemez. Zira mirascının, ölüm ile nihayete eren ve şahsi itimada müstenit bulunan tevdi halef olması imkânsızdır.

3. *Maddî unsur*: Failin açığa imzalı kâğıda "hukukca hükmü haiz bir muamele" (TCK. 509) yazması ve yazdırması ile maddî unsur husule gelmiş olur. Bir muamelenin ne zaman hukukca hükmü haiz sayılacağı "ehliyetsizlerden faydalanma suçu" dolayısıyla tetkik edilmişti³³. (TCK. 505) orada olduğu gibi burada da muamelenin tevhit ettiği hukukî neticenin mameleke müteallik olması lâzımdır³⁴. Esasen "sistematik yorum" kaideleri başka türlü düşünmeğe imkân vermemektedir³⁵. Filhaki-

31) Bk. Garraud, VI, n. 2611; Giuriati, s. 325

32) Bu hususta bk. Manzini, VIII, n. 2665

33) Bk. Erem, dolandırıcılık (Ankara 956) ss. 41

34) Kşz. Erman, n. 374; Bulutoğlu, n. 188; Puglia, s. 396

35) Sistemantik yorum için bk. Erem, Türk Ceza Hukuku §, 7. C.

ka açığa imzalı kâğıdın "manevî zarar" tevhit edecek şekilde doldurulduğu hallere ender rastlanır. Fakat imkânsız değildir. Bir müessesese sahibinin açığa imzalı kâğıdı, tevdi ettiği şahsın, bu kâğıda o müessesede vakıtle çalışmış diğer bir kimsenin çalıştığı müesseseseye göndermesi halinde manevî zarar mevcuttur. Açığa imzalı kâğıda imza sahibinin şeref ve haysiyetini kırıcı hususlar yazılması halinde hakaret veya sövme husule gelmiş olabilir. Fakat böyle düşünmeyen müellifler de vardır³⁶. Onların kanaatine göre, açığa imzanın kötüye kullanılması, esasında "sahtekârlık" suçundan ibaret bulunduğundan zarar mağdurun manevî mamelekine de matuf olabilir. Kanununun 509. maddesinde kullanılan "hukukca hükmü haiz muamele" ibaresi, manevî zararları hariç bırakacak mahiyette değildir. Bu düşüncenin "sistematik yorum" a uymadığı aşikârdır. Fransız müellifleri mağdurun şahsına müteallik zararları da (bilhassa manevî zararları) açığa imzanın kötüye kullanılması suçuna dahil saymaktadırlar. Fakat Fransız Ceza Kanunu (m. 407) bu hususu açıkca tasrih etmiştir. Kanunumuzun 509. maddesinde ise böyle bir sarahat yoktur.

"Hukukca hükmü haiz" tâbirini geniş anlamak doğru olur. "Bir hakkı ihdas, nakil ve tahvil tecdit, ikrar, itfa, iskat" (HUMK. 288) gibi hususların bu tâbire dahil sayılması icap eder³⁸.

Muamelenin hukukca hükmü haiz olması kâfidir. Diğer bir deyim ile muamelenin hukuki netice tevhitine elverişli olmasını (zararın vukua gelmesi ihtimalini)³⁹ kanun kâfi saymıştır. İmza sahibinin zarar görmüş olması, zararın fiilen tahakkuku şart değildir.

Muamelenin esasen "batıl" olduğu hallerde "hukukca hükmü haiz" sayılmıyacağından zarar ihtimali de mevcut olamaz. Fakat "kat'i butlan sebepleri" dışındaki hallerde zarar ihtimalini hadisesine göre tayin doğru olur.

Kanunumuzda zararın "imzalı ve yazısız kâğıdın sahibi" ne matuf olması tasrih edilmiştir⁴⁰. "Kâğıdın sahibi" tâbiri "imza sahibi" manasındır. Zarar imza sahibinden, gaynsına, üçüncü şahıslara matuf ise

36) Bu hususta bk. Giurati, s. 327

37) Bk. Garraud, VI n. 2612

38) Bk. Bulutoğlu, n. 187; kşz. Dönmezer, n. 270

39) Majno (tercüme), m. 418, n. 1961; Puglia, s. 397

40) Mehaz K. nun hazırlık çalışmaları hakkında bk. Majno, m. 418, n. 1960

41) Aynı mahiyette, Puglia, s. 398

başka suçlar (meselâ dolandırıcılık) husule gelebilir⁴¹. "Mümziler birden ziyade ise bunlardan birinin zarar görmesi kâfidir"⁴².

İmza sahibinin "mirascı" lan "üçüncü şahıs" sayılmaz. İtalyan Temyiz Mahkemesine göre bir suçun tekemmülünden sonra husule gelen bir hadise (imza sahibinin ölümü) suçun mahiyetini değiştirmez ve mirascı kül halinde terekenin halefidir⁴³.

Suç hukukca hükmü haiz muamelenin açığa imzalı kâğıda yazılması tekemmül eder. "Bedelsiz kalmış senedi istimal etmek" suçunda (TCK. 509) ve "hususî evrakta sahtekârlık" suçlarında (TCK. 345) kanun varakının kullanılmasını şart koşmuş olmasına rağmen açığa imzanın kötüye kullanılmasında böyle bir şarta lüzum görmemiştir. Fakat Dönmezer şu kanaattedir: "suç mala karşı işlenen suçlardan olduğu için vücuda getirilen senedin kullanılmadığı hallerde mala taalluk etmek üzere failde cürmi kasdın mevcut bulunduğu söylenemez"⁴⁴.

Suçun meydana çıkması ve suç kasdının sübutu için çok defa kâğıdın kullanılmasına ve kullanılmaya teşebbüs edilmesine ihtiyaç vardır. Fakat kaideten istimal şart değildir. Mevaz Kanununun mer'î olduğu zamanda İtalyan Temyiz Mahkemesi "suçun teşekkülü için istimalin şart olmadığına, imzalı kâğıdın hukukca hükmü haiz olacak şekilde dolandırılmasının kâfi olduğuna"⁴⁵ karar vermiştir. İstimal, suçun unsuru değil, delili olabilir⁴⁶.

İmzalı, yazısız kâğıda fail tarafından, hukukca hükmü haiz muamele yazıldıktan bir müddet sonra kâğıdın kullanılmayarak, sahibine "iade" si kaideten fiili suç olmaktan çıkarmaz. Böyle hallerde 523. maddeye göre ceza indirilir.

Kâğıdın kullanılması yeni bir suçta vücut vermez. Kullanma, suçun tabii bir neticesidir, hırsızlıkta çalınan malın kullanılmasında olduğu gibi⁴⁷.

"Zamanaşımı" kâğıdın kullanılmasından değil, doldurulduğu andan

42) Erman, n. 374

43) İtalyan Temyiz içtihadı için bk. Puglia, s. 398, nt. 2

44) Dönmezer, n. 270; Bu kanaatin teyidi için bk. Majno, m. 418, n. 1961; Puglia, s. 398

45) İtalyan Tem. kar. için bk. Lucchini, m. 418, n. 3

46) bk. Puglia, s. 398; Bulutoğlu, n. 189

47) Garraud, VI, n. 2611; Manzini, VIII, n. 2667; Majno, m. 418, n. 1961; Puglia, s. 399

başlar⁴⁸. Bununla beraber kâğıdın ne zaman doldurulduğu sabit olmayan hadiselerde, zamanlaşımını istimalden hesaplamak mümkündür. Zira şüpheli kalan “maddi mesele” nin fail lehinde kabulü doğru olur. Bununla beraber zamanlaşımının kâğıdın “son defa istimal edildiği tarihten” başlamasını uygun gören müellifler de vardır. Böyle düşünönlere göre istimal, yazmın yazılması ile tekemmül etmiş olan suçtu tekrar ve devam ettirmiştiir. Fransız mahkeme içtiihadı da bu yoldadır⁴⁹.

Yeni İtalyan Ceza Kanununda açığı imzanın hususi ve resmî evraka göre tefrik edildiğini işaret etmiştik. Yeni İtalyan kanunu resmi evrakdaki açığı imzanın kötüye kullanılması suçunda varakanın istimalini şart koşmamakta. varakanın tanzimini kâfi saymakta, buna mukabil hususi evrak için istimali şart kılmaktadır.

Açığı imzanın kötüye kullanılması suçtu “mütemadi” değil, “ani” suçlardandır⁵⁰. Tevliit ettiğı neticelerin bir müddet devam etmiş olması onun “ani suç” olmak vasfını kaldırmaz. Şartları mevcut ise (TCK. 80) “müteselsil suç” husule gelebilir. Fakat açığı imzanın kötüye kullanılması suçunu “mütemadi suç” lardan sayan müellifler de vardır⁵¹. Böyle düşünönlere göre “zarar ihtimali” devam ettiğı müddetçe suç temadi eder. Açığı imzalı kâğıt zarar tevliit edemiyecek hale gelinceye veya zarar fiilen tahakkuk edinceye kadar suç temadi etmiş olur. Bu itibarla açığı imzalı kâğıdın doldurulması ile suç işlenmiştir. İstimal şart değildir. Fakat kâğıdın kullanılması mütemadi suçtu nihayet vermiş olur.

Bu suçun “şekli suç” lardan olduğunda ve dolayısıyla “tam teşebbüs” e müsait olduğunda birleşilmektedir⁵². Erman’a göre “fail kâğıdı doldurur veya başkasına yazdırırken mani bir sebebin haylûleti neticesinde icra hareketlerini tamamlamaktan alıkonma nakıs teşebbüs vaziyetini tahaddüs eder”⁵³.

Açığı imzanın kötüye kullanılması ile “dolandırıcılık” içtima edebilir. Fakat bunun için her iki suçun mağdurunun ayrı kişiler olması lâzım geldiğı zannındayız⁵⁴. Kendisine tevdi olunmuş açığı imzalı kâğıdı bir borç senedi haline getiren ve bu senedi “sanıa” (TCK. 503) olarak kulla-

48) Kşz. D. P. 1929. I. 71

49) Bk. Poittevin, s. 28; Garraud, VII, n. 2611, s. 488, nt. 23

50) Manzini, VIII, n. 2667

51) Ezcümle, Giurıati, s. 324

52) Bu hususta bk. Manzini, VIII, n. 2667, Erman, n. 376

53) Erman, n. 376

54) Kşz. Erman n. 376-378

nın haksız menfaat temin eden fail bu iki ayrı suçu işlemiş olur. Bu suçlardan biri diğerinin unsuru veya cezayı ağırlatıcı sebebi olmadığından "içtima" (TCK. 78) hali husule gelmiş sayılmalıdır.

4. *Manevî unsur*: Sucun manevî unsuru "umumî kasıt" dan ibaretdir. Kanun bu suçta "hususî kasıt" aramamaktadır. Mesalâ hırsızlıktan aranan "faydalanmak niyeti" (TCK. 491) bu suçta kanuni bir şart değildir. Bu itibarla "ızrar niyeti" ile de bu suç işlenmiş olabilir.

Açığa imzalı kağıdı, kullanmak için değil de, sadece "tehdit" maksadile, doldurmuş olan kimsede açığa imzayı kötüye kullanma kasdı mevcut sayılmaz. Nitekim sırf şaka maksadile hareket edilen hallerde de kasıt yoktur. Fakat bu, kâğıdın kullanılmasının suçun unsuru olduğu manasına gelmez. Kasıt unsurunun bulunmadığına delâlet eder.

5. *Şikâyet*: Suçun basit halinin takibi "şikâyet" e bağlıdır (TCK. 509, f. 1). Açığa imzanın sahibinin talimatı hilâfına kâğıdı dolduran kimseye bilâhare verilen "icazet" şikâyet imkânını kaldırır.

İcazetin aksi de mümkündür. Açığa imzanın kötüye kullanılması suçunda "tevdî" in rızaya müstenit olması lâzımgeldiği evvelce izah edilmişti. Rızaya müstenit bir tevdiden sonra rızanın geri alınması halinde suçun vashı değişecek midir? Mesele, açığa imzalı kâğıt, kendisine rızaen tevdi edildiği kimse tarafından henüz doldurulmadan evvel, kâğıdın geri istenmesine rağmen iade edilmemesi hadiselerinde ehemmiyet arzeder. Bazı müelliflere göre⁵⁶ açığa imzalı kâğıdın tevdiine "itimât" esas olduğuna göre rızanın sona ermesile artık itimattan ve dolayısıyla itimadın suiistimalinden bahsedilemez. Bu itibarla hadisede açığa imzanın kötüye kullanılması suçu değil, "sahtekârlık" suçu mevcuttur. Aksi fikirde olan müellifler şöyle düşünmektedirler: tevdi "vekâlet" vashı görüldüğü takdirde rızanın geri alınması suçun vashının değişeceğini kabul etmek mümkündür. Bir itimat muamelesi olan "tevdî" ile "vekâlet" i aynı mefhum olarak kabul etmenin hukukî bir esası yoktur. Zira iki mefhumun mahiyetleri ayırdır. Ceza hukuku daima hususî hukuk kaidelerini takip etmiş değildir. Ceza Kanunu, açığa imzayı kötüye kullanmayı müstakil suç sayarken, "tevdî" vakiasını, suçun işlenmesini kolaylaştıran bu vakıayı, nazara almıştır⁵⁷.

Suçun şiddet sebepli şeklinin takibi resen icra olunur (TCK. 509, f. 2). Böyle hallerde "icazet" in tesiri yoktur.

55) Bu hususta bk. Chauveau - Hélie, V, n. 2262

56) Nocito (Puglia'dan naklen, s. 392)

57) Puglia, 393

6. Ceza: TCK. 509. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm, birinci fıkradaki suçun "şiddet sebebi" değildir. Suçun vasfını değiştiren (CMUK. 258) bir sebeptir. Bununla beraber "ortak" lara sirayet eder (TCK. 67).

Mala karşı işlenen suçlara ait cezaya azaltıcı (TCK. 522, f. 1, 523, 524, f. 2) ve cezayı arttıcı (TCK. 522, f. 1) sebepler açığa imzanın kötüye kullanılmasında da tatbik olunur. "İka edilen zararın fahiş veya hafif veya pek hafif" olması (TCK. 522) ancak kâğıdın kullanılması halinde nazara alınabilir. Hususi şiddet sebebi için bk. TCK. 510.

7. Sübut: Hususi hukukta kaideten açığa imza müteber olduğuna göre kâğıt muhtevasının aksini, muayyen bir miktardan fazla meblâğlarda (HUMK. 288) ceza davasında "şahit" ile isbat mümkün sayılacak mıdır? Fransız mahkeme içtihadı bunu mümkün görmemektedir⁵⁸.

Majno hâdisinde isbat edilmesi icap eden hususun taahhüt olmayıp açığa imzalı kâğıdın teslim ve tevdi olunduğu, muayyen bir meblâğdan fazlasının yazılı delil ile isbatı kaidesinin, "tevdî" hususunun şahitle isbatına mani bulunmadığı kanaatindedir⁵⁹. Diğer bazı müellifler ise şu fikirdedir; açığa imzalı kâğıdın kötüye kullanılması suçunda tevdi maddî, bir vakta olarak şahit ile isbat edilebilirse de, aynı zamanda bir "vekâlet" de ihtiva eden tevdideki bu hususiyeti şahit ile isbat yoluna gitmek, yazılı delilin akitten evvel ihzan yolundaki kaideyi bertaraf etmek olur⁶⁰.

Türk hukuku bakımından meselenin "yalan yere yemin" hakkındaki esaslara göre tayini doğru olsa gerektir⁶¹. Hukuk Usulünde "senetle isbat kaidesinin istisnaları"⁶² pek çok hadiselerde isbat kolaylığı sağlayabilmektedir. Bilhassa açığa imzanın kötüye kullanılması suçu bakımından yakın akraba arasındaki delil serbestisi, ticarî sahadaki aynı serbesti, akdin senede bağlanmasının âdet olmadığı hallerdeki istisnalar, yalan yere yemin hakkında ceza ile hukuk sahasını birleştiren Tevhidi İctihat kararına rağmen, ceza davalarda delil kolaylığı sağlayabilmektedir.

58) Angers, 12 Juill. 1907, D. P. 1907. 2. 398 (bk. Dalloz, code pénal 51. bası, 1954, m. 407, nt. 3)

59) Majno, m. 418, n. 1963

60) Garraud, VI, n. 2613

61) Erem, Adliye aleyhine cürümler, s. 47, n. 4

62) bk. Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, (5. Bası, 1953) n. 144