

DOLANDIRICILIK SUÇUNUN HİLE UNSURUNA İLİŞKİN SORUNLAR

Arş. Gör. Volkan MAVİŞ*

Özet

Dolandırıcılık, gündelik hayatta bireylerin en çok karşılaştığı suçlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Resmi rakamlar gösteriyor ki, suçun işlenme oranı günden güne artış gösteriyor. Bu nedenle, devletin bireylere etkin koruma sağlama yükümlülüğü daha da önem kazanmaktadır. Dolandırıcılık suçunun hileye ilişkin sorunları bu bakımdan özel incelemeye alınmalıdır. Hile unsurundan kaynaklı dört temel sorun gerek içtihatlarla, gerekse kanuni düzenlemelerle çözüme kavuşturulabilir. Öncelikle, basit hile suçun oluşumu için yeterli kabul edilmelidir. Böylelikle saf veya tecrübesiz kişilerin mağduriyetinin yaptırımsız kalmasının önüne geçilebilir. İkinci olarak, suçun ihmali hareketle işlenebilir olduğu kanuni düzenleme ile açıklığa kavuşturulmalıdır. Son olarak, karşılıksız yararlanma fiillerine ve kartopu sözleşmelerine ilişkin ayrı suç tipleri öngörülmalıdır, çünkü dolandırıcılık suçunun bu hallere çözüm sunamadığı söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Dolandırıcılık suçu, karşılıksız yararlanma, kartopu sözleşmeleri, İhmali hareket

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

THE PROBLEMS ON DECEPTION ELEMENT OF THE CRIME OF FRAUD

Abstract

Fraud is one of the most common crimes which people confront in everyday life. Official statistics indicates that the crime of fraud rates have been rising day by day. Therefore, the duty of the government to provide an effective protection increases in importance. In this regard, the problems on deception which raise the crime of fraud ought to be reviewed specifically. The four main problems which emerge from the deception element of fraud must be resolved through case-law and new legislations. Primarily, simple deception should be sufficient for the constitution of fraud. Thus, victimization of unexperienced and naïve people is not gone unpunished. Secondly, a new legislation is required in order to criminalize any fraud committed through negligence as a criminal act. And lastly, the offence of making off without payment and pyramid schemes should be distinguished as different criminal acts from fraud since the crime of fraud has failed to address these cases.

Keywords: The crime of fraud, making off without payment, pyramid schemes, neglected act

1. Giriş

Dolandırıcılık suçu, bireylerin malvarlığı güvenliğini tehdit eden en ağır ihlallerden birisi olmaya devam ediyor. Bu durum, hepimizi gündelik hayattaki sıradan işlerimizde dahi fazladan tedbirli olmaya sevk ediyor. Bugün, kitle iletişim araçlarıyla yapılan sıradan görüşmeler dahi birer tehdit olarak karşımıza çıkabilmekte. Bunun esas sebebi olarak dolandırıcılık suçunun dinamik yapısı gösterilebilir. Özellikle gelişen teknoloji, hayatımıza rahatlık getirmekle birlikte suçun icrasını kolaylaştıran bir başka etken oluyor. Böylelikle suç modern sanayi toplumunda daha büyük bir sorun teşkil ediyor. Gelişen sanayi ve ekonomiye paralel olarak yükseliş gösteren yoğun insan trafiği de suç

oranını arttıran bir başka etken olarak kendisini gösteriyor¹. Dolandırıcılık suçuna ilişkin son resmi veriler de endişemizi haklı çıkaran nitelikte. Her zaman toplumsal huzura yönelik ciddi bir tehdit olan dolandırıcılık, son yıllarda yükselişe geçmiş bulunmaktadır. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün verilerine göre 2011 yılında 82.412 dolandırıcılık suçu işlenmiştir². 2012 ve 2013 yıllarında bu sayının sırasıyla 96.888³ ve 103.687'ye⁴ çıktığını görüyoruz. Bu halde, nüfus artışı ve dolandırıcılık tekniklerindeki ilerleme suç sayısının artışına ivme kazandırmış görünmektedir.

Bugün, dolandırıcılık fiilleriyle etkin mücadele için gerekli tedbirlerin alınmasının gerektiği ortadadır. Dolandırıcılığın temel unsurlarından olan hileli hareket pek çok farklı şekilde ortaya çıkabilir. Bu halde hangi fiillerin dolandırıcılık kapsamında değerlendirileceği, suça karşı gerekli önlemlerin alınmasında önem arz eder. Ceza hukukunda dolandırıcılık suçunda hile unsuruna ilişkin tartışmalar halen devam etmektedir. Bu tartışmalardan yola çıkarak dolandırıcılık suçunun oluşması için gereken hileli hareketin niteliğini tespit etmeye yönelik görüşler incelenecektir. Suçun oluşmasına neden olabilecek birçok farklı fiil mevcuttur. Bu fiillerden hangilerinin suçun oluşumuna neden olacak eşiği aştığı tartışma konusudur. Yine, 765 sayılı eski TCK kapsamında yer almasına rağmen yeni kanunda yer verilmeyen kimi karşılıksız yararlanma fiillerinin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği de tartışmalara neden olmaktadır. Son olaraksa, doktrinde kartopu sözleşmeleri olarak adlandırılan piramit satış sözleşmelerinin ayrı bir suç tipi olarak

¹ SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010 s. 416.

² Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü: Ceza Mahkemelerinde 5237 Sayılı TCK Uyarınca 2011 Yılı İçinde Açılan Davalardaki Suç ve Sanık Sayıları, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/2011-5237acilan.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.07.2014).

³ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü: TCK Uyarınca Açılan ve Karara Bağlanan Davalarda Yoğunluk Gösteren Suç Sayıları, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2012/46.pdf, (Erişim Tarihi: 14.07.2014).

⁴ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü: TCK Uyarınca Açılan ve Karara Bağlanan Davalardaki Suç Türleri, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/57.pdf, (Erişim Tarihi: 14.07.2014).

düzenlenmesinin gerekliliği incelenecektir. Dolandırıcılık suçunun hile unsuru bu sözleşmelerin kendine özgü yapısından kaynaklı sorunlara yeterli çözüm getirememektedir. Çalışmamızın ilk kısmında dolandırıcılık suçuna ilişkin genel açıklamalar verilecek, ardından hile unsuruna dair tartışmalar ele alınacaktır.

2. Türk Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçu

Bu bölümde dolandırıcılık suçuna ilişkin genel bilgiler verilmeye çalışılacaktır. Çalışma esas itibariyle dolandırıcılık suçunun tamamına odaklanmadığından, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifleten sebeplere ilgili yerlerde atıfta bulunmakla yetinilecektir.

2.1. Korunan Hukuki Yarar, Suçun Konusu, Fail ve Mağdur

Dolandırıcılık suçu, 5237 sayılı TCK'nın "Malvarlığına Karşı Suçlar" bölümü altında düzenlenmiştir. Kanunun 157-159 maddeleri arasında ilgili hükümler yer almaktadır. TCK mad. 157 "*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir*" demektedir⁵. Bu tanımdan yola çıkarak korunan hukuki değer mülkiyet hakkı olduğunu söylemek mümkündür. Öğretide bireyin irade yeteneğinin de koruma altına alındığı ifade edilmektedir⁶. Yargıtay da irade özgürlüğünün koruma altına alındığını kararlarında vurgulamıştır⁷. Malın elde edilmesi için mağdurun aldatılması arandığına göre, bireyin iradesinin de koruma altında olduğu söylenebilir.

Malvarlığına ilişkin her türlü değer suçun konusunu oluşturabilecektir. Ekonomik değeri olan her türlü taşınır veya taşınmaz

⁵ 26.09.2004 gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (Resmî Gazete 12.10.2004, No: 25611).

⁶ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M.Ruhan / ÖNOK, R.Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2013, s.638.

⁷ "Bu suç iki konulu bir cürüm olup, malvarlığı yanında kişinin irade serbestisi ve rıza özgürlüğü de korunmaktadır. Çünkü, dolandırıcılık suçunda malın teslimi mağdurun rızası ile gerçekleşmekte, fakat bu teslim hile ve desise kullanılarak sakatlanmış, özgür olmayan bir iradeye dayanmaktadır." Yarg. CGK. 24.12.2002, E.6-306, K.441 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

mal suça konu olabilir. Bunun yanında haksız olarak hizmet elde edilmesi durumunda da suç oluşacaktır. Örneğin, bir doktorun haksız olarak ameliyat yapmaya ikna edilmesi halinde dolandırıcılık suçunun varlığı kabul edilmelidir⁸. Ancak, maddi değeri bulunmayan şeylerin suçun konusu olup olamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre salt manevi değere sahip şeyler de (mektup, fotoğraf) suçun konusunu oluşturur⁹. Aksi görüşe göre, yalnızca ekonomik değere sahip şeyler suça konu olabilir¹⁰. Bizce de, dolandırıcılık suçu bakımından esas olan ekonomik değeri korumaktır¹¹. Suçun oluşabilmesi için mağdurun malvarlığında zarar oluşması arandığından ve manevi değere sahip şeyler malvarlığı içinde değerlendirilemeyeceğinden suç oluşmayacaktır.

Dolandırıcılık suçu fail bakımından özellik göstermez. Herhangi bir kimse bu suçun faili olabilir. Ancak, TCK mad.158/1-h ve i gereğince, suçun *“tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında, serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle”* işlenmesi halinde verilecek ceza ağırlaştırılacaktır. Yani suçun bu nitelikli hali ancak özel faillik vasfını taşıyan kişilerce işlenebilecektir¹². Öte yandan *“görevinin sağladığı güveni kötüye*

⁸ Dönmezer, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001, s.467.

⁹ ARTUÇ, Mustafa: Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara 2007, s.363.

¹⁰ ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2012, s.651; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.638.

¹¹ Bu konudaki tartışmalar esas itibarıyla malvarlığına karşı işlenen suçlarda suçun konusuna ilişkin farklı yaklaşımlardan kaynaklanmaktadır. Bir görüşe göre, ceza hukukundaki malvarlığı kavramı, özel hukuktaki malvarlığı kavramı ile özdeştir. Yani, ekonomik değer taşıyan şeyler malvarlığı içerisinde değerlendirilebilir. İkinci bir görüşe göreyse, ceza hukukundaki malvarlığı kavramı, özel hukuktakinden farklıdır. Ceza hukukunda malvarlığına ilişkin ayrı bir değerlendirme yapılması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SELÇUK, Sami: Dolandırıcılık (Evrimi-Suç Genel Kavramı İçindeki Yeri), İstanbul 1982, s. 35 vd.

¹² Herkes tarafından işlenebilmekle birlikte nitelikli halinin ancak özel failce işlenebildiği suçlar *“görünüşte özgü suç”* olarak adlandırılmaktadır. Bkz. KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s.105-106.

kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi” dolandırıcılık suçunu değil, TCK mad. 250/2’deki irtikâp suçunu işlemiş olur.

Suç mağdur bakımından da özellik göstermemektedir. Genel kabule uygun olarak yalnızca gerçek kişiler bu suçun mağduru olabilirler. Tüzel kişiler ise ancak suçtan zarar gören olabilecektir. Ne var ki, Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında tüzel kişinin de mağdur olabileceğine karar vermiştir. Kararda olaya konu olan şirketler dolandırıcılık suçunun mağduru olarak nitelenmişlerdir¹³. Önemle belirtelim ki, malı zarar gören kişi ile aldatılan kişinin aynı olması gerekmemektedir. TCK mad.157’deki *“bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak”* ifadesinden bu sonucu çıkarmaktayız. Malı elinde bulunduran zilyedin aldatılması durumunda, zilyet suçun mağduru, mal sahibi ise suçtan zarar gören olacaktır. Bununla birlikte, aldatılan kişi malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip kılınmış olmalıdır. Mal üzerinde tasarruf yetkisi olmayan kişinin aldatılması halinde, dolandırıcılık suçu değil, duruma göre hırsızlık veya güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır¹⁴.

Suç mağdur açısından özellik göstermese de mağdurun içinde bulunduğu durum ağırlaştırıcı neden olarak karşımıza çıkabilmektedir. TCK mad. 158/1-c’de *“kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle”* suçun işlenmesi halinde cezada artırım yapılacağı belirtilmiştir. Maddede algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanılmasına vurgu yapılmıştır. Öyleyse, mağdurun en azından hile olgusunu algılayabilecek yeteneğe sahip olması aranacaktır¹⁵. Mağdur bundan dahi yoksun ise dolandırıcılık suçunun değil, diğer koşulların varlığı halinde hırsızlık suçunun oluşacağı kabul edilmelidir.

¹³ “Olay tarihinden önce mağdur şirketler olan CSC O... Inc., C... S... C... ve C... S.A. şirketlerinin Türkiye’deki işlerini takip etme yetkisini mağdur E. S. İthalat ve İhracat Ticaret Limited Şirketi’ne verdikleri...”, Yarg. CGK. 09.03.2010, E.2009/109, K.2010/48 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

¹⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.639.

¹⁵ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s.646.

2.2. Fiil

Dolandırıcılık suçunda eylemin tipe uygunluğu için harekete ilişkin belirli şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Kanun koyucu, “*hileli davranışlarla*” bir kimsenin aldatılması gerektiğini belirtmiş, hangi hareketlerin bu suçu oluşturacağına üzerinde durmamıştır¹⁶. Öyleyse dolandırıcılık suçunun serbest hareketli bir suç olduğunu söyleyebiliriz¹⁷. Ancak, pek çok farklı şekilde karşımıza çıkan hileli hareket tek başına yeterli değildir. Hileli hareket mağdurun iradesini etkileyip, aldanmasına sebebiyet vermelidir. Önceden de belirtildiği üzere, dolandırıcılık suçunu oluşturan hareketler farklılık arz eder¹⁸. Harekete ilişkin genel bir çerçeve çizmek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle suç, malvarlığına ilişkin diğer suçlara nazaran daha karmaşık bir yapıdadır. Suçun bu karmaşık yapısı, hangi fiillerin aldatmaya elverişli olduğunun tespitinde sorun oluşturmaktadır. İlerleyen bölümde bu konu özel olarak irdelenecektir.

Suçun oluşması için aldanma neticesinde mağdur veya bir başkası zarar etmeli, fail veya bir başkası yarar sağlamalıdır. Aldatıcı hareketin sebep olduğu zarar ile elde edilen yarar illiyet bağlantısına sahip olmalıdır. Oluşan zarar ve yarar hareketin neticesi değilse, dolandırıcılık suçu oluşmaz. Örneğin, hali hazırda mevcut olan bir borç için, sanığın hileli hareketlere başvurması halinde dolandırıcılık suçunun varlığından bahsedemeyiz¹⁹. Zararın varlığı tek başına yeterli olup, ayrıca zararın miktarı önem taşımaz. Suçun oluşumu için malvarlığına ilişkin zarar

¹⁶ Gerçekten, hangi hareketlerin bu suçu oluşturacağına ilişkin bir sınırlama yapmak mümkün görünmemektedir. Dolandırıcılık yolları günden güne değişiklik göstermektedir. Yargıtay’ın da bu duruma vurgu yaptığı kararları mevcuttur. “Bu kabulün sonucu olarak belirtilen hareketler sonsuz şekilde gerçekleştirilebilir. Bu hareketler fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi başka kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir. Yazılı ve görsel ilanlarla, sözlü açıklamalarla yalanların onaylanması, yazılı yalanların kullanılması, diğer belirli bazı hareketlerle gerçeğin gizlenerek sahte film, raporlar ve vesikalar gösterilerek merhamet çekilmesi hallerinde de hile ve desise söz konusudur”, Yarg. CGK. 24.11.1998, E.6-280, K.359 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

¹⁷ GÖKÇEN, Ahmet / BALCI, Murat: “Dolandırıcılık Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C.14, S.1-2, s.1-55, s.15.

¹⁸ SOYASLAN, s.417.

¹⁹ GÖKÇEN / BALCI, s.23.

mutlak olarak arandığından, tehlike halinde suç oluşmayacaktır. Bu nedenle dolandırıcılık bir zarar suçudur. Failin veya bir başkasının yarar sağlaması da eylemin tipe uygunluğu için aranan şartlardandır. Ancak, hukuka aykırı malvarlığı değerlerinden aldatma yoluyla yarar sağlanması durumunda suçun oluşmayacağı kabul edilmektedir²⁰. Hukuk düzeninin, yasaya aykırı bir değeri koruması mümkün değildir²¹. Ancak, TCK mad.159 özel bir hükme yer vermiştir. Buna göre, “*dolandırıcılığın, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde*” verilecek cezada indirimine gidilecektir. Ayrıca, bu halde suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı kılınmıştır.

Yukarıda harekete ilişkin yapılan açıklamalardan yola çıkarak, dolandırıcılığın malvarlığına ilişkin diğer suçlardan farklarını belirtmeyi faydalı görüyoruz. Karmaşık yapısı nedeniyle dolandırıcılık sıkça diğer suç tipleriyle karıştırılmaktadır. Dolandırıcılık ve hırsızlık suçları arasındaki farka dikkat edilmesi gerekmektedir. Hırsızlık suçunun oluşması için malın zilyedin rızasına aykırı olarak yerinden alınması gerekmektedir. Oysa, dolandırıcılık suçunda fail malı mağdurun rızasıyla elde etmektedir, ancak bu rıza iradenin bozulmasından kaynaklanmaktadır²². Yine iki suçun konuları bakımından da ayırım mevcuttur. Hırsızlık suçunun konusunu yalnızca taşınır mallar oluşturabilir. Dolandırıcılık, suçu taşınır veya taşınmaz her türlü eşya üzerinde işlenebilir. İkinci olarak, dolandırıcılık ve güveni kötüye

²⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.655.

²¹ Aksi yönde BAKICI, Sedat: 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Ankara 2008, s.233. Yazar, hukuka aykırı davranan kişinin korunmaması gerektiğini, aldatılan kişinin hukuka aykırı bir amaç gütmemesinin, aldatan failin cezalandırılmasını gerektiren sebepleri ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir.

²² “Şikâyetçinin dükkânına alışveriş için gelen ve bir kısım emtia satın alan sanıkların kontrollü telefon olup olmadığını sorduktan sonra görüşme yapmak için dışarıya çıktıktan ve şikâyetçinin başka müşterilerle ilgilendiği sırada hazırlattıkları suça konu malları parasını ödmeden alıp dükkânın önünde duran araçlarına binip gitmekten ibaret eylemlerinde dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarından olan hile ve desise bulunmayıp TCK'nun 491/3. madde ve bendindeki hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden...”, Yarg. 11.CD. 22.10.2003, E.2002/8634, K.2003/7143 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

kullanma suçlarının ayrımı oldukça zor olabilmektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda, dolandırıcılığın aksine malın zilyetliği mağdurun geçerli rızası ile elde edilmiştir²³. Yani fail, malı mağdurun iradesini etkilemeden elde etmektedir. Öte yandan fail, malikin rızası olmadan mal üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. İşte dolandırıcılık suçunu, bu iki suç tipinden ayıran temel nokta sakat iradedir. Dolandırıcılığı karakterize eden de işte bu hiledir²⁴. Son olarak, yağma suçunun dolandırıcılıktan farklı yönlerine değinmek gerekmektedir. Yağma suçunda kişi tehdit veya cebir yoluyla malının alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakılmaktadır. Dolandırıcılıktan farklı olarak kişinin malı hile ile değil, zorlama yoluyla alınmaktadır.

3. Dolandırıcılık Suçunda Hileye İlişkin Sorunlar

Doktrinde, suçun hile unsuruna ilişkin tartışmalar dört başlık üzerinde yoğunlaşmaktadır. Biz de birbirinden farklı noktalara yoğunlaşan bu konuları ayrı başlıklar altında incelemeyi uygun görüyoruz.

3.1. Hileli Davranışın Kandırmaya Yeterliliği Sorunu:

765 sayılı eski TCK mad. 503'te “*bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlayan*” kişinin dolandırıcılık suçunu işlemiş olacağı belirtilmekteydi²⁵. Görüldüğü gibi eski kanunda, 5237 sayılı TCK'da yer verilen tanımdan farklı olarak hile ve desise ayrımına yer verilmişti. Desise, mağduru yanıltmak için

²³ “Olay tarihinde müezzin olarak görev yapan sanığın, şikâyetçinin cami için bağış yapacağını söylemesi üzerine, yetkisi olmadığı halde kullanımdan kaldırılan makbuzu düzenleyerek aldığı parayı dernek kasasına intikal ettirmemesi şeklindeki eyleminde, suça konu paranın verilmesini temin için başlangıçta hile ve desiseler kullanılmayıp, rızaen bağış olarak verilmesi nedeniyle dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığı, sanığın dernek adına aldığı parayı kendisinde alı koymak suretiyle, TCK'nın 508. maddesindeki takibi şikâyete bağlı güveni kötüye kullanmak suçunu işlediği ve mağdurun şikâyetinden vazgeçtiği anlaşıldığından, kamu davasının TCK'nın 99. maddesi gereğince düşürülmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın mahkûmiyetine hükümlenmesi”, Yarg. 11.CD. 17.06.2002, E.2002/4278, K.2002/5893 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

²⁴ SOYASLAN, s.416.

²⁵ 01.03.1926 gün ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu (Resmî Gazete 13.03.1926, No: 320).

kullanılan maddi vasıtalar olarak tanımlanmıştır²⁶. Keza Yargıtay da desiseyi maddi nitelikteki fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmek için kullanılan aldatici vasıtalar olarak tanımlamaktadır²⁷. Desise kavramının yeni kanundan hariç tutulması tereddüde neden olmuştur. Bugün, desiseye kanunda yer verilmemesinin bir eksiklik olmadığı öğretilde savunulmaktadır²⁸. Bizce de kanun koyucu desise kavramına bilerek 5237 sayılı kanunda yer vermemiştir. Madde metninde suçun “*hileli davranışlarla*” işlenebileceği belirtilmiştir. Şüphesiz ki hile, desiseyi de içine alan daha geniş bir kavramdır. Bu nedenle, hileli tüm davranışları suçun oluşumu için mümkün gören kanun koyucunun, desise yoluyla işlenen suçları cezalandırmaması düşünülemez. Sonuç olarak, desise kavramına kanunda yer verilmemiş olmasının pratikte bir önemi kalmamaktadır.

5237 sayılı TCK’da suçun hileli davranışlarla işlenebileceği belirtilmiştir. “*Hile, gerçekte mevcut olmayan bir hususu mevcut göstermek veya gerçekleşmiş bir olayı olduğundan başka türlü ya da hiç gerçekleşmemiş gibi göstermek suretiyle bir insanın yanlıya düşürülmesi*” olarak tanımlanmıştır²⁹. Bir başka yazar hileyi, “*birtakım sahte, suni hareketler ile gerçeğin çarpıtılması, gizlenmesi ve saklanması*” olarak nitelmiştir³⁰. Görüldüğü gibi, hile kavramına ilişkin ortak bir yargıya ulaşmak mümkün görünmemektedir. Hileye ilişkin bu kavram karmaşası, hangi hareketlerin bu suçu oluşturacağına ilişkin farklı görüşleri beraberinde getirmektedir. O halde, hile kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Hileye yönelik geleneksel açıklamalarda, özel hukuk hilesi ceza hukuku hilesi ayrımını zorunlu kabul eden görüşler bulunmaktadır³¹. Bu ikili ayrımın ortaya çıkışı, özel hukuk ilişkilerine

²⁶ BAKICI, s.225.

²⁷ Yarg. 11.CD. 21.02.2006, E.2004/5558, K.2006/1119 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

²⁸ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s.647.

²⁹ ÖZGENÇ, İzzet: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s.19.

³⁰ SOYASLAN, s.418.

³¹ ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖZBEK, Veli Özer: Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), Ankara 2003, s.286.

fazla müdahale edilmesinin önüne geçmek ve ceza hukukunun alanını dar tutmak amacına dayanmaktaydı³². Çünkü, özel hukukta soyut yalan dahi hilenin oluşması için yeterli sayılmaktadır. Öğretide, özellikle *Dönmezer* tarafından savunulan sahneye koyma kuramına göre, basit yalan suçun oluşması için yeterli olmayıp yalana doğru görüntüsü verecek bir sahneye koyma gerekmektedir³³. Ancak, artık günümüzde özel hukuk hilesi – ceza hukuku hilesi ayrımının bulunmadığı, hukukta aranan şartların cezada da hile oluşturmak için yeterli olacağı savunulmaktadır³⁴.

Günümüzde, özel ve ceza hukukundaki hile kavramlarının önemi ortadan kalktığına göre ayrımın nasıl yapılması gerektiği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Hangi hareketlerin ceza hukuku anlamında hile olarak değerlendirilebileceğinin tespiti gerekmektedir. Özel hukuk kapsamında hilenin oluşması için yeterli sayılan basit yalan, dolandırıcılık suçunu oluşturmaya yeterli midir? Bu soruya kesin bir yanıt vermek mümkün görünmemektedir. Doktrinde, basit yalanın aldatma gücü bulunmadığı için suçun oluşmayacağını kabul eden görüşler bulunmaktadır³⁵. Başvurulan yalan belirli bir ağırlığa ulaşmalı, kandırıcı mahiyette olmalıdır. Bireylerin dikkat yükümlülüklerinin bulunduğu, söylenen her söze inanmamaları gerektiği savunulmaktadır. Gerekli özeni göstermeyen bireylerin bunun sonucuna katlanması gerektiği söylenmektedir³⁶. Daha sert bir ifadeye göre, hukuk aptalları koruma cihazı değildir³⁷. Aksi görüşü savunan yazarlara göre, soyut yalan dahi suçun oluşması için yeterli kabul edilmektedir. Somut olayda hileli

³² ÖZGENÇ, Ekonomik Çıkar, s.24.

³³ DÖNMEZER, s.370.

³⁴ TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2008, s. 177.

³⁵ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I, İstanbul 2007, s.453; aynı yönde PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu 3.Cilt, Ankara 2010,s.2539. Yazarlara göre, mağdurun denetleme istek ve imkânını ortadan kaldıracak bir davranış sergilenmediği sürece failin “soyut yalan” boyutunu aşmayan davranışları hile olarak nitelendirilemez ve bu ahvalde dolandırıcılık suçunun yasal unsurları oluşmaz.

³⁶ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.455.

³⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları”, *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2011, s.405-440, s.411.

davranışın karşı tarafı aldatmış olması yeterli olup hareketin aldatmaya yeterli olup olmadığını araştırmaya gerek bulunmamaktadır³⁸. Yargıtay ise ilk görüşte belirtildiği gibi aldatıcı davranışın belirli bir ağırlığa ulaşması gerektiğini belirtmektedir. Yüksek mahkemeye göre filin aldatıcı olup olmadığına olaya göre değerlendirilmelidir. Yargıtay, “*Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; fiilin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olma, "sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. O halde hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez. Olaysal olarak değerlendirme, hileli hareketin ne olduğu, mağdur üzerindeki etkisi, kandırabilecek bir hareket olup olmadığı, mağdurun iyi niyeti ve güven duygularının suiistimal edilip edilmediği araştırılmalıdır*”³⁹ değerlendirmesini yaparak, geçmişten beri süregelen görüşünü özetlemiştir.

765 sayılı TCK mad.503, dolandırıcılık suçunun oluşması için “*bir kişiyi kandırabilecek nitelikteki hile ve desiseler*” aramaktaydı. Yeni TCK dolandırıcılık suçunun tanımında hilenin kandırabilecek nitelikte olması şartını aramamaktadır. Söz konusu farklılığın, yukarıda da bahsedilen özel hukuk hilesi – ceza hukuku hilesi farkının önemini kaybetmesinden kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bahsi geçen düzenleme, suçun oluşumunun kolaylaşacağı şeklinde algılanmıştı⁴⁰. Gerçekten de yeni kanunun lafzı dikkate alındığında, hareketin kandırıcı niteliğe sahip

³⁸ TOROSLU, s.178; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.643.

³⁹ Yarg. 11.CD. 05.06.2006, E.2005/144, K.2006/5115 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁴⁰ Bkz. MALKOÇ, İsmail: Yeni Türk Ceza Kanunu 1.Cilt, Ankara 2008, s.1384-1385.

olmasının şart olmadığı izlenimi ortaya çıkmaktadır. Ancak, Yargıtay yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlarda görüşünü korumuştur. Yüksek mahkeme basit yalanı suçun oluşumu için yeterli görmemekte, mağdurun iradesini etkileyen, denetim olanağını ortadan kaldıran unsurlar aramaktadır. Yargıtay, kararlarında sık sık olaya göre değerlendirmede bulunmanın gerekliliğine vurgu yapmaya devam etmektedir.

Buraya kadar Yargıtay'ın süreklilik kazanmış görüşü açıklanmaya çalışıldı. Ancak, Yüksek Mahkeme kendi tespitleriyle çelişen kararlar da vermiştir. Soyut yalanın dolandırıcılık suçunu oluşturmaya yeterli sayıldığı kararlar mevcuttur. Yakın tarihli bir kararda, basit yalan dolandırıcılık için yeterli sayılmıştır: *“Şikâyetçiye satılan Ankara ili Çankaya İlçesi Karataş köyü karakaya mevkiinde bulunan 763 nolu parselin bulunduğu köyde oturan ve emlak komisyonculuğu yapan sanıkların, görevleri ve hayatın doğan akışı gereği aynı köy arazisini iyi bilmek ve satılacağı söylenerek gösterilen 775 nolu parsel ile gerçekte satışı yapılan 763 nolu parselin arasında başka parseller olup her iki parselin ortasında bulunan tepenin farklı cephelerinde yer almaları nedeniyle karıştırılmasının mümkün olmaması gösterilen yer ile tapuda satışı yapılan yerin değerleri arasında Ankara 19. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/24 D.İş. dosyasında yaptırılan tespit sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda belirtildiği üzere %25 oranında fark bulunması nedeniyle sanıkların hile ve desise yaratarak şikayetçinin zararına kendilerinin yararına haksız çıkar sağladıkları şikayetçinin aşamalardaki değişmeyen iddiası, sanıkların tevilili ikrarları, tanık beyanları ile dosyadaki diğer belgelerden anlaşılmasına göre yüklenen suçun sabit olduğu gözetilerek mahkûmiyetlerine karar verilmesi yerine suç kastı olmadığından bahisle beraat kararı verilmesi⁴¹”*. Olayda sanıkların eylemi, mağdura gerçekte satın almak istediği arazinin değil, daha düşük bedelli başka bir arazinin gösterilmesinden ibarettir.

⁴¹ Yarg. 11.CD. 25.05.2005, E.2004/5247, K.2005/2922 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

Yargıtay'ın kabul ettiği ölçüt göz önünde bulundurulduğunda, sanıkların eyleminin mağdurun denetleme imkânını ortadan kaldırmadığı görülmektedir. Arazinin yerine ilişkin yoğunluk içermeyen, sahneye koyma unsuru bulunmayan hareket suçu oluşturmaya yeterli sayılmıştır. Otomobil satın alırken herhangi bir serviste kontrol yaptırılması gerektiğini vurgulayan Yargıtay'ın⁴², taşınmaz satın alırken denetim yapılmasını aramaması kendisiyle çelişki oluşturmaktadır.

Yargıtay'ın sabit görüşünün ne kadar yararlı olduğu tartışmaya açıktır. Olağan şartlara göre kandırma niteliği taşımayan eylemler suça yeterli görülmemektedir. Yüksek mahkeme bir kararında, kendisinden 17 yaş küçük olan bir başkasının sağlık karnesi ile muayene olmak isteyen kişinin eylemini dolandırıcılık kapsamında değerlendirmemiştir⁴³. Olayımızda, sanığın başvurduğu yalan elbette basit bir kontrolle ortaya çıkarılabilir. Öğretide, basit yalanın başarılı olması mümkün olmadığından işlenemez suç bulunduğu görüşü bulunmaktadır⁴⁴. Ancak, sanık şayet aldatmakta başarılı olursa ne olacaktır?⁴⁵ Bizce, sanık başarılı olur da cezalandırılmazsa, hareketi adeta ödüllendirilmiş olmaktadır. Ek hileye başvurmaya dahi gerek kalmadan mağdurun kandırılması halinde suçun oluşumu için başka şart aramaya gerek kalmamalıdır⁴⁶. Yargıtay verdiği güncel kararlarda yalnızca telefonla arayıp savcı olduğundan

⁴² Yarg. 11.CD. 28.01.2004, E.2002/12983, K.2004/219. Kararı aktaran PARLAR / HATİPOĞLU, s.2540.

⁴³ Yarg. 11.CD. 13.11.2007, E.2005/11646, K.2007/7873 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁴⁴ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.454.

⁴⁵ ORMEROD, David: "The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying?", Criminal Law Review, March 2007, s.193-219, s.201. Yazarın verdiği örnek sorumuzu vurgular niteliktedir. Buna göre, her gün aldığımız ve zengin olma vaatleri içeren elektronik postaya inanılması halinde ne olacaktır? Şüphesiz bu hilelere insanlar artık kanmamaktadır. Ancak, milyonlarca insana ulaşılabilirdi göz önüne alınırsa failin başarıya ulaşma ihtimali oldukça yüksektir. Hilesinde başarılı olan kişinin cezalandırılmaması ise düşünülemez.

⁴⁶ TÜMERKAN, Somay: Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), İstanbul 1987, s.42. Diğer yandan yazar, mağdurun tesadüfen aldanması durumunda suçun oluşmayacağını, aksinin kabulü halinde medeni hukuk bakımından kötü niyetli herkesin cezalandırılmasının gerekeceğini belirterek görüşünü yumuşatmaktadır.

bahisle para istemekten ibaret olan fiili suçun oluşumu için yeterli bulmuştur⁴⁷. Oysa bu tür dolandırıcılık fiillerine karşı emniyet teşkilatı sürekli yazılı ve görsel basında uyarılar yapmaktadır. O halde, ilk olayımızdaki sanığın fiilinin neden dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmediğinin izahı güçtür. Hukuk aptalları koruma cihazı olarak değil, mazlumu koruma cihazı olarak görülmelidir. Aksinin kabulü, kötü niyetini eylemleriyle göstermiş kişilerin adaletten kaçmasını sağlamak olur. Basit yalanla dahi olsa aldatma çabası içerisine giren kişi, suçu işlemek yönünde iradesi olduğunu ortaya koymuştur. Bizce kanun koyucunun iradesi de zayıf korumaya yöneliktir. Gerçekten, TCK mad.158/1'e göre, suçun "*kişinin algılama yeteneğininin zayıflığından yararlanmak suretiyle*" işlenmesi halinde cezada artırım yapılacaktır. Burada kast edilen yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sarhoşluk, sağır ve dilsizlik sebebiyle kandırmaya daha açık olan kişilerdir. Ancak, zayıf korumaya özel önem verdiği ortada olan kanun koyucunun nitelikli hal oluşturmasa da saf veya tecrübesiz kişileri korumaması düşünülemez.

Son olarak üzerinde önemle durulması gereken bir konu da satıcının başvurduğu basit yalanın suçu oluşturmaya yeterli olup olmayacağıdır. Örneğin, bir emlakçının gösterdiği evi abartarak anlatması veya bir marketin pirinci birinci kalite olduğundan bahisle satması. Bu hallerde dolandırıcılık suçunun bulunmadığına ilişkin doktrinde görüş birliği mevcuttur. Bu görüşün isabetli olduğuna şüphe yoktur. Aksinin kabulü halinde ticari hayat içerisinde müşteriyi kazanmak için söylenen tüm sözlerin suç oluşturduğunu kabul etmek gerekecektir⁴⁸. Özellikle

⁴⁷ Yarg. 15.CD. 26.11.2012, E.2012/12840, K.2012/44143 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁴⁸ "Araba alım satım işi yapan sanığın, katılana 2004 model Ford Fiesta marka aracı satarken aracın 87.000 kilometrede olduğunu söylediği ve göstergesinde oynama yaparak gerçek kilometresini gizlediği, ancak katılanın sonradan arıza yapan aracı servise götürdüğünde aracın gerçekte 150.000 kilometrede olduğunun anlaşıldığı ve böylece sanığın dolandırıcılık suçunu işlediği iddia olunan somut olayda; eylemin hukuki ihtilaf mahiyetinde olduğu anlaşıldığından unsurları itibarıyla oluşmayan dolandırıcılık suçundan verilen beraat kararında bir isabetsizlik görülmemiştir." Yarg. 15.CD. 07.05.2013, E.2011/24601, K.2013/8497 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası). Yargıtay'ın bu görüşüne katılmıyoruz. Zira, satıcı kilometre göstergesiyle oynayarak

emlakçılık, galericilik gibi müşteriyi cezbetmeye yönelik sözlerin fazlaca kullanıldığı meslek kollarına karşı sayısız dava açılabilir⁴⁹. Tüketiciyi korumaya yönelik kanunlar zaten satıcının gerçekleştirdiği hileye karşı alıcıyı korumaktadır. Bu halde, yukarıda açıklanan kandırıcı nitelikteki yalanını hile kabul edilmesi, alım-satım ilişkilerinde satıcı için uygulanmayacaktır. Böylelikle, ticari hayatı sekteye uğratabilecek zararlardan da kaçınılmış olacaktır.

3.2. Hilenin İhmali Davranışla Gerçekleştirilebilmesi Sorunu

Hilenin daha çok icrai hareketle gerçekleştirildiğini söylemek yanlış olmaz. Gerçekten de, karşımıza çıkan olaylara baktığımızda, dolandırıcılık suçunun daha çok icrai hareketlerle işlendiğini görüyoruz. Çünkü, mağdurun aldatılabilmesi için genellikle failin olaya etki edecek bir fiili gerekmektedir. Örnek olarak, failin sahte bir evrak göstermesi, mağduru uydurma bir hikâyeyle kandırması gösterilebilir. Bunun yanında, kanununun lafzı da icrai hareketin gerektiği yönünde bir izlenim vermektedir. Madde metnindeki “*hileli hareket*” unsuru buna sebep olmaktadır. Bununla birlikte, hilenin ihmali hareketle gerçekleştirilmesi de mümkündür. Genel görüş, ihmali hareketle de hilenin oluşacağı yönündedir⁵⁰. “*Hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukukî ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir*” şeklindeki madde gerekçesi de tereddüde yer bırakmayacak kadar açıktır⁵¹.

alıcıyı kandırmıştır. Malın özelliklerinin abartılması, övülmesi ve malın özelliklerine ilişkin yalana başvurulması ayrı şeylerdir. Bu durumda hileli hareketi özel hukuk ilişkisi çerçevesinde değerlendirmek bize mümkün değildir.

⁴⁹ ORMEROD, s.202.

⁵⁰ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s.648; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.642.

⁵¹ TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, s.564.

“İhmal, davranış normlarıyla kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün tahmil edildiği hallerde, kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesidir”⁵². O halde ihmali davranışın hile oluşturması için iki şartın bir arada bulunması aranacaktır⁵³. Öncelikli olarak, tanımdan da anlaşılacağı gibi, failin mağduru aydınlatma yükümlülüğü altında olması gerekecektir. Bir başka deyişle, failin garantör sıfatını taşıması gerekir. Bu yükümlülük kanundan, sözleşmeden veya öngelen bir davranıştan kaynaklanabilir. Örneğin, satıcı mal üzerinde önemli değişiklikler yapmışsa, artık bu mal orijinal değildir ve alıcıya gerekli açıklamaların yapılması gerekir. Ayrıca, ihmali davranış failin yaptığı bir açıklama anlamı taşımamalıdır. Yani, fail susmakla irade ortaya koymuştur diyebiliyorsak hilenin varlığından bahsedebiliriz. Bir olayda, ölen kocasından dolayı katılan kurumdan dul aylığı almasına rağmen, aynı kuruma babası nedeniyle yetim aylığına başvurusu esnasında kimlik araştırma belgesine dul aylığı aldığını yazmayan sanığın dolandırıcılık suçunu işlediğine karar verilmiştir⁵⁴. Görüldüğü gibi Yargıtay da, sessiz kalmayı hilelinin oluşumu için yeterli kabul etmektedir.

Hilenin ihmali davranışla oluşturulabileceğine ilişkin tereddüt bulunmamakla birlikte ihmali davranışla gerçekleştirilen dolandırıcılığın cezalandırılması konusunda tereddütler vardır⁵⁵. 765 sayılı eski TCK

⁵² ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.217.

⁵³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s.381-382. Yazarlar, ihmali bir hareketten sorumluluk için ihmal gösterilmemesi konusunda hukuki bir yükümlülüğün yanı sıra, ihmali hareketin icrai bir harekete eşdeğer olmasının da gerektiğini belirtmektedir.

⁵⁴ Yarg. 11.CD. 28.04.2008, E.2008/1243, K.2008/3744 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁵⁵ Bilindiği gibi ihmali suçlar ikiye ayrılmaktadır: gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar (ihmal suretiyle icra suçları). Gerçek ihmali suçlar, kanun tarafından kişiye yüklenen icrai bir harekette bulunma yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşir. Yani burada kanun, kişiden belirli bir şekilde hareket etmesini beklemektedir. TCK mad.98’de düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ve mad.284’te düzenlenen tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme, gerçek ihmali suçlara örnek olarak gösterilebilir. İkinci olarak, görünüşte ihmali suçlar, esasen icrai bir davranışla işlenebilen, ancak ihmali hareketle işlendiğinde de cezalandırılan suçlardır. Kanun koyucu ihmali hareketle de işlenebilecek icrai suçların tamamını kanunda

mad.503/2’de “*fiili, mağdurda esasen var olan hatadan, hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanarak gerçekleştiren kişi hakkında da birinci fıkrada yazılı ceza uygulanır*” denilerek, suçun ihmali davranışla da gerçekleştirilebileceği açıkça hükme bağlanmıştı. Bunun yanında, 5237 sayılı TCK, dolandırıcılık suçunun tanımında böyle bir hükme yer vermemiştir. Gerek yargı kararlarında, gerekse öğretilerde dolandırıcılığın ihmali davranışla da gerçekleştirilebileceği vurgulanmaktadır. Kimi yazarlar, dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle işlenmesinin ayrıca düzenlenmemesi nedeniyle, failin cezalandırılmasının kanunilik ilkesini ihlal edeceğine inanmaktadır⁵⁶. Biz de bu görüşe iştirak ediyoruz. Yukarıda da değinildiği gibi, kanun koyucu hilenin ihmali davranışla da gerçekleştirilebileceğini madde gerekçesinde belirtmekle yetinmiştir. Oysa ki, madde gerekçesi madde metnine dâhil değildir. Gerekçe, kanun koyucunun iradesini anlamakta, madde metnini yorumlamakta kullanılan en önemli kaynaklardan birisidir. Öte yandan, gerekçeyi temel alarak bireyleri yaptırıma tabi tutmak hukuk devleti ilkesiyle şüphesiz bağdaşmayacaktır. Kanun koyucunun ihmali hareketle dolandırıcılığı cezalandırmak istediği ortadadır. Ancak, bu durum maddede yer almadığı sürece kanunilik ilkesi tehlikededir. Kanun koyucunun TCK’nın genel hükümleri içerisinde görünüşte ihmali suçlarla ilgili yapacağı bir düzenleme tüm tereddütleri ortadan kaldırmaya yeterlidir.

3.3. Bedelsiz Kullanma Fiilleri

Ceza hukuku sistemimizde karşılıksız yararlanma hali için özel bir düzenlemeye yer verilmemişti. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kanundaki boşluğu doldurmak için, “*25.6.1975 günü gece saat 24 sıralarında sanıkların Keskin'in İğdebeli Köyü'nde yol üzerinde bulunan müştekiye ait lokantaya gelip yedikleri yemek ve içtikleri bira bedeli olan 195 lirayı*

göstermemiştir. 5237 sayılı TCK bu suçların bir kısmına yer vermekle yetinmiştir. Buna göre, örneğin kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının ihmali hareketle de işlenmesi mümkündür. Bu iki halde, faile verilecek cezada indirimle gidilmesi gerekecektir. Öte yandan, kanun koyucunun bu suçları ayrıca düzenlemesi, diğer görünüşte ihmali suçların cezalandırılabilir olması bakımından tereddüt yaratmaktadır.

⁵⁶ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s.648; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.643.

*ödemeyerek müşterinin parasını istemesine karşı müştekiyi itip, geldikleri otoyola binerek oradan kaçmaları*⁵⁷” şeklinde gerçekleşen olayı hırsızlık kapsamında değerlendirmişti. Bu içtihat 1991 yılında 765 sayılı TCK’ya yeni bir hüküm eklenmesine kadar geçerliliğini korumuştur. 765 sayılı TCK mad.521/a “*ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde; (1) ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan, (2) Ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen, (3) taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan ve ödemede bulunmayan kimseye onbeş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir. Bu maddedeki suçların kovuşturması şikâyete bağlıdır.*” şeklinde bir düzenlemeye gitmişti. Buna göre, konaklama, yeme içme ve ulaşım hizmetlerinden faydalanıp da ödeme yapılmaması ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmişti.

765 sayılı kanun döneminde, başkasının telefon hattından ücretsiz yararlanmak gibi enerjinin izinsiz kullanımına yönelik eylemlerin cezalandırılması da sorun oluşturmuştu. Enerjinin izinsiz kullanımına ilişkin kanunda hüküm bulunmamasına karşın, Yargıtay genişletici yorum yaparak bu fiilleri hırsızlık suçuna vücut verdiği hükmetmişti⁵⁸. Yüksek Mahkemenin yaptığı bu genişletici yorumun kanunilik ilkesine zarar verdiği düşünüldüğünden, 765 sayılı eski TCK’nın 491. maddesine “*ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır*”⁵⁹

⁵⁷ Yarg. CGK. 07.02.1977, E.1976/577, K.1977/47 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁵⁸ “Alınıp -satılabilmesi, başkalarına devredilebilmesi ve mirasçılara intikal edebilmesi nedeniyle mamelek haklarına dahil olan ve belli bir numara verilerek kişileştirilen; ekonomik değeri haiz olması yanında tıpkı sayaçtan geçirilen elektrik akımı gibi, kendisi aracılığı ile yapılan her konuşma, süre adet ve konuşulan yerle bağlantılı olarak elektronik cihazlarla ölçümlenip, P.T.T. İdaresinde adına kayıtlı kişiden para talep hakkı doğuran müştekiye ait telefon hattına, onun rızası olmadan saplama yapıp, kendisine ait cihazla irtibatlandırmak suretiyle, kaçak olarak kendi malı imişçesine kullanmaya başlayan ve olay ortaya çıkıncaya kadar kendi yaptığı konuşmalar dahil, bu hattan yapılan tüm konuşmaların bedelini de müştekiye ödeten sanığın eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunduğundan.” Yarg. CGK. 27.06.1988, E.1988/175, K.1988/306 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁵⁹ 06.06.1991 gün ve 3756 sayılı kanun (Resmi Gazete: 14.06.1991, No: 20901).

hükmü eklenmişti. Böylelikle eski kanun döneminde, her türlü enerjinin izinsiz kullanımı hırsızlık suçu olarak kabul edilmişti.

5237 sayılı kanun ise karşılıksız yararlanma fiillerini daha dar bir kapsamda ele almıştır. TCK mad.163, “(1) otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.(2) Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmişti. Öte yandan, daha sonradan eklenen “abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” hükmü ile madde bugünkü halini almıştır⁶⁰. Görüleceği gibi, iki kanun maddesi de aynı ad altında düzenlenmelerine rağmen içerikleri tamamen farklıdır. Bu durum, eski kanunda bulunup da yeni kanunda yer verilmeyen karşılıksız yararlanma hallerinin ne şekilde cezalandırılacağına yönelik tereddüt yaratmıştır.

Sorunun çözümüne ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bahsi geçen fiiller şartları varsa dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmeli, diğer hallerde özel hukuk hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır⁶¹. Bir diğer görüş te benzer şekilde, kanun koyucunun esas amacının bu fiilleri özel hukuk kapsamında çözmek olduğunu, ancak söz konusu eylemlerin duruma göre hırsızlık veya dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtilmiştir⁶². Yargıtay ise 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlarda olaya göre değerlendirmede bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme,

⁶⁰ 02.06.2012 gün ve 6352 sayılı kanun (Resmi Gazete: 05.06.2012, No: 28344). Aynı kanunla yürürlükten kaldırılmadan önce TCK 142/1-f maddesi, hırsızlık suçunun elektrik enerjisi hakkında işlenmesini nitelikli hal olarak düzenlemişti.

⁶¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.645-646.

⁶² CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.482.

hileli davranışın bulunmadığı hallerde alacak-borç ilişkisinin varlığına vurgu yapmaktadır⁶³. Aldatıcı eylemin bulunduğu bir olayda ise dolandırıcılık suçunun oluştuğuna karar verilmiştir. 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verilen kararda, “70 YTL’ye pazarlık yaparak şikâyetçiye ait ticari taksi ile Tatvan’dan Muş Devlet Hastanesi’ne gelen ve kardeşinin yaralı olarak gönderildiğinden bahisle kendisini Diyarbakır’a götürmesi teklifini kabul etmeyen şikâyetçiyi bir sitede götürmek suretiyle, ‘burada bekle sana para getireceğim’ diyerek geri dönmek üzere oradan ayrılan sanığın eyleminin, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK’nın 521/a-3 ve sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın 157.maddelerinde öngörülen karşılıksız yararlanma ve dolandırıcılık suçlarına uygun bulunduğu göz önüne alınıp⁶⁴” denilmek suretiyle, yeni kanun döneminde dolandırıcılık suçunun uygulama alanı bulacağı vurgulanmıştır.

Yargıtay’ın TCK mad.163 dışında kalan karşılıksız yararlanma fiillerine ilişkin uygulaması en yerinde olan çözüm şeklidir. Gerçekten de, karşılıksız yararlanmanın kandırıcı hareketlerle gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin, kişinin akşama döneceğinden bahisle oteli terk edip bir daha geri dönmemesi veya lüks bir yemeği lokantanın önemli bir müşterisinin adını kullanarak ücretsiz olarak yemesi hallerinde dolandırıcılıktan bahsedebiliriz. Verilen örneklerde failin hizmetten bedelsiz olarak yararlanma yönünde baştan beri süregelen bir iradesi vardır. Fail, en başından hileye başvurarak bedelsiz olarak hizmet elde etmeyi tasarlamıştır. O halde, başlangıçtan beri hizmet bedelini ödememek yönünde bir irade yoksa dolandırıcılık suçunun oluşmayacağını kabul etmek gerekir. Ancak, failin bu iradesinin tespiti elbette oldukça zordur. Kişinin, zihnindeki tasarımı bilmemiz imkânsızdır.

⁶³ “Katılan temsilcisi ile sanığın birbirlerini tanıdıkları, şirket temsilcisi olan sanığın belli bir iş ve yerleşim yeri adresinin bulunduğu, daha önce de katılanın otelinde temsil ettiği şirket adına konakladığı, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında 765 sayılı TCY nın 521/a-1 maddesinin karşılığı olarak bir düzenlemeye yer verilmediğinden taraflar arasındaki uyuşmazlığın özel hukuk alanında bulunan alacak-borç ilişkisi niteliğinde olduğu.” Yarg. 6.CD. 21.02.2006, E.20303, K.2006/1486 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁶⁴ Yarg.11.CD. 15.06.2009, E.2009/9631, K.2009/7509 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

Eğer failin hareketleri, aldatma yönünde bir iradenin baştan beri var olduğunu gösteriyorsa dolandırıcılık suçunun oluşacağına tereddüt bulunmamaktadır. Eski TCK'da düzenlemeye gidilene kadar Yargıtay içtihatları yol gösterici olmuş ve bedelsiz yararlanma fiilleri hırsızlık kapsamında değerlendirilmişti. Bizce, bugün dolandırıcılık dışında kalan fiillerin hırsızlık suçunu oluşturabileceğini söylemek mümkün değildir. Çünkü, hırsızlık suçunun oluşumu için malın *zilyedinin rızası olmadan* alınması gerekmektedir. Oysa örneğin bir lokantaya gidildiğinde garson teamül gereği siparişi derhal getirecektir. Yani, mal sahibi zilyetliği kendi iradesiyle teslim etmektedir. Başka bir deyişle, hırsızlık suçu için gerekli olan rızaya aykırı hareket burada yoktur.

Dolandırıcılık suçunu oluşturacak hilenin bulunmaması halinde ne olacaktır? Yargıtay, hilenin bulunmaması durumunda çözümün özel hukuk içerisinde olacağına vurgu yapmaktadır. Biz de bu görüşe iştirak ediyoruz. Çünkü hileye dayanmayan bedelsiz yararlanma hallerine yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunilik ilkesi gereğince TCK kapsamına alınmamış karşılıksız yararlanma fiillerinin cezalandırılması mümkün değildir. Öte yandan, bu fiillerin kanuni düzenleme ile TCK kapsamına alınmasında fayda görüyoruz. Zira, kişi aldığı hizmetin karşılığını ödememekle kamu düzenine karşı zararlı bir iradesi olduğunu ortaya koymaktadır. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, otomatlardan ücretsiz olarak yararlanmak cezalandırılırken, haksızlık içeriği daha fazla olan bedelsiz konaklama, yeme-içme gibi fiillerinin cezalandırılmaması yerinde görünmemektedir⁶⁵. Karşılaştırmalı hukukta, bu tarz fiiller eski TCK'da olduğu gibi ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmektedir. Fransız Ceza Kanunu mad.313/5'e göre bedelini ödeyemeyeceğini bilmesine rağmen yiyip içen, konaklama hizmeti veren yerlerden yararlanan, aracına benzin veya yağ doldurulmasını sağlayan veya taksi ve benzeri taşıtlarla ulaşım sağlayan kişi bedelsiz yararlanma

⁶⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.646.

suçunu işlemiş olur⁶⁶. Aynı şekilde İngiliz hukukunda 1978 tarihinde yürürlüğe giren Hırsızlık Yasası'nın üçüncü bölümünde konumuz içerisindeki fiilleri kapsayan düzenlemeler getirilmiştir⁶⁷. Buna göre, sonucunda ödemenin beklendiği hizmetlerden ücretsiz yararlanılması halinde suç oluşacaktır. Ayrıca, suçun oluşması için bir hile veya aldatmacaya başvurulması gerekmemektedir. Görüleceği üzere, batı sistemleri bedelsiz yararlanma hallerini ayrı birer suç tipi olarak tasarlamıştır. 5237 sayılı TCK'da aynı şekilde yapılacak bir düzenleme ile tereddütler ortadan kaldırılabilir.

3.4. Kartopu Sözleşmelerinde Hilenin Tespiti

Kartopu sözleşmesi (*multi-level marketing*), yatırımcının belirli bir bedel karşılığında dahil olduğu ve getirdiği her yeni üye için kazanç elde ettiği bir sistemdir. Piramit satış sistemi de denilen sistem şu şekilde işler: yatırımcı bir organizasyona veya sistemi yürüten kişiye belirli bir miktar katılım payı öder ve getirdiği her yeni üye için kendisine para ödenir. Piramit bu şekilde yukarıdan aşağıya doğru üye sayısını artırarak büyür. Oyunun devam edebilmesi için yatırımcı yeni katılımcılar bulmak zorundadır. Özellikle meşhur “*Titan Saadet Zinciri*” olayıyla gündeme gelen sistem, bugün varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Kısa yoldan zengin olma hayali kuran kişiler oyuna dâhil olmaktadır.

Kartopu sözleşmelerinden doğan mağduriyetlerin artması üzerine kanun koyucu konuyla ilgili düzenleme yapma yoluna gitmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun mad.80'e göre “(1) *piramit satış; katılımcılarına bir miktar para veya malvarlığı ortaya koymak karşılığında, sisteme aynı şartlar altında başka katılımcılar bulma koşuluyla bir para veya malvarlığı kazancı olanağı ümidi veren ve malvarlığı kazancının elde edilmesini tamamen veya kısmen diğer katılımcıların da koşullara uygun davranmasına bağlı kılan, gerçekçi olmayan veya gerçekleşmesi çok güç olan kazanç beklentisi sistemidir.* (2)

⁶⁶ 04.07.2005 gün ve 2005-759 sayılı Fransız Ceza Kanunu-Code Pénal (Resmi Gazete: 01.07.2006).

⁶⁷ 20.07.1978 gün ve 1978-31 sayılı Hırsızlık Yasası-Theft Act 1978(Resmi Gazete: 20.10.1978).

Piramit satış sisteminin kurulması, yayılması veya tavsiye edilmesi yasaktır. (3) Bakanlık, piramit satış sistemleri ile ilgili gerekli incelemeleri yapmaya ve varsa elektronik sistemin ülkemizde durdurulması dâhil ilgili kamu kurum veya kuruluşlarıyla iş birliği içinde gerekli önlemleri almaya yetkilidir.⁶⁸ Görüldüğü gibi kanun koyucu pek çok ülkedeki yasal düzenlemeyi takip etmiş ve piramit satış sözleşmelerini yasaklama yoluna gitmiştir. 6502 sayılı kanununun 77/17 maddesi ise konuya ilişkin cezai hükümler içermektedir: *“Bu Kanununun 80 inci maddesine aykırı olarak piramit satış sistemini başlatan, düzenleyen veya toplantı, elektronik posta veya diğer birçok kimsenin de katılımını sağlamaya elverişli yöntemlerle yayan veya böyle bir sistemin diğer bir şekilde yayılmasını ticari amaçlarla destekleyenler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.”* Kanun koyucu özel hükümler sevk etmemiş ve TCK’yı işaret etmekle yetinmiştir. Ancak, TCK da söz konusu sözleşmelere ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Yargıtay bugüne kadar verdiği kararlarda, kartopu sözleşmelerini dolandırıcılık olarak nitelendirmiştir. 1971 tarihli bir kararda, sistemi sürdürmenin olanaksızlığına vurgu yapılarak dolandırıcılık suçunun varlığına değinilmiştir⁶⁹. Daha yakın tarihli ve toplumun büyük ilgisini çeken Titan kararında ise *“sanıkların eylem birliği içerisinde hile ve desiselerle mağdurların fikri faaliyetlerini etkiledikleri, onlarda psikolojik bir körlük yarattıkları, matematiksel işlem ve tablolarla üyelerde hatalı bir inanç meydana getirdikleri, çok para kazanılacağı vaadi, yüksek volümlü müzik, devamlı alkışlarla katılımcıların sağlıklı düşünme yeteneğinin ortadan kaldırıldığı, oluşan hatalı inanç ve kanaatle devamının sağlandığı⁷⁰”*nı vurgulamış ve yine dolandırıcılık suçunun oluştuğuna kanaat getirmiştir. Ne var ki, Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına

⁶⁸ 07.11.2013 gün ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (Resmi Gazete 28.11.2013, No:28835).

⁶⁹ Yarg.6.CD. 04.11.1971, E.6032, K.5940. Kararı aktaran HAKERİ, Hakan: “Zincirleme Piramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu”, *Yargıtay Dergisi*, C.27, S.1-2, s.137-172, s.164.

⁷⁰ Yarg. CGK. 24.11.1998, E.1998/6-280, K.1998/359 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

rağmen, kartopu sözleşmelerinin ceza hukukundaki yeri doktrinde tartışmalıdır. Genel olarak, sisteme ilk girenler vaat edildiği gibi büyük paralar kazanmakta, ancak sonradan dâhil olan yatırımcılar zarar etmektedir. Zaten, ilk yatırımcıların kazancı da sonradan gelen üyelerin yaptığı ödemelere dayanmaktadır⁷¹. Sistem devamlı olarak yeni katılımcıya ihtiyaç duymakta, bu ihtiyacın karşılanamadığı noktada tıkanmaktadır. Sözleşmenin bu niteliği, tartışmaya neden olan esas sebeptir. *Hakeri*'ye göre katılımcılar oyunun olası sonuçları hakkında bilgilendirilmişlerse hilenin varlığından bahsedilemez ve dolayısıyla suç oluşmaz⁷². Öte yandan *Dönmezer* ise sistemin bir süre sonra tıkanmasının kaçınılmaz olduğunu ve bu andan itibaren suçun oluşacağını belirtmektedir⁷³.

Bizce, şu anki hukuki düzenlemeler içerisinde Yargıtay'ın ortaya koyduğu görüş duruma en uygun düşen çözümdür. Peşinen belirtelim ki, doktrinde de belirtildiği gibi, sisteme üye olan kişinin olası tüm sonuçlar hakkında bilgilendirilmesi halinde dolandırıcılığın varlığından bahsedilemez. Çünkü bu halde tipikliğin unsuru olan hile mevcut değildir. Öte yandan, uygulamada genellikle katılımcılar diğer üyelere soyutlanmakta ve iletişim engellenmektedir. Üyeler genellikle takma isimler kullanmaya zorlanmakta ve üyelik ödemeleri sadece nakit olarak kabul edilmektedir⁷⁴. Yatırımcı adayları, ikna amacıyla düzenlenen motivasyon toplantılarında gerçek üstü bir havaya sokulmaktadır. Bu imkânlardan yararlanılarak üyeler hileye maruz bırakılmakta, kaybetme imkânı bulunmadığından bahisle üye olmaya razı edilmektedir. O halde, dolandırıcılığın varlığı konusunda tereddüde düşmemek gerekir. Ancak, bu çözüm yolunun hilenin bulunduğu her olayda uygulanması mümkün

⁷¹ POZZA, Clarence L. Jr. / COX, Thomas R / MORAD, Robert J.: "A Review of Recent Investor Issues in the Madoff, Stanford and Forte Ponzi Scheme Cases", Journal of Business & Securities Law, Spring 2010, Vol.10, Issue 2, s.113-131, s.119.

⁷² HAKERİ, s.146.

⁷³ DÖNMEZER, s.379.

⁷⁴ WITW, Eric: "Selling the Right to Sell the Same Right to Sell: Applying the Consumer Fraud Act, the Uniform Securities Law and the Criminal Code to Pyramid Schemes", Seton Hall Law Review, 1995-1996, Vol.26, s.1635-1652, s.1637.

görünmemektedir. Piramit satış sözleşmeleri binlerce üyeden oluşmaktadır. Sistemin kurucularının hukuki sorumluluklarının tespiti güç değildir. Esas problem daha alt basamaklarda yer alan kişilerin sorumluluğunu tespit ederken ortaya çıkacaktır. Örneğin, A kendisini sisteme üye yapan yatırımcı B tarafından mağdur edilmiştir, ancak A sisteme üye olmaya ikna ettiği C'ye göre ise fail konumundadır. Sistem içerisinde yer alan binlerce kişi içerisinde hileye başvuran failleri veya gerçekten zengin olacakları zannıyla hareket eden saf kişileri ayırt etmek çok zordur. Yargıtay da yukarıda değinilen *Titan* kararında, “*sanıkların üye yaptıkları kişiler saptandıktan sonra gerektiğinde bu kişilerin bilgilerine de başvurulmak suretiyle, bu kişilere karşı kandırıcı nitelikte davranışlarının bulunup bulunmadığı belirlenerek, mevcut kanıtlar bu çerçevede değerlendirildikten sonra sanıkların hukuki durumlarının tespitinde zorunluluk bulunmaktadır*”⁷⁵ diyerek sanıklar hakkında ayrı ayrı değerlendirmede bulunmanın önemine vurgu yapmıştır.

Dolandırıcılık suçunun kartopu sözleşmelerinden doğan sorunlara tatmin edici çözümler getirememesi, yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir. Batıdaki diğer ülkelerin ceza hukuku sistemlerinin gerekli değişiklikler yapılarak güncellendiğini görmek mümkündür. Örneğin Avusturya Ceza Kanunu'nun 168a maddesi kartopu sözleşmelerini başlı başına bir suç olarak düzenlemiştir⁷⁶. Yine İngiltere'de 1973 Adil Ticaret Kanunu'na koyulan hükümlerle ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir⁷⁷. Adı geçen kanun, sözleşmenin kendine has yapısından doğan sakıncaları giderici mahiyettedir. Buna göre, piramidin kurucularının ve daha sonradan katılanların sorumluluğu ayrı ayrı değerlendirilecektir. Üyelik ücretlerinden esas faydayı sağlayan yönetici kadrosu ve yeni üyeler kazanmaya çalışan alt derecedeki üyelerin sorumluluğu birbirinden bağımsız olarak ele alınacaktır. Bizce, ülkemizde

⁷⁵ Yarg. CGK. 24.11.1998, E.1998/6-280, K.1998/359 (Hukuk Türk içtihat bilgi bankası).

⁷⁶ 23.01.1974 gün ve 60/1974 sayılı Avusturya Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch(Österreich), (Resmi Gazete: 01.01.1975).

⁷⁷ 25.07.1973 gün ve 1973/41 sayılı Adil Ticaret Kanunu-Fair Trading Act 1973 (Resmi Gazete: 14.09.1973).

de piramidin basamaklarına göre cezai düzenleme getirecek bir maddenin TCK'ya eklenmesi yerinde bir çözüm olacaktır. Sözleşmenin özel niteliği gereği oluşabilecek ihtimallere çözüm getirecek bağımsız bir suç tipine kanunda yer verilmesi gereklidir.

4. Sonuç

Dolandırıcılık, gündelik yaşamımızdaki ciddi tehditlerden birisi olmaya devam ediyor. Suçun dinamik yapısı, bireyleri yeni yöntemlere karşı tetikte olmaya zorluyor. Özellikle teknolojideki gelişmeler de faillerin işini daha da kolaylaştırıyor. O halde, vatandaşın devletin korumasından en etkin şekilde yararlanması sağlanmalıdır. Öte yandan, Yargıtay'ın yaklaşımının ve TCK'daki düzenlemelerin, bireyin korunması için yeterli olmadığını düşünmekteyiz. İlk olarak, Yüksek Mahkeme hilenin oluşumu için basit yalanı yeterli sayan görüşü benimsemelidir. Bizce, yalan kandırılmışsa hiledir. Devlete düşen bireyin güvenliğini sağlamaktır. Dikkatsiz davranan bireyin koruma dışında bırakılması, failin ödüllendirilmesinden başka bir anlam taşımaz.

İkinci olarak, kanun koyucunun getireceği bazı düzenlemeler ile uygulamada ortaya çıkan tereddütler giderilmelidir. Öncelikle dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle de gerçekleştirilebileceğini belirten bir düzenleme kanunilik ilkesine ilişkin kaygıları giderici olacaktır. Yine, yeni TCK döneminde özel düzenlemeye konu edilmeyen bazı karşılıksız yararlanma fiillerinin tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir. Karşılıksız yiyip içme, ücret ödemedi konaklama gibi eylemlerde failin hileye başvurma iradesinin bulunup bulunmadığının tespiti zorluk yaratmaktadır. Bu fiillerin kanundaki diğer karşılıksız yararlanma halleri ile birlikte sayılması yerinde olur. Son olarak, kanun koyucunun kartopu sözleşmelerine ceza hukuku içerisinde de yer vermesi gerekmektedir. Her ne kadar bu sözleşmeler özel kanunlarla yasaklanmış olsalar da cezai yaptırıma ilişkin belirsizlik vardır. Bu sözleşmeleri dolandırıcılık kapsamında değerlendirmek soruna kalıcı çözüm sunmamaktadır. O halde, batı hukuk sistemlerindeki düzenlemelere paralel olarak sözleşmenin kendine özgü koşullarını dikkate alan bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü:** Ceza Mahkemelerinde 5237 Sayılı TCK Uyarınca 2011 Yılı İçinde Açılan Davalardaki Suç ve Sanık Sayıları, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/2011-5237acilan.pdf>
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü:** TCK Uyarınca Açılan ve Karara Bağlanan Davalarda Yoğunluk Gösteren Suç Sayıları, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2012/46.pdf,
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü:** TCK Uyarınca Açılan ve Karara Bağlanan Davalardaki Suç Türleri, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/57.pdf
- ARTUÇ, Mustafa:** Malvarlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007
- BAKICI, Sedat:** 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2008
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem:** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I, Beta Yayınları, İstanbul 2007
- DÖNMEZER, Sulhi:** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yayınları, İstanbul 2001
- GÖKÇEN, Ahmet / BALCI, Murat:** “Dolandırıcılık Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C.14, S.1-2, s.1-55
- HAFIZOĞULLARI, Zeki:** “Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları”, Zabunoğlu Armağanı, Ankara

- Üniversitesi Yayınları, Ankara 2011, s.405-440
- HAKERİ, Hakan:** “Zincirleme-Piramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu”, Yargıtay Dergisi, C.27, S.1-2, s.137-172
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014
- MALKOÇ, İsmail:** Yeni Türk Ceza Kanunu 1.Cilt, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008
- ORMEROD, David:** “The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying?”, Criminal Law Review, March 2007, s.193-219,
- ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012
- ÖZGENÇ, İzzet:** Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002
- ÖZGENÇ, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖZBEK, Veli Özer:** Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), Turhan Kitabevi, Ankara 2003
- PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer:** Türk Ceza Kanunu Yorumu 3.Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010
- POZZA, Clarence L. Jr. / COX, Thomas R. / MORAD, Robert J:** “A Review of Recent Investor Issues in the Madoff, Stanford and Forte Ponzi Scheme Cases”, Journal of Business & Securities

- SELÇUK, Sami:** Law, Spring 2010, Vol.10, Issue 2, s.113-131
- SOYASLAN, Doğan:** Dolandırıcılık (Evrimi-Suç Genel Kavramı İçindeki Yeri), İstanbul 1982
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Rıfat Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013
- TOROSLU, Nevzat:** Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2008
- TÜMERKAN, Somay:** Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1987
- WITIW, Eric:** “Selling the Right to Sell the Same Right to Sell: Applying the Consumer Fraud Act, the Uniform Securities Law and the Criminal Code to Pyramid Schemes”, Seton Hall Law Review, 1995-1996, Vol.26, S.1635-1652