Yargıtay CGK E.2022/330 K.2023/75 (08.02.2023)

Karar metni, Yargıtay Başkanlığı Karar Arama sistemindeki yayımlanmış hâliyle aynen aktarılmıştır; taraf adları kaynakta anonimdir.

Ceza Genel Kurulu 2022/330 E. , 2023/75 K.

"İçtihat Metni"

YARGITAY DAİRESİ : 11. Ceza Dairesi

I. HUKUKÎ SÜREÇ

Hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan sanıklar ..., ... ve ...'un, ayrı ayrı ikişer kez TCK'nın 55/2 ve 52. maddeleri uyarınca 1 yıl hapis ve 15.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmalarına ve hapis cezalarının TCK'nın 51/2. maddesi uyarınca koşullu ertelenmesine ilişkin ... 11. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 13.11.2012 tarihli ve 1504-2359 sayılı hükümlerin sanıklar müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay (Kapatılan) 15. Ceza Dairesince 27.02.2014 tarih ve 31342-3700 sayı ile; "Olay tarihinde ... Menkul Kıymetler AŞ'nin yönetim kurulu başkanı olan sanık ... ile adı geçen şirketin ortağı ve müşteri temsilcisi olan diğer sanıkların, katılanlar tarafından yatırım amaçlı olarak şirket hesabına aktarılan paraları müşteri emir formlarında sahtecilik yapmak suretiyle şirket hesabından izinsiz çekip borsada hisse senedi almak suretiyle katılanları zarara uğrattıklarının iddia ve kabul olunması karşısında; iddianamede sahtecilik suçundan da kamu davası açıldığı gözetilerek eylemlerin 5237 sayılı TCK'nın 158/1-h, 207/1. maddelerinde öngörülen tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasındaki dolandırıcılığı ve özel belgede sahtecilik suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delillerin takdir ve değerlendirmesinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı şekilde sanıkların mahkûmiyetlerine hükmolunması," isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Bozmaya uyan ... 11. Asliye Ceza Mahkemesinin 20.03.2014 tarihli ve 110-78 sayılı görevsizlik kararı üzerine dosyanın gönderildiği ... 12. Ağır Ceza Mahkemesince 01.10.2014 tarih ve 4-79 sayı ile sanıkların, ayrı ayrı ikişer kez TCK'nın 158/1-h ve 52. maddeleri uyarınca 2 yıl hapis, 1412 sayılı CMUK'nın 326. maddesi uyarınca kazanılmış hakları gözetilerek 1 yıl hapis ve 15.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmalarına ve hapis cezalarının TCK'nın 51/2. maddesi uyarınca koşullu ertelenmesine karar verilmiştir.

Bu hükümlerin de sanıklar müdafileri ve katılan ... vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay (Kapatılan) 15. Ceza Dairesince 02.07.2015 tarih ve 10729-28059 sayı ile;

"Sanıkların aşamalardaki değişmeyen ifadelerinde atılı suçlamaları kabul etmemeleri, bilirkişi raporuna göre ... Menkul Kıymetler AŞ Alım Satım Aracılık Çerçeve Sözleşmesinde (16. sayfasında) ve iddia olunan suça konu müşteri emir formalarında bulunan imzaların katılanlara ait olması, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından düzenlenen raporda, aracı kurum tarafından alınan hisse senetlerinin (sanıkların) kendisi veya başkası menfaatine kullanılmasının söz konusu olmadığının belirtilmesi,

Ayrıca Dairemizin 13.0l.2014 tarih ve 2012/11956 Esas, 2014/53 Karar ile 12.09.2013 tarih ve 2013/4364 Esas, 2013/13131 Karar sayılı ilâmlarında olduğu gibi, sanıkların eylemlerinin, Aracılık Faaliyetlerinde Belge ve Kayıt Düzeni Hakkındaki Tebliğ, Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğine ve olay tarihinde mer'i 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesine aykırı ise de; anılan hükümlere aykırı davranılması hâlinde sorumluluğu bulunan aracı şirket adına idari para cezasına hükmedileceğinin düzenlendiği dikkate alındığında; Anayasanın, suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığı altında düzenlenen

38. maddesinde; kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamayacağı; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ve hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağının güvence altına alındığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre de; hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamayacağının ve aynı şekilde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir cezanın verilemeyeceğinin düzenlenmiş olduğunun anlaşılması karşısında; Anayasa, AİHS ve kanuni düzenlemeler dikkate alındığında bir kısım hisse senetlerinin emir formları tanzim edilmeden alınmasının katılanlar ile aracı kurum arasında düzenlenen çerçeve sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi, bu hâliyle sanıklar ile katılanlar arasındaki ihtilafın hukuki nitelikte olduğu ve nitelikli dolandırıcılık ve özel belgede sahtecilik suçlarının unsurları itibariyle oluşmadığı gözetilmeden, sanıkların yüklenen suçlardan ayrı ayrı beraatleri yerine yazılı şekilde mahkûmiyetlerine hükmolunması,

Kabule göre de;

Sanıklar hakkında şarta bağlı erteleme hükümleri uygulanmış ise de Dairemizin 10.04.2013 tarihli ve 2011/23252 Esas, 2013/6583 Karar ile 27.01.2015 tarihli ve 2013/7574 Esas 2015/1326 Karar sayılı kararlarında da belirtildiği üzere '5237 sayılı Kanun'un 51/2. maddesine göre, cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabileceği, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edileceği, koşulun yerine getirilmesi hâlinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhâl salıverileceği hükmüne yer verildiği, malvarlığına yönelik bazı suçlarda etkin pişmanlığı düzenleyen aynı Kanun'un 168. maddesinde, failin, azmettirenin veya yardım edenin etkin pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme ya da tazmin suretiyle tamamen gidermesi hâlinde mağdurun rızası aranmaksızın, kısmî geri verme veya tazmin hâlinde ise mağdurun rıza göstermesi koşuluyla ve etkin pişmanlığın gerçekleştiği yargılama aşaması dikkate alınarak ceza indirimi öngörüldüğü, öte yandan aynen geri verme veya tazmin tedbiri aynı Kanun'un 51. maddesinde bir koşul olarak gösterilmiş ise de, yasal bir indirim nedeninin, bundan yararlanmama iradesini ortaya koyan failin cezasını etkisiz kılacak biçimde aynen tazmin tedbir şartına bağlı tutulması imkânının bulunmadığı, böyle bir uygulamanın, mağdurun zararını soruşturma veya kovuşturma aşamalarında gidermeyen faillere yeni bir olanak tanırken, soruşturma veya kovuşturma aşamalarında zararı ödeyen sanık veya sanıklar aleyhine ve adalete aykırı bir sonuç doğuracağı, maddenin düzenleniş amacının da bu şekilde yorumlanamayacağı gözetilmeyerek etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmayan sanık hakkında ertelemenin, mağdurun uğradığı zararın giderilmesi şartına tabi tutulması," isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 26.07.2015 tarih ve 10020 sayı ile;

"Yüksek Yargıtay 15. Ceza Dairesi ile Cumhuriyet Başsavcılığımız arasındaki görüş farklılığı, iddia, mahkemenin tespit ve kabulü ile Yüksek Yargıtay 15. Ceza Dairesi kararında kabul edilen eylemlerin nitelendirilmesine ilişkindir. Şöyle ki;

...

Olay tarihinde yürürlükte olan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesinde bu Kanun'a dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket ettiği tespit edilen gerçek kişiler ve tüzel kişilere, Kurul tarafından idarî para cezası verileceği öngörülmüş, 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve aynı gün yürürlüğe giren 30.12.2012 gün ve

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 139. maddesi ile 30.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu tümüyle yürürlükten kaldırılıp 6362 sayılı Yasa'nın 103. maddesinde, bu Kanun'a dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket eden kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamayacağı öngörülmüş ise de idari para cezası uygulanması hâli, Aracılık Faaliyetlerinde Belge ve Kayıt Düzeni Hakkındaki Tebliğ'in 9. maddesine, Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği'nin 29. maddesine belirlenen yükümlülüklere uyulmaması halleri ile sınırlıdır.

Sermaye Piyasası Kurulunun 13.08.2009 tarihli raporunda, aracı kurumun hisse senedi alım satım emri verme, ordino ve diğer belgeleri imzalama, nakit ve menkul kıymet yatırma ve çekme, virman işlemi yapma gibi geniş yetkiler içeren vekâletname ile işlem yapılamayacağı hükmünün ihlal edildiğini ve buna göre idari işlem yapılmasının öngörülmesi,

... Menkul Kıymetler Borsası Teftiş ve Gözetim Kurulunun 03.09.2009 tarihli Uyuşmazlık Disiplin İncelemesi Raporunda tespit edilen;

- 09.10.2008 - 14.11.2008 tarihleri arasında gerçekleştirilen işlemlere ait müşteri emir formlarının müşterilerin imzaları alınarak düzenlenmeyip günlük toplu olarak çıktısı alınarak yatırımcılara imzalattırıldığı,

- 26.11.2008 tarihli ordinoların ya sonradan ya da boş olarak yatırımcılara imzalattırıldığı,

- El yazısıyla doldurulmuş 26.11.2008 tarihli ordinoların üzerinde müteselsil sıra numaralarının bulunmadığı, İMKB Yönetmeliğinin 28. maddesinde belirtilen emrin verildiği yer, tarih, saat ve dakika bilgilerinin olmadığı,

- 21.11.2008 - 25.11.2008 ve 27.11.2008 - 17.12.2008 tarihlerinde gerçekleştirilen işlemlerde müşteri emir formlarının hiçbir biçimde ibraz edilmediği,

- Katılanların hesaplarında 22, 23 ve 24.10.2008 tarihlerinde nakit giriş-çıkışlarına ilişkin alındı ve ödendi belgelerinin hiçbir biçimde ibraz edilemediği tespit edilmesi ve İMKB Yönetmeliği uyarınca işlem yapılmasının istenmesi,

... Kriminal Polis Laboratuvarı grafoloji uzmanınca düzenlenen 06.11.2009 tarihli bilirkişi raporunda tespit edilen; aracı firmadan el konulan çerçeve sözleşmesi ve ordinolar üzerindeki imzaların katılanlara ait olduğu ancak yazı, rakam ve harflerin müştekiler eli mahsulü olmadığının belirlenmesi,

Yargılama aşamasında uzman üç kişilik bilirkişi heyetince düzenlenen 02.11.2011 tarihli bilirkişi raporunda tespit edilen;

- Katılanlar...ait olduğu belirtilerek dosyaya sunulan suçlama konusu emir alımlarının toplu şekilde ve alındığı tarihten sonra toplu şekilde imzalatıldığı, bu durumu kurum çalışanı.... konuşmalarının da teyit ettiği,

- El yazısı ile düzenlenen matbu ordinoların sonradan veya boş olarak yatırımcılara düzenletildiği, üzerinde bulunması gereken sıra numarasının müteselsilen takip etmesi gerekirken, hiç sıra numarasının bulunmadığı,

- 21.11.2008, 25.11.2008, 27.11.2008 tarihlerinde gerçekleştirilen işlemlerden yatırımcıların hiçbir şekilde haberdar olmadıkları, bu konuda müşteri imzalı yazılı emirlerin de sunulamadığı yönündeki tespit ve kabul karşısında; katılan... 'i daha önceden tanıyan ve birikimlerinden haberdar olan sanık ... 'ın, tasarruflarının kardeşi sanık ...'ın yönetim kurulu başkanı olduğu ... Menkul Kıymetler aracılığıyla değerlendirmeleri hususunda ikna edip, 09.10.2008 tarihinde ... Bankası Ulus Şubesindeki ... Menkul Kıymetleri AŞ hesabına

aktarılmasını sağlayıp, herhangi bir borsa işlemi için talimat almadığı, sözleşme imzalanmadığı ve paralarının repoda değerlendirileceği yönünde taahhütte bulunduğu halde 09.10.2008'den 21.11.2008 tarihine değin yoğun biçimde "EMNİS" hisse senedi alışı gerçekleştirildiği, hisse senetlerinin alımından bir süre sonra ..... ile ortak tanıdıkları eski ... Menkul Kıymetler çalışanı ... vasıtasıyla alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesi ve müşteri emir formlarının (ordino), tarihsiz ve doldurulmamış şekilde katlanlarca imzalanmasını sağlayıp hisse alım satım işlemlerinin 26.11.2008 ile 27.11.2008 - 17.12.2008 tarih aralığında da sürdürüldüğü, katılanlara ait hesaplarda ödendi alındı belgeleri olmaksızın nakit giriş ve çıkışlarının yapıldığı, sanıkların ilk aşamada katılanlardan aldıkları tarihsiz ve imzasız özel belge niteliğinde olan sözleşme ve bir kısım müşteri emir formlarını, müşteri temsilcisi sıfatıyla katılanlar ile hiç yüz yüze görüşmeyen ...'daki şirket merkezinden ... şubesine hiç gelmeyen, şirket çalışanı sanık ...'un imzası da eklenmek suretiyle önceki işlem tarihine göre tarih atıp düzenlemek suretiyle sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, 'Tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasındaki dolandırıcılık ve özel belgede sahtecilik' suçlarını işledikleri, suçların yasal unsurlarının oluştuğu, sanıkların ayrı ayrı cezalandırılmaları yönünde verilen mahkûmiyet kararlarının onanması gerektiği," görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

Yargıtay (Kapatılan) 15. Ceza Dairesinin 21.01.2016 tarihli ve 14777-719 sayılı kararı ile itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve 30.01.2020 tarih ve 228-46 sayı ile;

"...Dosyanın, ... 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 01.10.2014 tarihli ve 4-79 sayılı gerekçeli kararının vekilliğinin devam ettiğinin belirlenmesi hâlinde Av. ...'a, devam etmediğinin belirlenmesi hâlinde ise katılan ...'e usulüne uygun olarak tebliğinin sağlanması için Yerel Mahkemeye gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi edilmesine," karar verilmiştir.

Yerel Mahkemece gerekçeli kararın katılan ...'e 24.06.2020 tarihinde tebliği üzerine adı geçen katılanın vekili Av. ... tarafından verilen 30.06.2020 tarihli temyiz dilekçesi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 19.08.2020 tarihli ve 65687 sayılı "Onama" istemli ek tebliğnamesi ile dosyanın gönderildiği Yargıtay (Kapatılan) 15. Ceza Dairesince 23.12.2020 tarih ve 8975-12900 sayı ile;

"...Sanıkların aşamalardaki değişmeyen savunmalarında atılı suçlamaları kabul etmemeleri, bilirkişi raporuna göre ... Menkul Kıymetler AŞ Alım Satım Aracılık Çerçeve Sözleşmesinde (16. sayfasında) ve iddia olunan suça konu müşteri emir formalarında bulunan imzaların katılanlara ait olması, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından düzenlenen raporda, aracı kurum tarafından alınan hisse senetlerinin (sanıkların) kendisi veya başkası menfaatine kullanılmasının söz konusu olmadığının belirtilmesi,

Ayrıca Dairemizin 12.09.2013 tarih ve 2013/4364-2013/13131 E-K sayılı ilâmı ile 13.0l.2014 tarih ve 2012/11956-2014/53 E-K sayılı ilâmında da olduğu gibi, sanıkların eylemlerinin, suç tarihlerinde yürürlükte olan Aracılık Faaliyetlerinde Belge ve Kayıt Düzeni Hakkındaki Tebliğe, Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğine ve yine suç tarihlerinde mer'i 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesine aykırı ise de; anılan hükümlere aykırı davranılması hâlinde sorumluluğu bulunan aracı şirket adına idari para cezasına hükmedileceğinin düzenlendiği dikkate alındığında; Anayasanın, suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığı altında düzenlenen 38. maddesinde; kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamayacağı; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ve hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağının güvence altına alındığı, Avrupa İnsan Hakları

Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre de; hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamayacağının ve aynı şekilde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir cezanın verilemeyeceğinin düzenlenmiş olduğunun anlaşılması karşısında; Anayasa, AİHS ve kanuni düzenlemeler dikkate alındığında bir kısım hisse senetlerinin emir formları tanzim edilmeden alınmasının katılanlar ile aracı kurum arasında düzenlenen çerçeve sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi, bu hâliyle sanıklar ile katılanlar arasındaki ihtilafın hukuki nitelikte olduğu ve nitelikli dolandırıcılık ile özel belgede sahtecilik suçlarının unsurları itibariyle oluşmadığı gözetilmeden, sanıkların yüklenen suçlardan ayrı ayrı beraatleri yerine yazılı şekilde mahkûmiyetlerine hükmolunması,

Kabule göre de;

1) Sanıklar hakkında şarta bağlı erteleme hükümleri uygulanmış ise de, Dairemizin 10.04.2013 tarih ve 2011/23252-2013/6583 E-K sayılı ilâmı ile 27.01.2015 tarih ve 2013/7574-2015/1326 E-K sayılı ilâmında da belirtildiği üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51/2. maddesine göre, cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabileceği, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edileceği, koşulun yerine getirilmesi hâlinde, hâkim kararıyla hükümlünün infaz kurumundan derhâl salıverileceği hükmüne yer verildiği, malvarlığına yönelik bazı suçlarda etkin pişmanlığı düzenleyen aynı Kanun'un 168. maddesinde, failin, azmettirenin veya yardım edenin etkin pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme ya da tazmin suretiyle tamamen gidermesi hâlinde mağdurun rızası aranmaksızın, kısmî geri verme veya tazmin hâlinde ise mağdurun rıza göstermesi koşuluyla ve etkin pişmanlığın gerçekleştiği yargılama aşaması dikkate alınarak ceza indirimi öngörüldüğü, öte yandan aynen geri verme veya tazmin tedbiri aynı Kanun'un 51. maddesinde bir koşul olarak gösterilmiş ise de, yasal bir indirim nedeninin, bundan yararlanmama iradesini ortaya koyan failin cezasını etkisiz kılacak biçimde aynen tazmin tedbir şartına bağlı tutulması imkânının bulunmadığı, böyle bir uygulamanın, mağdurun zararını soruşturma veya kovuşturma aşamalarında gidermeyen faillere yeni bir olanak tanırken, soruşturma veya kovuşturma aşamalarında zararı ödeyen sanık veya sanıklar aleyhine ve adalete aykırı bir sonuç doğuracağı, maddenin düzenleniş amacının da bu şekilde yorumlanamayacağı gözetilmeyerek etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmayan sanıklar hakkında ertelemenin, mağdurların uğradığı zararın giderilmesi şartına tabi tutulması,

2) Sanıklar hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan kurulan hükümlerde uygulama maddeleri olarak; sübut bulduğu kabul edilen nitelikli dolandırıcılık suçunun temas ettiği 'TCK'nın 158/1-h' maddesi ile sanıkların ceza miktarları bakımından kazanılmış haklarının gözetildiği sırada 'CMUK'nın 326/son' maddesi gösterilmeyerek 5271 sayılı CMK'nın 232/6. maddesine muhalefet edilmesi,

3) 1136 sayılı Kanun'un 168 ve hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 13. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, sanıkların mahkûmiyetine hükmedilmesi hâlinde kendisini vekille temsil ettiren katılan ... lehine maktu avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi," isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmiştir.

Bozmaya uyan ... 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 29.04.2021 tarihli ve 27-190 sayılı kararı ile nitelikli dolandırıcılık suçundan sanıkların ayrı ayrı beraatlerine ilişkin verilen hükümlerin, Cumhuriyet savcısı, sanık ... müdafisi ve katılanlar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay (Kapatılan) 15. Ceza Dairesince 23.03.2022 tarih ve 40361-4965 sayı ile onanmasına karar verilmiştir.

II. İTİRAZ SEBEPLERİ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 22.04.2022 tarih ve 81952 sayı ile;

"Sanıklar hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan beraat hükmünün yerinde olup olmadığı, mahkûmiyetleri gerekip gerekmediği hususu itirazımızın özünü oluşturmaktadır.

Uyuşmazlık konusunda sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi açısından dolandırıcılık suçu üzerinde ayrıntısıyla durulmalıdır.

A- Dolandırıcılık Suçu:

5237 sayılı TCK'nın 'Dolandırıcılık' başlıklı 157. maddesinde;

'Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası verilir' şeklinde dolandırıcılık suçunun temel şekli düzenlenmiş olup, 158. maddesinde ise suçun nitelikli hâlleri sayılmıştır.

Dolandırıcılık suçunun maddi unsurunun hareket kısmı, 765 sayılı TCK'nın 503. maddesinde bir kimseyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yapma olmasına karşın, 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde hileli davranışlarla bir kimseyi aldatma şeklinde ifade edilmiş, 765 sayılı Kanun'da yer alan desise kavramına 5237 sayılı Kanun'da yer verilmemiş ve hileye desiseyi de kapsayacak şekilde geniş bir anlam yüklenmiştir.

Mal varlığının yanında irade özgürlüğünün de korunduğu dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için;

1) Failin bir takım hileli davranışlarda bulunması,

2) Hileli davranışların mağduru aldatabilecek nitelikte olması,

3) Failin hileli davranışlar sonucunda mağdurun veya başkasının aleyhine, kendisi veya başkası lehine haksız bir yarar sağlaması,

Şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Fail kendisi veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bilerek ve isteyerek hileli davranışlar yapmalı, bu davranışlarla bir başkasına zarar vermeli, verilen zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağı bulunmalı ve zarar da, nesnel ölçüler göz önünde bulundurularak belirlenecek ekonomik bir zarar olmalıdır.

Görüldüğü gibi, dolandırıcılık suçunu diğer malvarlığına karşı işlenen suç tiplerinden farklı kılan husus, aldatma temeline dayanan bir suç olmasıdır. Birden çok hukuki konusu olan bu suç işlenirken, sadece mal varlığı zarar görmemekte, mağdurun veya suçtan zarar görenin iradesi de hileli davranışlarla yanıltılmaktadır. Madde gerekçesinde de, aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyiniyet ve güvenin bozulduğu, bu suretle kişinin irade serbestisinin etkilendiği ve irade özgürlüğünün ihlâl edildiği vurgulanmıştır.

5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde yalnızca hileli davranıştan söz edilmiş olmasına göre, her türlü hileli davranışın dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu anılan maddede hilenin tanımını yapmayarak suçun maddi konusunun hareket kısmını oluşturan hileli davranışların nelerden ibaret olduğunu belirtmemiş, bilinçli olarak bu hususu öğreti ve uygulamaya bırakmıştır.

Hile, Türk Dili Kurumu sözlüğünde; 'birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, desise, entrika' (Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük) şeklinde, uygulamadaki yerleşmiş

kabule göre ise; 'Hile nitelikli yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır... Hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez' biçiminde tanımlanmıştır.

Öğretide de hile ile ilgili olarak; 'Olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarf edilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirtmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesidir' (doktrindeki bir esere atıf), 'Hile, oyun, aldatma, düzen demektir. Objektif olarak hataya düşürücü ve başkasının tasavvuru üzerinde etki doğurucu her davranış hiledir' (doktrindeki bir esere atıf) biçiminde tanımlara yer verilmiştir.

Yerleşmiş uygulamalar ve öğretideki baskın görüşlere göre ortaya konulan ilkeler gözönünde bulundurulduğunda; hile, maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, hataya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika ve bunun gibi her türlü eylem olarak kabul edilebilir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı imkanlara ve sıfata sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir. Ancak sadece yalan söylemek, dolandırıcılık suçunun hile unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Kanun koyucu yalanı belirli bir takım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğu hallerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca hukuki işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekildeki aldatma, dolandırıcılık suçunun oluşumuna yetmeyecektir. Yapılan yalan açıklamaların dolandırıcılık suçunun hileli davranış unsurunu oluşturabilmesi için, bu açıklamaların doğruluğunu kabul ettirebilecek, böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek yoğunluk ve güçte olması ve gerektiğinde yalana bir takım dış hareketlerin eklenmiş bulunması gerekir.

Failin davranışlarının hileli olup olmadığının belirlenmesi noktasında öğretide şu görüşlere de yer verilmiştir: 'Hangi hareketin aldatmaya elverişli olduğu somut olaya göre ve mağdurun içinde bulunduğu duruma göre belirlenmelidir. Bu konuda önceden bir kriter oluşturmak olanaklı değildir' (doktrindeki bir esere atıf), 'Hileli davranışın anlamı birtakım sahte, suni hareketler ile gerçeğin çarpıtılması, gizlenmesi ve saklanmasıdır' (doktrindeki bir esere atıf), 'Hilenin, mağduru hataya sürükleyecek nitelikte olması yeterlidir; ortalama bir insanı hataya sürükleyecek nitelikte olması aranmaz. Bu nedenle, davranışın hile teşkil edip etmediği muhataba ve olaya göre değerlendirilmelidir' (doktrindeki bir esere atıf) Esasen, hangi davranışların hileli olup olmadığı ve bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yolunda genel bir kural koymak oldukça zor olmakla birlikte, olaysal olarak değerlendirme yapılmalı, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmak suretiyle sonuca ulaşılmalıdır.

Uyuşmazlık konusunu ilgilendiren tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenen dolandırıcılık suçu ise, suç ve karar tarihi itibarıyla TCK'nun 158. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde; '(1)Dolandırıcılık suçunun;... h- Tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde, iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu maddenin gerekçesinin ilgili bölümlerinde ise, 'Ticari faaliyeti meslek olarak icra eden kişilerin güvenilirliğini sağlamak amacıyla, dolandırıcılık suçunun tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenmesi, bu suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir' açıklamalarına yer verilmiştir.

TCK'nun 158. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında, kooperatif yöneticilerinin de kooperatifin faaliyeti kapsamında dolandırıcılık suçunu işlemeleri nitelikli hâl olarak öngörülmüştür. Ticari faaliyeti meslek olarak icra eden kişilerin güvenilirliğinin en üst düzeyde olması gereği, toplumsal hayatta ihtiyaç duyulan kişiler arasındaki dürüstlük ve güvenirliliğe ticari hayatın daha çok muhtaç olması nedeniyle, böyle bir artırım nedeni öngörülmüştür.

Anılan bentte iki tür suç öngörülmüştür. Bunlardan birisi ticari faaliyet sırasında dolandırıcılık; diğeri ise, kooperatifin faaliyeti kapsamında dolandırıcılıktır. Bu suç, özgü bir suçtur. Bu suçu ancak, tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişiler ya da kooperatif yöneticileri işleyebilir. Bunların dışındakilerin bu suçu işleyebilme olanağı bulunmamaktadır. Örneğin, esnafın veya tacir sıfatı, şirket yöneticisi ya da şirket adına hareket eden kişi özelliği bulunmayan gerçek kişiler, kooperatif denetçileri ve üyeleri bu suçu işleyemezler.

Bu nitelikli hâlin oluşması için, failin tacir ya da şirket yöneticisi veya şirket adına hareket eden kimse olması yeterli değildir. Aynı zamanda aldatıcı nitelikteki eylemin, ticari faaliyetleri sırasında gerçekleştirilmiş olması gerekir.

B) Sermaye Piyasası Kanununa Muhalefet Suçu;

Mülga 2499 sayılı Kanun'un suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan 'Cezai Sorumluluk' başlıklı 47. maddesi;

'Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde:..'

47/A maddesinde bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket ettiği tespit edilen gerçek kişiler ve tüzel kişilere, Kurul tarafından idarî para cezası verileceği öngörülmüş,

30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve aynı gün yürürlüğe giren 30.12.2012 gün ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 139. maddesi ile 30.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu tümüyle yürürlükten kaldırılıp 6362 sayılı Yasa'nın 103. maddesinde, bu Kanun'a dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket eden kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamayacağı öngörülmüş ise de idari para cezası uygulanması hali, Aracılık Faaliyetlerinde Belge ve Kayıt Düzeni Hakkındaki Tebliğin 9. maddesine, Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğinin 29. maddesine belirlenen yükümlülüklere uyulmaması halleri ile sınırlıdır.

Sermaye Piyasası Kurulunun 13.08.2009 tarihli raporunda, aracı kurumun hisse senedi alım satım emri verme, ordino ve diğer belgeleri imzalama, nakit ve menkul kıymet yatırma ve çekme, virman işlemi yapma gibi geniş yetkiler içeren vekaletname ile işlem yapılamayacağı hükmünün ihlal edildiğini ve buna göre idari işlem yapılmasının öngörülmesi,

... Menkul Kıymetler Borsası Teftiş ve Gözetim Kurulunun 03.09.2009 tarihli Uyuşmazlık Disiplin İncelemesi Raporunda tespit edilen;

- 09.10.2008 - 14.11.2008 tarihleri arasında gerçekleştirilen işlemlere ait müşteri emir formlarının müşterilerin imzaları alınarak düzenlenmeyip günlük toplu olarak çıktısı alınarak yatırımcılara imzalattırıldığı,

- 26.11.2008 tarihli ordinoların ya sonradan ya da boş olarak yatırımcılara imzalattırıldığı,

- El yazısıyla doldurulmuş 26.11.2008 tarihli ordinoların üzerinde müteselsil sıra numaralarının bulunmadığı, İMKB Yönetmeliğinin 28. maddesinde belirtilen emrin verildiği yer, tarih, saat ve dakika bilgilerinin olmadığı,

- 21.11.2008 - 25.11.2008 ve 27.11.2008 - 17.12.2008 tarihlerinde gerçekleştirilen işlemlerde müşteri emir formlarının hiçbir biçimde ibraz edilmediği,

- Katılanların hesaplarında 22, 23 ve 24.10.2008 tarihlerinde nakit giriş-çıkışlarına ilişkin alındı ve ödendi belgelerinin hiçbir biçimde ibraz edilemediği tespit edilmesi ve İMKB Yönetmeliği uyarınca işlem yapılmasının istenmesi,

... Kriminal Polis Laboratuvarı grafoloji uzmanınca düzenlenen 06.11.2009 tarihli bilirkişi raporunda tespit edilen; aracı firmadan el konulan çerçeve sözleşmesi ve ordinolar üzerindeki imzaların katılanlara ait olduğu ancak yazı, rakam ve harflerin müştekiler eli mahsulü olmadığının belirlenmesi,

Yargılama aşamasında uzman üç kişilik bilirkişi heyetince düzenlenen 02.11.2011 tarihli bilirkişi raporunda tespit edilen;

- Katılanlar ... ve ... ait olduğu belirtilerek dosyaya sunulan suçlama konusu emir alımlarının toplu şekilde ve alındığı tarihten sonra toplu şekilde imzalatıldığı, bu durumu kurum çalışanı... ile ... 'ın konuşmalarının da teyit ettiği,

- El yazısı ile düzenlenen matbu ordinoların sonradan veya boş olarak yatırımcılara düzenletildiği, üzerinde bulunması gereken sıra numarasının müteselsilen takip etmesi gerekirken, hiç sıra numarasının bulunmadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde;

Sanıklardan ...'ın ....Yönetim Kurulu Başkanı olduğu, kardeşi ...'ın ise şirketin uzun zaman genel müdürlüğünü yaptığı, ...'ın müşteki ... ile tanıştıkları, sanık ...'ın müşteki ... ve kızı ... 'in paralarının olduğunu bildiği, yine bir arkadaş grubu ile sanık ... ve müşteki ... 'ın olduğu bir ortamda sanık ...'ın müştekiye parasını kar getiren sağlam bir hisse senedine yatırmasını söylediği, müştekiyi ikna ettikten sonra müşteki ... ve kızı ... 'in paralarını önce repoya daha sona karlı ve sağlam hisse senedi araştırılmasının yapılmasına ve kendisinin de bu işin uzmanı olduğunu söyledikten sonra yardım ve telkinleri ile müşteki ... 'ın 180.000 USD, ... 'in 200.000 USD'yi TL'ye çevirerek ... Bankası Ulus Şubesi'ne 248.000 TL ve 276.000 TL'yi yatırdıkları ve beklemede kaldıkları, her iki müştekinin her üç sanığa her hangi bir talimat vermedikleri halde müştekilere ait paranın her nasılsa ... Menkul Kıymetler AŞ hesabına aktardıkları,

Bu işlemlerden sonra müştekilerin paralarının ... Bankası Ulus Şubesinden talimatsız ve sözleşmesiz şirkete aktarma işini meşrulaştırmak için sanık ... ile müştekilerin ortak tanıdıkları olan ve ... Menkul Kıymetler AŞ eski çalışanı ... vasıtası ile müştekilerden görüşmek için randevu alındığı ve hazırlanan alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesi ... tarafından götürülerek müştekilerin evlerinde müştekilerin sanık ...'a duydukları güven nedeniyle tarihsiz ve yazısız bir kısım belgelerin müştekilere imzalattırıldığı, müştekilerin sanıklara usulüne uygun herhangi bir yazılı veya sözlü talimat verilmeden şikâyetçilerin hesaplarından 09.10.2008'den 21.11.2008 arasında yoğun biçimde "EMNİS" hisse senedi alımının gerçekleştirildiği ve daha sonraki tarihlerde işlemlerin devam ettiği, müşteri emir

formlarında şirkette çalışan sanık ...'un müşteki temsilcisi sıfatıyla imzalarının mevcut olduğu bu durumda sanıkların müştekilerden ilk aşamada aldıkları yazısız ve imzasız kâğıtları yapılan müşteri emir formlarının önceki işlem tarihine göre sahte düzenledikleri,

Olay tarihinde ... Menkul Kıymetler AŞ'nin yönetim kurulu başkanı olan sanık ... ile adı geçen şirketin ortağı ve müşteri temsilcisi olan diğer sanıklar ... ve ...'un katılanlar tarafından yatırım amaçlı olarak şirket hesabına aktarılan paraları müşteri emir formlarında sahtecilik yapmak suretiyle şirket hesabından izinsiz çekip borsada hisse senedi almak suretiyle katılanları zarara uğrattıkları böylece 5237 sayılı TCK'nın 158/1-h maddesinde öngörülen tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasındaki dolandırıcılık suçunu işledikleri bu nedenle mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesinin yerinde olmadığı ve hükmün bozulması gerektiği," görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 11. Ceza Dairesince 18.05.2022 tarih ve 2737-9212 sayı ile itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

III. UYUŞMAZLIK KAPSAMI VE KONUSU

Sanıklar hakkında özel belgede sahtecilik suçundan verilen düşme kararı Özel Dairece onanmak suretiyle kesinleşmiş olup itirazın kapsamına göre inceleme sanıklara atılı nitelikli dolandırıcılık suçundan kurulan beraat hükmü ile sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanıklara atılı nitelikli dolandırıcılık suçunun yasal unsurları itibarıyla oluşup oluşmadığının belirlenmesine ilişkindir.

IV. OLAY VE OLGULAR

İncelenen dosya kapsamından;

Türkiye ... Bankası ... Ulus Şubesinin 09.10.2008 tarihli ve 18672 sayılı, "Şubelerarası Para Transferi" başlıklı dekontuna göre; gönderici sıfatıyla katılan ...'in alıcı ... Menkul Kıymetler AŞ'nin ... Borsa Şubesinde bulunan ... numaralı hesabına 248.000 TL havale yaptığı, dekontun açıklama kısmında "... ... (OTM-43/A) Havale Gönderildi." bilgilerine yer verildiği,

Türkiye ... Bankası ... Ulus Şubesinin 09.10.2008 tarihli ve 18671 sayılı, "Şubelerarası Para Transferi" başlıklı dekontuna göre; gönderici sıfatıyla katılan (...) ...'in alıcı ... Menkul Kıymetler AŞ'nin ... Borsa Şubesinde bulunan ... numaralı hesabına 276.000 TL havale yaptığı, dekontun açıklama kısmında "... ... (OTM-43/A) Havale Gönderildi." bilgilerine yer verildiği,

... Menkul Kıymetler AŞ tarafından düzenlenen 09.10.2008 tarihli, 2956 ve 2957 numaralı iki adet Alım Satıma Aracılık Çerçeve Sözleşmelerine göre; sözleşmelerin ... Menkul Kıymetler AŞ ile yatırımcı sıfatıyla katılanlar arasında hisse senedi alım satım ve işlemleri ile ilgili olarak imzalandığı, işlemlerin normal, fon, kredi ve gün içi olmak üzere dört bölüme ayrıldığı, yatırımcının emri verirken bu dört işlem türünden birini seçmek zorunda olduğu, normal işlemin yatırımcının mevcut cari bakiyesini kullanarak yaptığı işlemler; fon işleminin yatırımcının T+2 takas tarihinde ödeme taahhüdünde bulunarak yaptığı işlemler; kredili işlemin yatırımcının kredi kullanarak yaptığı işlemler ve gün içi işlemin ise gün içerisinde satma taahhüdü ile alınan ve gün sonunda kapatılması zorunlu olan ve yatırımcı tarafından kapatılmadığı takdirde resen şirket tarafından kapatılan işlemler olduğu, yatırımcının alış veya satışı yapılacak hisse senetleri için yazılı veya sözlü olarak, faks veya telefon yoluyla ya da internet üzerinden emir verilebileceği, telefonla verilen emirlerde ses kaydı alınacağı,

yazılı emirlerde kural olarak elektronik ortamda oluşturulan ve ordino diye adlandırılan standart formların kullanılacağı, teknik arıza gibi herhangi bir nedenden dolayı ordinoların elektronik ortamda oluşturulamaması hâlinde yatırımcının aynı bilgileri içeren ve bu amaçla kullanılan matbu ordinoyu yazılı olarak düzenlemek zorunda olduğu, sözleşmenin feshi hâlinde şirketin yatırımcının hesabında bulunan sermaye piyasası araçlarını yatırımcının talimatı doğrultusunda iade etmekle yükümlü olduğu, sözleşmenin süresiz olarak düzenlendiği ve taraflarca okunup içeriği hakkında tam bir anlaşma sağlanarak 09.10.2008 tarihinde yürürlüğe girdiği,

Katılan ...'e ait 09.10.2008 tarihli ve ... hesap numaralı müşteri ordinosuna göre; ilk işlem olarak aynı gün saat 16.58'de 4,14 TL birim fiyat üzerinden 2.500 adet "EMNIS" hisse senedi alındığı, gün içerisinde de 4,14 TL birim fiyatından 2.500 adet, 4,16 TL birim fiyatından 2.500 adet, 4,20 TL birim fiyatından 2.500 adet, 4,20 TL birim fiyatından 2.500 adet, 4,22 TL birim fiyatından 2.500 adet ve 4,22 TL birim fiyatından 2.500 adet olmak üzere toplam 73.200 TL tutarında "EMNIS" hisse senedi alındığı, işlemlerin türünün gün içi, emirlerin şeklinin yazıyla ve temsilcinin sanık ... olduğu,

Katılan (...) ...'e ait 09.10.2008 tarihli ve ... hesap numaralı müşteri ordinosuna göre; ilk işlem olarak aynı gün saat 16.57'de 4,16 TL birim fiyat üzerinden 2.500 adet "EMNIS" hisse senedi alındığı, gün içerisinde de 4,16 TL birim fiyatından 2.500 adet, 4,16 TL birim fiyatından 2.500 adet, 4,18 TL birim fiyatından 2.500 adet, 4,18 TL birim fiyatından 2.500 adet, 4,22 TL birim fiyatından 2.500 adet ve 4,22 TL birim fiyatından 2.500 adet olmak üzere toplam 73.200 TL tutarında "EMNIS" hisse senedi alındığı, işlemlerin türünün gün içi, emirlerin şeklinin yazıyla ve temsilcinin sanık ... olduğu,

Katılan ...'e ait 26.11.2008 tarihli ve ... hesap numaralı müşteri ordinosuna göre; ilk işlem olarak saat 09.52'de 3,30 TL birim fiyat üzerinden 2.500 adet "EMNIS" hisse senedi satıldığı, gün içerisinde de 3,30 TL birim fiyatından 2.500 adet, 3,30 TL birim fiyatından 2.500 adet, 3,10 TL birim fiyatından 2.500 adet (altı defa), 3,04 TL birim fiyatından 2.500 adet (iki defa) "EMNIS" hisse senedi satıldığı, işlemlerin türünün gün içi, emirlerin şeklinin yazıyla ve temsilcinin sanık ... olduğu,

Katılan (...) ...'e ait 26.11.2008 tarihli ve ... hesap numaralı müşteri ordinosuna göre; ilk işlem olarak saat 09.51'de 3,34 TL birim fiyat üzerinden 1.000 adet "EMNIS" hisse senedi satıldığı, gün içerisinde de 3,32 TL birim fiyatından 1.000 adet "EMNIS" hisse senedi satıldığı, 3,06 TL birim fiyatından 2.500 ve 528 adet "EMNIS" hisse senedi satıldığı, işlemlerin türünün gün içi, emirlerin şeklinin yazıyla ve temsilcinin sanık ... olduğu,

... Menkul Kıymetler AŞ tarafından katılan ...'e ait ... numaralı hesaba ilişkin olarak 25.01.2010 tarihinde düzenlenen hesap özetine göre; hesapta 17.11.2008 tarihinde 47.847 lot "EMNIS" hisse senedi, 4.000 lot "MERKO" hisse senedi bulunduğu, 18.11.2008 tarihinde 48.290 lot "EMNIS" hisse senedi, 0 lot "MERKO" hisse senedi bulunduğu ve 18.11.2008 tarihi itibarıyla hesabın TL karşılığının (overall) 431.613,90 TL olduğu, 19.11.2008 tarihinde yine 48.290 lot "EMNIS" hisse senedi, 0 lot "MERKO" hisse senedi bulunmasına rağmen 19.11.2008 tarihi itibarıyla hesabın TL karşılığının (overall) 383.324,81 TL olduğu,

... Menkul Kıymetler A.Ş. tarafından katılan (...) ...'e ait ... numaralı hesaba ilişkin olarak 25.01.2010 tarihinde düzenlenen hesap özetine göre; hesapta 17.11.2008, 18.11.2008 ve 19.11.2008 tarihlerinde 49.113 lot "EMNIS" hisse senedi bulunduğu ancak hesabın TL karşılığının (overall) 17.11.2008 tarihinde 385.824,42, 18.11.2008 tarihinde 434.937,47 ve 19.11.2008 tarihinde ise 385.824,52 TL olduğu,

... Menkul Kıymetler AŞ vekili Av. ... imzalı ve 17.12.2008 tarihli ihtarnameye göre; ihtar edenin ... Menkul Kıymetler AŞ ve muhatabın katılan ... olduğu, katılan ...'in ... Menkul Kıymetler AŞ ile imzaladığı 09.10.2008 tarihli ve 2956 sayılı alım satıma aracılık çerçeve

sözleşmesi gereğince ve 5549 sayılı Kanun uyarınca son 3 aylık döneme ait elektrik, su, telefon faturası veya ikametgah ilmuhaberi gibi adresini teyit edici mahiyetteki belgelerin teslim edilmesinin istenildiği,

Sarıyer 2. Noterliğinin 26.12.2008 tarihli ve 13192 yevmiye sayılı ihtarnamesine göre; ihtar edenlerin katılanlar ve muhatabın ... Menkul Kıymetler AŞ olduğu, hâlen katılanların hesaplarında bulunan bakiye tutarlar ile katılanların talimatı olmadan yapılan işlemlerle harcanan tutarın ve verilen zararın muhatap tarafından katılanlara iade edilmesinin istenildiği, ... Menkul Kıymetler AŞ vekili Av. ... imzalı ve 03.01.2009 tarihli cevabi ihtarnameye göre de; katılanların hesaplarındaki mevcut bakiyenin yapılan hisse alım satım işlemleri sonucunda oluşmasına rağmen katılanların talimatı ile hesaplarında yapılan işlemleri kabul etmemeleri nedeniyle bakiyenin ihtilaflı hale geldiği ve bu nedenle ... Menkul Kıymetler AŞ'nin katılanlara borçlu olmadığının tespitine yönelik hukuk mahkemesinde dava açıldığı hususlarının bildirildiği,

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; katılan ...'e 2008 yılı Ekim ayı hesap ekstresinin bekleme müddeti sonunda iade edildiği, 2008 yılı Kasım ayı hesap ekstresinin dağıtıma çıkarıldığı ancak tebliğine ilişkin evrakın dosyada mevcut olmadığı, 2008 yılı Aralık ayı hesap ekstresinin 14.01.2009 tarihinde tebliğ edildiği; katılan ...'a 2008 yılı Ekim ayı hesap ekstresinin 19.11.2008 tarihinde tebliğ edildiği, 2008 yılı Kasım ayı hesap ekstresinin dağıtıma çıkarıldığı ancak tebliğine ilişkin evrakın dosyada mevcut olmadığı, 2008 yılı Aralık ayı hesap ekstresinin ise bekleme müddeti sonunda iade edildiği,

... 9. Noterliğinin 16.12.2008 tarihli ve 29166 yevmiye numaralı ihtarnamesine göre; muhatap sıfatıyla katılan ...'e 15.11.2008 tarihinde gönderilen hesap ekstrelerinin tebliğ edilemediği ve iade edildiği, 06.12.2008 tarihli ekstrenin hâlen kabul edilmediği belirtilerek 3 gün içerisinde hesap ekstreleri hakkında mutabakat sağlanması gerektiğinin bildirildiği, tebligat görevlisi 07.12.2008 tarihinde adrese gittiğinde muhatabın adreste olduğu hâlde kapıyı açmadığından evrakın muhtara bırakılarak 2 nolu haber kağıdının adresin kapısına yapıştırılıp blok görevlisine haber verildiği,

... 9. Noterliğinin 17.12.2008 tarihli ve 29562 yevmiye numaralı ihtarnamesine göre; muhatap sıfatıyla katılan ...'a 19.10.2008 tarihinden 21.11.2008 tarihine kadar yapılan işlemlerde imzanın muhataba ait olup olmadığı hususunda oluşan tereddüt nedeniyle bu konuda beyanda bulunması, hesap ekstreleri hakkında mutabakat sağlanması gerektiğinin bildirildiği, tebligat görevlisi 19.12.2008 tarihinde adrese gittiğinde muhatabın işe gittiğinin komşusu ... tarafından beyan edilmesi üzerine evrakın muhtara bırakılarak 2 nolu haber kağıdının adresin kapısına yapıştırılıp komşusuna haber verildiği,

Sermaye Piyasası Kurulunun 2011 tarihli, 11057 sayılı ve Yatırımcıları Koruma Fonu'na hitaben yazısına göre; ... Menkul Kıymetler AŞ'nin faaliyetlerinin 02.12.2011 tarihi ve 19.30 saati itibarıyla sürekli olarak durdurularak sahip olduğu yetki belgelerinin iptal edilmesine ve ... Menkul Kıymetler AŞ'nin Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46/h maddesi uyarınca tedrici tasfiyesine karar verildiği,

Grafoloji ve sahtecilik uzmanı bilirkişi tarafından düzenlenen 06.11.2009 tarihli raporda; katılan ...'e ilişkin olarak 09.10.2009 tarihli Alım Satıma Aracılık Çerçeve Sözleşmesi, Karşılıklı Taahhütname, SMS Şifre Taahhütnamesi, Müşteri Bilgi Formu ve Sermaye Piyasası İşlemleri Risk Bildirim Formu ile 09.10.2008, 10.10.2008, 13.10.2008, 14.10.2008, 15.10.2008, 16.10.2008, 17.10.2008, 20.10.2008, 21.10.2008, 22.10.2008, 23.10.2008, 24.10.2008, 27.10.2008, 28.10.2008, 31.10.2008, 04.11.2008, 05.11.2008, 06.11.2008, 14.11.2008 ve 26.11.2008 tarihli Müşteri Ordinosu başlıklı belgelerdeki imzaların katılan ...'in eli mahsulü oldukları, Alım Satıma Aracılık Çerçeve Sözleşmesindeki 09.10.2008 tarih yazısının ise katılan ...'in eli ürünü olmadığı; katılan ...'a ilişkin olarak 09.10.2009 tarihli

Alım Satıma Aracılık Çerçeve Sözleşmesi, Karşılıklı Taahhütname, SMS Şifre Taahhütnamesi, Müşteri Bilgi Formu ve Sermaye Piyasası İşlemleri Risk Bildirim Formu ile 09.10.2008, 10.10.2008, 13.10.2008, 14.10.2008, 15.10.2008, 16.10.2008, 17.10.2008, 20.10.2008, 21.10.2008, 22.10.2008, 23.10.2008, 24.10.2008, 27.10.2008, 28.10.2008, 30.10.2008, 31.10.2008, 03.11.2008, 04.11.2008, 05.11.2008 ve 26.11.2008 tarihli Müşteri Ordinosu başlıklı belgelerdeki imzaların katılan ...'ın eli mahsulü olduklarının tespit edildiği,

... Menkul Kıymetler Borsası Teftiş Kurulu Başkanlığınca düzenlenen 03.09.2009 tarihli Uyuşmazlık Disiplin İncelemesine göre; katılanlar tarafından 09.10.2008 tarihli olarak imzalanan alım satıma aracılık çerçeve sözleşmelerinin üzerlerinde SYM-GM-V8-5313 18.11.2008 ve SYM-GM-V8-5314 18.11.2008 ibarelerinin yazılı olduğu, sözleşmelerin ... Menkul Kıymetler AŞ'nin muhasebe programına 18.11.2008 tarihinde taranarak yüklendiği, ancak sözleşmelerin, üzerlerinde bulunan 09.10.2008 tarihi sonrasında düzenlendiği yönünde bir tespite ulaşılamadığı, söz konusu sözleşmeler ile katılanlar ... ve ... 'ın ... Menkul Kıymetler AŞ nezdinde sırasıyla ... ve ... numaralı hesapları açtırdıkları ve hesap ekstreleri incelendiğinde hesaplardaki ilk işlemin 09.10.2008 tarihinde olduğu, bu tarihte katılan ...'in hesabına 248.000 TL, katılan ...'ın hesabına 276.000 TL nakit girişi yapıldığı, aynı gün katılan ...'in hesabına 41.733 TL tutarında 9.969 adet ve katılan ...'ın hesabına da 48.185 TL tutarında 11.501 adet "EMNIS" kodlu hisse senedi alışı gerçekleştirildiği, 21.11.2008 tarihine kadar yoğun olarak "EMNIS" hisse senedinde olmak üzere işlemler yapıldığı, bu tarihe kadar olan işlemlerin tamamına ait imzalı ordinoların ibraz edildiği, 21.11.2008 ve 25.11.2008 tarihlerinde "EMNIS" hisse senedinde gerçekleştirilen işlemlere ait müşteri emir formlarının ise ibraz edilmediği, ardından 26.11.2008 tarihinde katılan ...'in hesabındaki "EMNIS" hisse senedi bakiyesi olan 28.684 adet ve katılan ...'ın hesabındaki "EMNIS" hisse senedi bakiyesi olan 37.028 adet satış işleminin gerçekleştirildiği, işlemlere ait müşteri emir formlarının de ibraz edilmediği, her iki yatırımcının hesabında 27.11.2008-17.12.2008 tarih aralığında "EMNIS" kodlu hisse senedi dışındaki hisselerde alım satım işlemleri yapılmış olup bu işlemlere ait müşteri emir formlarının ibraz edilmediği, 19.12.2008 tarihi itibarıyla hisse senedi stoku bulunmayan her iki hesaptan katılan ...'e ait olan hesapta 183.423 TL ve katılan ...'a ait hesapta ise 167.636 TL tutarında nakit bakiye bulunduğu, yapılan işlemler neticesinde katılan ...'in hesabında 64.577 TL ve katılan ...'ın hesabında 108.364 TL olmak üzere söz konusu iki hesapta toplam 172.941 TL'lik değer kaybının meydana geldiği, her iki yatırımcının hesabında bulunan söz konusu nakitlerin 19.12.2008 tarihten itibaren vadeli mevduatta değerlendirildiği, katılanların cari hesapları incelendiğinde, her iki hesaptan 22.10.2008 tarihinde Nakit Ödenen açıklamasıyla sırasıyla 40.000 TL ve 145.000 TL; 23.10.2008 tarihinde aynı açıklamayla 104.000 TL ye 62.000 TL çıkış işlemi yapıldığı, çıkış yapılan bu tutarların yani sırasıyla 144.000 TL ve 207.000 TL'nin bu defa Nakit Tahsil Edilen açıklamasıyla 24.10.2008 tarihinde hesaplara alacak kaydedildiği, söz konusu bu işlemlere ilişkin tahsilat/tediye makbuzlarının ibraz edilmediği, ... Menkul Kıymetler AŞ tarafından katılanlara hesap ektstresi gönderildiği, 09.10.2008-14.11.2008 döneminde gerçekleştirilen işlemlere ait olarak ibraz edilen ve bilgisayar ortamında düzenlenmiş olan müşteri emir formlarının emirlerin alındığı esnada katılanların imzalarını havi olarak düzenlenmeyip günlük toplu olarak çıktısı alınarak katılanlara imzalatıldığı, 26.11.2008 tarihli ordinoların da, müşteri emir formlarına benzer biçimde emirlerin alınması esnasında değil ya sonradan ya da boş olarak katılanlara imzalatıldığı, 21.11.2008 ve 25.11.2008 tarihleri ile 27.11.2008-17.12.2008 döneminde gerçekleştirilen işlemlere ilişkin olarak katılanların imzalarını havi müşteri emir formlarının ve katılanların hesaplarında yapılan nakit giriş/çıkışlarına ilişkin katılanların imzasını havi Nakit Alındı ve Nakit Ödendi belgelerinin ibraz edilmediği, raporun Sermaye Piyasası Kuruluna ve ... Menkul Kıymetler Borsası Disiplin Komitesine iletildiği,

Sermaye Piyasası Kurulunca düzenlenen 13.08.2009 tarihli rapora göre; sanıklar ... ve ...'in ... Menkul Kıymetler AŞ'nin sırasıyla %52 ve %45 pay oranlarına sahip büyük ortakları oldukları, sanık ...'ın yönetim kurulu başkanı, sanık ...'in ise genel müdür olarak görev yaptığı, katılanlar vekili Av. ... tarafından 31.12.2008 tarihinde iletilen şikâyet dilekçesinde yer alan hususlara ilişkin ... Menkul Kıymetler AŞ nezdindeki belgelerin incelenmesinde, katılanlar ile ayrı ayrı 09.10.2008 tarihinde imzalanmış Alım Satımına Aracılık Çerçeve Sözleşmelerinin bulunduğu, katılan ...'in hesabında 13.10.2008 tarihinden 17.12.2008 tarihine, katılan ...'ın hesabında 13.10.2008 tarihinden 16.12.2008 tarihine kadar hisse senedi alım satım işlemi gerçekleştirildiği, 13.10.2008 tarihinden 20.11.2008 tarihine kadar olan hisse senedi alım satım işlemleri için emirlerin katılanlar tarafından verildiğini tevsik edici nitelikte imzalı müşteri emir formlarının bulunduğu, ancak bu tarihten sonra 26.11.2008 tarihi dışındaki 21.11.2008, 25.11.2008, 27.11.2008, 01-03.12.2008, 05.12.2008, 12.12.2008 ve 17.12.2008 tarihlerinde gerçekleşen işlemlere ilişkin müşteri emir formlarında imza bulunmadığı, şirketin ... Şubesi sorumlusu tanık... 'ın katılanlarla 20.11.2008 tarihinden sonra yapılan işlemlere ilişkin müşteri emir formlarını imzalatmak için yaptığı ve kayıt altına alınan telefon görüşmesinde;

"... : Bende imzalamanız gereken ordinolar var. Ben ... şube müdürüyüm. ... Bey'le göndersem onları imzalayıp bana gönderebilir misiniz?

...: Şimdi ne oluyor? Ne zaman satıyoruz bunları?

... : Şimdi şöyle söyleyeyim.

...: Ne zaman nakde döneceğiz yani?

... : Şöyle söyleyeyim ... Hanım, hesap numaranız .... Bakıyorum işlemlerinizi ben girmediğim için... hesabınızda 10.000 lot ... gözüküyor. Duyuyor musunuz beni?

...: Duyuyorum ama dediklerinizi anlamıyorum ben sorumun cevabım bekliyorum, siz konuşacaksınız sonunda ben sorumun cevabını alacağım diye bekliyorum. Şimdi bu söylediklerinizden anlamıyorum ben, hiç daha önce hisse senedi oynamadığım için, benim sorum şu, ne zaman biz nakde döneceğiz?

... : Yani şimdi hesabınızda 10.000 lot ... var, eğer onu satarsanız 15.400 YTL'lik bir hisse senedi var gerisi nakitti. Eğer bunu satarsanız nakde dönmüş olursunuz.

...: Ne kadar var nakitte şu anda?

... : Şu anki satış fiyatıyla 167.059 sizin hesabınız.

...: Toplam?

... : ...

...: Toplam?

... : Evet, overall'unuz...

...: Ben 276 milyar yatırmıştım, o zaman bayağı bir zararda gözüküyorum, değil mi?

... : Öyle gözüküyor, sanırım.

...: Anladım, yani 276 milyarım şu anda 167, ne kadar oldu dediniz?

... : Şu an 167.059 overall'unuz ... Hanım

...: Ben hiçbir şey imzalamıyorum bu saatten sonra. Ben ... Bey'le görüşeceğim. Siz yoksunuz arada.

... : Zaten ben bu konularla direk değilim. Bakın. Şimdi eğer siz bu ordinoyu imzalamazsanız...

...: İmzalamıyorum. 276 milyar yatırdım, benim şu an param ne kadar, bir daha söyleyin.

... : Şimdi bakın bu takdirde olması gereken şey, yani, eğer imzalamazsanız işlemlerin iptal edilmesi gerekiyor mevzuata göre.

...: ... Biz senin lafınla bir tane pul almayız. ...'a, 20 senelik arkadaşlığa, dostluğa 200.000 dolar para bankadan çekilip aynen bunların hepsi kayıtlarda var.

...Biz hayatımızda borsanın 'b'sini bilmeyiz, bunu bilen insanlar da var, ne gerekirse o olur. ...'in ben de cep telefonunda mesajları var.

...Ne imzası biz o zaman da imza atmıyorduk ama ... Bey imza at dedi. Attık. ... şunu şöyle yap dedi. Yaptık. Dedik ki bu ..., bizim 20 senelik dostumuz. Kocaman ... Menkul Değerler'in sahibi. Biz 200.000'er dolar paramızı bozdurduk, aynı gün iki dakika sonra bunlara yatırdık.

...Bize dediğinizde %50 kar edeceksiniz diye bu işe sokuldu. Kendisinin almış olduğu, ... Menkul Değerler'in 2.000 liraya almış olduğu eminis, meminis biz bunları bilmeyiz. Biz bilmeyiz ki eminis nedir. Hayatımızda, benim yaşım 57, hayatımda borsanın kapısından geçmedim. ... Bey bana ben kefilim dedi. Sen bana veriyorsun dedi.

...

... : Ben sizi dinledim, beni bir dakika dinler misiniz? Bakın ben ... Şubesinde çalışıyorum. ... Şube sorumlusuyum. İsmim .... Sizinle daha önce de görüşmedik. Ama şöyle, bakın, burası kurumsal bir şirket, genel müdürlüğümüz ...'da, biliyorsunuz ve biz...

...: Genel müdürünüz hangisi sizin?

... : Genel Müdürlüğümüz ...'da.

...: Ne? İsmi ne?

... : Genel Müdürümüzden mi bahsediyorsunuz? ....

...: Ee tamam işte, sabahtan beri konuşacağım.

... : Yani tamam bakın bu şirket işleyişi, iç denetim, bu tür şeyleri, mevzuatı, mevzuat gereği benim size imzalamak üzere ordinoyu göndermem gerekiyor. Eğer siz bunu imzalamazsanız zaten işlemler iptal olacak. Ve burada satış işlemleri var en son, yani bu işlemlerin iptal edilmesi gerekecek ve bunda bayağı ciddi bir zararınız olacak. Onu isterseniz, karar sizindir, takdir sizindir. Ben bunu size söylemekle ve iletmekle yükümlüyüm görevim gereği." şeklinde konuşmaların geçtiği, yapılan değerlendirmede;

1- Aracı kurum yetkililerinin, katılanların hisse senedi alım satım işlemlerinde inisiyatif kullandıklarının, yani alım satım kararlarının aracı kurum yetkilileri tarafından verildiğinin ve gerçekleşen işlemlere ilişkin olarak hazırlanan müşteri emir formlarına katılanların imzaları alınmak suretiyle, müşteri onayının temin edilmesi yönünde bir uygulama yürütüldüğünün, katılanlar ile aracı kurum arasında hisse senedi alım satım işlemlerine yönelik yazılı olmayan bir vekalet ilişkisi kurulduğunun anlaşılması nedeniyle aracı kurum hakkında Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesi gereğince, asgari idari para cezası tutarında (15.000 TL) idari para cezası uygulanmasının uygun olacağı,

2- 21.11.2008, 25.11.2008, 27.11.2008, 01-03.12.2008, 05.12.2008, 12.12.2008 ve 17.12.2008 tarihlerinde katılanlara ait hesaplarda gerçekleşen hisse senedi alım satım işlem emirlerinin ilgili katılanlar tarafından verildiğini tevsik edici nitelikte aracı kurum nezdinde tevsik edici bir kayıt bulunmadığı dikkate alınarak, aracı kurum hakkında Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesi gereğince, asgari idari para cezası tutarında (15.000 TL) idari para cezası uygulanmasının uygun olacağı,

3- Aracı kurum yetkilileri tarafından katılanlar bilgilendirilerek onlar adına karar verilmek suretiyle hisse senedi işlemlerinin gerçekleştirildiği, somut olayda Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/I-A-5 maddesinde öngörüldüğü şekilde aracı kuruma tevdi edilen hisse senetlerinin kendisi veya başkası menfaatine kullanılmasının söz konusu olmadığı ve bu nedenle, ilgili Kanun maddesi kapsamında tanımlanan suç fiillerinin oluşmadığı kanaatine ulaşıldığı,

4- Katılanların hesaplarında 22.10.2008, 23.10.2008 ve 24.10.2008 tarihli nakit giriş/çıkışlarına ilişkin ödendi ve alındı belgelerinin aracı kurum tarafından ibraz edilmemesi nedeniyle, aracı kurumun uyarılmasının uygun olacağı bilgilerine yer verildiği,

Dosyada CD'si mevcut olan ve ... Şubesi sorumlusu tanık... 'ın katılanlarla yaptığı telefon görüşmesinin yukarıda bahsedilen Uyuşmazlık Disiplin İncelemesine dahil edilmeyen 4.32. saniyesinden sonrasının incelenmesinde katılan ...'in; "Ha bugün bana dese ki evini sat gönder, ben ona parayı gönderirim ... beye. Siz araya girmeyin, ... '... sonrası ben sana döneceğim.' dedi. Dönmezse ... beye durumu anlatacağım, eminim ki ... bey beni anlayacaktır. ... beyin sesi de var bende, 'Bana güvenin en ufak bir risk yok beni bilirsin.' diye. Ben bilmem ... battı çıktı o ... Menkul Değerlerdir. O bu işi yapıyor, onun işi bu, 'Merak etme benim işim bu.' dedi. Bende sesli mesajları var, bunların hepsini ... bey görsün, ben tanımam, ben battı bilmem.

... bey bana en fazla diyebilir ki 'Kar ettiniz de kar edemediniz.' Peki ver bakayım 200'er bin dolarımızı kuruş kuruş o günkü. Bankadan çektik. Kızımın ofis parası bu. Biz ... beye 'Bir ay olmak üzere ofisi alalım mı borca girip, bir aksilik olur mu?', 'Hayır sen bir ay on gün sonraya kefil ol al.'

Biz bir ay sonra 130.000 Dolar bankadan krediyle borç para aldık. Şimdi biz bunu ödeyemezsek bu para gelip oraya girmezse. Biz ne düşündük dedik ki nasılsa bu para artacak. Eğer 100.000 Dolar, 100.000 Dolar artar. Böylece ofisi kredisiz alırız dedik. Ama bir ay on gün geçince ... bana dedi ki (bak gireyim mi girmeyeyim mi) 'Sen gir.' dedi. Bunları da inkâr etmiyor artık o kadar da yapmıyor, Allah razı olsun, Ben de girdim. Şimdi kalkıp da bankaya, evin, malın sahibine 'Biz kâğıt aldık, benim arkadaşım var, bana kâğıt al dedi, manipüle manipüle bir boklar bir şeyler ..., ne olacaksa olacaktı, sen bana bırak benim işim bu dedi.' deyip de ben böyle, böyle bir şey denir mi manyak mısın derler bana zaten bunu ben diyemem.

... beye kibar kibar deyin ki, ben olsaydım ... beyin yerinde şerefim üzerine para önemli değil biz burda bir anne kızız, ben bunu asla ...'e söylemezdim. Ben en fazla ... derdim 'Ya bekleyeceksiniz kar etmek için biraz piyasa bozuk'. ...Biz ona söyledik bak dedik piyasa bozuk dünya batıyor. 'Siz bana bırakın.' peki kardeşim şimdi benim söylediklerimi bana tıp tıp paran senin ben kendim hisse aldım paran senin battı mı diyecek? Ben bunu dinler miyim?

Bak benim param batar ama bunun bedelini hep beraber öderiz. Hepimiz manşet oluruz. 20 yıllık dostluk biter. 58 yaşındayım ben. Benim 35 senelik emeğim bu para. Kızıma bir ofis alayım diye biriktirdim. Ofis ekmek teknesi. ...Şimdi para batsın diye mi gönderdim ben?

... bu kâğıtları aynen alacaktı kendisi. Biz ona bankada duran 380.000 kayıtlı dolarımızı gönderdik. 180.000'i benim, 200.000'i kızımın. ...'in yapması gereken 380.000 Dolar para alır kendi özel hesabından o satar bir dairesini bize. Alır o kâğıtları üç ayda altı ayda bir senede eski hâline iki misline çıkartır. Bu ...'in yapması gerekendir.

... hanım biz bir yere imza atmıyoruz. Ve eğer ... bana dönsün evet bu ... bitmiştir, dostluk bitmiştir derse biz ne gerekirse güveni, hizmeti, emniyeti suistimal, bir şey çıkmasa bile ne gerekirse ... avukat. ...Ben dedim ...'e söyledim benden sonra senin paranı gönderecek diye.

Peki anne dedi. Ben dedi kar mar istemiyorum ben paramı istiyorum anne dedi. Artık yeter dedi. ...Beni arasın .... Sen bana 'Borsaya gel gir ... hanım.' demedin, bana ... söyledi. 'Bana parayı ver sen karışma.' diyen bana .... Ben parayı veriyorum, bir şeye karışmıyorum, paramı gerisin geri istiyorum, kar istemiyorum. Kendi paramızı istiyoruz, biz kar istemiyoruz. ...'e aynen böyle söylersin, benle konuşan .... Aynen söylediklerimi söyleyin, tamam." dediği,

Sermaye Piyasası Kurulunun 11.12.2009 tarihli ve 1055 sayılı kararı ile;

1- Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ'in 58. maddesinin (k) maddesine aykırı olarak, aracı kurum ile yatırımcılar ... ve (...) ... arasında hisse senedi alım satım işlemlerine yönelik yazılı olmayan bir vekalet ilişkisi kurulmuş olması nedeniyle Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesi gereğince, aracı kurum hakkında 15.000 TL idari para cezası uygulanmasına,

2- Seri: V, No: 6 sayılı Tebliği'in müşteri emirlerinin alınması ve düzenlenmesine ilişkin 9. maddesine aykırı olarak, 21.11.2008, 25.11.2008, 27.11.2008, 01-03.12.2008, 05.12.2008, 12.12.2008 ve 17.12.2008 tarihlerinde katılanlar ... ve (...) ...'e ait hesaplarda gerçekleşen hisse senedi alım satım işlem emirlerinin katılanlar tarafından verildiğini tevsik edici nitelikte aracı kurum nezdinde bir kayıt bulunmadığı dikkate alınarak, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesi gereğince, aracı kurum hakkında 15.000 TL idari para cezası uygulanmasına,

3- Katılanların 22.10.2008, 23.10.2008 ve 24.10.2008 tarihli nakit giriş/çıkışlara ilişkin ödendi ve alındı belgelerinin düzenlenmemiş olmasının Seri: V, No: 6 sayılı Tebliğ'in 5. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle, konu hakkında daha önce uyarısı bulunmayan Aracı Kurum'un uyarılmasına,

Karar verildiği,

Prof. Dr. ... , Yrd. Doç. Dr. ... ve emekli banka müdürü ... tarafından düzenlenen 02.11.2011 tarihli üç kişilik bilirkişi raporunda; alım-satım emirlerinin katılanların rızası ve bilgisi dâhilinde gerçekleşmediği, katılanların iradesinin aksine somut olayda zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulduğu ve bu nedenle hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun maddi unsurun gerçekleşmiş olduğu, aynı şekilde hisse senedi alım satım işlemlerinde ordinolarda yer alan imza dışındaki kısımların özellikle de alım miktarına (tutar) ve hangi hissenin alınacağına ilişkin bilgilerin büyük önem arz ettiği, zira gerçekleştirilen işlemlerden (hangi hisseden ne kadar alındığından, satıldığından) yatırımcıların haberdar olup olmadıklarının ancak bu bilgilerle ispatlanabileceği, suçun manevi unsurunun somut olayda mevcut olup olmadığı değerlendirmesinin ise delillerin vasıtasızlığı ilkesinden hareketle bizzat mahkemece yapılması gerektiği kanaatine varıldığı,

... 10. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2011/476 esas sayılı dosyasında ... Menkul Kıymetler AŞ vekili tarafından katılanlar aleyhinde 02.01.2009 tarihinde açılan menfi tespit davasında; 02.01.2009 tarihi itibariyle katılan ...'in hesap bakiyesinin 188.396,54 TL, katılan ...'ın hesap bakiyesinin ise 175.242,57 TL olduğu, dünya ve Türkiye borsalarında yaşanan finansman krizi nedeniyle katılanların işlem yaptıkları hisse senetlerinde düşüş meydana geldiği, katılanların da bu şekilde düşüşten dolayı zarara uğradıklarını, katılanların uğramış oldukları bu zararı gönderdikleri ihtarname ile aracı kurumdan talep ettikleri, oysa bu taleplerin yerinde olmadığı belirtilerek davanın kabulü ile katılan ...'e 59.603,46 TL ve katılan ...'a 100.757,43 TL olmak üzere aracı kurumun toplam 160.360,84 TL kadar borçlu olmadığının tespitine karar verilmesinin ve ... 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2009/118 esas sayılı dosyasında katılanlar tarafından ... Menkul Kıymetler AŞ aleyhinde 26.02.2009 tarihinde açılan alacak davasında ise; hisse senedi alım satım aracılık sözleşmesi gereğince katılanların rızaları ve talepleri dışında yapılan işlemler sebebiyle uğradıkları zararın tahsilinin istenildiği, her iki dosyanın birleştirildiği ve alınan bilirkişi raporunda, katılanların hesaplarında 20.11.2008- 17.12.2009 döneminde gerçekleştirilen tüm işlemlerin vekaletsiz

... görme kapsamında değerlendirilerek katılanları bağlamayacağı ve hesapların 20.11.2008 tarihine döndürülmesi gerektiği, 21.11.2008-17.12.2008 döneminde gerçekleştirilen hisse alım satımlarının hiç yapılmamış kabul edilmesi gerektiğinin belirtildiği, yapılan yargılama sonucunda da ... 10. Asliye Ticaret Mahkemesince 06.03.2013 tarih ve 476-87 sayı ile menfi tespit davasının reddine, alacak davasının kabulüne ve katılan ...'e 149.053,67 TL, katılan ...'a ise 163.924,75 TL ödenmesine karar verildiği, temyiz üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesince 19.02.2014 tarih ve 18652-3199 sayı ile reddedilen asıl davada maktu karar ve ilam harcı alınması gerektiğinin ve kabul edilen birleşen davada ise Yatırımcıları Koruma Fonu'na devredilen aracı kurum ... Menkul Kıymetler AŞ'nin usulsüz işlemler ile katılanları zarara uğrattığının anlaşıldığı ancak Yatırımcıları Koruma Fonu'nun bir ticari şirket olmayıp bir kamu kuruluşu olması nedeniyle yaptığı işlemlerin ticari nitelikte sayılıp aleyhine avans faizi uygulanamayacağının gözetilmemesi isabetsizliklerinden bozulmasına karar verildiği,

Tedrici Tasfiye Hâlinde ... Menkul Kıymetler AŞ'yi temsilen ... ve ... imzalı katılan ...'e hitaben düzenlenen 29.06.2015 tarihli ve 2973 sayılı yazıya göre; ... Menkul Kıymetler AŞ hakkında ... 10. Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan 2011/476 esas sayılı davanın 25.05.2015 tarihli duruşmasında mahkeme tarafından Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 2014/3199 sayılı kararına uyulması yönünde karar verildiği, Mahkemenin söz konusu uyma kararı ile davanın gecikme faizi hariç olmak üzere 163.924,75 TL'lik asıl alacağa ilişkin kısmının kesinleştiği belirtilerek söz konusu ödemenin yapılabilmesi için banka hesabının yazılı olarak bildirilmesinin istenildiği,

Tedrici Tasfiye Hâlinde ... Menkul Kıymetler AŞ'yi temsilen ... ve ... imzalı katılan ...'e hitaben düzenlenen 29.06.2015 tarihli ve 2974 sayılı yazıya göre; ... Menkul Kıymetler AŞ hakkında ... 10. Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan 2011/476 esas sayılı davanın 25.05.2015 tarihli duruşmasında mahkeme tarafından Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 2014/3199 sayılı kararına uyulması yönünde karar verildiği, Mahkemenin söz konusu uyma kararı ile davanın gecikme faizi hariç olmak üzere 149.053,67 TL'lik asıl alacağa ilişkin kısmının kesinleştiği belirtilerek söz konusu ödemenin yapılabilmesi için banka hesabının yazılı olarak bildirilmesinin istenildiği,

... 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2009/356 esas sayılı dosyasında; davacı olan katılanların hisse senedi alım satımı için davalı ... Menkul Kıymetler AŞ nezdinde hesap açtırarak toplam 524.000 TL para yatırdıkları, ancak katılanların talimatı ve izni olmadan usulsüz alım satımlar yapıldığı ve hesapta kalan 363.639,11 TL'nin katılanlara ödenmediği belirtilerek anılan bedelin temerrüt faizi ile birlikte tahsilinin talep ve dava edildiği, Mahkemece 05.11.2009 tarih ve 356-490 sayı ile davanın kabulüne, 363.639,11 TL'nin 03.01.2009 tarihinden itibaren avans oranları üzerinden işleyecek faizi ile birlikte davalı ... Menkul Kıymetler AŞ'den alınarak 188.396,54 TL'sinin katılan ...'e, 175.242,57 TL'sinin katılan ...'a ödenmesine karar verildiği, hükmün temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 01.12.2011 tarihli ve 5253-16239 sayılı kararı ile onandığı,

... Menkul Kıymetler AŞ'nin devredildiği Yatırımcıları Koruma Fonu'nun sanık ... müdafisi Av. ...'a hitaben 27.11.2012 tarihli ve 5215 sayılı cevabi yazısına göre; 27.09.2012 tarihinde katılan ...'e 288.702 TL anapara, 42.042,23 TL faiz olmak üzere toplam 330.744,23 TL, katılan ...'a ise 268.544,63 TL anapara, 39.106,81 TL faiz olmak üzere toplam 307.651,44 TL ödeme yapıldığı ve bu ödemelere ilişkin Vakıflar Bankasına ait 27.09.2012 tarihli dekontların yazı ekinde gönderildiği,

Anlaşılmaktadır.

Katılan ... savcılıkta; Hukukçular Sitesi'ndeki evini sattığını, kızı olan katılan ...'ın da büro almak üzere para biriktirdiğini, uzun yıllardır tanıdığı sanık ... ile ...'dan ...'a geldiğinde

fırsat buldukça görüştüklerini, sanık ...'in kardeşi olan sanık ...'ı da tanıdığını, sanık ...'in son dönemde borsada kazanç sağlayabileceklerini ve ortağı olduğu ... Menkul Kıymetler AŞ'ye kendisinin ve kızının para yatırmasını ısrarla istemeye başladığını, borsaya yabancı olduğu için önce bu teklife sıcak bakmadığını, ancak ısrarı üzerine kabul ettiklerini ve 09.10.2008 tarihinde kendisinin 180.000 Dolar, kızının da 200.000 Dolar birikimlerini TL'ye çevirip ... Bankası Ulus Şubesinde sanık ...'in bildirdiği hesaba yatırdıklarını, ancak borsada hisse senedi alıp almayacaklarına henüz karar vermemiş olduklarını ve sözleşme de imzalamadıklarını, parayı yatırdıktan 9-10 gün sonra sanık ...'in arayarak sözleşme yapmaları gerektiğini söylediğini, ertesi gün ... isimli bir şirket çalışanının matbu bir sözleşmeyi evine getirdiğini, kendisinin kesinlikle geçmişe yönelik evrak imzalayamayacağını söylediğini, sözleşmede tarih olmadığını, kendisinin de imzayı atarken tarih yazmadığını, kızının da aynı biçimde sözleşmeyi imzaladığını, birkaç gün sonra sanık ...'in yine arayarak sözleşmede bazı eksiklikler olduğunu söylediğini, yine ... isimli çalışanın evine geldiğini, imzaladığı önceki sözleşmeyi yırtıp yeni bir sözleşme imzaladığını, bu sözleşmede de tarih bulunmadığını, daha sonra herhangi bir talimat vermediği hâlde paranın hesaba yatırılmasından 5 dakika sonra piyasada bilinmeyen muhtemelen kendilerine ait ya da kendi zararlarını telafi etmek amacıyla adını bile duymadığı kâğıtlara yatırıldığını ve büyük miktarlarda zarar ettiklerini öğrendiğini, telefonla aradığı sanık ...'ın, sanık ...'in borsada yasaklı olduğunu ve esasen şirketin ortağı olmadığını söylediğini, sanık ... ile de görüştüğünü "Yasal yollara başvurma, ben sana 2 ay içerisinde paranı vereceğim." dediğini,

Mahkemede; sanık ...'u tanımadığını ve hiç görmediğini, sanık ...'in "... sen de borsadan hisse senedi alsana, bankaya iki kuruş faizle gıdım gıdım para artmaz, paranızı repo faize yatırın, hisse senetlerini çevreden sorun, hangi hisse senetleri sağlamdır kazandırır bir araştırma yapın, ben bu konunun uzmanıyım bana da sorarsınız." dediğini, parayı yatırdıktan 15-16 gün sonra sanık ...'in arayarak "... bazı belgeleri imzalamanız lazım." dediğini, ... isimli çalışanın getirdiği kâğıtları imzaladığını ancak kâğıtların çok boş yerleri olduğunu, kâğıtları okuduğu kadarıyla paranın kendisine ait olduğuna dair bölümlerini imzaladığını, herhangi bir kimseye yetki veya vekalet vermediğini, sonra borsadan kâğıtlar gelmeye başladığını ve paralarının borsaya yatırıldığını anladıklarını, eve borsa ile ilgili belgeler geldikten kısa bir süre sonra da sanık ...'ın eve telefon açtığını ve "Sakın üzülmeyin böyle bir şey yaptık ancak borsa düştü zarar ettiniz, ben iki ay içerisinde paranızı faizi ile birlikte ödeyeceğim, bana süre ver." deyip kendisinden bir de vekaletname istediğini ancak vermediğini, Sermaye Piyasası Kurulunun kendilerine ... Menkul Kıymetler AŞ'de duran nakit paralarını ödediğini, ancak inisiyatifleri dışında kullanılan miktarı ödemediğini,

Katılan ... savcılıkta; annesinin tanıdığı olan sanık ...'in ısrarları üzerine annesi ile birlikte paralarını yatırmaya razı olduklarını, fakat sanık ...'e özellikle ilk aşamada kağıda para yatırmak istemediğini söylediğini, sanık ...'in de paranın repoda gecelik faizde bekleyeceği garantisini verdiğini, 09.10.2008 tarihinde parayı yatırdıktan sonra 21.10.2008 tarihinde eve getirilen sözleşmeyi imzaladığını, sözleşme dışında birçok evrak daha imzaladığını, hatta boş kâğıt bile imzaladığını, güvendikleri için bunu sorun etmediğini, kısa bir süre sonra uygun bir ofis bulunca parasını çekip bu ofisi almak istediğini, sanık ...'in herhangi bir sorun olmadığını söyleyip "Paranı hemen göndereceğim." dediğini ancak kendisini oyaladığını, araştırdığında parası ile borsada işlem yaptıklarını, sözleşmeyi yırtıp sahte imzayla yeni bir sözleşme düzenlediklerini, herhangi bir talimat vermediği hâlde şirketin ... şubesinde yazılı talimat verilmiş gösterildiğini öğrendiğini,

Mahkemede; borsadan kâğıt gelince parasının borsaya konulduğunu öğrendiğini, sanık ...'i aradığını, ancak cevap vermediğini, şirketin sahibinin sanık ... olduğunu sonradan öğrendiğini, halbuki sanık ...'in kendisini şirket sahibi olarak tanıttığını, sanıkların

istedikleri zaman uğramış oldukları zararı karşılamalarının mümkün olduğunu, SPK'nın hisse senedi alınmayan ve kullanılmamış nakit parayı ödediğini ancak hisse senedi alınan miktarın ödenmediğini,

Tanık... ; 2002-2010 tarihleri arasında ... Menkul Kıymetler AŞ'nin ... Şubesinde broker olarak çalıştığını, 2008 yılı Ağustos ayında ...'daki genel müdürlükten bir yetkilinin arayıp katılanların imzalayacakları evraklar olduğunu söylediğini, katılanları aradığını, katılan ...'in yirmi yıldır sanık ...'i tanıdığını, borsadan anlamadığını, ona güvenerek parasını yatırdığını, bir şey gerekiyorsa kendisini sanık ...'in araması gerektiğini söyleyip belgeleri imzalamayı kabul etmediğini,

Tanık ...; ... Menkul Kıymetler AŞ'nin ... Şubesinde 1993-2003 tarihleri arasında çalıştığını, emekli olduktan sonra da sanık ...'in zaman zaman telefonla arayıp bazı şirket işlemlerini yaptırdığını, katılan ... ile aralarında imzalanacak evrak olduğunu söyleyip götürmesini rica ettiğini, katılan ...'i arayıp randevu aldığını, katılanın Ulus'taki evine gittiğini, katılanların evrakın bir kısım yerlerini imzaladıklarını, sözleşmede bazı hususları anlayamadıklarını, ayrıca katılan ...'ın adının yanlış yazıldığını söyleyip "... ile görüşelim evrakları öyle gönderelim." dediklerini, birkaç gün sonra yeniden katılan ...'in evine gittiğini, katılan ...'in "Ben eksik kısımları tamamlayıp göndereceğim." dediğini, götürdüğü evrakları incelemediğini, üzerinde tarih olup olmadığını bilmediğini, zarfın kapalı olduğunu ve katılan ...'e de kapalı biçimde teslim ettiğini, katılan ...'e ikinci kez sözleşme götürmediğini,

İfade etmişlerdir.

Sanık ... aşamalarda; ... Menkul Kıymetler AŞ'nin ortağı olduğunu, bir dönem genel müdürlüğünü de yaptığını ancak suç tarihinde genel müdür olmadığını, katılanları uzun yıllardır tanıdığını, borsada yatırım yapmak istediklerini söyleyen katılanlar adına uygun bir komisyonla hesap açılması için ... şirketindeki yetkililerden ricada bulunduğunu, yapılan hisse alım satım işlemlerinin hepsinin yazılı talimat verilerek gerçekleştirildiğini, bir dönem 500.000 TL olan yatırımlarının 900.000 TL'ye kadar çıktığını, bu dönemde itirazları olmadığını, borsada düşüşler olunca zarar etmeleri sebebi ile şikâyetçi olduklarını, kendisinin herhangi bir şekilde yetkisi ve görevi olmadığını ve bu nedenle üzerime atılı suçlamayı kabul etmediğini,

Sanık ... aşamalarda; ... Menkul Kıymetler AŞ'nin yönetim kurulu başkanı olduğunu, şirketin yaklaşık 30.000 kayıtlı müşterisinin bulunduğunu, katılanlar ile ilgili hususları yargılama sürecinde öğrendiğini, suçlamayı kabul etmediğini,

Sanık ... aşamalarda; ... Menkul Kıymetler AŞ'de genel müdürlük personeli olarak görev yaptığını, gün içerisinde yüzlerce müşterinin emirlerini yerine getirdiğini, telefon veya ordino sistemi ile verilen talimat üzerine işlem yaptıklarını, yapılan bu işlemleri müşterilerin anlık olarak görebildiklerini, katılanların bilgisi dışında bir işlem yapılmasının söz konusu olmadığını,

Savunmuşlardır.

V. GEREKÇE

A. İlgili Mevzuat ve Öğretide Uyuşmazlık Konusuna İlişkin Görüşler

Uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözümlenmesi bakımından öncelikle dolandırıcılık suçunun unsurlarının açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

Dolandırıcılık suçu TCK'nın 157. maddesinde; "Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası verilir." şeklinde düzenlenmiş, 158. maddesinde ise suçun nitelikli hâlleri sayılmıştır.

Mal varlığının yanında irade özgürlüğünün de korunduğu dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için;

1) Failin bir takım hileli davranışlarda bulunması,

2) Hileli davranışların mağduru aldatabilecek nitelikte olması,

3) Failin hileli davranışlar sonucunda mağdurun veya başkasının aleyhine, kendisi veya başkası lehine haksız bir yarar sağlaması,

Şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Fail kendisi veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bilerek ve isteyerek hileli davranışlar yapmalı, bu davranışlarla bir başkasına zarar vermeli, verilen zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağı bulunmalı ve zarar da nesnel ölçüler göz önünde bulundurularak belirlenecek ekonomik bir zarar olmalıdır.

Görüldüğü gibi, dolandırıcılık suçunu diğer mal varlığına karşı işlenen suç tiplerinden farklı kılan husus, aldatma temeline dayanan bir suç olmasıdır. Birden çok hukuki konusu olan bu suç işlenirken, sadece mal varlığı zarar görmemekte, mağdurun veya suçtan zarar görenin iradesi de hileli davranışlarla yanıltılmaktadır. Madde gerekçesinde de aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyiniyet ve güvenin bozulduğu, bu suretle kişinin irade serbestisinin etkilendiği ve irade özgürlüğünün ihlal edildiği vurgulanmıştır.

5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde yalnızca hileli davranıştan söz edilmiş olmasına göre, her türlü hileli davranışın dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu anılan maddede hilenin tanımını yapmayarak suçun maddi konusunun hareket kısmını oluşturan hileli davranışların nelerden ibaret olduğunu belirtmemiş, bilinçli olarak bu hususu öğreti ve uygulamaya bırakmıştır.

"Hile", Türk Dili Kurumu sözlüğünde; "Birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, desise, entrika" (Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük) şeklinde, uygulamadaki yerleşmiş kabule göre ise; "Hile nitelikli yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez." biçiminde tanımlanmıştır.

Öğretide de hile ile ilgili olarak; "Olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarf edilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirtmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesidir." (doktrindeki bir esere atıf), "Hile, oyun, aldatma, düzen demektir. Objektif olarak hataya düşürücü ve başkasının tasavvuru üzerinde etki doğurucu her davranış hiledir." (doktrindeki bir esere atıf) biçiminde tanımlara yer verilmiştir.

Yerleşmiş uygulamalar ve öğretideki baskın görüşlere göre ortaya konulan ilkeler göz önünde bulundurulduğunda; hile, maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, hataya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika ve bunun gibi her türlü eylem olarak kabul edilebilir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı imkânlara ve sıfata sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir. Ancak sadece yalan söylemek,

dolandırıcılık suçunun hile unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Kanun koyucu yalanı belirli bir takım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğu hallerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca hukuki işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekildeki aldatma, dolandırıcılık suçunun oluşumuna yetmeyecektir. Yapılan yalan açıklamaların dolandırıcılık suçunun hileli davranış unsurunu oluşturabilmesi için, bu açıklamaların doğruluğunu kabul ettirebilecek, böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek yoğunluk ve güçte olması ve gerektiğinde yalana bir takım dış hareketlerin eklenmiş bulunması gerekir.

Failin davranışlarının hileli olup olmadığının belirlenmesi noktasında öğretide şu görüşlere de yer verilmiştir: "Hangi hareketin aldatmaya elverişli olduğu somut olaya göre ve mağdurun içinde bulunduğu duruma göre belirlenmelidir. Bu konuda önceden bir kriter oluşturmak olanaklı değildir." (doktrindeki bir esere atıf), "Hileli davranışın anlamı birtakım sahte, suni hareketler ile gerçeğin çarpıtılması, gizlenmesi ve saklanmasıdır." (doktrindeki bir esere atıf), "Hilenin, mağduru hataya sürükleyecek nitelikte olması yeterlidir; ortalama bir insanı hataya sürükleyecek nitelikte olması aranmaz. Bu nedenle, davranışın hile teşkil edip etmediği muhataba ve olaya göre değerlendirilmelidir." (doktrindeki bir esere atıf).

Esasen, hangi davranışların hileli olup olmadığı konusunda genel bir kural koymak oldukça zor olmakla birlikte, bu konuda olaysal olarak değerlendirme yapılmalı, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmak suretiyle sonuca ulaşılmalıdır.

Uyuşmazlık konusunu ilgilendiren tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenen dolandırıcılık suçu ise, suç tarihi itibarıyla TCK'nın 158. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde;

"Dolandırıcılık suçunun;

...

h- Tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde, üç yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur." şeklinde düzenlenmiştir.

Bu maddenin gerekçesinin ilgili bölümlerinde ise, "Ticari faaliyeti meslek olarak icra eden kişilerin güvenilirliğini sağlamak amacıyla, dolandırıcılık suçunun tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında işlenmesi, bu suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir." açıklamalarına yer verilmiştir.

TCK'nın 158. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında, kooperatif yöneticilerinin de kooperatifin faaliyeti kapsamında dolandırıcılık suçunu işlemeleri nitelikli hâl olarak öngörülmüştür. Ticari faaliyeti meslek olarak icra eden kişilerin güvenilirliğinin en üst düzeyde olması gereği, toplumsal hayatta ihtiyaç duyulan kişiler arasındaki dürüstlük ve güvenirliliğe ticari hayatın daha çok muhtaç olması nedeniyle, böyle bir artırım nedeni öngörülmüştür.

Anılan bentte iki tür suç öngörülmüştür. Bunlardan birisi ticari faaliyet sırasında dolandırıcılık; diğeri ise, kooperatifin faaliyeti kapsamında dolandırıcılıktır. Bu suç, özgü bir suçtur. Bu suçu ancak, tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişiler ya da kooperatif yöneticileri işleyebilir. Bunların dışındakilerin bu suçu işleyebilme

olanağı bulunmamaktadır. Örneğin, esnafın veya tacir sıfatı, şirket yöneticisi ya da şirket adına hareket eden kişi özelliği bulunmayan gerçek kişiler, kooperatif denetçileri ve üyeleri bu suçu işleyemezler.

Bu nitelikli hâlin oluşması için, failin tacir ya da şirket yöneticisi veya şirket adına hareket eden kimse olması yeterli değildir. Aynı zamanda aldatıcı nitelikteki eylemin, ticari faaliyetleri sırasında gerçekleştirilmiş olması gerekir.

Diğer taraftan, mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'un suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan "Cezai Sorumluluk" başlıklı 47. maddesinin birinci fıkrasının A-5. Bendi;

"Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde:

A) ...

5. Sermaye piyasası kurumlarına, bu Kanunun 13/A ve 13/B maddeleri kapsamındaki teminat sorumlularına ve 38/B ve 38/C maddeleri kapsamındaki fon kuruluna; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veyahut her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satan veya rehneden veya her ne şekilde olursa olsun kullanan, gizleyen yahut inkâr eyleyen veyahut bu amaca ulaşmak ya da bu fiillerini gizlemek için bilgisayar ortamında tutulanlar dahil kayıtları tahvil ve tağyir eden ilgili gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri,

...

... iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

B) ...

C) ...

Birinci fıkranın (A), (B) ve (C) bentleri uyarınca verilecek ağır para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamaz."

Anılan Kanun'un "İdari para cezaları" başlıklı 47/A maddesi;

"Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket ettiği tespit edilen gerçek kişiler ve tüzel kişilere, gerekçesi belirtilmek suretiyle Kurul tarafından onbeşbin Türk Lirasından yüzbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

Kanunun 40/C maddesinin beşinci fıkrasındaki yükümlülüğe uymayan üyelere Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği Yönetim Kurulunca beşbin Türk Lirasından yirmibeşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

Kanunun 40/D maddesinin beşinci fıkrasındaki yükümlülüğe uymayan üyelere, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği Yönetim Kurulunca bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Birlik, verdiği cezaları ilgiliye tebliğ eder ve tahsil ve gelir kaydı için Yatırımcıları Koruma Fonuna bildirir.

İdarî para cezalarının verilmesini gerektiren fiillerin tekrarı hâlinde, verilen para cezası iki katı, ikinci ve müteakip tekrarlarda üç katı artırılarak uygulanır. Bu cezaların verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde idarî para cezası verilmesini gerektiren aynı fiil işlenmediği takdirde önceki cezalar tekrarda esas alınmaz."

Aynı Kanun'un "Cezaların artırılması" başlıklı 48. maddesi;

"Bu Kanun kapsamındaki ihraççılarla sermaye piyasası kurumlarının yönetim kurulu üyeleri, denetçileri, müdür ve diğer personeli ve yatırım fonu temsilcileri ile sorumlularının ortak-lığın, kuruluşun veya fonun paraları ve diğer malları ile sermaye piyasası araçları, defter, evrak, dosya, kayıt ve diğer belgeleri üzerinde işledikleri suçların genel hükümlere göre belirlenen cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur.",

Anılan Kanun'un "Usul hükümleri" başlıklı 49. maddesi;

"47 nci madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru ile Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır.

Bu Kanuna aykırı fiillerin işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet savcıları, Kurulu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilirler.

Cumhuriyet savcıları kovuşturmaya yer olmadığına karar verirlerse, Kurul kendisine tebliğ edilecek bu kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraza yetkilidir." şeklinde düzenlenmiştir.

Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 1. maddesinde Kanun'un konusu ve amacının; tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemek olduğuna yer verilmiştir. Kanun'un 2. maddesinde de; sermaye piyasası araçları, bu araçların ihracı, halka arzı ve satışı, bunları ihraç veya halka arz edenler, bu Kanun'un 40. maddesi çerçevesinde borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalar, sermaye piyasası faaliyetleri, sermaye piyasası kurumları ve Sermaye Piyasası Kurulu bu Kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilerek Kanun'un kapsamı belirlenmiş, ancak halka açık olmayan anonim ortaklıkların halka arz edilmeyen hisse senedi ihraçları bu Kanun kapsamı dışında olduğu hususu da vurgulanarak bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir.

Tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını teşvik edip sermaye piyasasına yatırım yapılmasının sağlanması bakımından piyasanın güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması gerekmekte, böylece yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması, aldatılmalarının önlenmesi amacıyla piyasanın olması gerektiği biçimde düzenlenmesi ve denetlenmesi sermaye piyasası hukukundaki düzenlemelerin öncelikli amaçlarındandır.

Sözü edilen yasal düzenlemelerde de açıkça ifade edildiği üzere, tasarrufların etkin ve verimli biçimde milli ekonomiye aktarımının sağlanarak bu yolla iktisadi kalkınmanın sağlanması hedefine ancak sağlıklı işleyen bir sermaye piyasası sistemine sahip olmakla ulaşılabileceği kuşkusuzdur. Bu itibarla ülkelerin kalkınmasında etkin, verimli, şeffaf ve güvenilir biçimde işleyen bir sermaye piyasası sisteminin önemi tartışmasızdır. Bu bağlamda tüm Dünya'da olduğu gibi Ülkemizde de sermaye piyasalarının sağlıklı işlemesine ayrı bir önem verilmiş; piyasaların idari denetim ve gözetimini (regülasyon) gerçekleştirme konusunda öncelikle bağımsız düzenleyici kuruluş sıfatıyla Sermaye Piyasası Kurulu yetkili kılınmıştır. Öte yandan kanun koyucu anılan piyasaların sağlıklı işlemesine verdiği hayati önem sebebiyle belirtilen amacı ihlale yönelik bazı önemli fiilleri ortadan kaldırma gayesi ile son çare (ultima ratio) olmak üzere ceza hukuku araçlarına başvurarak ağır nitelikte ihlaller içeren bazı fiilleri de suç olarak tanımlamıştır.

B. Somut Olayda Uyuşmazlık Konusuna İlişkin Değerlendirme

Sanıklar ... ve ...'ın ... Menkul Kıymetler AŞ'nin ortakları oldukları, diğer sanık ...'un da bu şirketin ... Şubesinde müşteri temsilcisi olarak görev yaptığı, ...'da oturan ve ... Adliyesinde yazı işleri müdürü olan katılan ... ile sanık ...'in uzun yıllardır birbirlerini tanıdıkları, katılan ...'in sanık ...'e kendisinin ve avukat olan kızı katılan ...'in bankada mevcut birikimlerinden bahsettiği, sanık ...'in de bu birikimlerini borsada değerlendirmeleri yönünde katılan ...'e tavsiyelerde bulunmaya başladığı, katılan ...'in sanık ...'in telkinde bulunmasıyla, katılan ...'ın ise annesi olan katılan ...'in yönlendirmesi ile paralarını borsaya yatırmaya karar verdikleri, 09.10.2008 tarihinde ... Bankası ... Ulus Şubesi aracılığıyla ... Menkul Kıymetler AŞ'nin ... Borsa Şubesi nezdindeki hesabına katılan ...'in 248.000 TL, katılan ...'ın ise 276.000 TL havale yaptıkları, ... Menkul Kıymetler AŞ ile yatırımcı sıfatıyla katılanlar arasında hisse senedi alım satım ve işlemlerine yönelik olarak 09.10.2008 tarihli alım satıma aracılık çerçeve sözleşmelerinin imzalandığı, katılanlar adına ... Menkul Kıymetler AŞ nezdinde açılan hesaplar üzerinden yine ilk olarak 09.10.2008 tarihinde hisse senedi alımı yapılmaya başlandığı, hisse senedi alım satım işlemlerine ilişkin müşteri emir formlarında müşteri temsilcisi olarak sanık ...'ın adı ve soyadının yazılı olduğu ve bu şekilde hisse senedi alım satım işlemlerinin 17.12.2008 tarihine kadar devam ettiği, 19.12.2008 tarihi itibarıyla hisse senedi stoku bulunmayan her iki hesaptan katılan ...'e ait olan hesapta 183.423 TL ve katılan ...'a ait hesapta ise 167.636 TL tutarında nakit bakiye bulunduğu, hisse senedi alım satım işlemleri neticesinde katılan ...'in hesabında 64.577 TL ve katılan ...'ın hesabında 108.364 TL değer kaybı meydana geldiği, yerinde yapılan inceleme sonucunda Sermaye Piyasası Kurulunca düzenlenen raporda 20.11.2008 tarihine kadar olan hisse senedi alım satım işlemlerine ilişkin imzalı müşteri emir formlarının bulunduğunun, ancak bu tarihten sonra 26.11.2008 tarihi dışındaki 17.12.2008 tarihine kadar gerçekleşen işlemlere ilişkin müşteri emir formlarında imza bulunmadığının ve ... Şubesi sorumlusu tanık... 'ın katılanlarla 20.11.2008 tarihinden sonra yapılan işlemlere ilişkin müşteri emir formlarını imzalatmak amacıyla kayıt altına alınan bir telefon görüşmesi yaptığının tespit edildiği, ... Menkul Kıymetler Borsası Teftiş Kurulu Başkanlığınca yapılan disiplin incelemesi sonucunda düzenlenen raporda ise 22.10.2008 ve 23.10.2008 tarihinde katılan ...'in hesabından toplam 144.000 TL, katılan ...'ın hesabından 207.000 TL çekildiği ve bu tutarların 24.10.2008 tarihinde hesaplara yeniden yatırıldığı ancak bu işlemlere ilişkin tahsilat/tediye makbuzlarının ibraz edilmediğinin belirtildiği, yapılan incelemeler neticesinde Sermaye Piyasası Kurulunun 11.12.2009 tarihli ve 1055 sayılı kararı ile ... Menkul Kıymetler AŞ hakkında Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesi gereğince ilk olarak katılanlar adına hisse senedi alım satım kararlarının ... Menkul Kıymetler AŞ yetkilileri tarafından verilmesi, gerçekleşen işlemlere ilişkin olarak hazırlanan müşteri emir formlarına katılanların imzalarının sonradan alınması ve katılanlar ile aracı kurum arasında hisse senedi alım satım işlemlerine yönelik yazılı olmayan bir vekalet ilişkisi kurulmuş olması nedeniyle 15.000 TL idari para cezası, ikinci olarak 21.11.2008 ve 17.12.2008 tarihleri arasında katılanlara ait hesaplarda gerçekleşen hisse senedi alım satım işlem emirlerinin katılanlar tarafından verildiğine dair belge bulunmaması nedeniyle 15.000 TL idari para cezası ve üçüncü olarak ise katılanların hesaplarında gerçekleşen nakit giriş/çıkışlarına ilişkin ödendi ve alındı belgelerinin ibraz edilmemesi nedeniyle de uyarı cezası verilmesine karar verildiği, katılanların vekilleri aracılığıyla şikâyetçi olmaları üzerine başlatılan soruşturmada sanıkların nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediklerinin iddia olunduğu anlaşılan olayda;

Sermaye Piyasası Kurulunca suç tarihinden sonra 02.12.2011 tarihi itibarıyla faaliyetlerinin sürekli olarak durdurularak sahip olduğu yetki belgelerinin iptal edilmesine ve tedrici tasfiyesine karar verilen ... Menkul Kıymetler AŞ'nin suç tarihinde hisse alım satımına yetkili aracı kurum olması, katılanların 09.10.2008 tarihinde adı geçen şirket nezdinde kendi adlarına açılan hesap numaralarına banka aracılığıyla para yatırmaları, para yatırma dekontlarının açıklama kısımlarında katılan ...'in hesap numarasının ... ve katılan ...'ın hesap

numarasının ... olarak gösterilmesi ve bu hesaplara yatırılan paraların sanıklar tarafından başka bir hesaba aktarılmasının da söz konusu olmaması, ... Menkul Kıymetler Borsası Teftiş Kurulu Başkanlığınca düzenlenen raporda katılanların tarihsiz olarak imzaladıklarını iddia ettikleri alım satıma aracılık çerçeve sözleşmelerinin ... Menkul Kıymetler AŞ'nin muhasebe programına 18.11.2008 tarihinde taranarak yüklendiğinin ancak sözleşmelerin üzerlerinde yazılı olan 09.10.2008 tarihi sonrasında düzenlendikleri yönünde bir tespite ulaşılamadığının belirtilmesi nedenleriyle sözleşmelerin imzalanması, katılanlar adına hesap açılması ve katılanların bu hesaplara para yatırmalarının birbirleriyle uyumlu olması, bilirkişi tarafından düzenlenen rapora göre de ibraz edilen sözleşmeler ve müşteri emir formlarında kendi adlarına bulunan imzaların katılanların eli ürünü olduklarının belirlenmesi, katılanların hesaplarında müşteri temsilcisi sıfatıyla sanık ... tarafından 17.12.2008 tarihine kadar yapılan hisse senedi alım satım işlemleri neticesinde katılan ...'in hesabında 64.577 TL ve katılan ...'ın hesabında 108.364 TL zarar oluştuğu, bu işlemlerin bir kısmı için müşteri emir formlarının toplu çıktı alınmak suretiyle katılanlara imzalatıldığı, bir kısmı için ise imzalı müşteri emir formları ile katılanların hesaplarında aynı miktarda nakit çıkışı ve girişine ilişkin belge ibraz edilemediği belirlenmiş ise de bu eylemlerin yetkili ve görevli Sermaye Piyasası Kurulunca değerlendirilerek ... Menkul Kıymetler AŞ hakkında idari para cezaları ve uyarı cezası uygulandığı, ayrıca aynı Kurul tarafından somut olayda hisse senetlerinin sanıkların menfaatine kullanılmasının söz konusu olmadığı ve bu nedenle Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/I-A-5 maddesinde tanımlanan suç fiillerinin oluşmadığı kanaatine ulaşıldığının belirtilerek sanıklar hakkında Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulmamış olması, dosyadaki bilgi ve belgelere göre katılan ...'e 2008 yılı Ekim ayı hesap ekstresinin bekleme müddeti sonunda iade edildiği, Kasım ayı hesap ekstresinin dağıtıma çıkarıldığı, Aralık ayı hesap ekstresinin 14.01.2009 tarihinde tebliğ edildiği; katılan ...'a 2008 yılı Ekim ayı hesap ekstresinin 19.11.2008 tarihinde tebliğ edildiği, Kasım ayı hesap ekstresinin dağıtıma çıkarıldığı, Aralık ayı hesap ekstresinin ise bekleme müddeti sonunda iade edildiğinin ve bahsedilen tebligat eksikliklerine ilişkin olarak noterlik vasıtasıyla katılanlara ihtarname gönderildiğinin anlaşılması, 18.11.2008 tarihi itibarıyla katılan ...'e ait ... numaralı hesabın 431.613,90 TL ve katılan ...'a ait ... numaralı hesabın ise 434.937,47 TL tutarına ulaşarak ilk yatırılan tutarların üzerine çıkıp bu tarihten sonra borsalarda meydana gelen genel düşme eğilimi nedeniyle 17.12.2008 tarihi itibarıyla katılanların zarara uğramış olmaları, tanık... ile yapılan ve mevzuat gereği kayıt altına alınan telefon görüşmesinde katılan ...'ın hesabındaki hisse senetlerinin ne zaman satılacağını sorup nakde dönmeyi istemesi ancak hesabındaki hisse senedinin satılması durumunda nakde döneceğinin ve hesabında zarar meydana geleceğinin söylenmesi üzerine artık hiçbir şey imzalamayacağını söylemek suretiyle; aynı telefon görüşmesine dahil olan katılan ...'in de sanık ...'in kendisini aramasını isteyerek kendilerine "%50 kâr edeceksiniz." denildiğini, sanık ...'in en ufak bir risk olmadığını söylediğini, nasılsa bu para artacağı için kızı olan katılan ...'a avukatlık ofisini kredisiz alabileceklerini düşündüklerini, daha önce hiç hisse senedi almadığı için fiyatının yükselip düşmesinden anlamadığını, parayı batsın diye göndermediklerini, sanık ...'in zararlarını giderip hisse senetlerini kendisinin alması gerektiğini, kendilerinin kâr istemediklerini, yatırdıkları paraları istediklerini söylemek suretiyle hesaplarındaki hisse senedi alım satımlarından ve hisse senetlerinin değerlerinin düştüğünden bilgilerinin olduğunun anlaşılması, katılanların sanıklar aleyhinde değil de ... Menkul Kıymetler AŞ aleyhinde alacak davaları açarak hem zararlarının giderilmesini hem de hesaplarında kalan paraların ödenmesini talep etmeleri üzerine hukuk mahkemelerince katılanlar lehine verilen kararlar sonucunda ... Menkul Kıymetler AŞ'nin devredildiği Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından katılan ...'e toplam 330.744,23 TL, katılan ...'a ise toplam 307.651,44 TL ödeme yapılması hususları birlikte nazara alındığında; sanıkların eylemlerinin dolandırıcılık suçunun maddi konusunun hareket unsurunu oluşturan hileli davranış olarak nitelendirilemeyeceği ve

sanıklara atılı dolandırıcılık suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı kabul edilmelidir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

VI. KARAR

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİ EDİLMESİNE, 08.02.2023 tarihinde yapılan müzakerede oy birliğiyle karar verildi.