

FRANSIZ VE ALMAN HUKUKUNDA DOLANDIRICILIK (*)

Mukayeseli etüd

Yazan :

Dr. Gérard Jacoby

Breslau Mahkemesi sabık hâkimlerinden

MEDHAL

Dolandırıcılık başkalarının servetine ika edilen suçlar arasında fail tarafından en çok mehareti icap ettirendir. Dolandırıcı kendisine ait olmıyan bir şeyi çalmak suretile almaz, bunu bizzat mağdur kendisine verir. Yalnız, dolandırıcılığa hedef olan bu teslimi ne yağmada olduğu gibi cebir ve şiddet tahtı tesirinde, ne de şantajda olduğu gibi tehdit altında yapar. Bilâkis mağdur, mücrimin talep ettiği şeyleri ona kendi ihtiyarile tevdi eder; dolandırıcı kuvvet yerine ikna edici vasıtalar kullanır (1).

Dolandırıcı mağduru, yalan ve desise ile, hakikate mugayir hal ve vakıaların mevcudiyetine inandırmak ve böylece muayyen bir fikir tevlit ve hayaller yaratmak suretile gayesine ulaşır. Şu halde bu suç, fail tarafından büyük bir mehareti, hattâ şayanı dikkat diyebileceğimiz bir zekâyı icap ettirmektedir. Bu itibarla dolandırıcılık suçunun men'i, vaznı kanunu güç bir vazife karşısında bulundurmaktadır: Ceza kanununa dercedilen kat'i tabirleri muhtevi bir madde ile bu suçun vücuda getirebileceği sayısız tenevvüü ihata etmek. Etüdümüzün gayesi iki büyük komşu milletin mevzuatının bu güç meseleyi nasıl hallettiğini teşrih eylemektir. Mevzuumuzun alâkabahş olması da, iki mevzuattan her birinin farklı bir hukukî an'aneye sahip bulunduğundan ileri gelmektedir. Do-

(*) Revue internationale de Droit pénal 16 e Année, No. 1, 1 er trimestre 1939, s. 166-189.

(1) Goyet, Précis de droit pénal spécial, 3 e édit., 1937, No. 534, s. 406.

landırıcılığa müteallik olmak üzere yapacağımız mukayesede, iki memleketin mahkeme içtihatları veya doktrinninde bu mebhaste meydana çıkarılabilen bütün teferruat ve münakaşalara girmekten sarfı nazar etmek mecburiyetindeyiz. Aksi takdirde etüdümüzün dışına çıkmış oluruz. Biz, ancak mevzuumuz bakımından halen tayin edilmiş en çok cari nazariyeyi, tarafeynden her birine ait mer'i nazariye ve müstakar içtihatla teyit ve bilâhare bunlardan sızan hukukî neticeleri izah etmek emelindeyiz. Etüdümüz sadece her iki memlekette dolandırıcılık telâkkisine müteallik prensiplerin tebarüz ettirilmesinden ibaret olacaktır.

BİRİNCİ KISIM

Fransız hukukunda dolandırıcılık

Ceza Kanununun 405 inci maddesi, her kim esassız teşebbüsler, mevhum bir itibar veya nüfuzun mevcudiyetine inandırmak, yahut da bir tesadüf, kaza veya diğer her türlü esassız hâdiseden bir ümit veya korku uyandırmak için ister sahte isim ve sıfatlar kullanmak, ister hile ve sanialar istimal etmek suretile nücut, eşya veya esham, tahvilât, bono, muvakkat tahvil senedi, makbuz veya ibra senedi tevdi veya teslim ettirtir ve bu vasıtalarla birile, başkasının servetini tamamen veya kısmen dolandırır yahut da dolandırmaya teşebbüs ederse.... cezalandırılır, der.

Ceza Kanununun 405 inci maddesi, failin hile ve sanialar kullanmak suretile muhatabının kafasında yanlış bir zan yaratan fiilini ve bu suretle kendisinden, kanunen tadat edilen şeylerin teslimini elde etmesi keyfiyetini, dolandırıcılık olarak cezalandırmaktadır.

Suçu vücuda getiren dört unsur şunlardır:

1. — Hile ve sanialar istimali,
2. — Mağdur tarafından bazı eşyanın tevdi veya teslimi,
3. — Mağdurun eşyayı teslim etmesi dolayısıyla husule gelen zarar,
4. — Failin intifa kasdi.

Şimdi, dolandırıcılık suçunu tavsif eden bu dört şartın mufassal bir izahını yapalım.

1. — *Hile ve sanialar istimali:*

405 inci madde ile derpiş edilen «hile ve sanialar» nelerdir?

Hakikat halde kanun metninin tam tetkikinden, iki nevi hile ve sania mevcut olduğu neticesine varılır:

- a) Sahte isim ve sıfatlar istimali,
- b) Hile ve sanialar istimali.

«Kıymetlerin tevdiini intaç eden sahte isim istimali, dolandırıcılığın teşekkülü için kâfi olduğundan, artık ayrıca hile ve saniaların mevcudiyetini aramağa lüzum yoktur.» [30 Temmuz 1927 tarihli T. M. kararı; Sirey, 1929, I, 159].

Kanunun aşağı yukarı kat'i bir şekilde tavsif ettiği ilk iki vasıtanın istimali - sahte isimler, sahte sıfatlar - mücerret mevcudiyetleri hasebile müstelzimi cezadır. Halbuki hile ve sanialar, üçüncü mefhum, daha az kat'i, daha müphem bir tabirdir ve bunun için izahı daha güçtür. Biz şimdi vazı kanunun «sahte isim ve sıfatlar» istimali ile neyi kasdettiğini izah edecek, daha sonra da «hile ve sanialar» tabirini tetkik edeceğiz.

Sahte isimler:

Sahte isim kullanan, hakikatte kendisine ait olmıyan bir isimden istifade edendir. O, kendisinin olmıyan haricî bir nişane kullanır ve böylece hüviyeti üzerinde bir yanlışlık yaratır. Bu ismin üçüncü bir şahsa ait olması veya hayali bulunması haizi ehemmiyet değildir; eşya, esham, nükut, ve saire teslim ettirmek noktai nazarından mücerret sahte isim istimali, 405 inci madde ile cezalandırılmıştır. 405 inci maddenin metninden şu çıkar ki, sahte isim istimali nükut tesliminin sebebi müvellidi olmalıdır. Binaenaleyh, sahte isim istimali mağdurun harekâtını tayin etmedikçe, suç mevcut değildir.

Diğer taraftan, nükut ve saire teslim ettirmek için mücerret sahte isim istimali, dolandırıcılık suçunu vücuda getirmek için kâfidir. Dolandırıcının, doğru gibi göstermek dâiyesinde kâzip ifadesine haricî vakıalar terfik etmesi lâzım gelmez. Kanunen muayyen gaye içinde mücerret sahte bir isim istimali, dolandırıcılık olarak müstelzimi cezadır. [30 Temmuz 1927 tarihli T. M. kararı; Sirey, 1929, I, 159].

Sahte sıfatlar:

Tıpkı sahte isim istimali gibi sahte bir sıfat istimali de kanunî takibatı muciptir. «Sahte bir sıfat» nedir? Bunu bir kelime ile tarif güçtür. Bu, «sahip olunmıyan bir akrabalığı, bir iş, bir vazife, bir unvanı kendi kendine izafe etmektir.» [Garçon, C. P. anno-

té, mad. 405, No. 79]. Başka bir ifade ile, itimat telkin etmek, mağduru kendi malî iktidarına inandırmak mahiyetini haiz her türlü vasıftır. Belçika Temyiz Mahkemesi bir kararında bunu şöyle izah etmiştir: «Sahte sıfattan, bilâtefrik, üçüncü şahısları aldatmak gayesile ittihaz edilen ve onlara ancak bu sığata binaen uzlaştıkları hususunda bir itimat telkin eden her türlü sıfat anlaşılır».

Mahkeme içtihatları bir kimsenin paye ve unvanlarını, ailevî vaziyetini, mesleğini «sıfat» olarak tavsif etmiştir. Bunlara göre hakkı olmaksızın, kendi kendilerine memur, meb'us, âyan azası, belediye encümen azası, ilh... unvanını verenler, sahte sıfat istimal etmiş telâkki olunurlar. Fakat daima resmî bir unvan olması iktiza etmez. Nükut ve saire teslim ettirtmek için kendisini, hakkı olmaksızın vazifedar, şerik, vekil, mümessil olarak gösterenler de bir dolandırıcılık suçu irtikâp etmiş olurlar. Sahte isimler istimalinde olduğu gibi, mücerret sahte sıfat istimali, yani sırf kâzip ifade, kendisine haricî vakıalarla istinat edilmese bile, suçu terkip eden bir unsur olur.

Hile ve sanialar:

Dolandırıcılıkta başlıbaşına ve haddi zatinde kesretle müstamel bir vasıta olan «hile ve sanialar» ın tarifi daha güçtür. 405 inci madde anlamında hile ve sania nelerdir? Bunu iyi anlamak için kanunun mülâhaza ettiği gayeyi hesaba katmak lâzımdır: (Sanialar) tabirinin kanunun metnine dercedilmiş olması da göstermektedir ki, mevzuubahs olan sadece kâzip bir ifade değildir. [Lévy Georges: De l'action furti en droit romain, des éléments constitutifs du vol, de l'escroquerie et de l'abus de confiance en droit français: thèse, Paris, 1885].

Vazı kanun, ne kadar büyük olursa olsun, mücerret yalanın Ceza Kanunile men'ini arzu etmemiştir. Bundan evvelki bahislerde gördük ki, nükut ve saire teslim ettirtmek gayesile mücerret sahte bir isim veya sıfat istimali dolandırıcılık suçunu vücuda getirmektedir.

Başka delil vasıtaları ile desteklenmemiş mücerret bir beyanın dolandırıcılığın unsuru olarak tavsifi ancak evvelce zikredilmiş bulunan şu iki hale hasredilmiştir: Sahte isim ve sıfatlar; bu iki hal dışında failin, doğru zannını vermek için sahte ifadesine daima haricî bir fiil, hareket terfik ve ilâve etmesi lâzımdır. İşte ceza hukukundaki dolandırıcılık ile hukuktaki hilenin farkı bu noktadadır (madde 1116). Hukukta bir şahsı kandırmak ve hataya sev-

ketmek için kullanılan her türlü yanlış ifade, hile olarak tavsif edilmiştir. [BK. Capitan, Droit civil, 1, 59, 60; 11, 42. Code Dal., annoté, 1116; Planiol, Rép. Esmein, t. VI, No. 201].

Ceza hukukundan farklı olarak hukukta diğer tarafın bilmekte menfaati olduğu bir hâdiseyi sükût içinde geçiştirmeğe müncer olan atalet hali bir hile şeklini teşkil ettiği halde, ceza işlerinde, hukukta hile olarak tavsif edilen fiil, sania tesmiye olunur ve fakat bu yanlış beyanata hiç bir haricî hareket inzimam etmemiş bulunduğu takdirde cezasız kalabilir. [Planiol, Rép., op., cit.].

Sahte ifade kendisine bir hareket, bir haricî fiil «mise en scène» inzimam eder etmez, 405 inci maddede derpiş edilen hile ve saniaya inkilâp eder. Şu halde 405 inci maddedeki (sanialar) tabirinden ne anlamak lâzımdır? (2).

«Yalanları teyide muhtas bir vaz'ı sahne (mise en scène) maddi hareket ve haricî vakıalar birer saniadirlar» [Garçon, C. P., annoté, mad. 405, No: 18].

Hile ve sanialar istimali muhtelif şekiller tahtında vücut bulabilir: Yanlış ifadelere itibar celbetmek için şahsi otoritesile onları desteklemek suretile üçüncü bir şahsın müdahalesi, sahte evrak arzı.

Hile ve sanialar tabirinin umumî manası böylece teessüs etmektedir. Kaydeylememiz icap eder ki, maruf müelliflerin de kabul ettikleri veçhile bu tabirin tam ve kat'î bir tarifi hemen hemen aşılmaz bir güçlüğü maruz kalmaktadır. [Garçon, C. P. annoté, madde 405, No. 18]. Mevzuu daha iyi kavramak gayesile «hile ve sanialar» dan ne anlamak lâzım geldiğini mahkeme içtihatlarından aldığımız misallerle göstereceğiz.

Üçüncü bir şahsın müdahalesi:

Sahte bir ifadeyi desteklemenin «klâsik» çarelerinden biri, üçüncü bir şahsın müdahalesini temindir. Müdahale eden harekâtile, yazıları, sözleri, hattâ mücerret mevcudiyetile mağdurun kafasında yalana bir mesnet bahşeder. Üçüncü şahsın müdahalesi daima bir sanialar teşkil eder; çünkü bu suretle yalan daha kuvvet-

(2) Temyiz mahkemesi yen i bir kararında bunu şöyle ifade etmiştir (Sirey, 35, I, 159): «Mücerret yalanlar, hattâ yazı ile vücuda getirilmiş olsalar dahi, dolandırıcılığın karakteristik hile ve sanialarını vücuda getiremezler. Ancak bu yalanların mevcut olduğuna itimat telkin eden haricî bir fiilin inzimam etmesi takdirindedir ki, dolandırıcılığa vücut veren hile ve sanialar husule gelmiş olur.»

li bir kat'iyet derecesi iktisap eder. «M... in hileye bilerek veya bilmiyerek iştirak etmesinin ehemmiyeti yoktur; onun müdahalesi X...in yalanlarına hakiki hile ve sanialar vasfını veren harici fiili teşkil eder.» [T. M., 10 Eylül 1880 tarihli kararı; D. 81, 1, 144].

Üçüncü şahsın hüsnüniyet veya suiniyet sahibi olmasının ehemmiyeti yoktur. Yeter ki onun müdahalesini fail temin etmiş, ve hattâ üçüncü şahıs failin şuarsuz bir vasıtası olmuş bulunsun. O müdahale ve şahadetile yalanı doğru gibi göstermekte, yalana kuvvet ve itimat vermektedir.

İşte bir kaç misal: Bir emtia alıcısı, emtia tartan üçüncü bir şahısla müştereken tartıların ayarını bozarak satıcıya hileli bir surette azaltılmış ağırlıkları fazla gibi gösteren yanlış tartı puslaları arz ediyor. [Bak. T. M., 11 Şubat 1926, Dal. hebd., 1926, s. 165].

Üç şahıs, evvelce aralarında tevzi ettikleri muhtelif rolleri oynayarak bir gayri menkulü fâhiş bir fiyatla satın alması için bir kimse üzerinde (kendisinin haberi olmaksızın) birlikte müessir oluyorlar. [T. M. 12 ve 17 İkinciteşrin 1864 tarihli kararları; Sirey, 65, 1, 332].

Dolandırıcıların ekseriya kullandıkları bir vasıta da sahte evrak vücuda getirilmesidir. Burada da vaziyet üçüncü bir şahsın müdahalesindeki aynidir. Failin vücuda getirdiği sahte evrakla kuvvet bulan kâzip ifade daha doğru gibi olur. Üçüncü bir şahıstan sadir olmuş görünen yalana emniyet vermek dâyesinde, ona harici bir unsur ilâve eden tek varaka sahte evrak addedilmiştir.

Yalnız fail tarafından yazılmış ve hattâ bir senede dercedilmiş olan mücerret beyan, ifadelere, onları daha mukni yapabilen hiç bir harici unsur ilâve etmiş olmaz. Burada mevzuubahs olan şey mahkeme içtihatlarının şifahi yalana benzettiği mücerret yazılı yalandır. «Mücerret yalanlar yazı ile vücuda getirilmiş ve hattâ tekrar edilmiş olsalar dahi dolandırıcılığın karakteristik hile ve sanialarını meydana getiremezler.» [Dal., 1896, 1, 220]. Bedihidir ki yazı - bilhassa matbu olanı - halka şifahi beyanattan daha çok itimat telkin etmeğe müstaittir. Fakat ne mahkeme içtihatları, ne de doktrin, kanunun «hile ve sanialar» tabirini yazı ile irtikâp edilen yalanlara teşmil etmemişlerdir. Bu itibarla neşir yolile, ezcümle gazetelerdeki ilânlarla, prospektüs ve afişlerle yapılan aldatmaların büyük bir kısmı filen cezasız kalmaktadır. Beyanat, harekât, sahte vaidler açıkça failden sadir olduklarını gösteren bir vaziyet arz ettikleri takdirde hileli neşriyat, 405 inci madde anlamında bir hile vücuda getirmez.

Mağduru hayali müesseselerin mevcudiyetine inandırmak keyfiyetinin mevzuubahs olduğu hallerde Temyiz Mahkemesi içtihadının mühim bir tahdit yaptığı görülür. Bir çok hallerde ilânen yapılan taahhütlerin mevcudiyetine inanan kimselerin paralar döktüğü, böyle bir şey olmadığından bu paraların heba olduğu vakidir.

Bir çok aldatmaların matbuat kanalile irtikâp edildiği görüldüğünden, Temyiz Mahkemesi, sahte taahhütlerin sıhhatine inandırmak gayesile gazetelere dercedilen ve akabinde ticarî muamele ve eşya tevdiini müeddi olan ilânların yazı ile vücut bulmuş mücerret yalanlar değil, kendilerine kuvvet ve itibar atfettirmek için matbuat yolundan istifade edilmek suretile yapılan neşriyattan (reklâmdan) mütevellit hakiki birer vaz'ı sahne olduğunu beyan etmiştir. [26 Mart 1934 tarihli karar; Gaz. Pol., 1934, 1, 996]. Burada mevzuubahs olan bazı teşebbüslerle yapılan mübalâğalı veya sahte vaidler değildir; bunlar zaten tecziye edilmeyen mücerret yalanlardır. Hakikatte, mahkeme içtihatları «hile ve sanialar» istimalini para tevdi ettirmek gayesile aslında mevcut olmayan bir taahhüdün mevcudiyetine inandırmak vakiasında görmektedir. İşaret edelim ki, cürmî olarak müşahede edilen, vaidlerin muhtevası değil, sadece, etrafında bütün bu sun'î neşriyat yaratılan bir müessesenin ademi mevcudiyeti vakiasıdır.

Mahkeme kararlarına göre, üçüncü bir şahsın müdahalesi ve sahte evrak meydana getirilmesi hile ve saniaların ekseriya müracaat edilen şekillerini vücuda getirmektedir. Demek oluyor ki «hile ve sanialar» tabiri çok geniştir ve hudutsuz her türlü ef'al ve harekâtı ihtiva etmektedir. Bunu şöyle ifade etmek mümkündür: Lâalettayin bir haricî vakıa, bir fiil, bir vaz'ı sahne kâzip bir ifade ile, bunu teyit ve takviye dâiyesinde birleşir birleşmez «hile ve sanialar» a inkilâp etmektedir.

2. — Maddî bir şey tevdi :

Dolandırıcılığın ikinci unsuru da maddî bir şey tevdiidir. Dolandırıcının elde etmek istediği şeyleri sıralayan kanunun metni, olduğundan daha geniş bir manada alınmalıdır: «Borç, taahhüt, senet... tabirleri başkasının servetine zarar iras edebilen ve kendilerinden hukukî bir rabita inbias eden bütün fiilleri ihtiva eder.» [T. M. 29 İkinciteşrin 1338; Pal., 38, 1, 488].

Tevdi edilen şeyin nev'i ne olmalıdır? Mer'î içtihat ve doktrin her şeyin teslimin mevzuu olabileceğini kabul etmektedirler. Bu-

nunla beraber maddî bir şeyi tevdi etmek mevzuubahs olmalıdır. «Bizatihi tevdi etmek kelimesi maddî bir hareket fikrini tazammun eder.» [Lévy, op. cit., s. 163].

Bir yolcu, kumpanya memurlarını bileti olduğuna inandırmak için hile ve sanialar istimal etse bile, biletsiz seyahat etmek, ortada maddî bir tevdi olmadığından hiç bir suç vücuda getirmez. Fakat yolcu hile ve sanialar kullanarak kendisine bir bilet teslim edilmesini temin ederse, vaziyet değişir (3).

naate Garraud itiraz etmiştir: Droit pénal spécial C. IV, No. 2566, s. 367-368.

Paris İstinaf Mahkemesi, üçüncü bir şahsın isim ve sıfatını alarak umumî bir yere duhuliye parası vermeden giren bir maznunu beraet ettirmiştir. Hükümde hiç bir «bilet, kart veya markanın kendisine tevdi edilmemiş olmak» vakıası esbabı mucibe olarak gösterilmiştir. [Gaz. Dal., 1872, 1, 92].

Aynı şekilde üçüncü bir şahsa ait bir seyahat pasosu ile bedelini vermeksizin seyahat eden bir yolcu, beraet ettirilmiştir. [T. M. 3 Kânunusani 1890; Dal., 95, 1]. Buna mukabil kendisini sahte bir şekilde zabıt olarak tanıtan ve bu suretle kendisine bir bilet tevdi edilmesini temin eden bir kimse, dolandırıcı addedilmiştir. [T. M. 22 Şubat 1889; Sirey, 89, 1, 273].

405 inci maddenin tahdidî bir tadat ihtiva edip etmediğini münakaşa etmekten sarfı nazar ederek, ve mer'i içtihat ve doktrini göz önünde bulundurarak daima maddî bir şeyin tevdi edilmesi lâzım geldiğini söyleyebiliriz. [Bak. Garçon, op. cit., mad. 405, No. 101-102]. Bu itibarla bir senet, bir ilmühaber, bir tavsiye mektubu, bir açık imza, ilh... kâfidir. Bu unsur yoksa dolandırıcılık ta yoktur: Bir kimse borcunun tamamının tediye edildiğine inandırmak gayesile 1.000 franklık bir makbuza satırlar arasındaki bir boşluktan istifade ederek, «bütün hesabın bakiyesi» ibaresini hileli bir şekilde dercetmiştir. Temyiz Mahkemesi «dermeyan edilen hile ve sania, eşya ve kıymetler tevdiini elde etmek gaye ve ne de neticesini istihdaf etmediğinden» maznunu beraet ettirmiştir.

Tevdi edilen eşyanın bir piyasa rayicine malik olup olmaması haizi ehemmiyet değildir. Temyiz Mahkemesi bir çok kararlarında failin 405 inci maddedeki vasıtalarla intihap puslalarını (bunları imha etmek için) [Bak: Dal., 82, 2, 152] veya bir hususî mektubu [Sirey, 68, 2, 76] veya bir belediye meclisinin dahilî raporunu (umumun ittilâna arz için) [Bak., Gaz. Trib., 22 Birincikânun

(3) Garçon, op., cit. M. 405, No. 102; Goyet, op., cit. No. 450. Bu kanaate Garraud itiraz etmiştir: Droit pénal spécial C. IV, No. 2566, s. 367-368.

1887; Dorigny Paul, Etude de la loi et de la jurisprudence sur les délits constitutifs de l'escroquerie, thèse, Paris, 1889, sahife 160 ve mütea.] elde ettiği hallerde dolandırıcılığa hükmetmiştir.

Dolandırıcılık, «farklılaşma yolile hırsızlıktan müştak» bir suçtur. [Bak., Planiol, Rév. crit de Lég. et de Jur., 1898, dol civil et dol criminel, s. 557, No. 18]. Hırsızlığın mevzuu olabilen her şey dolandırıcılığın da mevzuu olabilir (4).

Elektrik cereyanı maddî bir şey olmadığından, dolandırıcılığa mevzu olamaz (5).

Bütün bu mülâhazalardan çıkan netice şudur ki, fail herhangi bir şeyin maddeten teslimini elde etmeksizin bir yere serbestçe girme, meccanî nakil [Dal., 99, 1, 225] gibi bazı menfaatler elde etmişse, bunlar birer vesika ile olsa bile (bilet, marka, ibra makbuzu), dolandırıcılık yoktur.

3 ve 4. — Zarar ve failin hileli kasdi (intifa kasdi) :

Dolandırıcılığın maddî unsurlarını tetkik ettik. Fakat dolandırıcılıktan müttehem olarak tecziye edilir. Teşebbüs, müstelzimi hile ve sanialar istimal etmesi, haricî vakıalar tahakkuk ettirmesi kâfi değildir. Fiillerin, gayrin servetinin bir kısmını mal edinmek kasdile de müterafik olması lâzımdır. Haricî vakıalara failin gayre zarar vermek irade ve bilgisi de ilâve edilmelidir (6).

Kendisini sahte isimle tanıtan veya kendisine sahte sıfatlar izafe eden bir kimse, bunu başkasının mallarını kendisine teslim ettirtmek gayesile yapmadıkça, bir dolandırıcılık - ve hattâ buna teşebbüsü bile - irtikâp etmiş sayılmaz. Kendisinde dolandırıcılık evsafı bulunmayan her fiil, 405 inci madde ile menedilen suç olmaktan çıkar.

(4) İşaret etmek gerektir ki, Alman vaznının - ileride görüleceği veçhile - dolandırıcılık telâkki ettiği ve fakat Fransız Ceza Kanununun 405 inci maddesine girmiyen hileli harekât ve ef'alden bir kısmı «mahsulâtı ziraiye ve mevaddı gıdaiyenin tağşışı ile emtia satışında hilenin men'i» ne dair kanunla (11 Ağustos 1905 tarihli kanun) menedilmiştir. 26 Haziran 1873 tarihli kanun da kendisi için tediyeinin adimülîmkân olduğunu bildiği halde, lokantalarda yiyip içeni «filouterie» ve «grivèlerie» olarak tecziye etmektedir.

(5) Temyiz Mahkemesinin 27 Temmuz 1912 tarihli kararının ihtiva eylediği hâdisede [Sirey, 1913, I, 338] maznun elektrikten istifade etmek için bir kablo asmakla kalmamıştı da, gayri sahih rakamlar üzerine müesses bir ibra makbuzu (şu halde maddî bir tevdi) elde etmişti.

(6) Garçon, op., cit., madde 405, No. 124-125; Dorigny, op. cit., s. 207; T. M. 20 İkincikânun 1855, Dal., 55, I, 87.

İKİNCİ KISIM

Alman hukukunda dolandırıcılık

Dolandırıcılığın Fransız hukukundaki farik unsurlarını tetkikten sonra mahkeme içtihatları ve mer'î doktrinin manalandırdığı şekilde dolandırıcılık mevzuunda Alman kanununun tetkikine başlayalım. Her iki mevzuat arasında mevcut yakınlık hasebile, biz burada daha ziyade aradaki farklar üzerinde duracağız.

Alman Ceza Kanununun 263 üncü maddesi şu şekilde sevkedilmiştir: «Her kim, ister yalan vakıalar dermeyanı, ister hakikî vakıaları tahrif veya gizlemek suretile olsun, kendisine veya üçüncü bir şahsa gayri meşru nakdî bir menfaat temin etmek için başkasının servetine, o kimseyi hataya sevk etmek veya o kimsede mevcut hatayı kullanmak suretile zarar iras edecek olursa, dolandırıcılıktan müttehem olarak tecziye edilir. Teşebbüs, müstelzimi cezadır.» [Traduction officielle du Commissariat général de la République, d'Alsace-Lorraine, Paris, 1919, imprimerie National].

Bu metne göre dolandırıcılığı şöyle tarif edebiliriz: Dolandırıcılık (Betrug) zenginleşmek kasdile sebebiyet verilen ve hile yoluyla aldatma (illusion = tromperie) neticesi vücuda getirilen mameleke müteallik (arglistige Tauschung) bir zarardır. [Bak., Listz, édi. fran., § 139, s. 262].

Alman kanununun metninden şu çıkarılabilir ki, bu kanun, Fransız kanununun da yaptığı gibi, dolandırıcılıkta mağduru aldatmağa ve bu suretle maddî menfaatler temin etmeğe muhtas fiiller görmektedir. Bu iki kanun, prensipleri bakımından birbirine yakın görünürse de, Alman telâkkisinde, üzerinde ehemmiyetle duracağımız iki farklı nokta mevcuttur. Bu noktalar şunlardır:

1 Alman hukukunda aldatma vasıtaları gayri mahduttur. Mağdurda bir yanlışlık yaratan her türlü hareket - hattâ mücerret yalanlar bile - bir dolandırıcılık vasıtasıdır ve kanunen menedilmiştir.

2 Mameleke müteallik bir zarar oldukça suç tahakkuk etmiştir. Fransız hukukunda olduğu gibi, lâalettayin bir şeyin tevdiî zarurî değildir.

Metnin daha esash bir tetkikinin de göstereceği veçhile, Alman kanununun anladığı manada dolandırıcılık dört maddî unsurdan tereküp eder:

1. — Hile yolile yapılan aldatmalar (failin fiili),
2. — Mağdurun kafasında esassız bir hayal yaratma,
3. — Gayrın mameleki üzerinde tasarruf,
4. — Mameleke müteallik bir zarar.

Bu dört şartın hepsi, netice-sebep münasebeti halinde birbirleriyle merbut bulunmalıdır.

Suçun manevi unsuru, mameleke müteallik bir menfaati temin dâyesinde suçun maddî unsurlarını mutazammın vakıaları icra etmek kasdidir. [Frank, st. G. B., § 263, No. 7].

İki noktaya işaret edelim:

Alman hukuku dolandırıcılık suçunu Fransız kanunundan daha geniş manada telâkki etmektedir. Failin mağdurun kafasında yanlış bir hayal yaratmak için kullandığı her vasıta bir aldatma fiili vücuda getirmektedir (Taeuschungshandlung).

Alman kanunu «mücerret yalanlar» la «hile ve sanialar» arasında hiç bir fark gözetmemekte, kanun istilahları arasına «sahte isimler» ve «sahte sıfatlar» tabirlerini de ithal etmemektedir. Fail ister yalan söylesin, isterse hakiki vakıaları ortadan kaldırsın veya değiştirsin, kanun onun bu fiilini aldatma olarak tavsif eylemektedir. Failin ifadesinin yalan olması kâfidir.

Bir kaç misal verelim:

Hakiki kıymeti takriben yarısına indirilebilecek mücevheratın sahte bir ifade ile çok kıymetli olduğunu ve asgarî 10.000 frank değeceğini söyleyerek satan kimse, bir dolandırıcılık irtikâp etmiş olur. Keza alıcıya sahte bir itimat telkin ettikten sonra meşhur bir ressamın aslı eseridir diyerek kopyasının mevzuubahs olduğu tabloyu satan kimse de bir dolandırıcılık irtikâp etmiş olur. Müstamel bir şeyi yeni diye satan, kredi temini için mevcut olmıyan bir alacağı devreden (hypothèque) kimse, Alman Ceza Kanununun 263 üncü maddesinden ötürü suçlu telâkki edilir. Bir meblâğı veya herhangi bir şeyi sahte bir kisve altında - salâhiyettar vekil, mümessil, alacaklı - kendisine teslim ettirten kimse, dolandırıcılık la müttehemdir.

Fransız hukukunda sahte iddianın bir «sahte sıfat istimali» olup olmadığı meselesi tetkik ve teemmüle tâbidir. Sahte iddia «sıfatlar» kategorisine ithal edilemez neticesine varıldığı takdirde bittabi ortada tecziye edilecek bir hâdise de kalmaz. İmdi, bu mesele Alman ceza hukuku için mevzuubahs değildir. Bu hukukta şu veya bu yalan ifadenin sahte bir sıfat ve isim vücuda getirdiği veya yahut da failin yalanını, ona hakiki bir hile ve sania vasfını veren

haricî bir vakıaya istinat ettirip ettirmediği keyfiyeti aranmaz. Alman ceza hukukunca mühim olan, münhasıran şu meseledir: Aca-ba fail bilerek şaşırtıcı vakıalar arz etmek suretile bir yanlışlık veya bir hayal husule getirmiş midir? İşaret etmek gerektir ki müstakar içtihat ve mer'î doktrin yanlış vakıalar arzı meselesinde failin kasdini saklamış bulunmasını da yanlış hâdiseler ve fiiller arzı gibi telâkki etmektedir. [Frank, op. cit., § 263, No. 1; Listz-Schmidt, op. cit., § 139, 11, No. 2]. Vakıa «tatsache» tabiri çok geniş bir manada tefsir edilmektedir. Bu itibarla ruhî hâdiseler de (yani failin kasdi) (innere tatsachen) birer fiil olarak telâkki edilmektedir.

Şu halde sahte bir evlenme vadi altında cihaz için kendisine bir avans ve bazı şeyler (hediyeler) teslim ettirten kimse de dolandırıcı sıfatıyla cezalandırılmaktadır. Zira bu kimse evlenmemek kasdini gizlemektedir. Bu kast ruhî bir vakıa olduğu halde, fiil dolandırıcılık telâkki edilmiştir.

Görülüyor ki, müstakar içtihatla da kat'î bir şekil alan Alman telâkkisi, sahte bir vadi, yani yerine getirmemeğe failce evvelden karar verilen vadi, dolandırıcılıkla tavsif etmektedir. Kanunun bu türlü tefsiri kredi (Kredit-Betrug) temin etmek için kâzip bir ifadeden istifade edildiği zamanlar ise yaramaktadır. Meselâ: «Bir kimse ödemek kasdile satıcıyı, kendisine veresiye bir mal teslimi hususunda ikna etmiş veyahut bir şeyi satmak kasdile istiare eylemiştir. Veresiye alınan malın bedelinin tediyesi, âriyetin iadesi mevzuubahs olunca, fail sahte ifadeler icadına tevessül etmiştir. Bu hallerde dahi fail dolandırıcılık suçundan takibata maruz bulundurulmuştur.

İçtihat daha da ileri gitmektedir:

Müstakar içtihat ve mer'î doktrin, fail iradesini gayri müphem bir hâdiseler mecmuasile izhar eylediği takdirde, yanlış vakıalar dermeyanının yalnız sarîh bir beyan ile değil, fakat zımnî bir beyan ile de ika olunabileceğini kabul hususunda müttefiktirler. [R. G. St., 42, s. 15; 65, s. 106; Kohlrausch, St. G. B., No. 11].

Şu halde ne ödemek kasdini, ne de vasıtalarını haiz olmadığı halde bir mağazadan kendisine esya teslim ettirten veya bir lokantada yiyip içen kimse, dolandırıcılık yapmış olur. Bu kimse mağaza sahibi veya lokantacıya hal ve vaziyetle peşin tediyede bulunacağı kanaatini telkin etmiştir.

Alman nazariyat ve tatbikatı, değil yalnız failin gayri sahih bir beyanda bulunması halinde (bu beyan ister sarîh, ister zımnî olsun), bir vakıayı arzusile gizlemesi halinde de dolandırıcılık ol-

duğu telâkkisine yer vermektedir. Meselâ bir malın gizli ayıbını maskelemek yolunu arıyan satıcı, evin ratıp olduğunu müşteriden gizlemek için duvarlardaki yosunları yolduran bir gayri menkul satıcısı dolandırıcılık yapmış olur. [R. G. St., 20, s. 144].

Fransız jürisprüdansına gelince, o gizlemeği aldatma fiili olarak mülâhaza etmemiş ve böylece hakikî durumu ihbardan imtina ihmal veya gizleme suretile husule gelen kusuru müsbet fiillerle ika olunan kusura benzetmekten içtinap etmiştir. Temyiz Mahkemesi tarafından hükme bağlanan bir hâdisede, bir müstecir, ika met ettiği yeri üçüncü bir şahsa gezdirtmiş ve ona evin hakkı icarını devir ile, kiralanın yerleri tefriş eden mobilyayı da satmıştır. Müşteri âkidinin evin su götürmez, ve ihtilâfsız müsteciri olduğuna inanmıştır. Halbuki evi kiraya veren ve eşyayı satan bu müstecir, hakikî malik tarafından evden çıkarılmakla tehdit edilmiş bulunmakta idi. Temyiz Mahkemesi, maznunu kanunun anladığı manada dolandırıcılık suçunu ika eylememiş telâkki eden ve beraet ettiren mukaddem hükmü nakzetmiştir. [T. M. 12 İkincikânun 1933; Sirey, 1934, 1, 238].

Almanyada mahkeme içtihatları bu mesele hakkında tamamiyle farklı bir vaziyet arz etmektedir. Hakikî vaziyeti ihbar etmek maznun için ifası lâzım gelen hukuki bir mükellefiyet ise, en küçük imtina fiillerinin bile bir kusur vücuda getireceği esası, Almanyada revaçtadır. Bu keyfiyet, yani ihbar mükellefiyeti (offenbarungspflicht) umumiyetle medenî hukuktan istihraç edilmekte ve bu vecibe taraflar arasındaki münasebata istinat etmektedir: Tekâüt maaşı almakta olan ve başka bir serviste iş bulan eski bir mmur, bunu salâhiyettar makamların ittilâna arz etmeği kasden ihmal ettiğinden, dolandırıcılığa mahkûm ve hüküm İmparatorluk Mahkemesi tarafından tasdik edilmiştir. Bu mealde bir dolandırıcılık telâkkisi Almanyada müstakar bir içtihatla müeyyet bulunmaktadır. [R. G. St., 25, s. 95; 37, s. 62; 65, s. 106; 66, s. 56-58].

Yeni içtihat vaziyeti ise taraflara muayyen bir ölçüde olmak üzere, diğer taraf için mühim olan hal ve şartları âkide bildirmek vecibesini tahmil temayülündedir. Bundan çıkan netice şudur ki, hüsnüniyetin ihbarı icap ettirdiği bazı ahvalde, ihbarı ihmal bir vakıanın gizlenmesine muadil farzolunmaktadır.

14 Mayıs 1934 tarihli bir karar kaybolan eşyalarına bedel sigorta şirketinden tazminat alan maznunu dolandırıcılıktan dolayı tecziye etmektedir. Zira bu eşyalardan bir kısmı bilâhare bulunmuş-

tur. İmparatorluk Mahkemesi, maznunun bu vakıayı sigorta şirketine bildirmesi lâzım geldiği kanaatindedir.

Fransız mahkeme içtihatları ise imtina hile fiiline benzetmek fikrine şiddetle muarızdır. İmtina gizlemede olduğu gibi hile ve sania vücuda getirmeğe daha az elverişlidir. Liyon Bidayet Ceza Mahkemesi, karz talep ettiği şahsa adli tasfiye halinde bulunduğu ihbardan imtina eden maznunu beraet ettirmiştir. [Dal., 1928, 2, 79]. Mezkûr karar «ehemmiyeti ne olursa olsun imtina fiili Ceza Kanununun 405 inci maddesinde meknuz hile ve saniayı vücuda getiremez» demektedir. Bundan şu çıkar ki, Fransada dolandırıcılık olabilmek için, failin harekâtının sarih bir şekilde haricî vakıalarla tezahür etmesi icap eder. Halbuki Almanyada bazı ahvalde hile pasif bir vaziyet almakla da yapılabilir.

Şimdi dolandırıcılık mevzuunda Alman kanunile Fransız kanunu arasında mevcut ikinci fark üzerinde duralım: Alman kanununa göre bu suç failin zenginleşmek gayesile mağdurun mameleğine müteallik bir zarar iras etmesi halinde tahakkuk etmektedir; mağdurun mameleki suçtan dolayı eksilmelidir. Ticarî kıymeti olmayan şeyleri kendisine teslim ettirten kimse, dolandırıcılık için mevzu cezaya maruz değildir. Fransız hukukunda ise, işaret ettiğimiz gibi, Alman telâkkisine muarız diğer bir telâkki takip edilmektedir. Ne ehemmiyette olursa olsun, Ceza Kanununun 405 inci maddesinin tesbit ettiği vasıtalarla ferdî temellüke salih bir şeyin iktisabı, bu şeyin hattâ manevî bir kıymeti olsa bile (meselâ hususî mektup, manuscrit) dolandırıcılığı vücuda getirmek için kâfidir. [8 Birincikânun 1881 tarihli Ren Bidayet Mahkemesi kararı; Dal., 82, 2, 152; Lévy, op. cit., s. 158-159; Garçon, op. cit., mad. 405, No. 97; Dal., Réc. Hebd., 1936, 1, 196, ibidem, s. 590].

Bu noktada daha dar olan Alman telâkkisi, diğer bir manada Fransız telâkkisinden daha geniştir: Bu, mameleke ait zarar telâkkisidir. Nakdî şe'niyeti haiz malların aktif veya pasif mecmuu olan mamelekteki her eksilme - bu tenakus çok ehemmiyetsiz olsa dahi - Alman Ceza Kanununun 263 üncü maddesi anlamında, «mameleke müteallik zarar» olarak mülâhaza edilmiştir. Fransız hukukunda olduğu gibi maddî bir teslim, yani lâalettayin bir şeyin tevdi, icap etmemektedir. Ne suretle olursa olsun, başkasının mameleğine zarar iras edecek şe'niyette bulunan her fiil, Ceza Kanunu manasında bir «zarar»a sebebiyet vermek şeklinde telâkki edilmektedir. Yüksek İmparatorluk Mahkemesi, bir kararında

«mamelek tabiri daha çok iktisadi bir mana tazammun etmektedir ve hukuku hususiye çerçevesine ithal edilmemek gerektir», başka bir kararında da «bir poliçeyi suiistimal niyetile mücehhez bulunan bir tarafa bu poliçenin mücerret tevdi, hali hazır bir zarara muadil olan, mamelekin tehlikeye konuş unsurunu vücuda getirir» demektedir. Şu halde Alman içtihadı hileleri müessir bir şekilde menetmek için zaten geniş olan Alman Ceza Kanununun 263 üncü maddesindeki tabirleri mümkün olduğu nisbette tevsi etmek temayülündedir. Bu içtihada göre, ne kadar küçük olursa olsun, başkasının zararına hile ile maddî bir menfaat elde etmeğe çalıştığı bütün hallerde fail tecziye edilecektir [16, s. 1]. Meselâ Leipzig Mahkemesi sahte bir şekilde başkasına satacağını dermeyer ederek bazı mallar satın alan bir müttehemi mahkûm etmiştir. Çünkü toptancı tacirlere mahsus tenzilâttan istifade suretile bir kâr temin eden bu kimse, malları kendisi kullanmak için almıştır. «Ceza Kanununun 263 üncü maddesi hile ile sebebiyet verilen her türlü mal tevdiine mümanaat etmektedir» (7).

Dolandırıcılığa mütedair bir çok kararlar arasında, çok şayanı dikkat bir hükmü de zikredelim: Bir kadın meslekî kurlarını ikmal ettikten sonra stajını da yaptığı yalanile bir berber salonunda iş almıştır. İmparatorluk Mahkemesi bu fiili dolandırıcılıkla tavsif etmiştir.

Bir müstahdem, istihdam eden bir kimseyi meslekî vukufu üzerinde kandırarak kendisinden mamelekine zarar iras eden bir tahhüt almıştır. [Unvan ve sıfatı olmadığı halde âmme hizmetinde bir memuriyet edinen kimseye müteallik, 27 Nisan 1931 tarihli karara da bakınız (65, s. 324)].

Yevmiyelerini mutlak surette ödemek imkânsızlığı içinde bulunduğunu bildiği halde bazı müstahdemler (muhasebe memurları, daktilollar, ilh...) kullanan bir kimse de dolandırıcılığa mahkûm edilmiştir. [68, s. 380]. Alman içtihadı, meselâ bir kredi iktisabını [12, s. 395], bir borcun ibrasını [10, s. 279], kabul edilmiş bir poliçenin ödeme müddetinin uzatılmasını da «mameleke müteallik zarar» olarak mülâhaza etmiştir.

Bunu izahtan sonra, şimdi bir misalle Alman ve Fransız telâk-

(7) Temyiz Mahkemesi 29 Teşrinisani 1938 tarihli bir kararında hile ve sanialarla davadaki hasmına esbabı sübutiyesinin red ve inkârını muhtevi bir beyanname tevdi ettirten kimseyi mahkûm ederek, buna müşabih bir vaziyet almıştır.

kilerinin dolandırıcılık mevzuunda pratik neticelerini gösterelim: Bir tacir mağazasında kullanılmış bir şeyi yeni diye satmaktadır. Alman kanunu bu taciri sadece, sahte ifadesinin yeni bir maldan bâhis olup olmadığından değil, aynı zamanda müşterisine satılan şeyin yeni olmadığını ihbardan imtina edip etmediğine bakarak ta tecziye edecektir. Malı zımnen yeni diye sattığından bu tacir, müşteri nezdinde sahte bir aldatma husule getirmiştir. O da her satıcı gibi hukukan malın evsafından müşterisini haberdar etmekle mükellefti.

Fransız kanunu bu taciri yalnız bir vaz'ı sahnenin mevcudiyeti halinde tecziye edecektir. Meselâ yeni süsü vermek için onu yeni mal yerine koyarsa. Fakat tacirin ne sükûtu, ne de satılacak malın yeni olduğuna mütedair mücerret şifahî beyanı kendisini tecziyeye kâfi gelmez.

Alman içtihadı, bazan hileye karşı mücadelede çok ileriye gitmiş ve âkidi resmen hakikî vaziyeti ihbara mecbur etmek suretiyle hudutları tecavüz etmiş benzemektedir (8). Fakat daha yakından bir tetkik, bunun böyle olmadığını gösterecektir: Her ne kadar yeni içtihat âkide kendi âkidine bazı vakıaları çok geniş bir ölçüde ihbar etmek mükellefiyeti hukukiyesini tahmil eylemekte ise de hakikatte, sadece, zımni ve bilvasıta izharı, sarîh beyana benzetmektedir. Meselâ: Veresiye mal alan bir kimse, hakikatte bu-

(8) İmparatorluk Mahkemesi aşağıdaki hâdiseleri dolandırıcılık suretinde tavsif eylemiştir: Bir davacı bir şahsı salise devrettiği ipoteğin tediyelerini (hukuk mahkemesinde) talep, bidayet mahkemesi de bunu reddetmiştir. İstinaf mahkemesinde davacının avukatı hakikate muhalif olarak, kendisine ipotek devredilen üçüncü şahsın, müekkiline, ipoteğin bedelini tahsil mükellefiyetini de tahmil ettiğini beyan eylemiştir. Bu beyana itimat eden müddealeyh de bunu ne teyit, ne de buna itiraz etmiştir. Bittabi davacı istinafta davayı kazanmıştır. Bilâhare avukat dolandırıcılıktan takibata maruz kalınca, İstinaf mahkemesindeki ifadatinin yalan olduğunu itiraf eylemiş ve fakat davacının, müddealeyhe karşı başka hukukî sebepler üzerine müesses muhik talepleri olduğunu ileri sürmüştür; bu talepler müddealeyhi mahkûm ettirebilecek kudrette olduğundan, neticede, davacının gayri meşru bir kazanç elde etmemiş olduğunu söyleyerek, müdafaasını hülâsa etmiştir. İmparatorluk mahkemesi bu itirazatı reddetmiştir. Diğer vakıalar müddealeyhin mahkûmiyetini haklı çıkarsa bile, amelî bakımdan bu hâdisede davacının müddealeyhe karşı hukukunu isbat etmesi imkânsız değilse, çok zordur. Binaenaleyh davacı adalet karşısında tatmin edilmemiş olurdu. İmdi: Davacının kanunen elde edemeyeceği bir alacağı avukat kâzip ifadatla müşterisine temine muvaffak olmuştur. [22 Mart 1938 tarihli karar; Recueil des arrêts, cilt 72, s. 133].

nun bedelini ödemek iradesini izhar etmiş yani zımnen şunu beyan etmiş olur: İstiyorum ve bunu ödiyeceğim! Tediye için evvelden mutlak imkânsızlık mevcut idi ise, o halde bu kimse zımnî izharla bir hata husule getirmiş ve böylece bir dolandırıcılık irtikâp etmiştir. Hakikî vaziyeti ihbardan «imtina»ın ekseriya haricî şekliyle tezahür eden vakıalar, netice itibarile, zımnî beyanla irtikâp edilmiş hileli fiillerdir. Zira bazı ahvalde sırf pasif bir vaziyet almak bile, bir irade izharına muadil olarak telâkki ve tefsir edilebilir. [Bak., Colin-Capitan, Dr. Civil, 8^e édition, 1935, cilt 2, kısım 2, s. 23-24; Bak., İmpara. Mahk. 23 Birincikânun 1935 tarih. kararı, cilt LXX, s. 45 ve 14 Mayıs 1936 tarih. kararı, cilt LXX, s. 226].

Bir lokantada yiyip içen bir kimse zımnen şunu beyan etmiş olur: Üzerimde yiyip içtiğimi peşinen ödemeğe kâfi param vardır. Bu bilvasıta ve zımnî beyan sarîh bir beyana muadildir. Başka bir misal alalım: Eşya satan bir kimse, alıcıya bu eşyaların mülkiyetini nakletmeği zımnen vadetmiş olur. Fakat eşyalar evvelden haczedilmişse, satıcı şu vaziyetile kasdî bir hata yaratmış olur ki bu, hususî ahval ve şeraite nazaran zımnî bir beyan olarak tefsir edilmek gerektir. İşte bu zımnî izharla vücut bulan aldatma hâdiselerine mâni olmak için alıcı satıcıya hakikî vaziyeti ihbar edecektir. Satıcının, alıcıya verdiği bu malûmat, kanunun kendisini icbar ettiği «ihbar» dan başka bir şey değildir. Bunu umumî ve daha iyi bir şekilde şöyle ifade edebiliriz: Sükûtun beyana muadil olduğu her yerde âkide dâima hakikî vaziyeti ihbar etmek lâzımdır.



Hulâsa ve tenkid

Dolandırıcılık mevzuunda her iki mevzuatı da - Fransız ve Alman - tetkik ile bunların müşterek tarafını gördük: Filhakika her iki mevzuat da, başkasının zararına maddî menfaatler tasarrufunu istihdaf eden fiili dolandırıcılıkla tavsif etmektedir. Fakat bu noktada birleşen bu iki mevzuat, başka noktalarda esash bir şekilde birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Alman kanunu için dolandırıcılık takriben hukukî hileye tekabül etmekte, vasıta ne olursa olsun, irtikâp edilen her kusur bir dolandırıcılık vücuda getirmektedir.

Fransız kanunu ise, ancak sahte isimler, sahte sıfatlar ve hile ve sanialar istimalini, dolandırıcılıkla tavsif etmektedir. Böylece

Fransada efkârı umumiyenin cürmî olarak kabul ettiği bir çok hal-ler cezasız kalmaktadır. İşte bazı misaller: Hırsızlık mevcut ol-
madığına nazaran, hakikî bir malik imiş gibi kendisine bulunan
bir şeyi teslim ettirten kimse, hiç bir suç irtikâp etmiş olmamakta-
dır. Hâdise hırsızlıkla tavsif edilemez; fakat bir dolandırıcılık da
vücuda getiremez. Dolandırıcılığın mevcudiyeti için «mücerret ya-
lanlar» kâfi değildir. Binaenaleyh kendisinin olduğunu söylemeden
kaybolmuş bir şeyi talep eden kimse de dolandırıcı değildir, Ceza
Kanununa muhalif hiç bir suç irtikâp etmemiştir' [2 Şubat 1863 ta-
rih. karar; Dal., 1863, 1, 268; Garçon, op. cit., Mad. 405, No. 157].

Zikredegeldiğimiz ve Temyiz Mahkemesi tarafından hükme bağ-
lanan yukarıki halde failin sabit olan şeyin nev'ini tesadüfen bil-
mesi ve binnetice şeyin eşkâlini tarife tevessül etmesi, ifadesinin
samimiyetini isbat ettiği zannını vermiş, ve kaybolan şeyi mükem-
melen bilmesi hile ve sanialar istimali keyfiyetini tamamile fayda-
sız bir derekeye indirmiştir.

İkinci bir misal verelim: Evli bir adam, hakikî vaziyeti bilme-
mezlikten gelerek genç bir kıza evlenmek vadinde bulunmuş ve bu
suretle onun tasarruf ettiği paralardan bir kısmını kendisine tes-
lim ettirtmiştir. Şüphesiz efkârı umumiye, bu adamın şahsında
bir dolandırıcı tecelli ettirecektir, fakat kanun nazarında bu kimse
hiç bir suç irtikâp etmemiştir. Genç kızla evlenmek hususundaki
ifadat ancak mücerret yalanlardır. Evli bulunmak vakıasına gelin-
ce, bunu da ihbarla mükellef değildir. [Müstakar içtihat şöyledir:
T. M., 12 İkincikânun 1933; Sirey, 34, 1, 238; Garçon, op. cit., Mad.
405, No. 17 ve 745: «Ceza Kanununun 405 inci maddesi manasın-
da, ne ehemmiyette olursa olsun, imtina fiili bir hile ve sania vü-
cudada getirmez». Lyon Bidayet Ceza Mahkemesi, 9 Şubat 1926,
Dal., 1928, 2, 79].

Üçüncü bir misal daha verelim: Bir ticarethane komisyonculu-
ğunu temsil eden seyyar bir memur, müteaddit defalar patronuna
uydurma talimat ulaştırarak, siparişleri için avans unvanile ken-
disine bir meblâğ tevdi ettirtmiştir. Bu hileli fiillerin faili, hukukî
manada bir dolandırıcı olmadığı gibi, tahrirî bile olsa, yalanları da
«hile ve sania» değildir. İşte bunun içindir ki, Temyiz Mahkemesi
kendisini beraet ettirmiştir. [8 Şubat 1900 tarih. karar, Dal., 1900,
1, 126].

Son olarak yine Temyiz Mahkemesi tarafından hükme bağla-
nan şu hali de zikre delim: Müttehem, altın suyuna batırılmış gü-
müş olduğunu bildiği ve satışa arzettiği saatleri bir çok kimselere,

merhamet celbetmek için sefalette bulunduğu ve bu saik hasebile ebeveyninden gelen bir mücevheri bozduğu yalanını ilâve ederek, altın diye vermiştir. Paris İstinaf Mahkemesi 18 Mart 1938 tarihli kararla müttehemi beraet ettirmiş ve Temyiz Mahkemesi 12 Mayıs 1938 tarihli [Dal., 95, 1, 300] kararla bu hükmü teyit ve tasdik etmiştir; mezkûr kararda şöyle denmektedir: «Altın suyuna batırılmış gümüş olduğu maznun tarafından bilinen saatlerin altın diye satışa arz edilmesi hâdisesi, dolandırıcılık suçunun karakteristik saniasını vücuda getiremez» (9).

Yukarıda zikrettiğimiz kararlardan çıkan netice şudur ki, başkasının itimadını suiistimal etmeğe müteveccih, doğru olmaktan uzak bir çok mahirane fiil ve hareketler, kanunî takibata maruz bulunmamaktadırlar. İşte bu noktada neşir tarikle irtikâp edilen bir çok hileleri zikretmek gerektir. Burada bir mevki veya dolgun ücretle bir memuriyet, bir karz veya mal tevdi vadeden ve fakat hakikatte avanslar elde etmekten başka bir gaye gütmeyen şahıslar mevzuubahstir. Ekseriya bu nevi vaid failleri, vadedilen menfaatleri temin etmek mutlak imkânsızlığı içinde bulunurlar. Kasdî desiseleri yalnızca «teknik», yani mahirane aldatmak san'ati bakımından değil, fakat aynı zamanda hukukî bakımdan da ince

(9) Paris İstinaf Mahkemesinin 3 İkincikânun tarihli kararı [Dal., Hebd., 1938, s. 187]: Bir lokanta ticarî işletmesi satanlar, alıcıyı, lokantanın ehemmiyetlice bir de meccanî yemek servisi tarafından ihya edilmekte olduğu hususunda ikna etmişlerdir. Muhasebecilerinin beraberinde bulduğundan bahisle bütün faturaları gösterememek zorunda olduklarından dolayı da beyanı itizar eylemişlerdir. Bu suretle gelirlerini âdil olmıyan bir fiyatla satmağa muvaffak olmuşlardır. Seine Bidayet Ceza Mahkemesi bunları dolandırıcılıktan dolayı mahkûm etmiştir. Paris İstinaf Mahkemesi, alıcı, muhasebe defterlerine müracaatı ihmal ettiğinden, satıcıların ifadelerine itimaden faturaların teslimini talep eylemediğinden dolayı hükmü bozmuştur. Ehemmiyetlice bir meccanî yemek servisine malik bulunmak meselesine gelince - Paris Mahkemesine göre - bu, dolandırıcılık suçunun kurucu bir vaz'ı sahnesini teşkil etmez.

İstihdam eden bir kimse bir taviz sandığına müstahdemleri için, taksitler halinde beyti aidat yatırmıştır. Halbuki kendisi tarafından yatırılan meblâğ yekûnu aslından fazla gösterilmiş ve bu aidatın sahibi olan amelelere tamamile tevzi edilmemiştir.

Montpellier İstinaf Mahkemesi bu kimseyi dolandırıcılıktan mahkûm etmiş, fakat Temyiz Mahkemesi bu hükmü bozmuştur. Bütün maddî vakıa ve haricî fiillerden masun kalmış mücerret yalanlar yazı ile de olsa, dolandırıcılık suçunu tavsife gayri kâfidir, demiştir. [T. M. 29 Birincikânun 1938; Dal., Hebd., 1939, s. 52].

bir etüde tâbi tutulmuştur. Bu gibi kimseler mücerret tahriri yalanlarla müessir olmağı kâfi görecektir, bunları haricî vakıalara istinat ettirmekten iyice içtinap edecek, zaten medenî hukuk bakımından bir aksülâmel bunlara karşı tesirsiz kaldığından, korktukları yegâne takibat, cezaî takibattan (10) masun kalacaklardır. Yeni Fransız Ceza Kanunu projesi 451 inci maddesinde «umuma yapılan icaplarla temin etmeğe kudreti olmadığını bildiği halde hileli bir şekilde mevki, memuriyet, karz, mesken veya başka menfaatler vermeği vadederek kendine nükut veya kıymetler tevdi ettiren veya tevdi ettirtmeğe teşebbüs eden» (11) kimse için bir ceza tesbit etmek suretile bu boşluğu doldurmağa gayret etmiştir.

Halen mer'î bulunan kanuna göre bu hareketler cezasız kalmaktadır. Bu sebepten dolayı Belçika vazu 1867 de Ceza kanununun 405 inci maddesini: «... veya itimadı, safdillliği başka suretle suiistimal etmek» kelimelerini ilâve ederek değiştirmiştir. Bir çok Fransız müelliflerinde, mücerret yalanların umumiyetle bir kimseyi kandırabilecek mahiyette olmadığı kanaati mevcuttur. Bu delil bana itminan verici görünmemektedir. Suça terfik olunan ve akabinde takaddüm eden sanialardan başka vasıtalarla da itimadı kazanmak mümkündür. İstenildiği zaman istifade edilmek için, devamlı münasebetler idamesi suretile bir itimat havası yaratmak imkân dahilindedir. Sonunda suiistimal edebilmek için bir çok defalar dürüstlük cephesinden görünerek itimat bakımından en iyi bir paye iktisap edilebilir. İşte günlük hayatta, en müteyakkız dolandırıcılar «haricî vakıalar» a müracaat etmek ihtiyacında olmaksızın bu şekilde hareket etmektedirler. Zaten tatbikatta sahte ifadati tahkik ve failin hakikî veçhesini meydana çıkarmak, hele mahirane ve zahiren doğruya benziyen yalanlarda haddinden fazla güç ve hattâ imkânsızdır. Bana suça has karakterde tanınmamış görünmektedir: Mağdur hırsızlıktakinin aksine, sözlerine itimat ederek

(10) «Nazarî olarak bize, ilân, afiş, en cür'etkârane yalanları muhtevi prospektüsler bile açıkça alâkadardan sadir oldukları zaman, bir sania gibi görünmemektedirler» [Garçon, madde 405, No. 108].

(11) Muhtelif gazetelere verdiği ilânlarla sermayesi olmadığı ve karz taleplerine karşı koyabilecek bir sermayedar zümresile de münasebettar bulunmadığı halde menfaati müeddi karzlar vadeden ve bu suretle yapmağa muktedir olmadığını bildiği işlerin bedeli olarak meblâğlar tevdi ettiren kimse, dolandırıcılık suçu ile müttehem olmaktadır. Bu nevi ilânlar mücerret tahriri yalanlar değil, fakat kendilerine kuvvetli bir itibar izafe ettirmek mahiyetini haiz birer reklâm teşkilâtıdır [T. M. İkincikânun 1938 tarihli kararı; Dalloz, Hebd., 1938, s. 13].

dolandırıcının istifadesine mamelekini bizzat tahsis etmektedir. Yalnız mağdurun iradesi tamamen serbest değildir. O, failin hile ve sanialarile ifsat edilmiştir. Nasıl hırsızın çalınan şeyi malikinden daha iyi gözeteceğini söylemesi kendisini cezai mes'uliyetten kurtaramazsa, tedbirsizliği, safdillliği de failin fiilini mahkûm edilmekten kurtaramamalıdır. Çok dar bir cezai metin gayrın zararına zenginleşmekten başka bir şey olmıyan gayelerine ulaşmak, hiç bir cezai mes'uliyete duçar olmadan Ceza Kanununun etrafında kalmak için vasıtalarını değiştirmek hususunda dolandırıcılara müsaadede bulunmuş olur. Alman vazı ve içtihadının maksadı dolandırıcıları cürmî iradelerinin her türlü tezahür şekillerinde vurmaktır. Kötü niyetle ika edilen her fiili müeyyidelendirmek temayülü, hattâ aldatmak fiilinden bile müstakil sanialar istememeğe kadar götürmektedir. Denebilir ki Alman dolandırıcılık telâkkisi takriben medenî mevzuattaki, Fransada da mevcut olan, hile telâkkisine tekabül etmektedir. Binaenaleyh «hakikati eşyayı sahte bir gösteriş altında gizlemek veya değiştirmeye, bir kimseyi, yaptığı'nın kat'i hesabını nazarı itibara almaktan menetmeğe» müteveccih her fiil, Ceza Kanununun müeyyidesi altına alınmaktadır. [Planiol-Ripert, Esmein, Traité pratique du droit civil français, cild VI, No. 200].

Üçüncü bir şahsı soymak dâiyesinde, onu aldatmak için düşünülen bütün fiilleri meneden Alman Ceza Kanununun 263 üncü maddesinin metni, zaten karşılıksız çekler ve «filouterie» bakımından mevcut hususî hükümleri lüzumsuz kılmaktadır.

Fransız Kanununa gelince, bana bu kanun dolandırıcılara karşı kâfi bir himaye temin etmemiş görülmektedir. Bu vaziyet karşısında Alman Ceza Kanununun geniş telâkkisi kabul edilmek istenmiyorsa, ticarî hayatta hüsnüniyetin en tehlikeli istismar şekillerile daha müessir bir şekilde mücadele etmek için hiç olmazsa «sanialar» tabiri altında yalan kombinezonlarını da anlamak lâzımdır.

Tercüme eden:
asistan Naci Şensoy

Dr. Gerard Jacoby